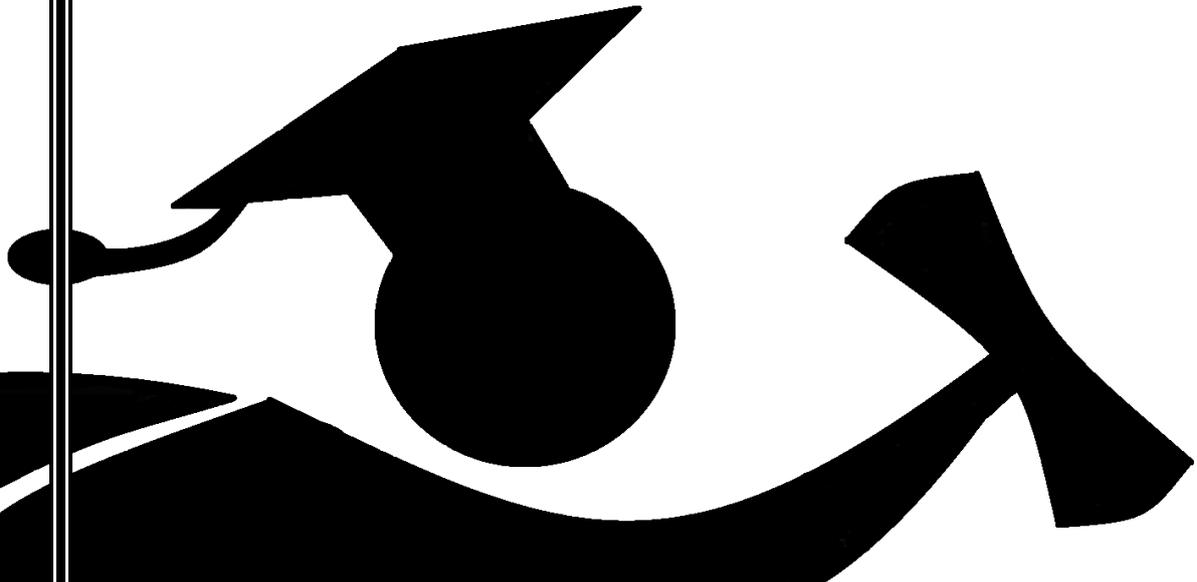


**NATAN BATISTA**



# **DIREITO**

**PROCESSUAL PENAL**



**DIREITO  
PROCESSUAL  
PENAL II**

# **Sumário:**

<b>Capítulo 1 - Introdução</b> .....	Página 1
<b>1. Lide, Jurisdição, Direito de Ação, Processo e Procedimento</b> .....	Página 1
<b>2. Sujeitos Processuais</b> .....	Página 2
2.1. Sujeitos Processuais Principais .....	Página 3
2.2. Sujeitos Processuais Secundários .....	Página 3
2.3. Sujeitos Processuais Terciários (Terceiros) .....	Página 4
2.4. Sistematização .....	Página 4
2.5. Prática .....	Página 4
2.6. Comentários Específicos Acerca do Juiz .....	Página 6
2.6.1. Estado-Juiz e Devido Processo Legal .....	Página 6
2.7. Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) e as alterações do art. 3º do CPP .....	Página 8
2.8. Das partes no direito processual .....	Página 12
2.8.1. Do acusado .....	Página 12
2.8.1.1. Quem pode figurar como acusado .....	Página 13
2.8.1.2. Da identificação do acusado .....	Página 16
2.8.1.3. Do chamamento do acusado .....	Página 17
2.8.1.4. Da condução coercitiva .....	Página 18
2.8.1.5. Da defesa do acusado .....	Página 19
2.8.1.5.1. Autodefesa .....	Página 19
2.8.1.5.2. Defesa técnica e espécies de defensor .....	Página 19
2.8.1.5.3. Da ausência do defensor nas audiências processuais .....	Página 22
2.8.2. Do assistente de acusação .....	Página 22
2.8.2.1. Conceito .....	Página 22
2.8.2.2. Quem poderá figurar como assistente .....	Página 22
2.8.2.3. Natureza da atuação do assistente da acusação .....	Página 25
2.8.2.4. Ingresso do assistente no processo .....	Página 26
2.8.2.5. Da habilitação do assistente .....	Página 26
2.8.2.6. Função do assistente da acusação .....	Página 26
2.8.3. Dos funcionários da Justiça .....	Página 28
<b>Capítulo 2 – Teoria Geral da Prova</b> .....	Página 29
<b>1. Introdução</b> .....	Página 29
<b>2. Conceitos</b> .....	Página 29
2.1. Objetivo da prova .....	Página 30
2.2. Objeto de prova .....	Página 30

2.2.1.	Não serão objeto de prova .....	Página 30
2.2.2.	Serão objeto de prova? .....	Página 31
2.3.	Fontes de prova .....	Página 32
2.4.	Meios de prova .....	Página 32
2.4.1.	Princípio da ampla liberdade da produção de provas .....	Página 33
2.4.1.1.	Questões de estado.....	Página 33
2.4.1.2.	Provas proibidas .....	Página 33
2.4.1.2.1.	Provas ilegítimas.....	Página 33
2.4.1.2.2.	Provas ilícitas .....	Página 34
2.5.	Elementos de prova.....	Página 37
<b>3.</b>	<b>Classificação das provas .....</b>	<b>Página 37</b>
3.1.	Quanto ao objeto .....	Página 37
3.2.	Quanto ao valor ou efeito .....	Página 37
3.3.	Quanto à fonte .....	Página 37
3.4.	Quanto à origem.....	Página 37
<b>4.</b>	<b>Da Prova Emprestada .....</b>	<b>Página 38</b>
<b>5.</b>	<b>Momentos da Atividade Probatória .....</b>	<b>Página 39</b>
<b>6.</b>	<b>Ônus probatório .....</b>	<b>Página 39</b>
6.1.	Regra .....	Página 40
6.2.	Capacidade probatória supletiva ou subsidiária .....	Página 40
<b>7.</b>	<b>Princípios da Prova .....</b>	<b>Página 41</b>
7.1.	Princípio da autorresponsabilidade das partes .....	Página 41
7.2.	Princípio da audiência contraditória/bilateral .....	Página 41
7.3.	Princípio da aquisição ou comunhão de provas .....	Página 41
7.4.	Princípio da oralidade.....	Página 41
7.5.	Princípio da concentração.....	Página 42
7.6.	Princípio da publicidade .....	Página 42
7.7.	Princípio da não autoincriminação ( <i>nemo tenetur se detegere</i> ) .....	Página 42
7.8.	Princípio do livre convencimento motivado .....	Página 42
<b>8.</b>	<b>Sistemas de Apreciação da Prova.....</b>	<b>Página 42</b>
8.1.	Ordálios .....	Página 42
8.2.	Sistema da prova legal, da verdade legal ou formal .....	Página 42
8.3.	Sistema da livre convicção, da prova livre ou da íntima.....	Página 43 convicção
8.4.	Sistema da persuasão racional ou livre convencimento .....	Página 44 motivado
<b>9.</b>	<b>Das Provas Nominadas .....</b>	<b>Página 45</b>
9.1.	Da Perícia.....	Página 45
9.1.1.	Conceito .....	Página 45
9.1.2.	Importância da prova pericial .....	Página 45
9.1.3.	Do perito .....	Página 46
9.1.3.1.	Classificação do perito .....	Página 46

9.1.3.2.	Requisitos para ser perito .....	Página 47
9.1.3.3.	Quantidade de peritos .....	Página 47
9.1.3.4.	Do compromisso.....	Página 48
9.1.3.5.	Dos deveres do perito .....	Página 48
9.1.3.6.	Das penalidades.....	Página 48
9.1.3.7.	Do perito assistente .....	Página 48
9.1.3.8.	Nomeação dos peritos .....	Página 49
9.1.4.	Realização da perícia .....	Página 50
9.1.4.1.	Perícia no inquérito policial.....	Página 50
9.1.4.2.	Perícia no processo.....	Página 50
9.1.4.3.	Divergência entre peritos.....	Página 51
9.1.5.	Do laudo pericial .....	Página 51
9.1.5.1.	Divisão do laudo .....	Página 51
9.1.5.2.	Prazo.....	Página 52
9.1.5.3.	Do pedido de esclarecimentos e da recusa do ....	Página 52
	laudo pericial	
9.1.5.4.	Domínio técnico.....	Página 52
9.1.6.	Classificação dos crimes .....	Página 53
9.1.6.1.	<i>Delicta facti permanentis</i> (crime não .....	Página 53
	transeunte)	
9.1.6.2.	<i>Delicta facti transeuntes</i> (crime transeunte).....	Página 53
9.1.7.	Do vestígio .....	Página 53
9.1.7.1.	Corpo de delito .....	Página 54
9.1.7.2.	Exame de corpo de delito .....	Página 54
9.1.7.2.1.	Espécies de exame de corpo de delito.....	Página 54
9.1.7.2.2.	Obrigatoriedade do exame de corpo de.....	Página 55
	delito	
9.1.7.2.3.	Da não suficiência da confissão .....	Página 55
9.1.8.	Cadeia de custódia.....	Página 56
9.1.8.1.	Conceito .....	Página 56
9.1.8.2.	Etapas da cadeia de custódia.....	Página 56
9.1.9.	Perícias em espécie/perícias e tipos penais .....	Página 58
9.1.9.1.	Perícias cadavéricas.....	Página 58
9.1.9.2.	Perícia em lesão corporal .....	Página 59
9.1.9.3.	Perícia e local do crime.....	Página 60
9.1.9.4.	Perícia e exames laboratoriais .....	Página 60
9.1.9.5.	Perícia e destruição ou rompimento de.....	Página 60
	obstáculo ou escalada no crime de furto	
9.1.9.6.	Avaliação .....	Página 61
9.1.9.7.	Perícia e crime de incêndio .....	Página 61
9.1.9.8.	Perícia grafotécnica .....	Página 61
9.1.9.9.	Perícia e instrumentos do crime .....	Página 62
9.2.	Do interrogatório.....	Página 62
9.2.1.	Conceito .....	Página 62

9.2.2.	Natureza jurídica.....	Página 62
9.2.3.	Necessidade do interrogatório .....	Página 63
9.2.4.	Momento do interrogatório .....	Página 63
9.2.5.	Características do interrogatório.....	Página 65
9.2.6.	Da realização e do local do interrogatório.....	Página 67
9.2.6.1.	Do local do interrogatório.....	Página 67
9.2.6.2.	Interrogatório por videoconferência .....	Página 68
9.2.6.3.	Providências a serem tomadas pelo juiz .....	Página 69
9.2.6.4.	Fases do interrogatório.....	Página 71
9.2.7.	Novo interrogatório .....	Página 73
9.3.	Da Confissão .....	Página 73
9.3.1.	Conceito .....	Página 73
9.3.2.	Valor probatório da confissão .....	Página 73
9.3.3.	Classificação da confissão .....	Página 74
9.3.3.1.	Quanto ao local.....	Página 74
9.3.3.2.	Quanto aos efeitos gerados.....	Página 74
9.3.4.	Características da confissão.....	Página 75
9.3.5.	Da delação.....	Página 76
9.4.	Das declarações e perguntas ao ofendido e às .....	Página 77
	testemunhas	
9.4.1.	Do ofendido .....	Página 77
9.4.1.1.	Conceito .....	Página 77
9.4.1.2.	Ofendido ≠ Testemunha.....	Página 77
9.4.1.3.	Garantias dos ofendidos .....	Página 78
9.4.1.4.	Valor probatório das declarações do ofendido ...	Página 79
9.4.2.	Das testemunhas .....	Página 79
9.4.2.1.	Conceito .....	Página 79
9.4.2.2.	Valor probatório das declarações das .....	Página 79
	testemunhas	
9.4.2.3.	Classificação das testemunhas .....	Página 80
9.4.2.4.	Características da prova testemunhal.....	Página 81
9.4.2.5.	Capacidade de ser testemunha .....	Página 83
9.4.2.6.	Dever de depor .....	Página 83
9.4.2.7.	Dever de comparecimento .....	Página 87
9.4.2.8.	Dever de compromisso .....	Página 90
9.4.2.9.	Dever de informar o endereço.....	Página 91
9.4.2.10.	Finalização do estudo dos deveres .....	Página 91
9.4.2.11.	Questões importantes .....	Página 93
9.4.2.12.	Coleta do depoimento .....	Página 94
9.4.2.13.	Contradita e arguição de defeitos .....	Página 96



**DIREITO  
PROCESSUAL  
PENAL II**



# Capítulo 1 – Introdução

---

## 1. Lide, Jurisdição, Direito de Ação, Processo e Procedimento

Para que possamos introduzir nos estudos do Processo Penal, é necessário que, antes, elucidemos a significação dos elementos do título deste tópico. Pois bem:

Iniciemos com a *lide*, base para compreensão do Processo Penal.

Segundo o grande pensador do Direito Francesco Carnelutti, lide é o *conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*. A lide penal, especificamente, surge no momento em que houver a violação de uma norma jurídica.

*Norma jurídica*, por sua vez, expressa uma tutela do Estado, isto é, aquilo que o Estado busca proteger. Para tanto, notou-se que a vida humana e em sociedade é regida por determinados bens, os quais deveriam ser protegidos pelo Estado, mantenedor das organizações humanas.

Os bens protegidos pelo Estado são denominados *bens jurídicos*, elementos essenciais, sem os quais a vida em sociedade não funcionaria. São exemplos: a vida, liberdade sexual, patrimônio, honra, integridade física etc.

A tutela do Estado definiu como *crime* a ação que atenta contra os bens jurídicos protegidos. Diante do cometimento de crime surge para o Estado o direito de punir o sujeito ativo do tipo penal, sujeito que ocupa o lado oposto da relação jurídica (Estado x Sujeito Ativo). Ao direito de punir do Estado dá-se o nome de *jus puniendi*.

Em que pese o Estado ter o direito de punir aquele que atenta contra os bens jurídicos, tal indivíduo possui *jus libertatis*, ou seja, *direito de liberdade*. Direito este que também é tutelado pelo Estado como *direito fundamental*. Esse direito somente é suprimido diante do *devido processo legal* que condene o indivíduo.

O *jus puniendi*, poder de punir, somente pertence ao Estado, não sendo possível que o deleguem. Tal poder se traduz pelo *poder-dever* do Estado, tendo em vista que a sua não execução gera abalos que desestruturam a sociedade. Está nas mãos do Estado, portanto, o poder de restabelecer e manter a paz social. Ao poder exclusivo de punir do Estado é dado o nome de *jurisdição*.

Portanto, ao Estado cabe a solução do conflito, alcançando a paz social por meio da aplicação da *jurisdição* (Estado-Juiz), tendo por método a aplicação do *direito penal objetivo*.

A *jurisdição*, contudo, possui uma característica marcante: a *inércia*. Segundo tal elemento o Estado não pode, por si só, aplicar a *jurisdição* e exercer a sua função de Estado-Juiz. Para tanto, é necessário que seja provocado. Tal entendimento é

estabelecido, haja vista que a Constituição Federal preza pela imparcialidade daquele que julga, isto é, não pode o julgador, no caso o Estado, possui qualquer ligação/vínculo/relação/liame com as partes ou com os fatos.

A movimentação do Estado, portanto, somente ocorrerá por meio de provocação. A provocação, por sua vez, se dará por meio do exercício do *direito de ação*. Havendo a ação daqueles que são legítimos, não poderá o Estado negar-se a atuar como Estado-Juiz, sendo, logo, obrigado a fazê-lo, aplicando a *jurisdição*, único meio pelo qual a lide é resolvida no âmbito penal.

Contudo, *quem exerce o direito de ação?*

O legitimado para agir será estabelecido a depender da natureza da *ação penal*. O Estado, em regra, por meio da ação penal pública incondicionada, é o titular do *direito de ação* e o faz por meio do Ministério Público (art. 129 da Constituição Federal). Nesse caso, há um maior interesse público sobre o *crime*, motivo pelo qual o Estado é legitimado a agir em prol deste elemento.

Diante de ações penais públicas, o *direito de ação* será exercido por meio da *denúncia*.

A relevância do interesse público na resolução da lide é tamanha que falhando o Estado, é possível que o indivíduo exerça o *direito de ação* por meio da *ação privada subsidiária da pública*.

Por outro lado, nos casos em que o interesse privado prevalece ante ao interesse coletivo, poderá a própria vítima ou seus representantes exercerem o *direito de ação*. Aqui, estaremos diante das denominadas *ações penais privadas*.

Tratando-se de *ação penal privada*, o *direito de ação* será exercido por meio da *queixa-crime*.

Provocado o Estado, o mesmo atuará por meio do *processo* – mecanismo/instrumento da atuação do Estado-Juiz para a solução das lides que lhe são apresentadas, ou seja, é o meio pelo qual se exercerá a *jurisdição*.

Contudo, o processo não ocorrerá de qualquer forma. É necessário que se observe os elementos constantes em lei (*devido processo legal*), isto é, é necessário que se siga um conjunto/sequência de atos processuais específicos. Ao conjunto de atos processuais dispostos em lei dá-se o nome de *procedimento*.

Desta forma, todos os indivíduos autuados pelo Estado passarão pelo mesmo processo e pelo mesmo procedimento, criando-se maior *segurança jurídica* e aplicando-se a *justiça*.

## **2. Sujeitos Processuais**

Sujeito processual é todo aquele que participa/intervém no processo. Pessoas entre as quais se desenvolve/estabelece a relação jurídico-processual.

São as classificações dos sujeitos processuais:

### 2.1. Sujeitos Processuais Principais

Entende-se por *sujeitos processuais principais* aqueles que integram a relação jurídico-processual com caráter de obrigatoriedade. Destacam-se, portanto, em decorrência de dois elementos, quais sejam: (i) *integração* e (ii) *obrigatoriedade*.

Diz-se de *integração obrigatória*, porquanto a relação jurídico-processual somente estará configurada diante de sua incorporação.

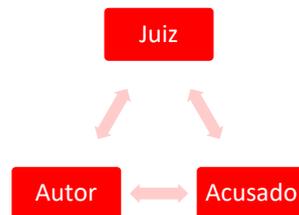
São três os sujeitos processuais principais:

a) Autor: o indivíduo que figurará como autor será alterado a depender da natureza da ação penal. Tratando-se de *ação penal pública*, figurará como autor o Ministério Público; por outro lado, em se tratando de *ação penal privada*, figurará como autor o lesado ou quem o represente;

b) Acusado: dá-se pelo pretense autor da infração penal; aquele a quem se atribui a prática criminosa;

c) Juiz: representação do Estado-Juiz.

É, portanto, a relação jurídico-processual entre os sujeitos processuais principais:



### 2.2. Sujeitos Processuais Secundários

Também denominados *acessórios* ou *colaterais*, os sujeitos processuais secundários possuem direitos tutelados no processo e, por isso, compõem a relação jurídico-processual, juntando-se ao polo passivo ou ativo da demanda.

Contudo, diferentemente dos *sujeitos processuais principais*, a participação dos *sujeitos processuais secundários* é facultativa, o que significa que relação jurídico-processual estará configurada ainda que não a integrem. Sua presença é, portanto, *prescindível*.

Assim, são dois os elementos que destacam tais sujeitos: (i) *integração* e (ii) *prescindibilidade*.

Citemos alguns exemplos de sujeitos processuais secundários:

a) Assistente da acusação: como já explicado em resumos anteriores, diante de ação penal pública é o titular da ação o Ministério Público. Nessa espécie de ação penal, contudo, estabeleceu o legislador que é possível que se vislumbre direito do ofendido diante do processo em decorrência dos reflexos da infração penal. Por isso,

deu-lhe a oportunidade de integrar a relação jurídico-processual como *assistente de acusação*. Para tanto, é necessário que assim requeira, cabendo ao juiz aceitá-lo ou não no processo. Nesse caso, por óbvio, integrará o polo ativo da demanda, juntamente com o Ministério Público;

b) *Fiador do réu*: trata-se do indivíduo responsável pelo pagamento da fiança do acusado. Nesse caso, tendo interesse na absolvição do réu, atuará junto a ele no polo passivo da ação penal.

### 2.3. Sujeitos Processuais Terciários (Terceiros)

Sujeitos processuais terciários são aqueles que intervêm no processo sem que, contudo, integrem a relação jurídico-processual.

São duas as espécies de terceiro:

a) *Interessados*: ainda que não integrem a relação jurídico-processual, possuem direitos tutelados no processo. Portanto, são dois os elementos que o destacam: (i) *não integração* e (ii) *não tutelam direitos*. Podemos citar como exemplo o Ministro da Justiça diante de processos sujeitos à sua representação, ou seja, diante de crimes contra a honra do Presidente da República;

b) *Não interessados*: não integram a relação jurídico-processual, nem possuem direitos tutelados no processo, ainda que interfiram nele. Atuam, logo, com total desvinculação à causa. São dois, também, os elementos que o destacam: (i) *não integram* e (ii) *não tutelam direitos*. Podemos citar como exemplos a testemunha, o perito, os serventuários da justiça etc.

### 2.4. Sistematização

PRINCIPAIS	SECUNDÁRIOS	TERCEIROS INTERESSADOS	TERCEIROS NÃO INTERESSADOS
Possuem direitos tutelados no processo, integrando a relação jurídico-processual de forma obrigatória	Possuem direitos tutelados no processo, integrando a relação jurídico-processual de forma facultativa	Possuem direitos tutelados no processo, não integrando a relação jurídico-processual	Não possuem direitos tutelados no processo, não integrando a relação jurídico-processual. Atuam de forma desvinculada

### 2.5. Prática

Olhando pelo lado prático, contudo, é possível que nos deparemos com algumas incógnitas. Vejamos:

a) *Classificação do ofendido*: dependerá de alguns elementos.

Primeiramente, quanto à natureza da ação penal.

Tratando-se de *ação penal pública incondicionada*, sua classificação estará sujeitada à habilitação ou não de sua atuação como *assistente de acusação*.

Sendo-o, será classificado como *sujeito processual secundário*, tendo em vista que integrará a relação jurídico-processual, possuindo direitos tutelados no processo.

Por outro lado, não o sendo, será classificado como *terceiro interessado*, porquanto atuará no processo, contudo não integrará a relação jurídico-processual.

Tratando-se, por fim, de *ação penal privada*, figurará como *sujeito processual principal*.

b) Classificação do Ministério Público: analisemos.

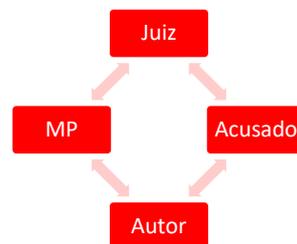
Diante de *ação penal pública*, sendo o autor da ação, figurará como *sujeito processual principal*.

Por outro lado, tratando-se de *ação penal privada*, sua classificação dependerá da natureza da ação em questão.

Em sendo *ação penal subsidiária da pública*, atuará como *interveniente adesivo obrigatório*, conforme estabelece o art. 29 do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, classificando-se por *sujeito processual principal*.

Havendo *ação penal privada exclusiva*, contudo, atuará como *custos legis*, isto é, fiscal da lei, defensor da correta aplicação da legislação. Portanto, comporá a relação jurídico-processual, sendo *sujeito processual principal*.

Nesse caso, excepcionalmente, teremos mais um componente da relação jurídico-processual, sendo a seguinte relação:



c) Classificação do advogado/defensor: ambos, tendo em vista atuarem como representantes, e não em nome próprio, não configuram *sujeitos processuais*.

d) Classificação do Promotor de Justiça: da mesma forma que os anteriormente destacados, não figura como *sujeito processual*, porquanto atua como representante do Ministério Público, e não em nome próprio.

e) Classificação do Juiz: como já estabelecido, o juiz classifica-se como *sujeito processual principal*.

---

<sup>1</sup> **Art. 29 do Código de Processo Penal.** Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

## 2.6. Comentários Específicos Acerca do Juiz

### 2.6.1. Estado-Juiz e Devido Processo Legal

O juiz, como dito, figura como *sujeito processual principal*, haja vista ser a personificação do Estado (Estado-Juiz) e atuar por meio do *poder jurisdicional*. A ele incumbe presidir o trâmite processual e, ao final, proferir sentença que resolva a lide. Para tanto, utiliza-se da denominada *jurisdição*, isto é, ao magistrado cabe aplicar a lei ao caso concreto, dando-lhe uma solução.

Contudo, a ele não pertence o poder de presidir o processo como bem entender. É necessário que observe o denominado *devido processual legal*, ou seja, ao magistrado cabe seguir o procedimento disposto na lei.

A lei, por sua vez, comporta quais atos serão praticados, sua forma e a sequência que deverá ser seguida.

Não se observando tal procedimento, é possível que se oponha a denominada *correição parcial*. Este instituto poderá ser interposto diante de *erro in procedendo*, isto é, quando o juiz não se utilizar corretamente dos atos processuais previstos em lei, prejudicando o bom andamento do processo.

Tanto não cabe ao juiz utiliza-se de *juízos subjetivos* (convicções pessoais) que a própria sentença não deve ser proferida de acordo com seus entendimentos, mas sim através daquilo que a lei estabelece, ou seja, é necessário que se observa a vontade Estatal, e não a vontade do magistrado.

### 2.6.2. Da imparcialidade, impedimento e suspeição

Estabelece a Constituição Federal:

**Art. 5º da Constituição Federal.** 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:

[...]

**XXXVII** – não haverá júízo ou tribunal de exceção;

[...]

**LIII** – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

[...]

**LIV** – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

**LV** – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[...]

**Art. 93 da Constituição Federal.** 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.

Todos estes dispositivos têm por fim o mesmo elemento: confirmar e garantir a imparcialidade do juiz.

Este elemento marca a principal característica da figura do juiz, sendo, como visto, característica da própria jurisdição, porquanto deve atuar sem que haja qualquer ligação com as partes ou com a causa. Cabe ao magistrado, portanto, desempenhar sua função de forma adequada e exclusiva.

Além das garantias constitucionais acima elencadas, coube ao Código de Processo Penal definir em que momentos é possível que o juiz seja acusado pela imparcialidade. Tratam-se dos casos de *impedimento* ou *suspeição*.

Tais elementos poderão ser considerados de ofício pelo magistrado ou arguidos por qualquer das partes por meio de *exceção de impedimento/suspeição*.

Vejamos cada um destes elementos:

(i) **Impedimento** – as hipóteses de impedimento são apresentadas como elementos objetivos que, se constantes, geram a *presunção absoluta* de que o juiz em questão é parcial, tornando seus atos nulos.

Tais hipóteses estão elencadas em rol taxativo disposto nos arts. 252 e 253 do Código de Processo Penal:

**Art. 252 do Código de Processo Penal.** O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

**I** – tiver funcionando seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

**II** – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou sérvio como testemunha;

**III** – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

**IV** – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

**Art. 253 do Código de Processo Penal.** Nos júzos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que foram entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colaterais até o terceiro grau, inclusive.

(ii) **Suspeição** – de outra mão, a suspeição é configurada por circunstâncias subjetivas, fatores externos ao processo, capazes de macular a imparcialidade do magistrado.

Aqui, o juiz possui vínculo subjetivo com as partes ou com o objeto da lide.

Importante ressaltar, porém, que o vínculo cuja criação tenha sido forçada por qualquer das partes não será considerada. Nesse caso, a parte que injuriar o juiz ou interagir amigavelmente de forma proposital para que lhe seja acusada a parcialidade não terá sucesso, porquanto estas situações são expressamente vedadas pelo Código.

O rol em que estão dispostos é exemplificativo, diferentemente do impedimento. Determinam os arts. 254 e 256 do Código de Processo Penal:

**Art. 254 do Código de Processo Penal.** O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;

V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

[...]

**Art. 256 do Código de Processo Penal.** A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

## 2.7. Lei nº13.964/2019 (Pacote Anticrime) e as alterações do art. 3º do CPP

Anteriormente à aprovação do denominado *Pacote Anticrime* o art. 3º do CPP somente era constituído pelo *caput*. Hoje, porém, foi incorporado ao Código de Processo Penal os arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F. Vejamos:

### Juiz das Garantias

**Art. 3º-A do Código de Processo Penal.** O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

**Art. 3º-B do Código de Processo Penal.** O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

**I** – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal;

**II** – receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;

**III** – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;

**IV** – ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;

**V** – decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no §1º deste artigo;

**VI** – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurando, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, e na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

**VII** – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

**VIII** – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no §2º deste artigo;

**IX** – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

**X** – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;

**XI** – decidir sobre os requerimentos de:

**a)** interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;

**b)** afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;

**c)** busca e apreensão domiciliar;

**d)** acesso a informações sigilosas;

**e)** outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;

**XII** – julgar o **habeas corpus** impetrado antes do oferecimento da denúncia;

**XIII** – determinar a instauração de incidente de insanidade mental;

**XIV** – decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;

**XV** – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos

informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;

**XVI** – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;

**XVII** – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

**XVIII** – outras matérias inerentes às atribuições definidas no **caput** deste artigo.

**§1º.** (VETADO)

**§2º.** Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

**Art. 3º-C do Código de Processo Penal.** A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

**§1º.** Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento.

**§2º.** As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

**§3º.** Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

**§4º.** Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretária do juízo das garantias.

**Art. 3º-D do Código de Processo Penal.** O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

**Parágrafo único.** Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

**Art. 3º-E do Código de Processo Penal.** O juiz de garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelo respectivo tribunal.

**Art. 3º-F do Código de Processo Penal.** O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a

imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal.

**Parágrafo único.** Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Diante do exposto, nota-se ter estabelecido o legislador a figura de um novo juiz que atuará durante a persecução penal.

Visando a manutenção da imparcialidade, entendeu o legislador que a criação de uma nova espécie de juiz, responsável pelas atuações durante a fase pré-processual, tornaria o processo menos suscetível à corrupção de seus julgadores.

Estabeleceu-se, portanto, a existência de dois juízes por processo.

O primeiro deles, criado pelo denominado *Pacote Anticrime*, ficou responsável pelos atos praticados durante a fase pré-processual, incumbindo-lhe acompanhar as diversas etapas da investigação criminal, principalmente no que diz respeito às questões que envolvem direitos individuais tutelados pelo Estado cuja violação demanda autorização judicial (ex.: prisão temporária, interceptação telefônica, autorização de busca domiciliar etc).

Ao juiz de garantia não é conferido *poder de investigação*, pois somente cabe a ele controlar os atos pré-processuais, atuando perante a necessidade da manifestação de órgão judiciário durante a investigação criminal. Cabe a ele, como dito, salvaguardar os direitos individuais durante essa fase, visando a manutenção de sua legalidade, nos moldes do art. 3º-B, acima transcrito. Cumpre informar, ainda, que o referido dispositivo apresenta *rol exemplificativo*, porquanto os itens nele previstos não exaurem as possibilidades.

Interessante notar que o §2º do referido artigo foi responsável por dispor acerca da possibilidade de prorrogação do inquérito policial em até 15 dias, desde que o investigado esteja detido temporariamente.

Sua atuação apresenta como termo o oferecimento da denúncia ou queixa (art. 3º-C, §1º), momento no qual entra em jogo o segundo juiz, o *juiz de instrução e julgamento*, responsável por presidir o processo até o proferimento de sentença condenatória ou absolutória.

Importante ressaltar, contudo, que as ações tomadas pelo *juiz de garantias* em nada afetam/vinculam os posicionamentos adotados pelo *juiz de instrução e julgamento*, porquanto possuem autonomia para atuar durante cada fase a eles incumbida sem qualquer consideração de ato prévio praticado por outro magistrado que tenha se manifestado na ação.

Em que pese todo o exposto, as disposições acima transcritas não se encontram em vigor, haja vista o efeito suspensivo em medida cautelar<sup>2</sup> proferido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305 até que a alteração seja apreciada pelo Pleno da Suprema Corte.

## 2.8. Das partes no direito processual

De proêmio, convém anunciarmos que não se deve confundir as partes do direito material com as partes do direito processual.

Perante o Direito Penal, os sujeitos são definidos em relação ao *crime*, motivo pelo qual é a configuração:

*Sujeito ativo* – aquele que pratica o verbo do tipo penal, ou seja, que comete o crime;

*Sujeito passivo* – primeiramente, o Estado (denominado *sujeito passivo constante*). Secundariamente, aquele a quem a conduta tenha atingido, suportando as consequências diretas da ação criminosa (nomeado *sujeito passivo eventual*).

Por outro lado, quando se falar em Direito Processual Penal, as partes são definidas com enfoque no *processo*. Nessa senda, é a disposição:

*Sujeito ativo* – titular do direito de ação, alterando-se, como já vimos, conforme a natureza da ação penal;

*Sujeito passivo* – aquele contra quem a denúncia ou queixa é oferecida, ou seja, trata-se da pessoa do acusado, o pretense autor da infração penal, a quem se atribui a prática da ação criminosa.

Pois bem, estudemos cada uma das partes separadamente.

### 2.8.1. Do acusado

Nas palavras de Edilson Mougenot:

Acusado é aquele a quem a acusação imputa a prática de uma conduta toda por criminosa. É o réu, chamado também, no processo penal, de imputado. Na ação penal de iniciativa privada é denominado querelado.

Como dito, portanto, entende-se por acusado aquele a quem se imputa a prática criminosa narrada na queixa ou denúncia, a depender da natureza da ação penal, ou seja, é o pretense autor da infração penal.

Em relação à terminologia, variará conforme a fase do processo e a natureza da ação. Vejamos:

*Investigação criminal* – denomina-se investigado;

*Ação penal privada* – denomina-se querelado ou requerido;

*Ação penal pública perante a denúncia* – denuncia-se denunciado;

---

<sup>2</sup> Texto disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>

Ação penal pública após o recebimento da acusação – denomina-se réu, acusado ou requerido;

Após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – denomina-se condenado ou executado.

### 2.8.1.1. Quem pode figurar como acusado

O primeiro passo para que entendamos, de fato, quem é o acusado é identificarmos quem poderá assim ser considerado.

De proêmio, convém informarmos que a condição de acusado é *personalíssima*, porquanto somente pode ser conferida a quem seja imputada a prática da pretensa ação criminosa. Significa dizer que não é possível que outra pessoa sustente tal condição, ainda que venha a falecer o sujeito passivo da ação penal, conforme determina o *Princípio da Intranscendência*, haja vista a proibição da sucessão da condição de acusado. Morrendo o acusado, declarar-se-á a *extinção da punibilidade do agente*, nos moldes dos arts. 107, I, do Código Penal e 62 do Código de Processo Penal:

**Art. 107 do Código Penal.** Extingue-se a punibilidade:

I – pela morte do agente.

• • • •

**Art. 62 do Código de Processo Penal.** No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade do agente.

Vamos à pergunta: *quem pode ser considerado acusado?* Em regra, todos podem figurar como acusados em ação penal, ou seja, a prática de ação criminosa pode ser imputada a qualquer indivíduo, uma vez que a norma jurídica penal, à princípio, torna aberta a autoria do delito.

Diante de tal assertiva, surgem algumas indagações:

*É possível que pessoas jurídicas figurem como acusados em ação penal?*

Anteriormente à publicação da Constituição Federal de 1988, não era possível que pessoas jurídicas figurassem no polo passivo de ações penais. Contudo, a Carta Magna foi responsável por inaugurar a responsabilidade criminal destes entes:

**Art. 173, §5º, da Constituição Federal.** A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Nesse sentido, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi regulamentada pela Lei nº 9.605/95:

**Art. 3º da Lei 9.605/95.** As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em

que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

**Parágrafo único.** A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Em que a possibilidade de responsabilização dos entes jurídicos, não há previsão procedimental específica, motivo pelo qual se aplica a eles, analogicamente, as normas previstas na Legislação Processual Civil e Trabalhista.

• • • •

Identificados os entes que figurarão como acusados, convém que informemos haver exceções, isto é, há indivíduos que não poderão suportar a condição de acusado, quais sejam:

(i) **Mortos** – como visto anteriormente, a morte causa a *extinção da punibilidade do agente*. Significa dizer que não é possível que impute a indivíduo falecido a condição de acusado, porquanto não se lhe envolve *personalidade jurídica*;

(ii) **Menores de 18 anos** – determina o art. 27 do Código Penal:

**Art. 27 do Código Penal.** Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Assim se entende, pois a lei presume de forma absoluta que o indivíduo menor de 18 anos não possui capacidade para compreender o caráter ilícito do fato que pratica, determinando-se frente a tal entendimento, ou seja, ainda que aja ilicitamente, não possui capacidade para entender ser o ato ilícito (não possui *capacidade penal*).

Por se tratar de presunção legal absoluta, não há o que falar em possibilidade de prova em contrário.

Nesse sentido, executando ato considerado criminoso, a eles não será imputada a prática de crime, mas de *ato infracional*, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente:

**Art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

**Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente.** São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta lei.

**Parágrafo único.** Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Assim agindo, estará sujeito às medidas previstas nos arts. 101 e 112 do referido Diploma Legal. Em se tratando de menor de 12 anos, estará sujeito às denominadas *medidas protetivas*. Por outro lado, sendo maior de 12 anos, além das referidas *medidas protetivas*, poderá ficar sujeito às *medidas socioeducativas*.

(iii) **Os possuidores de imunidade diplomática** – a *imunidade diplomática* encontra previsão na Convenção de Viena, ratificada e incorporada ao Ordenamento Jurídico brasileiro através do Decreto nº 56.435/65:

**Artigo 31**

1. O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trata de:

a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditado para os fins da missão.

b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário;

c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais.

2. O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha.

3. O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução a não ser nos casos previstos nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo 1 deste artigo e desde que a execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência.

4. A imunidade de jurisdição de uma agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

(iv) **Os possuidores de imunidade parlamentar** – como bem sabemos, os deputados e senadores gozam de *imunidades parlamentares materiais e formais*, referentes à inviolabilidade civil e penal por suas opiniões, palavras e votos enquanto no exercício da função, bem como ao *foro por prerrogativa de função*, a *imunidade para prisão*, salvo diante de flagrante delito de crime inafiançável, e a possibilidade de sustação do processo pelo voto positivo da maioria da Casa a que está atrelada.

As referidas imunidades estão dispostas no art. 53 da Constituição Federal. Vejamos:

**Art. 53 da Constituição Federal.** Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§1º. Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante delito de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa

respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§4°. O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§5°. A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§6°. Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§7°. A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§8°. As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida.

#### 2.8.1.2. Da identificação do acusado

Determina ao art. 41 do CPP:

**Art. 41 do Código de Processo Penal.** A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

Em regra, a identificação do acusado deverá ocorrer por meio de sua qualificação, ou seja, apresentar-se-á seu nome, endereço, Registro Geral (RG), Cadastro de Pessoa Física (CPF), profissão, nacionalidade, endereço de *email* etc.

Contudo, a falta dessas informações não impede a regular composição do polo passivo da demanda.

Exige o Código de Processo Penal que a pessoa do acusado seja *certa e determinada*. Significa dizer que não se faz necessário a indicação de todas as informações atinentes a sua qualificação, desde que sejam oferecidas informações suficientes para se ter certeza acerca da pessoa do acusado, inclusive de natureza física.

Em outras palavras, ainda que não haja especificação de determinados elementos qualitativos do acusado, o oferecimento de informações características que permitam a sua identificação *exata* é suficiente.

Importante ressaltar que validação das informações apresentadas está diretamente ligada à exata identificação do acusado, não havendo qualquer dúvida quanto a sua pessoa.

Nesse sentido, determina o art. 259 do CPC:

**Art. 259 do Código de Processo Penal.** A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes.

### 2.8.1.3. Do chamamento do acusado

Em regra, o acusado será convidado a compor a relação jurídica por meio de citação, pela qual será (i) cientificado que contra ele foi oferecida denúncia ou queixa, indicando-o todas as informações necessárias em relação à ação e (ii) chamando-o ao processo para que apresente defesa técnica. É o que determinam os arts. 351 e 352 do CPP:

**Art. 351 do Código de Processo Penal.** A citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à jurisdição do juiz que a houver ordenado.

**Art. 352 do Código de Processo Penal.** O mandado de citação indicará:

- I – o nome do juiz;
- II – o nome de querelante nas ações iniciadas por queixa;
- III – o nome do réu, ou, se for desconhecido, os seus sinais característicos;
- IV – a residência do réu, se for conhecida;
- V – o fim para que é feita a citação;
- VI – o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer;
- VII – a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz.

Não estando na jurisdição do juiz que preside a ação, a citação far-se-á por meio de *carta precatória*, nos termos do art. 353 e 354.

Embora o magistrado seja obrigado a citar o réu, o mesmo não é obrigado a comparecer em juízo para se defender. Não se apresentando o acusado, porém, será considerado *contumaz*.

Importante destacarmos a diferença entre *contumácia* e *revelia*, pois tais elementos não se confundem:

CONTUMÁCIA	REVELIA
Incorre em contumácia qualquer das partes que deixar de exercer atividade no processo em momento em que, em tese, deveria atuar, podendo recair, inclusive, sobre a pessoa que ocupa o polo ativo da ação	Especificamente, a revelia é espécie de contumácia que incide diante do silêncio da parte ré quando deveria apresentar resposta à demanda inicial

#### 2.8.1.4. Da condução coercitiva

Determina o art. 260 do Código de Processo Penal:

**Art. 260 do Código de Processo Penal.** 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.

**Parágrafo único.** O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável.

A pergunta que se faz é a seguinte: *ora, se ao acusado é facultado comparecer em juízo para oferecer sua defesa, é legal a ação do magistrado quando determina a sua condução coercitiva?* A questão aqui é entender a diferença entre a natureza de uma e outra ação.

Enquanto a apresentação de defesa por parte do réu é ato que não prejudica o prosseguimento do feito, o Código é claro quando determina a possibilidade de condução coercitiva quando se tratar de ato cuja presença do réu é imprescindível para o seu regular exercício.

Cumpra informar, porém, que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido nas ADPFs de nº 395 e 444 decretaram a inconstitucionalidade do referido dispositivo no que diz respeito à condução coercitiva para a procedência de interrogatório, haja vista a violação dos *direitos de locomoção* e da *não autoincriminação*. Segue trecho da ADPF nº 444:

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. [...] 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 do Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. *Dignidade Humana*: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Não condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar 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.

#### 2.8.1.5. Da defesa do acusado

Determina o *caput* do art. 261 do Código de Processo Penal:

**Art. 261, caput, do Código de Processo Penal.** Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Portanto, a lei confere ao acusado o direito de apresentar defesa perante os atos a ele imputados na denúncia ou queixa.

A defesa poderá ocorrer pelo próprio acusado, denominando-se *autodefesa*, ou será feito por profissional habilitado. Vejamos cada uma delas:

##### 2.8.1.5.1. Autodefesa

A *autodefesa*, como o nome sugere, é a defesa apresentada pelo próprio acusado.

Aqui, a defesa é apresentada independentemente de qualquer capacidade técnica, isto é, não se trata de defesa apresentada por profissional habilitado.

É consubstanciada, portanto, por outros meios que lhe garantem a defesa, como o direito de escolher o seu defensor, acompanhar os atos do processo, acompanhar a produção das provas, comparecer em juízo para o interrogatório, dando a sua versão dos fatos e buscando convencer o juiz acerca da verdade dos fatos contra ele imputados.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, essa defesa é facultativa, podendo o acusado, inclusive, renunciá-la.

##### 2.8.1.5.2. Defesa técnica e espécies de defensor

A *defesa técnica*, por outro lado, não é facultada, mas obrigatória e irrenunciável, devendo ocorrer por meio de profissional qualificado e habilitado. É o que determina o *caput* do art. 261, anteriormente transcrito.

O caráter irrenunciável e obrigatório é conferido por disposição constitucional.

Vejamos:

**Art. 5º, LV, da Constituição Federal.** Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nesse sentido, não poderá ocorrer o processo sem que o acusado esteja acompanhado de defensor, exigindo a lei resistência à pretensão para a configuração da lide. Assim, não havendo o acusado defensor constituído, deverá o magistrado nomear-lhe, nos termos do art. 263 do CPP:

**Art. 263 do Código de Processo Penal.** Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

**Parágrafo único.** O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor, arbitrados pelo juiz.

Definida a obrigatoriedade da presença de defensor, vejamos as espécies:

(i) **Defensor constituído** – trata-se do defensor da confiança do acusado, porquanto é por ele nomeado.

A representação é firmada por meio de instrumento de mandato, ou seja, por meio de procuração *ad judícia*, não sendo necessário, portanto, a determinação de poderes específicos ao representante.

A representação pactuada por meio de procuração *ad judícia et extra*, contudo, dá ao defensor a capacidade para aceitar o perdão em nome do ofendido, arguir a suspeição do magistrado, arguir falsidade documental, arguir incidente de insanidade mental etc.

Porém, para atuar conforme os itens acima elencados, é necessário que o representante demonstre a ciência do acusado, haja vista que o réu será por eles responsabilizado.

Somente há uma exceção quanto à necessidade da apresentação de procuração. É a disposição do art. 266 do CPP:

**Art. 266 do Código de Processo Penal.** A constituição de defensor independe de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório.

Lembremos, perante o interrogatório, deverá o magistrado informar ao acusado os seus direitos, dentre eles o acompanhamento feito por profissional habilitado, facultando-lhe a nomeação de advogado. Nesse caso, a nomeação e atuação do profissional prescindirá de instrumento de mandato, porquanto se presume se tratar de pessoa da confiança do acusado, tendo em vista a natureza oral da indicação.

Em que pese o referido dispositivo indicar precisamente o *interrogatório*, há entendimento fixo no sentido de que esse não é o único momento em que o acusado

poderá se aproveitar da nomeação de advogado sem que seja necessário a apresentação de procuração. Já é pacificado que poderá o acusado nomear advogado em qualquer fase do processo sem que lhe seja exigida a juntada do referido documento de mandato.

Importante mencionar, ainda, que já tendo ocorrido a nomeação de defensor público pelo magistrado, a nomeação de defensor constituído não importa na descaracterização dos atos procedimentais já praticados, recebendo o novo representante o processo na fase e forma em que se encontrar.

Por fim, cumpre ressaltar que não há disposição contrária à atuação do próprio acusado como seu defensor (advocacia em nome próprio), desde que habilitado para tanto.

(ii) ***Defensor dativo/nomeado*** – entende-se por *dativo* ou *nomeado* o advogado nomeado pelo magistrado diante da inércia do acusado.

Nesse caso, é dever do representante nomeado apresentar-se perante o juízo, somente podendo se recusar com a apresentação de *motivo relevante*, sob as penas descritas no art. 264 do CPP:

**Art. 264 do Código de Processo Penal.** Salvo motivo relevante, os advogados e solicitadores serão obrigados, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, a prestar seu patrocínio aos acusados, quando nomeados pelo Juiz.

Para entendermos a natureza do artigo acima transcrito, é necessário que entendamos o contexto em que foi criado. Tendo por publicação o ano de 1940, intentou o legislador a manutenção do advogado nomeado, porquanto o número de profissionais habilitados era escasso, evitando a necessidade de nova nomeação.

Hoje, contudo, com o aumento do número de advogados, o referido dispositivo perdeu força, sendo possível a recusa do advogado, desde apresentada fundamentação razoável e por motivo plausível.

Não obstante, uma vez aceita a representação, não poderá abandoná-la, salvo por *motivo imperioso*, nos termos do art. 265, *caput*, do CPP:

**Art. 265, caput, do Código de Processo Penal.** O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Inclusive, ainda que *dativo*, incumbe ao defensor realizar a defesa técnica de forma fundamentada, sob pena de ser substituído, nos moldes do parágrafo único do art. 261:

**Art. 261, parágrafo único, do Código de Processo Penal.** A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

Por fim, nomeado o advogado, é dever do magistrado fixar os honorários advocatícios. O pagamento ocorrerá a depender da *hipossuficiência* do acusado. Em sendo-o, o pagamento será dever da *defensoria pública*. Caso contrário, caberá ao próprio acusado realizá-lo. É o que determina o art. 263, parágrafo único:

**Art. 263, parágrafo único, do Código de Processo Penal.** O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

(iii) **Defensor público** – por fim, dá-se por *defensor público* o profissional que ocupa cargo público perante a *Defensoria Pública*, tendo por atribuição representar os indivíduos beneficiados pela assistência judiciária gratuita.

### 2.8.1.5.3. Da ausência do defensor nas audiências processuais

Dispõe o art. 265, §1º, do CPP:

**Art. 265, §1º, do Código de Processo Penal.** A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

Tendo em vista o acima transcrito, são as situações perante a ausência do defensor nas audiências processuais:

(i) **Ausência justificada** – nesse caso, sendo motivada a *ausência*, é possível seja a audiência redesignada, desde que o adiamento não prejudique o regular andamento do processo.

Significa dizer, portanto, que ainda que seja apresentada motivação, uma vez que o adiamento prejudique o andamento do processo, não há o que se falar em redesignação.

(ii) **Ausência não justificada** – por outro lado, não havendo a apresentação de motivação para ausência ou se tratando de caso em que o adiamento prejudique o processo, não haverá redesignação, ocasião na qual o magistrado nomeará defensor dativo em substituição ao já nomeado.

## 2.8.2. Do assistente de acusação

### 2.8.2.1. Conceito

Como vimos quando do estudo dos sujeitos processuais secundários (vide tópico 2.2, supra), o *assistente de acusação* é o sujeito integrante da relação jurídico-processual cuja presença é facultada, ou seja, cuja presença é prescindível à regular formação da referida relação.

### 2.8.2.2. Quem poderá figurar como assistente

É a determinação do art. 268 do CPP:

**Art. 268 do Código de Processo Penal.** Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.

Significa dizer, portanto, que a posição de *assistente de acusação*, diante da ação penal pública, será ocupada pela pessoa do ofendido, porquanto possui interesse direto na lide, haja vista ter sido a pessoa sobre quem recaíram diretamente os efeitos da ação delituosa, ou, na sua falta ou faltando-lhe *capacidade processual*, por seu representante legal (cônjuge, ascendente, descendente ou irmão).

Tendo isso em mente, não é possível seja o ofendido afastado da relação jurídico-processual.

Nesse caso, permanecerá em posição *aderente* ao autor da ação, ao polo ativo da ação, ou seja, ao Ministério Público, denominando-se *sujeito colateral* ou *parte contingente do processo*.

Importante ressaltar, contudo, que a ocupação da referida posição é facultada ao ofendido, não lhe sendo, portanto, obrigada. É necessário, para tanto, demonstre expresso interesse na participação da relação jurídico-processual.

• • • •

Quanto aos representantes legais do ofendido, porém, insta fazermos alguns comentários. Primeiro, é a determinação do art. 31 do CPP, ora citado:

**Art. 31 do Código de Processo Penal.** No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

De pronto, cumpre informar que o rol acima transcrito é taxativo, ou seja, exaure em si, não admitindo interpretações extensivas ou analógicas.

Quanto à figura do *cônjuge*, não somente em relação àquele com quem se contrai matrimônio é que a lei resguarda o direito de representar o ofendido, estendendo-se tal direito, também, àquele com quem se mantém *união estável*.

Ademais, o rol acima elencado possui *ordem vocacional*, ou seja, apresenta *ordem preferencial* certa que deve ser respeitada quando da representação do ofendido. Incapacitado o ofendido, caberá primeiramente ao cônjuge lhe representar, somente atingindo os demais indivíduos na falta dos antecessores.

Em que pese os indivíduos acima elencados, surge algumas perguntas:

(i) **Poderá o inventariante atuar como assistente da acusação?**

Entende-se por inventariante aquele responsável pela formalização da transmissão do *espólio* do *de cuius* aos seus herdeiros, permanecendo como administrador dos bens até a consolidação formal da sucessão patrimonial.

Respondendo à pergunta: não é possível que o *inventariante* figure como *assistente da acusação* em representação ao ofendido, porquanto, como dito, o rol apresentado no art. 31 é taxativo, não comportando a aplicação de interpretação extensiva ou analógica, salvo se o *inventariante* for, ao mesmo tempo e em relação ao ofendido, qualquer dos entes dispostos no referido artigo.

(ii) **Poderá o Estado atuar como assistente da acusação?**

A pergunta surge, pois há situações em que o Estado figura tanto como *sujeito passivo constante*, como *eventual*. Nesses casos, é possível que atue como *assistente da acusação*?

Inicialmente, a resposta é não, porquanto o Ministério Público, representante do Estado, age em nome do interesse público, fazendo com que a presença do Estado propriamente dito seja desnecessária.

Ocorre, contudo, que há posicionamento doutrinário recente que defende a possibilidade da atuação do Estado como *assistente da acusação*.

Indicam que anteriormente à Constituição Federal de 1988 o Ministério Público era órgão vinculado ao Estado, incumbindo-lhe agir em prol dos *interesses públicos primários* (referentes à sociedade – direitos transindividuais) e *secundários* (interesse do Estado enquanto pessoa jurídica).

A Constituição, porém, foi responsável por dar ao Ministério Público autonomia, não mais exigindo-o aja em defesa dos *interesses públicos secundários*, mas somente em relação aos *primários*.

Nesse sentido, passou a configurar órgão autônomo administrativa, financeira e institucionalmente, compondo novo elemento dos Poderes sem que, contudo, estivesse atrelado a qualquer um deles. O Ministério Público passou a ser um grande defensor da sociedade, agindo, inclusive, em alguns casos, contra os interesses do próprio Estado.

Tendo isso em mente, entendem que em que pese o Ministério Público agir em nome do Estado, não é obrigado a fazê-lo, motivo pelo qual seria possível que o Estado ocupasse a função de *assistente da acusação*, aderindo ao MP no polo ativo da demanda.

(iii) **Poderá o corréu atuar como assistente da acusação?**

A pergunta se dá principalmente nos casos em que o réu é, ao mesmo tempo, vítima do fato criminoso. É o que ocorre, por exemplo, no caso de lesões corporais recíprocas.

Aqui, contudo, vigora o disposto no art. 270 do Código de Processo Penal:

**Art. 270 do Código de Processo Penal.** O co-réu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público.

Significa dizer que não é possível que o mesmo indivíduo ostente, na mesma ação, mais de uma posição processual.

Ainda assim a dúvida permanece: *havendo a absolvição de um dos corréus e a condenação dos demais, é possível que aquele a quem foi destinada a sentença absolutória se habilite como assistente da acusação em face dos demais condenados?* Não é possível, porquanto tal condição somente se tornará inalterável com o trânsito

julgado e, conforme veremos adiante, a atuação do *assistente da acusação* se limite à fase processual, não sendo possível, portanto, a ocorrência da situação acima narrada.

### 2.8.2.3. Natureza da atuação do assistente da acusação

Quanto à atuação do *assistente da acusação*, são três as posições destacadas na doutrina. Vejamos:

(i) Afirma ter a atuação do *assistente da acusação* caráter indenizatório, porquanto o indivíduo que assim atua busca um interesse próprio, consubstanciado no alcance de justa indenização pelos efeitos que sofreu em virtude da ação criminosa.

(ii) Por outro lado, indica que a atuação do *assistente da acusação* tem caráter acusatório, buscando o indivíduo a justa condenação daquele que agiu em desconformidade com as normas penais estabelecidas.

As duas primeiras correntes, porém, não são adotadas pelo ordenamento jurídico, pois apresentam empecilhos práticos. Enquanto a adoção da primeira impede a possibilidade de interposição de recurso diante da condenação do agente, haja vista já ter sido concedida a indenização devida; a segunda corrente impediria o ofendido de ver indenizados os sofrimentos causados pela ação delituosa.

Por esse motivo, surgiu e é adotada a terceira corrente:

(iii) Determina que a atuação do *assistente da acusação* tem, ao mesmo tempo, caráter indenizatório e condenatório, ou seja, busca o assistente a justa condenação do acusado, bem como ter seu sofrimento devidamente indenizado.

### 2.8.2.4. Ingresso do assistente no processo

Para que o *assistente da acusação* integre a relação jurídico-processual, é necessário que, antes, seja habilitado a participar do processo.

Nesse sentido, é a disposição do art. 269 do CPP:

**Art. 269 do Código de Processo Penal.** O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.

Ora, sendo sujeito processual, o momento de atuação do *assistente da acusação* é óbvio, consubstanciando-se pelo tempo em que perdurar o processo. Por isso, é possível requeira sua admissão desde o oferecimento da denúncia ou queixa até que transite em julgado a sentença condenatória, haja vista se tratar do fato que encerra a referida fase.

Significa dizer, portanto, que não existe a figura do *assistente de acusação* perante a fase investigatória, ou seja, diante da fase de *inquérito policial*, da mesma forma que se inadmita sua participação na fase executória.

Importante ressaltarmos, contudo, existir uma exceção:

**Art. 430 do Código de Processo Penal.** O assistente somente será admitido se tiver requerido sua habilitação até 5 (cinco) dias antes da data da sessão na qual pretende atuar.

Nesse caso, portanto, intentando participar do Júri, é necessário que manifeste interesse em até cinco dias da data da sessão em que pretende atuar.

#### 2.8.2.5. Da habilitação do assistente

Para que o indivíduo atue como *assistente da acusação*, é necessário que possua *capacidade postulatória*, ou seja, é necessário que possua ele mesmo habilitação técnica ou se faça representar por profissional habilitado através de instrumento de mandato.

O pedido de habilitação se dará por meio de *petição escrita*, devendo proceder a oitiva do Ministério Público<sup>3</sup> anteriormente à decisão do magistrado, que será, inclusive, irrecorrível, nos moldes do art. 273 do CPP:

**Art. 273 do Código de Processo Penal.** Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão.

Em que pese a impossibilidade de interposição de recurso, é possível seja impetrado *mandado de segurança* (ação autônoma de impugnação), tendo em vista a violação de direito certo e líquido que o Código confere ao acusado ou ao seu representante legal.

Uma vez admitido no processo, passará a ser intimado de todos os atos processuais. Contudo, sua presença é prescindível, porquanto não configura *sujeito processual principal*, mas *secundário*. Significa dizer que a sua ausência não importa na impossibilidade de execução dos atos processuais, haja vista que sua participação é facultativa.

Porém, sua ausência deverá ser justificada, sob pena de não mais ser intimado dos atos processuais praticados, apesar de permanecer na qualidade de parte do processo enquanto *sujeito processual secundário* habilitado. Nesse caso, ou seja, não havendo justificativa da ausência, é necessário proceda diligências com o intuito de conhecer acerca da situação do processo.

Por outro lado, justificando a sua ausência, continuará a ser intimado normalmente.

#### 2.8.2.6. Função do assistente da acusação

A função do *assistente de acusação* consubstancia-se em cinco direitos, quais sejam:

---

<sup>3</sup> **Art. 272 do Código de Processo Penal.** O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente.

(i) **Direito de propor meios de prova** – conforme veremos adiante, *meio de prova* é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, para a comprovação da verdade que se procura no processo. Nesse sentido, é possível que o assistente da acusação proponha qualquer elemento capaz de comprovar a verdade dos fatos.

A dúvida que se insurge, contudo, é em relação às testemunhas: *poderá o assistente da acusação arrolar testemunhas?* Há, aqui, um empecilho temporal prático, porquanto o mesmo elemento que dá início ao período de aceitação da habilitação do *assistente da acusação* é o instrumento pelo qual se arrolará as testemunhas ouvidas durante o processo: a denúncia.

Por isso, entende a parcela majoritária da doutrina não ser possível que o *assistente da acusação* proceda o arrolamento de testemunhas, porquanto não tem capacidade para intervir no momento em que a apresentação do referido rol é exigida.

Nesse sentido, a única possibilidade seria se o juiz, entendendo ser essencial para o escoreito deslinde da causa, requeresse ao *assistente* a indicação de testemunhas a serem ouvidas.

Contudo, vem ganhando força um segundo posicionamento, no sentido de que, não estando habilitado o *assistente* em tempo hábil para apresentar testemunhas, não deveria recair sobre ele os efeitos da preclusão do referido direito, devendo ser permitido que complemente o rol apresentado pelo Ministério Público.

(ii) **Direito de participar ativamente da produção de provas** – portanto, não somente terá direito de propor a produção de provas, mas é possível que participe efetivamente de sua produção. Significa dizer que tem o direito, por exemplo, de apresentar questionamentos às testemunha, pedir esclarecimentos diante da oitiva réu, indicar assistente técnico etc.

(iii) **Direito de aditar o libelo e os articulados** – primeiramente, convém esclarecer que a figura do *libelo* não mais existe no Direito Processual Penal. Tratava-se de peça processual segundo a qual o Promotor de Justiça descrevia suas pretensões perante a segunda fase do júri. Hoje, contudo, somente cabe ao Ministério Público indicar o rol de testemunhas em tal fase.

Determina o Dicionário Jurídico Acquaviva:

Do latim *libellus*, diminutivo de *liber*, livro.

Na linguagem processual, o libelo vem a ser, conforme Hélio Tornaghi, “a expressão articulada do fato criminoso com a indicação do nome do réu, das circunstâncias agravantes previstas na lei penal, dos fatos e circunstâncias que devam influir na fixação da pena ou da medida de segurança eventualmente aplicável. Com a modificação trazida ao CP pela L. 7.209/84, medida de segurança só se aplica ao inimputável (total ou parcialmente) e esse deve ser absolvido na fase de pronúncia (art. 411). Esse é o conceito que se deduz do art. 417 do CPP”. [...]

Quanto aos *articulados*, porém, tratam-se da possibilidade de o *assistente da acusação* apresentar alegações escritas durante o processo, principalmente no que tange às alegações finais.

(iv) **Direito de participar dos debates orais** – sempre que prevista a manifestação oral, tem o assistente o direito de se manifestar. Ou seja, é-lhe garantida a palavra.

(v) **Capacidade e legitimidade recursal** – ao *assistente da acusação* é garantida a legitimidade para interpor recursos. Essa legitimidade recursal, porém, é subsidiária/supletiva, somente podendo ser exercida quando da desídia do Ministério Público. Tanto o é que o prazo recursal do assistente somente se inicia após transcorrido o prazo para a interposição de recurso por parte do Ministério Público.

Ademais, ao assistente também é garantido o direito de arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público e contra-arrazoar os recursos interpostos pelos acusados. Significa dizer que ao assistente é garantido o direito de apresentar as razões juntamente ao Ministério Público, podendo, também, manifestar-se por meio de contrarrazões aos recursos interpostos pela parte contrária.

### **2.8.3. Dos funcionários da Justiça**

Determina o art. 274 do CPP:

**Art. 274 do Código de Processo Penal.** As prescrições sobre suspeição dos juízes, estende-se aos serventuários e funcionários da justiça, no que lhes for aplicável.

Portanto, os elementos referentes à suspeição e impedimento incidirão igualmente nos funcionários da justiça.

# Capítulo 2 – Teoria Geral da Prova

---

## 1. Introdução

Como dissemos quando da introdução deste resumo, os procedimentos que compõem o Direito Processual Penal têm início com o surgimento da lide, consubstanciada pelo conflito de interesses entre o Estado, que visa impor seu *jus puniendi* em desfavor do suspeito de ter praticado infração penal, o qual se insurge, defendendo seu *jus libertatis*.

A resolução da lide incumbe ao juiz a tarefa de recuperar o fato pretérito ocorrido (fato criminoso), buscando conhecer todos os elementos a ele atinentes, alcançando a verdade fática e proferindo sentença justa.

Nesse sentido, todos do atos procedimentais ocorrerão com um único e coincidente objetivo, qual seja, fazer reviver o ato criminoso ensejador da lide, haja vista se tratar do meio pelo qual o magistrado alcançará a verdade.

Por óbvio, portanto, é necessário que o juiz conheça acerca do fato objeto da lide. Para tanto, é necessário que de alguma forma reproduza o fato pretérito/passado, dando-lhe capacidade para, cada vez mais, alcançar entendimento verossimilhante com a realidade.

O mecanismo segundo o qual se intentará reproduzir o fato pretérito é a *prova*.

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, “*prova são os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos*”. Segundo Edilson Mougenot, “*prova é o instrumento utilizado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamentais para o exercício da tutela jurisdicional*”.

Portanto, prova nada mais é que o mecanismos segundo o qual se busca trazer a verdade perante o processo, reproduzindo o fato pretérito, de modo a fazer com que o juiz conheça-o, fazendo incidir o direito no caso concreto e dando solução à lide.

## 2. Conceitos

Anteriormente ao estudo aprofundado de cada um das provas, é necessário que estabeleçamos a conceituação de alguns elementos essenciais.

Nesse sentido, afirma Edilson Mougenot:

O processo é uma atividade racional, voltada à assunção de um objetivo, que é a aplicação do direito para obter a pacificação dos conflitos de interesse que

surjam na sociedade. Nesse contexto, também a prova se pauta por regras e princípios organizados segundo critérios lógicos.

Vejamos:

## 2.1. Objetivo da prova

Entende-se por *objetivo da prova* a finalidade da mesma, ou seja, o fim que se busca com a sua aplicação. Portanto, a partir do raciocínio acima construído, tem-se por objetivo da prova a formação da convicção do juiz, fazendo-o conhecer acerca do fato pretérito objeto da lide, sobre o qual deve fazer incidir o Direito, dando-lhe resolução adequada.

## 2.2. Objeto de prova

Entende-se por *objeto de prova* aquilo sobre o que deve o magistrado adquirir conhecimento adequado para o escorreito deslinde da causa, ou seja, trata-se dos fatos sobre os quais deve possuir conhecimento, entendendo-se por *fato* todo e qualquer acontecimento do mundo exterior.

Nas palavras de Manzini, “*objetos de prova são todos os fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação*”.

Nesse sentido, é necessário que o magistrado saiba organizar os fatos que lhe são noticiados, atendo-se àqueles relevantes para o conhecimento do fato criminoso que é objeto da lide.

Tendo isso em mente, de rigor reconhecemos que nem todo fato será objeto de prova.

### 2.2.1. Não serão objeto de prova

(i) **Fatos inúteis ou irrelevantes** – tem-se por *fatos inúteis* ou *irrelevantes* aqueles que não são aptos a influenciar o deslinde da causa, ou seja, são os fatos cujo conhecimento acerca dos quais é indiferente para a compreensão do objeto da lide.

Presentes ou não, não interferirão na *cognição judicial*.

Contudo, a utilidade ou não dos fatos somente se alcançará na análise concreto de cada caso, devendo o juiz identificá-las e deixar de levantá-las – *frustra probatur quod probantum non relevat*.

(ii) **Fatos notórios** – entende-se por *fatos notórios* aqueles cujo conhecimento não necessita de comprovação prévia, porquanto o conhecimento dele retirado já é certo e definido, não se tratando, portanto, de mera opinião/cognição, não se confundindo, logo, com a denominada *vox populi/vox publica* – *notoria non eget probatione*.

Presume-se que o conhecimento de fato notório faça parte do patrimônio estável do cidadão de cultura média em uma sociedade.

(iii) **Fatos evidentes, intuitivos ou axiomáticos** – tem-se por *fato evidente* ou *intuitivo* aquele cuja percepção já revela a cognição que dele se extrai, sendo, portanto, certo e indiscutível. Basta a simples observação atenta para que dele se tenha certeza. O fato é esclarecido por si e em si, não necessitando de explicações adicionais.

(iv) **Presunções legais** – trata-se de fatos considerados presumíveis em virtude de disposição legal que assim os considera. São duas as espécies de presunção legal:

(iv.i) **Presunção legal absoluta** – trata-se dos fatos presumidos por determinação legal, não sendo possível que contra eles se faça prova em contrário, *iure et de iure*. Podemos citar como exemplo a inimputabilidade dos menores de 18 anos.

(iv.ii) **Presunção legal relativa** – por outro lado, temos por *presunção legal relativa* a qualidade que recai sobre fatos assim considerados em lei, porém sobre os quais é permitida a prova em contrário, ou seja, presume-se desde que não haja comprovação de situação diversa, *iuris tantum*. É exemplo a autenticidade de documento emitido por órgão público.

### 2.2.2. São objeto de prova?

Em que pese temos indicado quais são os objetos de prova e os elementos que não serão assim considerados, há elementos cuja consideração como objeto de prova é uma incógnita. Por isso, cabe a nós discutir acerca de sua natureza probatória.

(i) **Fatos incontroversos** – nas palavras de Mougenot, fatos incontroversos são “aqueles alegados por uma das partes e não contestados pela outra”.

Pergunta-se: *são objeto de prova?*

Serão sim objeto de prova em virtude do *Princípio da Verdade Real*, sendo necessário que haja diligências que busquem confirmar a sua veracidade.

(ii) **Direito** – ainda que com base no Direito, uma vez que dispostos em *norma específica*, restrita a um Estado-Membro ou Município, por exemplo, de *direito estrangeiro* ou *consuetudinária*, é necessário que os fatos indicados por esse meio sejam comprovados, confirmando-se a sua regular existência e vigência.

Em se tratando de norma geral (*federal*), porém, não é necessário que haja a comprovação de sua vigência, porquanto *iura novit curia* (o juiz conhece do Direito).

• • • •

Por fim, perguntemo-nos: *quais fatos serão objeto de prova?* Serão objeto de prova os elementos indicados pelas *fontes de prova*.

### 2.3. Fontes de prova

Entende-se por *fonte de prova* tudo aquilo capaz de indicar os elementos cuja comprovação é imprescindível para o esclarecimento deslinde da causa, ou seja, é tudo aquilo capaz de indicar os objetos de prova. Podemos citar como exemplo a própria *denúncia* ou *queixa* ou *defesa apresentada pelo acusado*, capazes de elencar elementos cuja comprovação deve ser procedida durante o processo e dos quais o juiz intenta conhecer para lhes aplicar o Direito, resolvendo a lide e proferindo sentença justa.

Pergunta-se: *como serão provados os elementos indicados pelas fontes de prova?* A comprovação se dará através dos denominados *meios de prova*.

### 2.4. Meios de prova

Meio de prova é todo fato, documento, alegação ou objeto que possa servir, direta ou indiretamente, para comprovar a verdade relativa ao objeto da lide, o ato criminoso. São, portanto, mecanismos utilizados para a obtenção da prova, ou seja, comprovam os *objetos de prova* indicados pelas *fontes de prova*.

Em outras palavras, são os instrumentos utilizados pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados nos autos.

Quanto aos *meios de prova*, determina o Código:

**Art. 369 do Código de Processo Civil.** As parte 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.

Trata-se da materialização do *Princípio da ampla liberdade da produção de provas* ou *Princípio da ampla liberdade de utilização dos meios de prova*, aplicável ao Processo Penal, igualmente.

Insta informar que há uma distinção em relação aos meios de prova. Vejamos:

(i) ***Meios de prova nominados*** – são assim entendidos os meios de prova previstos pelo Código de Processo Penal, sendo eles:

- (i.i) *Interrogatório* – arts. 185 a 196 do CPP e Lei nº 10.792/03;
- (i.ii) *Acareação* – arts. 229 a 230 do CPP;
- (i.iii) *Depoimento do ofendido* – art. 201 do CPP;
- (i.iv) *Depoimento das testemunhas* – arts. 202 a 225 do CPP;
- (i.v) *Prova pericial* – arts. 158 a 184 do CPP;
- (i.vi) *Reconhecimento de pessoas e coisas* – arts. 226 a 228 do CPP;
- (i.vii) *Prova documental* – arts. 165, 170 e 231 a 238 do CPP;
- (i.viii) *Busca e apreensão* – arts. 240 a 250 do CPP.

(ii) ***Meios de prova inominados*** – por outro lado, entende-se por *meios de prova inominados* aqueles não previstos pelo Código de Processo Penal, porém que ainda

assim podem ser utilizados pelas partes, haja vista a prevalência do *Princípio da Verdade Fática* que rege o Direito Processual Penal.

#### **2.4.1. Princípio da ampla liberdade da produção de provas**

O acima exposto, como dito, é assim determinado em virtude da existência do *Princípio da ampla liberdade da produção de provas* ou da *utilização dos meios de prova*.

Contudo, cumpre ressaltar que o referido princípio não é absoluto. Conforme determina o art. 369 do CPC, anteriormente transcrito, é necessário que os meios de prova sejam *moralmente legítimos*.

Nessa senda, não serão permitidas as seguintes provas:

##### **2.4.1.1. Questões de estado**

Determina o art. 155, parágrafo único, do CPP:

**Art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal.** Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Significa dizer que em que pese a liberdade na utilização dos meios de prova, tratando-se de *questões de estado*, somente é possível que seja feita prova através dos modelos determinados na lei civil.

Por exemplo, a comprovação de contração de casamento não suportará meio de prova diverso, senão a apresentação de certidão que assim determine.

Na mesma senda é a Súmula nº 74 do Superior Tribunal de Justiça:

**Súmula nº 74 do Superior Tribunal de Justiça.** Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

##### **2.4.1.2. Provas proibidas**

Entende-se por *prova proibida* aquela que intenta contra o Direito e cuja produção se dá através da violação de norma jurídica.

As *provas proibidas* são divididas em duas espécies, quais sejam:

###### **2.4.1.2.1. Provas ilegítimas**

Diz-se *prova ilegítima* aquela cuja proibição é constatada pela violação de *norma processual*.

O legislador preocupou-se em estabelecer o procedimento segundo o qual o processo seria regido. A não observância desses critérios processuais previstos em lei gera sanções à parte. A depender da gravidade do vício, é possível se reconheça acerca da referida prova a *irregularidade*, a *nulidade relativa* ou *absoluta* ou até mesmo ser considerada *ato inexistente*.

Podemos citar como exemplo a juntada de documentos fora do prazo processual estipulado.

#### 2.4.1.2.2. Provas ilícitas

Por outro lado, tem-se por *provas ilícitas* aquela cuja proibição reflete na não observância de *norma constitucional ou legal de natureza material*. Conforme determinam os arts. 5º, LVI, da Constituição Federal e 157, *caput* e §3º, do Código de Processo Penal, devem ser desentranhadas do processo:

**Art. 5º da Constituição Federal.** 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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVI – são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

• • • •

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

[...]

§3º. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Interessante fazermos um comentário acerca das alterações geradas pelo *Pacote Anticrime*: em que pese não estar em vigor, prevê disposição segundo a qual o magistrado que tem acesso a *prova ilícita* deverá ser afastado do processo, sendo substituído por outro para que não haja qualquer mácula no entendimento proferido na sentença que possa ser gerado pela prova ilícita desentranhada.

O entendimento é no sentido de que o entendimento do juiz que tem acesso à prova ilícita estaria comprometido, maculado, não mais podendo sendo possível que profira sentença nos autos, visando a imparcialidade daquele que julga.

É a determinação do §5º do art. 157, cujos efeitos foram suspensos por decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

**Art. 157, §5º, do Código de Processo Penal.** O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acordão.

Importante comentar que já existe posicionamento contrário à referida substituição do juiz, porquanto, defendem, faz transparecer que o magistrado tenha agido de má-fé, não se atendo à imparcialidade da Justiça.

Ademais, a substituição do magistrado pode ser movimentação processual que acarrete na morosidade e dificuldade da prestação jurisdicional, principalmente no que se refere às comarcas isoladas e de *vara única*.

• • • •

Além das provas ilícitas propriamente ditas, convém que falemos acerca das provas ilícitas por derivação.

Entende-se por prova ilícita por derivação a prova produzida em virtude de ato ilícito que a antecede, ou seja, a produção da prova não é, em si, ilícita, mas decorrente de ato ilícito anterior.

Para entendermos melhor, é necessário que visualizemos duas teorias, quais sejam:

(i) ***Teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisoness tree)*** – a referida teoria, adotada pelo Código de Processo Penal, determina que a *prova derivada* de fato ilícito deverá ser igualmente assim entendida.

Nas palavras de Edilson Mougenot:

A denominada de teoria ou doutrina “do fruto da árvore envenenada” – também utilizada no singular, “fruto da árvore envenenada” –, literal tradução do inglês (*fruit of the poisonous tree doctrine*), diz respeito a um conjunto de regras jurisprudenciais nascidas na Suprema Corte norte-americana, segundo as quais as provas obtidas licitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. Vale dizer: tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las.

A teoria é assim denominada, porquanto defende que se uma árvore está envenenada os seus frutos também estarão em virtude de estarem a ela ligados e dela derivarem.

Essa teoria, porém, apresenta exceções. São as denominadas *exceção da fonte independente*, *exceção da descoberta inevitável* e *exceção da conexão atenuada*.

Afirmam que mesmo provenientes de meio ilícito, não há o que se falar em *ilicitude* da prova uma vez que não seja possível estabelecer o nexo causal entre esta e o ato ilícito que a antecede ou seja comprovado que a mesma prova seria inevitavelmente produzida no regular andamento do processo e pelos meios lícitos de que dispõe.

É o que determinam os §§ 1º e 2º do art. 157:

**Art. 157 do Código de Processo Penal. [...]**

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

§2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

(ii) **Teoria da proporcionalidade** – por outro lado e indo de encontro à teoria dos frutos da árvore envenenada, a *teoria da proporcionalidade*. Como bem sabemos, a todo momento nos deparamos com situações em que entram em conflito dois ou mais princípios, ocasião na qual há a decisão que aplica um em detrimento do outro.

Grande parte das vezes utiliza-se do *Princípio da Proporcionalidade* para tanto, sopesando-se as consequências da decisão.

No mesmo sentido é a *teoria da proporcionalidade*. Havendo conflito de interesses, sendo um a ilicitude do meio de prova e o outro a licitude da prova que dele deriva, defende a referida teoria que é necessário que haja o sopesamento da violação em detrimento do valor probatório obtido com a admissão da prova derivada, aplicando-se o entendimento que sustenta a permanência da prova, se superior em comparação com o *direito violado*, ou que reconhece a ilicitude, em se tratando de violação que não excede o valor probatório do fato.

Assevera Nelson Nery Jr.:

Se o direito à inviolabilidade da intimidade (CF, 5º, X) e das comunicações telefônicas (CF, 5º, XIII) são garantidos pela Constituição Federal, não menos verdade é que existem outros direitos igualmente tutelados pelo texto constitucional, como, por exemplo, direito à vida e liberdade, mencionados como bens jurídicos de extrema importância, já que vêm no próprio *caput* do art. 5º da Constituição Federal, antes, portanto, da enumeração dos demais direitos fundamentais. Como não pode haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito ou antagônicos, sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma.

• • • •

Antes de encerramos o estudo acerca dos *meios de prova*, convém que falemos especificamente acerca do *desentranhamento*.

São duas as formas de *desentranhamento*, quais sejam:

(i) ***Desentranhamento por meio incidental*** – ocorre quando as partes arguem *exceção de ilicitude*, devendo o juiz apreciar o requerimento, desentranhando a prova no caso de confirmação de sua ilicitude;

(ii) ***Desentranhamento de ofício*** – momento em que o magistrado, de ofício, determina a ilicitude da prova, desentranhando-a, podendo as partes, inclusive, acompanhar o incidente.

## 2.5. Elementos de prova

Entende-se por *elementos de prova* todo elemento direto da utilização dos meios de prova, ou seja, tratam-se de todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do juiz.

Como exemplo, tem-se por meio de prova a *testemunha*, enquanto entende-se por elemento de prova o próprio *testemunho*. Igualmente, a *perícia* é meio de prova, sendo elemento de prova o *resultado que dela provém*. O *ofendido* é o meio de prova, enquanto suas *declarações* são elementos de prova.

## 3. Classificação das provas

### 3.1. Quanto ao objeto

(i) **Direta** – são *diretas* as provas que demonstram o fato de forma imediata, ou seja, demonstram, por si só, os fatos diretamente ligados ao crime. Dá-se pelos *fatos constitutivos do crime*. Ex.: testemunha ocular.

(ii) **Indireta** – por outro lado, entende-se por *indiretas* as provas que comprovam fatos estranhos ao objeto da lide, porém que, ao mesmo tempo, o atingem. Nas palavras de Edilson Mougenot, *afirma um fato que se busque provar*. Ex.: álibi, indícios, presunções e suspeitas.

### 3.2. Quanto ao valor ou efeito

(i) **Plena, perfeita ou completa** – dá-se pelas provas que permitem ao juiz construir convicção plena acerca do fato criminoso, ou seja, é a prova *cabal*, podendo convencer o juiz acerca do caráter condenatório ou absolutório da sentença. Podemos citar como exemplo a prova documental, testemunhal, pericial etc.

(ii) **Não plena, imperfeita ou incompleta** – de outra mão, tem-se por prova *não plena* aquela que é refutável, ou seja, gera dúvida no juiz, não lhe dando suporte para criar as convicções acerca do fato criminoso. Por isso, não necessariamente será capaz de influenciar o caráter condenatório ou absolutório da sentença. Contudo, lembremos, *in dubio pro reo*. São exemplos os indícios e fundada suspeita.

### 3.3. Quanto à fonte

(i) **Pessoal** – dá-se pela prova que apresenta como origem a manifestação humana. São elementos a prova testemunhal, pericial etc.

(ii) **Real** – por outro lado, prova *real* é aquela que se origina em virtude de elementos físicos. Ex.: objetos do crime (arma, faca etc), produtos do crime (cadáver, por exemplo).

### 3.4. Quanto à origem

(i) **Originária** – é a prova fornecida sem que haja intermediários, ou seja, a prova está diretamente ligada ao fato. Ex.: testemunha ocular, pois presencia o crime, dando informações diretas sobre ele.

(ii) **Derivada** – aqui, diferentemente da classificação acima destacada, há elemento que se põe entre a prova e o fato. Ex.: testemunho do testemunho.

#### 4. Da Prova Emprestada

Entende-se por prova emprestada, literalmente, a prova produzida em um processo e aproveitada em outro.

O STJ já se pronunciou no sentido de que somente é possível a adoção de prova emprestada, desde que sua produção tenha observado as normas legais, sendo, portanto, válida, não sendo possível seja o único elemento responsável pela formação da convicção do juiz.

É a ementa do HC de nº 126.302/PR:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO NEGADA. DETERMINAÇÃO DE APENSAMENTO DE PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. UTILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. SEGREGAÇÃO QUE NÃO ESTÁ BASEADA TÃO-SOMENTE NA REITERAÇÃO DELITIVA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA. OFENSA AO ART. 155 DO CPP AFASTADA. LICITUDE E LEGALIDADE NA COLHEITA DA PROVA APENSADA. CIÊNCIA ÀS PARTES. POSSIBILIDADE DE CONTESTAÇÃO PELA DEFESA. CONTRADITÓRIO RESPEITADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DUE PROCESS OF LAW. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. DESENTRANHAMENTO DA ESCUTA TELEFÔNICA QUE NÃO SE MOSTRA DEVIDO. 1. Não estando a decisão que ordenou a preventiva embasada única e exclusivamente nos elementos informativos colhidos através de prova emprestada – escuta telefônica devidamente autorizada judicialmente – justificando-se a prisão também a bem da aplicação da lei penal, diante da evasão do paciente do distrito da culpa, não há o que se falar em desobediência ao previsto no art. 155 do CPP, até porque devidamente motivado o decreto de custódia antecipada. 2. Permitem tanto a doutrina quanto a jurisprudência a utilização de prova emprestada no processo criminal, desde que tenha sido produzida legalmente, ambas as partes dela tenham ciência e seja-lhes garantido o direito ao contraditório. 3. A prova emprestada sub examine é lícita, porque produzida sem violação às normas constitucionais ou legais (art. 157, caput, do CPP), e legítima, vez que obtida em respeito às regras processuais. 4. Não há ofensa ao princípio do due process of law, do qual são corolários os princípios da ampla defesa e do contraditório, diante da juntada em apenso, por ordem judicial, aos autos da ação penal, de cópia de interceptação telefônica produzida através de inquérito policial em que se investigava a continuidade da prática criminosa imputada ao paciente e demais membros de quadrilha especialmente voltada ao cometimento de crimes de contrabando ou descaminho de cigarros oriundos do Paraguai, pois além de não ter sido utilizada como único subsídio para a manutenção da prisão preventiva, com tal procedimento permitiu-se às partes ciência integral do teor das gravações, e, via de consequência, que fossem devidamente contraditadas, antes do julgamento da apelação criminal em curso perante o TRF da 4ª Região. 5. Ademais, a defesa do réu, bem antes de o feito ser encaminhado à Corte originária, teve acesso à integralidade da representação criminal impugnada, e, conseqüentemente, oportunidade de contestar os elementos de prova ali contidos. 6. Ordem denegada (STJ – HC: 126302 PR 2009/0009324-4, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 23/06/2009, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 03/08/2009).

Como visto, portanto, é imprescindível que não seja o único elemento a formar a convicção do magistrado, não se tratando, logo, de prova plena.

Para que seja considerada plena, elenca a doutrina alguns requisitos:

Alguns autores alegam ainda que a prova emprestada não tem a mesma força probante que teve no processo do qual é originária. Dessa forma, para ter eficácia plena, ela deverá obedecer a alguns requisitos apontados pela doutrina: a) colheita em processo que contemple as mesmas partes; b) mesmo fato probando; c) observância, no processo precedente, das mesmas formalidades legais quando da produção probatória; d) observância do princípio do contraditório em relação ao processo em que a prova foi originalmente produzida.

Para finalizar, pergunta-se: *é necessário que o representante do Ministério Público seja o mesmo?* Não, em virtude do *Princípio da Unidade* que rege o Ministério Público, não se faz necessário seja seu representante o mesmo indivíduo em ambos os processos.

## 5. Momentos da Atividade Probatória

A atividade probatória é dividida pelos seguintes momentos:

(i) **Proposição** – trata-se do momento em que a prova é proposta, ou seja, momento em que a prova é requerida;

(ii) **Admissão** – em consequência, a *admissão* é o momento em que a prova requerida passa pelo crivo do julgador, que deve admiti-la ou não. Admitindo-a, presume entender se tratar de elemento probandi essencial para o alcance da *verdade fática* acerca do fato criminoso;

(iii) **Produção** – admitida a prova, a mesma será *produzida*, isto é, realiza-se o ato ou o procedimento por meio do qual a prova será incorporada ao processo;

(iv) **Apreciação** – produzida a prova e manifestando-se as partes sobre ela, caberá ao juiz *apreciá-la*, conferindo-lhe o devido valor probatório em virtude da análise em conjunto com as demais provas.

## 6. Ônus probatório

Determina o art. 156 do Código de Processo Penal:

**Art. 156 do Código de Processo Penal.** 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 de instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

## 6.1. Regra

A partir do acima exposto, extrai-se que a regra determina pertencer o ônus da prova àquele que alegar o fato, ou seja, quem alega deve provar o alegado (*actori incumbit probatio*).

Tendo isso em mente, é possível que delimitemos as incumbências probatórias de cada umas das partes. Vejamos:

(i) **Ônus da acusação** – à acusação incumbirá a prova das imputações feitas em desfavor do acusado, resumidas em: (i.i) *fato e sua autoria*; (i.ii) *as causas de aumento de pena*; e (i.iii) *o dolo e a culpa*;

(ii) **Ônus da defesa** – à defesa incumbirá a prova dos elementos que contradizem os fatos alegados em desfavor do acusado (*et réus in excipiendo fit actor*), consubstanciadas em: (ii.i) *causas de exclusão da antijuridicidade (excludentes de ilicitude)*; (ii.ii) *excludentes de culpabilidade e punibilidade por ela alegados*; (ii.iii) *causas de diminuição de pena*.

## 6.2. Capacidade probatória supletiva ou subsidiária

Além disso, determina o referido artigo a denominada *capacidade probatória supletiva ou subsidiária do juiz*. Significa dizer que o juiz tem capacidade para admitir, de ofício, a produção de provas que entende ser essenciais para o esclarecimento deslinde da causa.

Pergunta-se: *isso não viola a inércia jurisdicional?* Não, porquanto cabe ao julgador, diante da inexistência de elementos probatórios suficientes, busque a produção de provas que o auxiliem a atingir a verdade fática acerca das alegações narradas.

Portanto, é certo que a *capacidade probatória supletiva* do juiz somente surgirá diante da inércia das partes no oferecimento de elementos de prova, ocasião na qual deverá o juiz, de ofício, buscá-las.

Nesse sentido, os incisos do artigo anteriormente transcritos indicam algumas medidas que podem ser tomadas pelo magistrado:

Inc. I – é 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.

Portanto, é possível que o magistrado, notando o caráter *urgente e relevante*, ordene a produção antecipada de provas, inclusive anteriormente ao início da ação penal.

Cumpra ressaltar que para tanto é necessário seja comprovado o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, confirmando o caráter de *urgência* e *relevância* e demonstrando a possibilidade de perda da prova diante da não produção.

Por fim, há posicionamento doutrinário que entende se tratar de disposição inconstitucional, tendo em vista que conferiria ao magistrado *poder de investigação*. Contudo, o entendimento fixado é no sentido de que não há o que se falar em *poder de investigação*, mas em *poder cautelar*, somente permitindo que o juiz requeira e conserve a produção antecipada de prova que poderá se perder se não realizada e que entende ser essencial para a formação de sua convicção.

Hoje, não fosse a suspensão dos efeitos dos dispositivos adicionados pelo Pacote Anticrime, tal capacidade pertenceria ao *juiz de garantias*.

Inc. II – é facultado ao juiz, de ofício:

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

Aqui, diferentemente do caso anteriormente narrado, a ação do juiz ocorre após o início do processo.

Nesse caso, a lei lhe confere capacidade para exigir a realização de diligências que extingam determinada dúvida que recaia sobre determinado fato que julga importante para a formação de sua convicção.

## 7. Princípios da Prova

São os princípios que regem as provas:

### 7.1. Princípio da autorresponsabilidade das partes

Está diretamente ligada ao tópico anterior, uma vez que determina que cabe àquele que alega a produção de prova que confirme o alegado, ressalvando-se, igualmente, a *capacidade probatória subsidiária* ou *supletiva* do juiz.

### 7.2. Princípio da audiência contraditória/bilateral

Determina que toda prova trazida aos autos deve ser apresentada à parte contrária para que dela conheça o teor, dando-lhe oportunidade para que exerça devidamente o seu direito ao *contraditório*.

### 7.3. Princípio da aquisição ou comunhão de provas

Uma vez produzida a prova, como dito anteriormente, passará a integrar o processo. A partir daí passa a integrar um conjunto unitário probatório que pertence a todos os indivíduos que compõem a relação jurídico-processual.

Significa dizer que a prova não somente poderá ser aproveitada por quem a produziu, servindo e podendo ser utilizada por qualquer dos entes que compõem a lide.

### 7.4. Princípio da oralidade

Determina que a prova produzida por meio oral deverá ser preferida em relação àquela que se produz por meio escrito.

Nesse sentido, deve o juiz optar, sempre que possível, pela produção de provas orais, permitindo-lhe analisar de forma mais apurada a prova.

#### **7.5. Princípio da concentração**

As provas, tanto quanto possível, devem ser produzidas perante o mesmo ato, qual seja, a audiência, preferindo-se sejam realizadas o menor número possível de audiências, prezando pela celeridade da prestação jurisdicional.

#### **7.6. Princípio da publicidade**

Para que as provas sejam produzidas, há de se respeitar a o caráter público inerente a todos os atos do processo, salvo as exceções expressamente determinadas:

**Art. 792, §1º, do Código de Processo Penal.** Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder ressaltar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

#### **7.7. Princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)**

Bem conhecido, trata-se do *princípio* que defende a impossibilidade de que qualquer indivíduo seja compelido a produzir provas utilizadas em seu desfavor ou que possam vir a incriminá-lo.

Trata-se da materialização do *direito fundamental* ao silêncio, permitindo que ao indivíduo seja resguardada a não obrigatoriedade de se manifestar quando investigado ou acusado.

Nesse sentido, entende-se que o silêncio não deverá e não poderá ser utilizado contra aquele a quem as alegações são imputadas.

#### **7.8. Princípio do livre convencimento motivado**

Como dito anteriormente, dá-se ao juiz o direito de valorar as provas sem que esteja submetido a qualquer parâmetro anteriormente fixado. Para tanto, contudo, exige-lhe seja utilizado meio de apreciação adequado e racional.

Em seguida veremos quais são os sistemas de apreciação de prova.

## **8. Sistemas de Apreciação da Prova**

### **8.1. Ordálios**

Também conhecido como *juízo de Deus*, tratava-se de sistema *irracional* de apreciação de provas, segundo o qual se acreditava que um ente divino intervinha nos julgamentos, revelando a inocência ou culpa daquele que era acusado.

Tal sistema foi presente nos primórdios do Direito, quando da vigência das normas exclusivamente divinas e consuetudinárias, as quais, acreditava-se, eram confiadas pelos deuses ao rei/imperador.

Podemos citar como exemplo Hamurabi, figura entalhada em rocha onde se encontra o primeiro Código de que se tem conhecimento, o qual recebia de uma figura divida a cunha com a qual deveria cunhar as leis na rocha.

Nesse sistema, o acusado era submetido a uma espécie de prova, sendo a sua condenação condicionada ao resultado da mesma, somente cabendo ao julgador constatá-lo. À título de exemplo, jogava-se o acusado no rio, amarrando-lhe aos pés uma enorme pedra. Sua condenação estava ligada ao fato de se salvar ou não do afogamento.

Hoje, contudo, verifica-se a presença de *sistemas racionais de apreciação de prova*, conforme veremos a seguir.

### **8.2. Sistema da prova legal, da verdade legal ou formal**

O referido sistema não conferia ao juiz a liberdade para apreciar a prova e dar-lhe o devido valor probatório. Aqui, vigia o denominado *princípio da prova tarifada*, segundo o qual cabia ao legislador conferir previamente o valor probatório das provas, somente incumbindo ao juiz conferi-las, realizando a soma de seus valores.

Diz-se da *verdade legal ou formal*, porquanto não se busca a verdade real dos fatos, levando em consideração somente o que está disposto e valorado pela lei.

### **8.3. Sistema da livre convicção, da prova livre ou da íntima convicção**

Antagonicamente ao sistema acima exposto, trata-se do modelo segundo o qual se confere ao juiz total liberdade para apreciar as provas e valorá-las, não havendo qualquer elemento que o impeça de adotar os critérios que lhe convirem.

Tendo isso em mente, entende-se que não é necessário, inclusive, que o magistrado fundamente a sua decisão.

O referido sistema será utilizado perante o *Tribunal do Júri*, porquanto cabe aos jurados a formação de sua convicção puramente através da apreciação das provas.

Nesse sentido, estipula a lei ser necessário possuir *notória idoneidade* para figurar como *jurado*, evitando qualquer desvio quanto à Justiça das decisões:

**Art. 436, caput, do Código de Processo Penal.** O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

#### 8.4. Sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado

Igualmente ao segundo dos sistemas expostos, dá-se ao magistrado total liberdade para realizar a apreciação das provas. Contudo, exige-lhe seja feita em conjunto com as demais provas produzidas no processo.

Ademais, conforme determina o art. 93, IX, da Constituição Federal, é necessário seja a sua decisão fundamentada, impedindo a legislação que somente se baseie em dados informativos da investigação para formar a sua convicção.

Não significa, porém, que as provas produzidas perante o inquérito policial devam ser ignoradas. A legislação somente frisa a utilização da apreciação das provas produzidas durante o processo, devendo o magistrado dar-lhes preferência.

É, inclusive, o sistema adotado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, tendo em vista o disposto no art. 155 do CPP:

**Art. 93 da Constituição Federal.** 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, caput, do Código de Processo Penal.** 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.

É possível notar, através da leitura atenta do dispositivo acima transcrito, estabelecer, a própria lei, as exceções à vedação da decisão fundada exclusivamente por informativos colhidos na investigação. São as exceções, possuindo valor probatório idêntico ao das provas produzidas durante o processo:

(i) **Provas cautelares** – nas palavras de Mougenot, “*são aquelas produzidas antes do momento oportuno, em razão da situação de urgência*”. Trata-se, portanto, da prova produzida a partir da comprovação do *fumus boni iuris e periculum in mora*;

(ii) **Provas não repetíveis** – são aquelas produzidas perante o inquérito policial, cuja reprodução durante o processo seria impossível. São exemplos a prova pericial, interceptação telefônica, busca e apreensão etc;

(iii) **Provas antecipadas** – por fim, entende-se por *prova antecipada*, ressalvando que para a maioria da doutrina são idênticas às provas cautelares, aquelas produzidas a partir do poder geral de cautela do magistrado, ordenando-as

sejam produzidas de ofício em virtude do caráter urgente e relevante para o escorrito deslinde da causa.

## 9. Das Provas Nominadas

### 9.1. Da Perícia

#### 9.1.1. Conceito

Conforme vimos até aqui, a prova tem por objetivo fazer com que o magistrado conheça do fato objeto da lide, de modo que a sua convicção atinja na maior proximidade a *verdade fática*, possibilitando-o proferir sentença justa.

Muitas vezes, porém, o alcance da *verdade fática* se mostra dificultoso, porquanto exige conhecimento técnico-científico específico, o qual, muitas vezes, não possui o magistrado. Nesses casos, faz-se necessário que haja a intervenção de profissional *expert* em área técnica relativa à natureza da prova, o qual deverá proferir laudo capaz de auxiliar o julgador na formação de sua convicção.

A perícia, portanto, nada mais é que a intervenção do profissional *expert* em área técnica, científica ou artística específica no processo, responsável pela emissão de laudo acerca de fatos, circunstâncias ou condições inerentes ao fato punível, a fim de comprová-los e convertê-los em matéria capaz de agregar ao *exercício cognitivo* do juiz.

Nas palavras de Edilson Mougenot:

Perícia é o exame realizado por pessoa que detenha “expertise” sobre determinada área do conhecimento – o perito –, a fim de prestar esclarecimentos ao juízo acerca de determinado fato de difícil compreensão, auxiliando-o no julgamento da causa.

#### 9.1.2. Importância da prova pericial

Tendo em vista que o Direito Processual Penal adota como *Sistema de Apreciação da Prova* o *Sistema da Persuasão Racional ou do Livre Convencimento Motivado*, é necessário que o magistrado leve em conta a apreciação conjunta das provas produzidas no processo para que as valore.

Nesse sentido, a *prova pericial* possui valoração relativa.

Contudo, é de rigor reconhecemos a sua elevada confiabilidade no convencimento e na formação da convicção do juiz, porquanto produzida por profissional *expert* desinteressado na lide, possuidor de conhecimento do qual o magistrado, em regra, não compartilha.

Por isso, é comum seja o laudo aceito em sua integralidade, utilizando-se dele o juiz para a formação de seu entendimento.

### 9.1.3. Do perito

Entende-se por *perito* o *auxiliar* devidamente compromissado com a Justiça e, portanto, estranho às partes, possuidor de conhecimento técnico-científico altamente especializado.

Sendo auxiliar da justiça, lembremos, é necessário a observância quanto ao disposto no art. 112 do CPP, não podendo atuar no processo diante da existência de incompatibilidades ou impedimentos:

**Art. 112 do Código de Processo Penal.** O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

O não respeito ao compromisso prestado perante a Justiça, poderá fazê-lo incidir no crime de *falsa perícia*, previsto no art. 342 do Código Penal:

**Art. 342, caput, do Código Penal.** Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em júízo arbitral:

**Pena** – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

#### 9.1.3.1. Classificação do perito

São as classificações que recaem sobre os peritos:

(i) ***Perito oficial*** – entende-se aquele que, tendo em vista a aprovação em concurso público pertinente, é assim determinado em virtude da ocupação de *cargo público*, compondo o corpo técnico de peritos do Estado;

(ii) ***Perito não oficial*** – por outro lado, *perito não oficial* é aquele que, apesar da especialização em área de interesse no processo, não ocupa *cargo público*, não compondo, portanto, o corpo técnico de peritos do Estado. Estes somente serão nomeados na falta do acima citado.

Nesse sentido, determina o art. 159, *caput* e §§ 1º e 2º, do CPP:

**Art. 159 do Código de Processo Penal.** O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

**§1º.** Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

**§2º.** Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

### 9.1.3.2. Requisitos para ser perito

Além do disposto no artigo anteriormente transcrito, o art. 279 do CPP elenca os indivíduos que não poderão desempenhar as funções de perito. Vejamos cada um deles isoladamente.

De proêmio, são os requisitos para que o indivíduo atue como perito no processo:

- (i) **Seja pessoa idônea;** e
- (ii) **Seja portador de diploma de curso superior.**

Por outro lado, determina o art. 279:

**Art. 279 do Código de Processo Penal.** Não poderão ser peritos:

I – os que estiverem sujeitos à interdição de direito mencionada nos ns. I e IV do art. 69 do Código Penal<sup>4</sup>;

II – os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;

III – os analfabetos e os menores de 21 anos.

Portanto, em que pese as requisitos que admitem o indivíduo como perito, não poderão desempenhar tais funções aqueles que:

- (i) **Não estar sujeito ao impedimento para o exercício de função pública ou exercício de profissão que exija habilitação especial ou licença do Poder Público;**
- (ii) **Não ter prestado depoimento no processo ou opinado sobre o objeto da perícia;**
- (iii) **Não ser analfabeto;**
- (iv) **Não ser menor de 21 anos.**

### 9.1.3.3. Quantidade de peritos

Como vimos através das disposições anteriormente elencadas, tratando-se de *perito oficial*, basta que seja nomeado um profissional habilitado para a confecção de laudo técnico, salvo em se tratando de *perícia complexa* que envolva mais de uma área do conhecimento, ocasião na qual devem ser nomeados tantos peritos quanto forem necessários para a formação da convicção do magistrado acerca da referida prova. É o que determina o art. 159, §7º, do CPP:

**Art. 159, §7º, do Código de Processo Penal.** Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.

---

<sup>4</sup> **Art. 47 do Código Penal (Redação dada pela Lei nº 7.209/84).** As penas de interdição temporária de direitos são:

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;  
II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.

Contudo, tratando-se de *perito não oficial*, exige a lei sejam nomeados, no mínimo, dois indivíduos.

#### 9.1.3.4. Do compromisso

Como visto, ambos os peritos atuam sob o compromisso de executarem suas funções de forma idônea, sob pena de incorrerem no crime de *falsa perícia*.

Quanto ao *perito oficial*, não é necessário seja o compromisso prestado no processo, porquanto a sua nomeação em decorrência da aprovação em concurso público específico já inclui a realização do referido ato, presumindo-se saiba suas obrigações, devendo agir de forma idônea.

Por outro lado, tratando de *perito não oficial*, é necessário seja o compromisso prestado no processo, conforme estipula o art. 159, §2º, do CPP, já por nós transcrito.

#### 9.1.3.5. Dos deveres do perito

São os deveres do perito:

(i) Uma vez nomeados não poderão se recusar a executar a perícia, salvo motivo relevante, devidamente justificado;

(ii) Intimado, não poderá deixar de atender ao juízo;

(iii) Designada a data e local do exame, não poderá deixar de comparecer;

(iv) Deverá produzir o laudo nos prazos estabelecidos, não podendo agir de modo contrário.

#### 9.1.3.6. Das penalidades

Como dito anteriormente, não observando o seu compromisso perante a Justiça, é possível seja o perito acusado pela prática do crime de *falsa perícia*, disposto no art. 342 do Código Penal (anteriormente transcrito).

Contudo, não é somente essa a penalidade que recai sobre o perito.

A não observância de seus deveres pode acarretar em pena de multa, bem como se intimado, mas não comparecer em juízo, em sua condução coercitiva.

#### 9.1.3.7. Do perito assistente

Conforme vimos anteriormente, para que o perito exerça tal função, é necessário que atenda a alguns requisitos prévios (vide tópico 9.1.3.2. *Requisitos para ser perito*). Atendidos os requisitos, cabe ao juiz nomeá-lo.

Ocorre que a legislação também prevê que as partes indiquem *assistentes técnicos*, aos quais incumbe, após a admissão do magistrado, apresentar questões e impugnações ao laudo apresentado pelo *perito oficial* ou *não oficial* nomeado pelo juízo, nos moldes do art. 159, §4º, do CPP:

**Art. 159, §4º, do Código de Processo Penal.** O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

Para tanto, é possível que a parte requeira seja o material disponibilizado ao perito judicial igualmente oferecido ao *perito assistente*, de modo que possa proceder com suas análises, apresentando novo parecer acerca da prova.

É o que determina o art. 159, §5º, II, do CPP:

**Art. 159, §5º, do Código de Processo Penal.** Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

[...]

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

Notemos, não se trata de perito nomeado pelo juízo, mas pelas partes. Nesse sentido, não recai sobre eles a necessidade de compromisso perante o juízo, da mesma forma que não os atinge os elementos ensejadores de suspeição ou impedimento, nem lhes está sujeita a incriminação por *falsa perícia*, porquanto nomeados pelas partes em virtude da confiança que neles é depositada.

Contudo, é possível que lhes seja imputada a prática de crimes diversos, como a *falsidade ideológica*.

#### 9.1.3.8. Nomeação dos peritos

Aqui, faremos uma breve revisão da nomeação dos *peritos* já explicados (vide tópico 9.1.3.9. *Classificação dos peritos*, supra), adicionando conhecimento acerca da nomeação de *peritos por meio de carta precatória*. Vejamos:

(i) ***Perito oficial*** - em se tratando de perito que ocupa *cargo público* vinculado a órgão estatal, basta seja a requisição endereçada ao referido órgão, cabendo-lhes a indicação de *perito habilitado*:

**Art. 178 do Código de Processo Penal.** No caso do art. 159, o exame será requisitado pela autoridade ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelos peritos.

(ii) ***Perito não oficial*** – somente ocorrendo diante da ausência de *peritos oficiais*, caberá ao magistrado proceder a nomeação dos dois peritos exigidos em lei, não havendo o que se falar em intervenção das partes:

**Art. 179, caput, do Código de Processo Penal.** No caso do §1º do art. 159, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos, e se presente ao exame, também pela autoridade.

(iii) ***Nomeação por carta precatória*** – determina o art. 177 do CPP:

**Art. 177 do Código de Processo Penal.** No exame por precatório, a nomeação dos peritos far-se-á no juízo deprecado. Havendo, porém, no caso de

ação privada, acordo das partes, essa nomeação poderá ser feita pelo juiz deprecante.

**Parágrafo único.** Os quesitos do juiz e das partes serão transcritos na precatória.

Portanto, tratando-se de *perito* que se encontra em comarca diversa de onde pertence o juízo competente, é necessário seja a intimação realizada por meio de carta precatória, cabendo, em regra, ao *juízo deprecado* nomeá-lo, salvo quando se tratar de *ação penal privada*, situação na qual, diante do consenso das partes, poderá o *juízo deprecante* fazê-lo.

Aqui, interessante ressaltar que os quesitos serão igualmente formulados por meio de *carta precatória*.

#### 9.1.4. Realização da perícia

A realização da *perícia* poderá se dar tanto diante do *inquérito policial*, como durante o processo. Vejamos cada uma delas:

##### 9.1.4.1. Perícia no inquérito policial

Para que assim proceda, é necessário seja requerida pela autoridade policial, pelo magistrado, pelo Ministério Público ou a requerimento do ofendido ou do acusado. Ou seja, não se trata de procedimento preestabelecido, mas cuja execução somente se dará pela manifestação daqueles que compõem a *investigação*.

Ademais, realizada perante a *investigação*, elemento de natureza inquisitiva, será assim também entendido. Significa dizer que em face da perícia feita no *inquérito policial* não há o que se falar em *contraditório*.

##### 9.1.4.2. Perícia no processo

Por outro lado, a *perícia* realizada durante o processo poderá ocorrer em virtude de atuação *ex officio* do magistrado ou a requerimento de qualquer das partes.

Aqui, ainda que haja manifestação das partes a favor da procedência da *perícia*, poderá o magistrado, entendendo não se tratar de elemento necessário para a formação de sua convicção, negar-lhes acolhimento.

Diferentemente da *perícia* realizada quando da fase *investigativa*, a perícia executada no processo dá às partes direito ao *contraditório*. Nesse sentido, compõe-se o *contraditório*, basicamente, por três ações distintas, quais sejam:

(i) ***Formulação de quesitos*** – quesitos são as indagações formuladas pelas partes anteriormente à confecção do laudo pericial, as quais deverão ser pelo perito respondidas no referido laudo;

(ii) ***Indicação de assistente técnico*** – como vimos anteriormente, a legislação garante às partes a possibilidade de nomear-lhes *assistente técnico*, responsável pela

criação de *pareceres* acerca do laudo apresentado em juízo pelo *perito técnico* do juízo. Não somente isso, mas é possível que o referido *assistente técnico* seja inquirido pelas partes durante o interrogatório, de modo a refutar ou confirmar fatos apresentados no laudo;

(iii) **Requerimento da oitiva do perito para que preste esclarecimentos** – por fim, é possível requeiram as partes a submissão do *perito técnico do juízo* a oitiva, visando questioná-lo sobre os pontos abordados no laudo pericial acostado. Nesse caso, respeitar-se-á o disposto no art. 159, §5º, I, do CPP:

**Art. 159, §5º, do Código de Processo Penal.** Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandato de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar.

#### 9.1.4.3. Divergência entre peritos

Pergunta-se: *é necessário que os peritos nomeados cheguem a um consenso?* Não, não é necessário. Nesse caso, ou seja, havendo divergência, poderá o magistrado nomear tantos peritos quanto forem necessários para cessar a divergência. É a determinação do art. 180 do CPP:

**Art. 180 do Código de Processo Penal.** Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.

Portanto, divergindo dois peritos, nomear-se-á um terceiro. Caso o terceiro não coadune com os laudos apresentados pelos anteriores, é possível seja requerido novo perito para a realização de outro exame.

#### 9.1.5. Do laudo pericial

Entende-se por laudo pericial o documento produzido pelo *perito habilitado*, segundo o qual expressará as conclusões a que chegou com o exame da prova, de modo a tentar esclarecer o fato, auxiliando na construção da convicção do juiz.

Prevê o *caput* do art. 160 do CPP:

**Art. 160, caput, do Código de Processo Penal.** Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde escreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.

##### 9.1.5.1. Divisão do laudo

A partir da redação do artigo acima transcrito, é possível seja o laudo pericial seccionado em quatro partes, quais sejam:

(i) **Preâmbulo** – trata-se da introdução do laudo pericial, ocasião na qual cabe ao perito qualificar-se, apresentando o objeto de sua perícia;

(ii) **Exposição** – é a seção em que adicionará tudo o que foi observado por meio da realização da perícia;

(iv) **Discussão** – dá-se pela *análise crítica* dos fatos observados, devendo o perito expor os argumentos, razões ou motivos pelos quais funda o seu parecer;

(iv) **Conclusão** – é a parte final do laudo, devendo o perito revelar seu parecer, respondendo, ainda, todos os quesitos levantados pelas partes da relação jurídico-processual.

#### 9.1.5.2. Prazo

O prazo para apresentação do laudo pericial é de dez dias a contar da nomeação do perito, nos termos do parágrafo único do art. 160:

**Art. 160, parágrafo único, do Código de Processo Penal.** O laudo pericial será elaborado no prazo máximo de 10 dias, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos.

#### 9.1.5.3. Do pedido de esclarecimentos e da recusa do laudo pericial

De proêmio, não observando o perito nomeado as devidas formalidades ou notando-se obscuridades, omissões ou contradições no laudo pericial, é possível que o magistrado requerida ao perito esclarecimentos. Em se tratando de fundamentada necessidade, poderá a autoridade requerer seja produzido novo exame por outros peritos, inclusive.

É o que aduz o art. 181 do CPP:

**Art. 181 do Código de Processo Penal.** No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo.

**Parágrafo único.** A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Ademais, convém informarmos que quanto ao laudo pericial vige o *sistema liberatório*. Significa dizer que o magistrado não se encontra vinculado aos elementos descritos no laudo, podendo rejeitá-lo ou aceitá-lo no todo ou em parte, nos moldes do art. 182 do CPP:

**Art. 182 do Código de Processo Penal.** O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

#### 9.1.5.4. Domínio técnico

É importante que toquemos em um ponto crucial. Como dissemos quando do início do estudo da perícia, conceituamos o *perito* como o profissional habilitado, detentor de título oficial em virtude de aprovação em concurso específico,

conhecedor de área técnico-científico-artística específica, cujo objetivo é auxiliar o magistrado a formar sua convicção, esclarecendo fatos que necessitem de conhecimentos de que não detém o magistrado.

Nesse sentido, pergunta-se: *é possível que o magistrado dispense a atuação do perito em se tratando de perícia em área técnico que detém conhecimento específico, procedendo ele mesmo a análise da prova?* Não! Ainda que o magistrado detenha conhecimento específico necessário à análise da perícia, deve nomear perito técnico.

#### **9.1.6. Classificação dos crimes**

São as classificações dos crimes, de suma importância para a procedência da perícia:

##### **9.1.6.1. *Delicta facti permanentis* (crime não transeunte)**

Assim se entendem os crimes cuja execução produz elementos/evidências materiais externas, modificando o ambiente em que ocorreram. Significa dizer que o cometimento do crime é claro, porquanto dele se extraem elementos que o comprovam.

Podemos citar como exemplo a relação direta entre o cadáver e o crime de homicídio, sendo aquele *evidência* desse. Igualmente está o obstáculo rompido para o crime de furto que incide na referida qualificadora ou o *cheque sem fundos* para o crime de estelionato nessa modalidade.

##### **9.1.6.2. *Delicta facti transeuntis* (crime transeunte)**

De outra mão, tem-se por *crime transeunte* o crime de cuja execução não se produz elementos externos, ou seja, não há evidências do cometimento do crime.

É o que ocorre, por exemplo, no crime de ameaça ou em qualquer dos crimes contra a honra, quando praticados de forma verbal e sem que haja registros.

#### **9.1.7. Do vestígio**

É de notar que o elemento diferenciador das classificações acima transcritas é a figura do *vestígio*.

*Vestígio* nada mais é que todo o material apreensível por meio dos sentidos, cuja produção se deu diretamente em virtude da ação delituosa. Trata-se dos *elementos externos* de que comentamos no tópico anterior.

Estando diretamente ligado ao cometimento do crime, é imprescindível ocorra uma análise minuciosa sobre ele, visando, por meios retrocedentes, alcançar o modo como procedeu a ação criminosa. Nesse sentido, determina o *caput* do art. 158 e o §3º do art. 158-A do CPP:

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

[...]

**Art. 158-A, §3º, do Código de Processo Penal.** Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal.

Para que o entendamos em sua integralidade, convém que conceituemos alguns elementos:

#### **9.1.7.1. Corpo de delito**

Entende-se por *corpo de delito*, nas palavras de Edilson Mougenot:

O corpo de delito é o conjunto dos vestígios – ou seja, elementos apreensíveis por meio dos sentidos – deixados pelo crime. Não se restringe, portanto, aos vestígios relativos ao corpo físico da vítima do delito.

Ou seja, coincide com o conceito do próprio *vestígio*, porquanto é a materialização do crime por meio de elementos sensíveis.

Importante o comentário do doutrinador, de modo a relevar a não coincidência entre o elemento *corpo de delito* e o cadáver da vítima. Enquanto este sempre será parte do *corpo de delito*, esse nem sempre será compreendido por aquele.

#### **9.1.7.2. Exame do corpo de delito**

Seguindo o raciocínio:

Já o exame de corpo de delito é a perícia feita nesses vestígios.

Logo, sendo o *corpo de delito* a própria materialização do crime, o exame do mesmo é a comprovação, por meio de perícia, dos elementos objetivos do tipo.

É, portanto, o exame *inspeccional* do fato, por meio do qual se busca reconstruí-lo, almejando alcançar a verdade fática segundo a qual se executou o crime.

##### **9.1.7.2.1. Espécies de exame do corpo de delito**

São duas as espécies de *exame de corpo de delito*, conforme podemos constatar quando da leitura do *caput* anteriormente transcrito, quais sejam:

(i) **Exame do corpo de delito direto** – entende-se pelo exame executado sobre o próprio *corpo de delito*. Nesse caso, cabe ao perito analisar diretamente os elementos externos produzidos quando da prática da infração penal;

(ii) **Exame do corpo de delito indireto** – por outro lado, trata-se do exame que recai sobre elementos cuja produção não se deu diretamente em virtude da prática do crime, tendo, portanto, origem diversa. Contudo, insta informar que o *exame de corpo de delito indireto* é imprescindível para a realização do *exame direto*, porquanto revela informações que permitem alcançar o *corpo de delito*, de fato.

### 9.1.7.2.2. Obrigatoriedade do exame do corpo de delito

De acordo com o enunciado no *caput* do art. 158 do CPP: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

Portanto, o *exame de corpo de delito* sempre ocorrerá quando se tratar de crimes *não transeuntes*, ou seja, sempre ocorrerá diante da existência de vestígios.

O referido artigo, ainda, indica duas situações diante das quais o *exame de corpo de delito* será investido de caráter urgente. Vejamos:

**Art. 158, parágrafo único, do Código de Processo Penal.** Dar-se-á prioridade à realização do exame do corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

I – violência doméstica e familiar contra mulher;

II – violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

Trata-se da materialização da proteção daqueles sobre os quais recai a condição de *hipossuficientes* ou *vulneráveis*, nos termos da lei.

### 9.1.7.2.3. Da não suficiência da confissão

Por fim, importante destacar que a confissão não é suficiente para suprir a necessidade da produção de prova por meio do *exame de corpo de delito*.

Significa dizer, portanto, que, em havendo confissão que revele informações acerca do *corpo de delito*, ainda sim é necessário proceda a realização do exame.

Inclusive, a não execução do *exame de corpo de delito* acarretará em nulidade, salvo diante do desaparecimento dos elementos que compõem o *corpo de delito*, ocasião na qual poderá o referido exame ser suprido por meio de prova *testemunhal*.

É o que determinam os arts. 167 e 564, III, *b*, do Código de Processo Penal:

**Art. 167 do Código de Processo Penal.** Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

[...]

**Art. 564 do Código de Processo Penal.** A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

**b)** o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167.

### 9.1.8. Cadeia de custódia

#### 9.1.8.1. Conceito

Define o art. 158-A, *caput* e §§ 1º e 2º:

**Art. 158-A do Código de Processo Penal.** 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 conhecimento até o descarte.

§1º. O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§2º. O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

Entende-se por *cadeia de custódia* a sistematização de procedimentos que objetivam a preservação do valor probatório da prova pericial caracterizada, mais precisamente, da sua autenticidade (Rogério Sanches).

Em outras palavras, de forma simplificada, tem-se por *cadeia de custódia* as ações executadas com o intuito de preservar as condições dos vestígios encontrados, procedendo o seu registro/documentação, de modo que estejam em condições de atender ao juízo, quando necessário, até que esse determine o seu descarte, ou seja, até que não mais sejam úteis para a formação da convicção do magistrado.

Conforme determina o artigo acima transcrito, a *cadeia de custódia* se inicia quando do conhecimento da ação delituosa, ocasião na qual deve a autoridade policial proceder a preservação do local do crime, ficando responsável por cada um dos vestígios aquele que reconheça o potencial interesse desses para o deslinde da causa.

#### 9.1.8.2. Etapas da cadeia de custódia

A legislação foi responsável por estabelecer as etapas da cadeia de custódia, bem como indicar cada uma das fases que compõem as etapas. Por isso, somente indicaremos a divisão quanto às fases, transcrevendo a norma na íntegra.

Pois bem, é a determinação do art. 158-B do CPP:

**Art. 158-B do Código de Processo Penal.** A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas...

(i) **Fase externa** – é compreendida pelas seguintes etapas:

(i.i) **Reconhecimento** (inc. I):

I – reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial.

(i.ii) *Isolamento* (inc. II):

II – isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local do crime

(i.iii) *Fixação* (inc. III):

III – fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local do crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento.

(i.iv) *Coleta* (inc. IV):

IV – coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza.

(i.v) *Acondicionamento* (inc. V):

V – acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento.

(i.vi) *Transporte* (inc. VI):

VI – transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse.

(i.vii) *Recebimento* (inc. VII):

VII – recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimentos e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu.

O entendimento é de que a referida fase é da responsabilidade dos *agentes policiais*.

(ii) **Fase interna** – são as etapas:

(ii.i) *Processamento* (inc. VIII):

VIII – processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito.

(ii.ii) *Armazenamento* (inc. IX):

IX – armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de

contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número de laudo correspondente.

(ii.iii) *Descarte* (inc. X):

X – descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial.

A responsabilidade durante esta fase é do *instituto pericial*.

### 9.1.9. Perícias em espécie/perícias e tipos penais

O legislador teve a preocupação de dispor acerca da prova pericial diante de determinados crimes, conforme veremos a seguir:

#### 9.1.9.1. Perícias cadavéricas

(i) **Autópsias** – entende-se por *autópsia* a perícia executada no cadáver anteriormente ao sepultamento. Em regra, analisa-se, por primeiro, a parte externa do corpo, levando-se em consideração elementos como a indumentária e objetos que acompanhem o corpo, para, então, proceder a análise das partes internas do corpo, visando, aqui, a determinação da *causa mortis*.

Importante salientar que a *autópsia* não somente possui o propósito acima informado, porquanto também é fundamental para determinar a *dinâmica do evento criminoso*, sendo capaz, por exemplo, de determinar a quantidade de lesões relevantes para o evento morte.

Determina o art. 162 do CPP:

**Art. 162 do Código de Processo Penal.** A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que posse ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

**Parágrafo único.** Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

(ii) **Exumação** – dá-se pelo exame realizado após o seu sepultamento. Aqui, busca-se a obtenção de novas informações acerca do crime ou quando não se cogitava ter ocorrido por meio violento.

Cabe a pergunta: *é necessário que família autorize a realização do procedimento?* Tratando-se de ato processual, não há o que se falar em necessidade de autorização de terceiros, porquanto prevalece o *interesse público*.

A preocupação do legislador, contudo, é quanto a identificação do cadáver certo a ser examinado. Vejamos:

**Art. 163 do Código de Processo Penal.** Em caso de exumação para exame cadavérico, a autoridade providenciará para que, em dia e hora previamente marcados, se realize a diligência, da qual se lavrará auto circunstanciado.

**Parágrafo único.** O administrador de cemitério público ou particular indicará o lugar da sepultura, sob pena de desobediência. No caso de recusa ou de falta de quem indique a sepultura, ou de encontrar-se o cadáver em outro lugar não destinado a inumações, a autoridade procederá às pesquisas necessárias, o que tudo constará do auto.

**Art. 164 do Código de Processo Penal.** Os cadáveres serão sempre fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida do possível, todas as lesões externas e vestígios no local do crime.

**Art. 165 do Código de Processo Penal.** Para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame provas fotográficas, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados.

**Art. 166 do Código de Processo Penal.** Havendo dúvida sobre a identidade do cadáver exumado, proceder-se-á ao reconhecimento pelo Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênera ou pela inquirição de testemunhas, lavrando-se auto de reconhecimento e de identidade, no qual se descreverá o cadáver, com todos os sinais e indicações.

**Parágrafo único.** Em qualquer caso, serão arrecadados e autenticados todos os objetos encontrados, que possam ser úteis para a identificação do cadáver.

#### 9.1.9.2. Perícia em lesão corporal

Nesse caso, busca-se averiguar a natureza e gravidade das lesões sofridas pela vítima. Para tanto, é de suma importância seja executada tão logo possível, tendo em vista o caráter transeunte das lesões.

Em que pese o acima destacado, o legislador destacou duas situações em que a perícia ocorrerá em momento diverso, quais sejam:

(i) Em se tratando de perícia complementar, ocasião na qual o perito terá em mãos o laudo inicial, de modo que possa proceder a sua retificação e devida complementação;

(ii) Tratando-se de exame que busca determinar a gravidade da lesão, nos moldes do art. 129, §1º, I, do Código Penal<sup>5</sup>, deverá ser realizado tão logo atinja 30 dias da data do fato.

É a disposição do art. 168 do CPP:

**Art. 168 do Código de Processo Penal.** Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor.

---

<sup>5</sup> **Art. 129, §1º, do Código Penal.** Se resulta:

I – incapacidade para ocupações habituais, por mais de trinta dias.

[...]

**Pena** – reclusão, de um a cinco anos.

§1º. No exame complementar, os peritos terão presente o auto de corpo de delito, a fim de suprir-lhe a deficiência e retificá-lo.

§2º. Se o exame tiver por fim precisar a classificação do delito no art. 129, §1º, I, do Código Penal, deverá ser feito logo que decorra o prazo de 30 dias, contado da data do crime.

§3º. A falta de exame complementar poderá ser suprida pela prova testemunhal.

### 9.1.9.3. Perícia e local do crime

Como vimos quando do estudo da *cadeia de custódia*, é de suma importância a preservação do local do crime e dos elementos que o compõem, porquanto pode relevar fatos essenciais na compreensão do fato criminoso, cabendo à autoridade policial a sua conservação até que cheguem ao local os peritos criminais.

**Art. 6º do Código de Processo Penal.** Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais.

[...]

**Art. 169 do Código de Processo Penal.** Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

**Parágrafo único.** Os peritos registrarão, no laudo, as alterações do estado das coisas e discutirão, no relatório, as consequências dessas alterações na dinâmica dos fatos.

### 9.1.9.4. Perícia e exames laboratoriais

Aqui, ateu-se o legislador quanto à reserva de material suficiente no caso de ser necessário a produção de contraprova.

**Art. 170 do Código de Processo Penal.** Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou micrográficas, desenhos ou esquemas.

### 9.1.9.5. Perícia e destruição ou rompimento de obstáculos ou escalada no crime de furto

Nesse caso, a perícia deverá indicar os instrumentos que fazem presumir ter ocorrido a incidência das referidas qualificadoras, bem como indicar a época do evento.

**Art. 171 do Código de Processo Penal.** Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.

#### 9.1.9.6. Avaliação

A *avaliação*, caracterizada pela análise dos elementos que constituem ou sejam produtos do crime, é de suma importância diante dos crimes contra o patrimônio, porquanto permite seja aplicada diminuição de pena quando se tratar de *crime de pequena monta*.

**Art. 172 do Código de Processo Penal.** Proceder-se-á, quando necessário, à avaliação de coisas destruídas, deterioradas ou que constituem produto do crime.

**Parágrafo único.** Se impossível a avaliação direta, os peritos procederão à avaliação por meio dos elementos existentes nos autos e dos que resultarem de diligências.

#### 9.1.9.7. Perícia e crime de incêndio

Nesse caso, é necessário que o perito se atenha a três elementos específicos: (i) a causa e o lugar que iniciaram o incêndio, (ii) o perigo que trouxe à vida e ao patrimônio de terceiro e (iii) qualquer outro elemento que interesse à elucidação do fato.

**Art. 173 do Código de Processo Penal.** No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

#### 9.1.9.8. Perícia grafotécnica

Trata-se de exame por meio do qual se busca incongruências caligráficas que possibilitem a identificação do autor de determinado documento.

É o procedimento, nos moldes do art. 174 do CPP:

**Art. 174 do Código de Processo Penal.** No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte:

I – a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada;

II – para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida;

III – a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados;

IV – quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

### 9.1.9.9. Perícia e instrumentos do crime

Trata-se de perícia realizada nos instrumentos com os quais se procedeu a execução da prática delituosa. Nesse caso, busca-se a obtenção da natureza e eficiência dos elementos, ou seja, suas qualidades e características e sua aptidão para produzir o resultado tal qual ocorreu no crime.

**Art. 175 do Código de Processo Penal.** Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

## 9.2. Do interrogatório

### 9.2.1. Conceito

Previsto nos arts. 185 a 196, trata-se do segundo meio de prova nominado disposto no Código de Processo Penal.

Entende-se por interrogatório, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci: “... o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo, inclusive, indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação.”

Em outras palavras, *interrogatório* nada mais é que o ato pelo qual o acusado tem contato direto com o magistrado, ocasião na qual lhe é conferido o direito de narrar de forma defensiva os fatos a ele imputados. Além disso, compete ao juiz, se conveniente, fazer-lhe perguntas, reservando-se o direito de permanecer em silêncio o acusado sem que tal fato seja usado em seu desfavor.

### 9.2.2. Natureza jurídica

Não há unanimidade doutrinária quando se discute a natureza jurídica do *interrogatório*. Por isso, são quatro as teorias defendidas. Vejamos:

(i) **José Mariano Correio de Camargo Aranha** – o referido doutrinador entende que o *interrogatório* possui natureza jurídica *legalista*. Significa dizer que entende o *interrogatório* como sendo um meio de prova, porquanto fornece ao magistrado elementos capazes de formar a sua convicção;

(ii) **Fernando da Costa Tourinho Filho** – a posição defendida entende que o *interrogatório* não configura um meio de prova, tendo em vista não conduzir o magistrado, necessariamente, à verdade fática, pois é reservado ao acusado o direito de permanecer em silêncio, bem como, inclusive, o direito de mentir ou omitir fatos. Nesse sentido, entende se tratar de *meio de defesa*;

(iii) **Guilherme de Souza Nucci** – é a teoria mais recente, defendendo que em que pese possuir ambas as naturezas, prevalece aquela que entende se tratar de *meio de prova*;

(iv) **Julio Fabrinni Mirabete** – posição majoritária, entende que o interrogatório possui natureza mista, sendo, portanto, tanto meio de prova, como meio de defesa.

### 9.2.3. Necessidade do interrogatório

Estando o *acusado* presente, ou seja, sabendo-se a sua localização, é necessário seja realizado o seu interrogatório, sob pena de nulidade do processo, nos termos dos arts. 185 e 564, III, e, do CPP. Significa dizer, portanto, que diante da ausência do acusado e consequente não realização do interrogatório, não há o que se falar em nulidade.

**Art. 185, caput, do Código de Processo Penal.** 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.

[...]

**Art. 564 do Código de Processo Penal.** A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa.

### 9.2.4. Momento do interrogatório

(i) **Inquérito policial** – é a disposição do art. 6º, V, do CPP:

**Art. 6º do Código de Processo Penal.** Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

[...]

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

(ii) **Auto de prisão em flagrante delito** – aduz o art. 304 do CPP:

**Art. 304 do Código de Processo Penal.** 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 o interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§1º. Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§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.

§4º. Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

(iii) **Ao final da audiência de instrução** – tratando-se da regra do art. 400 do CPP. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, através de *Tese de Repercussão Geral*, a regra contida no referido artigo de que o interrogatório deve ser o último ato da audiência se estende para toda a legislação penal especial, inclusive à Lei de Drogas, objeto de discussão recente. É o entendimento repercutido por meio da Tese de Repercussão Geral:

**EMENTA:** Interrogatório judicial. Natureza jurídica (*meio de defesa*). Ato que confere essência à garantia do contraditório. Efetivação do interrogatório como último ato da instrução processual penal (CPP, art. 400). Aplicabilidade dessa regra legal aos procedimentos penais em geral, inclusive àqueles disciplinados por legislação especial, como a Lei de Drogas. Inversão do momento da realização do interrogatório judicial, efetuado logo no início do processo penal de conhecimento. Inadmissibilidade. Nulidade processual absoluta. Prejuízo presumido. Função jurídica das formas processuais. Meio de preservação do “status libertatis” do acusado. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu. Nulidade processual reconhecida no caso. “*Habeas corpus*” deferido.

- **Em sede** de persecução penal, **o interrogatório judicial** – *notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003* – **qualifica-se como ato de defesa do réu**, que, **além de não ser obrigado** a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, **também não pode sofrer** qualquer restrição em sua esfera jurídica **em virtude** do exercício, **sempre legítimo**, dessa especial prerrogativa. A norma **inscrita** no art. 400 do CPP – **que define** o interrogatório judicial do réu **como o último ato** da instrução processual penal – **aplica-se aos procedimentos penais em geral**, **inclusive** àqueles disciplinados por legislação especial (**como**, p. ex., a Lei de Drogas). Doutrina. Precedentes.

[...]

• • • •

**Art. 400, caput, do Código de Processo Penal.** 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, nessa 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.

(iv) **No início da audiência de instrução** – como visto anteriormente, aplica-se o disposto no art. 400 do CPP a todos os procedimentos penais previstos em lei,

inclusive àqueles dispostos em lei penal especial, como a Lei de Drogas. Nesse sentido, não há o que se falar em possibilidade de realização do interrogatório no início da audiência.

(v) **Plenário do júri** – aqui, o interrogatório ocorrerá posteriormente às declarações do ofendido e inquirição das testemunhas arroladas, sendo o último ato da instrução. Posteriormente, ocorrem os debates que precedem a votação do *Tribunal do Júri*, conforme definem os arts. 473 e 474 do CPP:

**Art. 473, caput, do Código de Processo Penal.** Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

[...]

**Art. 474, caput, do Código de Processo Penal.** A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

#### 9.2.5. Características do interrogatório

(i) **Personalíssimo** – entende ser *personalíssimo*, porquanto somente é possível que a pessoa do acusado fale por si, não havendo o que se falar em representação do acusado perante o interrogatório.

Inclusive, em regra, somente estarão presentes no interrogatório o magistrado e o acusado, acompanhado de seu defensor. A participação de terceiros, conforme veremos, somente se dará quando se tratar de acusado surdo, mudo ou surdo-mudo, nos moldes do *parágrafo único* do art. 192 do CPP.

(ii) **Judicial** – diz-se possuir natureza *judicial*, pois deve ser realizada, em regra, conforme veremos (vide tópico 9.2.6. *Da realização e do local do interrogatório*, infra), na sede do juízo e pelo magistrado, não havendo intervenção das partes, salvo pela presença do defensor do acusado, conforme determina o *caput* do art. 185 do CPP, cuja redação foi alterada pela Lei nº 10.792/2003.

A doutrina entende ter havido um enfraquecimento/flexibilização da referida característica em virtude da alteração alhures comentada, tendo em vista possibilitar seja o acusado acompanhado por seu defensor.

É o comentário de Edilson Mougenot:

Apontava-se como característica do interrogatório, ainda, a judicialidade. Isso porque o interrogatório constituía um momento de contato direto entre o juiz e o acusado, sendo, anteriormente ao advento da Lei n. 10.792/2003, vedada a intervenção do advogado, cuja presença era considerada, em princípio, facultativa. Entretanto, a atual disciplina do ato tornou obrigatória a presença do advogado e acabou por flexibilizar a judicialidade do interrogatório, uma vez que

a nova redação do art. 188 do Código de Processo Penal<sup>6</sup>, impingida pela Lei n. 10.792/2003, reforçou seu *caráter contraditório*, ao permitir às partes manifestarem-se acerca dos fatos que restaram esclarecidos após a inquirição do réu pelo juiz, Caberá ao julgador, então, formular perguntas correspondentes, se as reputar pertinentes e relevantes.

(iii) **Público** – nos termos do art. 792, *caput*, do CPP (abaixo transcrito), todos os atos processuais deverão ser públicos, salvo nos casos em que se aconselhar seja decretado o sigilo, conforme determinação do §1º do referido artigo:

**Art. 792, §1º, do Código de Processo Penal.** Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

(iv) **Oral** – o interrogatório será realizado oralmente e em língua nacional, sendo possível, para a observância desta regra, a intimação de tradutor, nos termos do art. 193 do CPP:

**Art. 193 do Código de Processo Penal.** Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete.

A oralidade será excepcionalmente não aplicada diante da incidência dos casos narrados pelo art. 192 do CPP, em se tratando o acusado de surdo, mudo ou surdo-mudo. Vejamos a exceção:

**Art. 192 do Código de Processo Penal.** 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.

É, portanto, a determinação perante a referida exceção:

(iv.i) *Acusado surdo* – perguntas por escrito, respostas orais;

(iv.ii) *Acusado mudo* – perguntas orais, respostas por escrito;

(iv.iii) *Acusado surdo-mudo* – perguntas e respostas por escrito.

---

<sup>6</sup> **Art. 188 do Código de Processo Penal.** Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

### 9.2.6. Da realização e do local do interrogatório

Estudaremos, aqui, o local em que ocorrerá o interrogatório, bem como quais são os elementos que deverá o magistrado providenciar para que seja válido o referido meio de prova.

Pois bem.

#### 9.2.6.1. Do local do interrogatório

Determinam os arts. 185, *caput* e §1º, e 792, *caput*, do CPP:

**Art. 185 do Código de Processo Penal.** 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.

[...]

**Art. 792, *caput*, do Código de Processo Penal.** As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

Nota-se, portanto, que o local em que se realizará o interrogatório depende de algumas circunstâncias.

(i) **Regra** – em regra, todo ato processual deverá ocorrer na sede do juízo, incluindo-se aqui o interrogatório do acusado, conforme determina o *caput* dos arts. 185 e 792, acima transcritos.

Existem, porém, exceções, quais sejam:

(ii) **Exceções:**

(ii.i) **Acusado preso** – em que pese a fixação do entendimento de que sempre está à disposição do juízo o acusado, ainda que preso, determina o §1º do art. 185 dirija-se o juiz até ele, sendo o interrogatório realizado em sala apropriada na unidade prisional. A referida exceção busca evitar o deslocamento do preso, visando a manutenção da segurança pública, haja vista que tal fato poderia ensejar a tentativa de fuga do detento.

Importante ressaltar, contudo, que o acima exposto somente assim se procederá quando estiver garantida a proteção do magistrado, do Ministério Público e dos auxiliares da justiça. Há de se observar, também, a presença do defensor do acusado e a publicidade do ato.

**Art. 185, §1º, do Código de Processo Penal.** O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido,

desde que estejam garantias a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato.

Não sendo possível sejam garantidos os elementos acima elencados, deverá o interrogatório ser realizado de acordo com a regra, ou seja, na sede do juízo, ocasião na qual se requisitará a apresentação do réu para que exerça seu *direito de autodefesa*.

**Art. 185, §7º, do Código de Processo Penal.** Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

(ii.ii) *Interrogatório por videoconferência* – segue a explicação no próximo tópico.

#### 9.2.6.2. Interrogatório por videoconferência

É a disposição do §2º do art. 185 do CPP:

**Art. 185 do Código de Processo Penal.** [...]

[...]

§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:

##### Inc. I:

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

Importante notar que o presente inciso apresenta dois elementos distintos, quais sejam:

(i) *Prevenção de risco à segurança pública, consubstanciado na suspeita de que a pessoa do interrogando participe de organização criminosa* – insta reconhecer que não é necessário seja confirmada a sua participação, mas apenas que haja *fundada suspeita*;

(ii) *Prevenção de risco à segurança pública em virtude da possibilidade de tentativa de fuga por parte do interrogando* – novamente, não estipulou o legislador seja dada a certeza de sua fuga, mas apenas que haja *fundada suspeita* de que possa vim a ocorrer durante o deslocamento para o interrogatório.

##### Inc. II:

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

Aqui, trata-se da exceção que leva em consideração estar o interrogando incapacitado de se deslocar em virtude de enfermidade ou qualquer outra circunstância que lhe impeça (ex.: idade avançada).

Inc. III:

III – impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código<sup>7</sup>.

Aqui, há o conflito entre dois elementos: a presença do acusado interferir no colhimento dos depoimentos das testemunhas, haja vista poder deixá-las desconfortáveis e o direito do acusado em acompanhar todas as audiências e produção de provas.

Nesse caso, para que sejam ambos preservados, havendo indícios de que a presença do acusado venha a influenciar a veracidade do alegado pelas testemunhas, faz-se videoconferência com o acusado, de modo que ele possa acompanhar a audiência do local em que esteja detido ou de outra localidade, sem que haja maiores interferências nos depoimentos.

Quanto a esse ponto, inclusive, trata o §4º do referido artigo:

**Art. 185, §4º, do Código de Processo Penal.** Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

Inc. IV:

IV – responder à gravíssima questão de ordem pública.

Por fim, sendo necessário a oitiva do acusado para responder à *gravíssima* questão de ordem público, é possível seja realizado o interrogatório por meio de videoconferência.

### 9.2.6.3. Providências a serem tomadas pelo juiz

Alguns dispositivos legais exigem que o juiz observe determinados elementos quando da realização do interrogatório. São as providências que deverão ser garantidas:

(i) **Incomunicabilidade** – é assegurado ao acusado que, em havendo mais de um réu, seja interrogado individualmente, não havendo a interferência de terceiros, salvo, como já vimos, a de seu defensor. Significa dizer, portanto, que não há o que se falar na presença dos demais acusados ou qualquer das partes no interrogatório,

---

<sup>7</sup> **Art. 217 do Código de Processo Penal.** Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, dará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

**Parágrafo único.** A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

sendo ele, conforme destacamos anteriormente (vide tópico 9.2.5. *Características do interrogatório, supra*), *judicial*.

**Art. 191 do Código de Processo Penal.** Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.

(ii) **Entrevista reservada com o defensor** – Aduz o §5º do art. 185 do CPP:

**Art. 185, §5º, do Código de Processo Penal.** Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação, entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

É reservado ao acusado o direito de, anteriormente à realização do interrogatório, receber de seu advogado orientação jurídica prévia, de modo privado e, portanto, não estando presente o magistrado.

(iii) **Nemo tenetur se detegere** – é *direito fundamental* garantido pela Constituição Federal e previsto no art. 186 do CPP:

**Art. 5º da Constituição Federal.** 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:

[...]

**LXIII** – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado.

• • • •

**Art. 186 do Código de Processo Penal.** Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

**Parágrafo único.** O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Sendo um dos princípios que rege a prova (*Princípio da não autoincriminação*), é conferido ao acusado o direito de permanecer em silêncio, vedando seja produzida prova em seu desfavor. Nesse sentido, não pode o silêncio do acusado ser interpretado contra ele.

Ademais, há entendimento doutrinário de que é reservado, igualmente, ao acusado o *direito de mentir*. Em que pese não se tratar de entendimento incontroverso, não há qualquer tipo penal que preveja pena àquele que mente perante o interrogatório.

Contudo, lembremos, é possível incorra o acusado nos crimes de *denúnciação caluniosa* (art. 339, CP) ou *autoacusação falsa* (art. 341, CP), caso sua dissimulação atinja qualquer dos *tipo objetivos* das referidas infrações penais.

#### 9.2.6.4. Fases do interrogatório

É a redação do art. 187 do Código de Processo Penal:

**Art. 187, caput, do Código de Processo Penal.** O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

Ainda que a legislação somente cite dois momentos do interrogatório, entende a doutrina existirem três momentos, tendo em vista que divide o primeiro dos momentos dispostos em lei em dois momentos distintos, conforme veremos, quais sejam:

(i) **Interrogatório de identificação ou qualificação** – estipula o §1º do artigo acima referido:

**Art. 187, §1º, do Código de Processo Penal.** Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida progressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

O *interrogatório de identificação ou qualificação*, conforme entendimento doutrinário, somente diz respeito aos elementos capazes de identificar a pessoa do interrogando, não os excedendo.

Como é possível perceber, trata-se de momento no qual busca o julgador certificar-se acerca do indivíduo que está sendo interrogado, indagando-lhe acerca de elementos de sua qualificação.

Cumprido ressaltar que, a despeito do que foi informado no tópico anterior, principalmente no que diz respeito à incidência do *nemo tenetur se detegere* perante o interrogatório, não há o que se falar em sua presença neste momento do interrogatório, porquanto o interrogando é obrigado a informar ao magistrado acerca das informações que lhe são indagadas, não podendo, portanto, manter-se silente, sob pena de incidir na Contravenção Penal prevista no art. 68 dessa lei.

**Art. 68 da Lei das Contravenções Penais.** Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

**Pena** – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

**Parágrafo único.** Incorre na pena de prisão simples, de um a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, se o fato constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência.

Igualmente, é vedado que o interrogando minta acerca destes elementos, sob pena de incorrer no crime de *falsa identidade*, previsto no art. 307 do Código Penal:

**Art. 307 do Código Penal.** Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:

**Pena** – detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato constitui elemento de crime mais grave.

(ii) ***Interrogatório de individualização*** – previsto no mesmo parágrafo transcrito anteriormente, trata-se do momento em que o magistrado realizará perguntas com o intuito de conhecer acerca de elementos sociais, familiares e econômicos do interrogando, como se realiza atividade remunerada, qual sua remuneração, onde mora, se é casado, se possui filhos, com quem mora.

Ademais, buscará o julgador conhecer sobre sua vida pregressa, questionando-o sobre prisões e processos que já lhe recaíram.

Aqui entra em vigor o *Princípio da não autoincriminação*, podendo o interrogando manter-se silente e, inclusive, mentir, conforme entendimento majoritário da doutrina, porquanto não existe tipo penal que incrimina tal conduta.

(iii) ***Interrogatório de mérito*** – aduz o §2º do art. 187 do CPP:

**Art. 187, §2º, do Código de Processo Penal.** Na segunda parte será perguntado sobre:

I – ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II – não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III – onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV – as provas já apuradas;

V – se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI – se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII – se tem algo mais a alegar em sua defesa.

Trata-se, portanto, do interrogatório propriamente dito, momento em que o magistrado indagará ao interrogando acerca dos fatos que lhe imputa o autor da ação.

Importante ressaltar que nessa fase vigora o denominado *Sistema presidencialista*. Significa dizer que qualquer indagação que se pretenda fazer ao interrogando deve ser dirigida ao magistrado que, então, fará ao acusado.

### 9.2.7. Novo interrogatório

Por fim, dispõe o art. 196 do CPP:

**Art. 196 do Código de Processo Penal.** A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

Portanto, quando houver pedido das partes ou entendendo o juiz, de ofício, ser necessário novo interrogatório para o deslinde da causa, é possível que assim o faça.

Contudo, importante ressaltar que não se trata de direito conferido ao acusado, mas prerrogativa do magistrado para a formação de sua convicção.

### 9.3. Da Confissão

#### 9.3.1. Conceito, natureza jurídica e objeto

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, *confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso.*

Em outras palavras, entende-se por *confissão* o ato do acusado ou suspeito em admitir ao julgador serem verídicos os fatos a ele imputados pelo sujeito ativo da ação penal.

Conforme determina o Código de Processo Penal, tem natureza jurídica de *meio de prova*, servindo para que seja formada a convicção do magistrado acerca da verdade do fato objeto da ação penal.

Tem por *objeto* o próprio *conteúdo da confissão*, material utilizado pelo magistrado como elemento probatório, ou seja, tem por *objeto* a imputação que ao acusado é feita pela parte autora da ação penal.

#### 9.3.2. Valor probatório da confissão

Em que pese se tratar de ato voluntário do acusado em admitir a veracidade dos fatos criminosos a ele imputados, não possui a confissão valor probatório superior, mas relativo. Ou seja, assim como qualquer outro meio de prova, é necessário seja valorado em conjunto com as demais provas.

Nesse sentido, inclusive, é a redação do art. 197 do CPP:

**Art. 197 do Código de Processo Penal.** O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Ou seja, a valoração quanto à *confissão* deve ser analisada em conjunto com as demais provas, buscando o magistrado reconhecer entre elas *compatibilidade* ou *concordância*.

Ora, ainda que se trate de *confissão*, é possível que o acusado reconheça a veracidade dos fatos imputados contra si com o intuito de proteger terceiro que os tenha cometido. Nessa situação, configurado estará o crime disposto no art. 341 do CP (*auto-acusação falsa*):

**Art. 341 do Código Penal.** Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem:

**Pena** – detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

### 9.3.3. Classificação da confissão

#### 9.3.3.1. Quanto ao local

(i) **Judicial** – tem-se por *judicial* a confissão feita durante o processo e em juízo, sendo ideal seja realizada quando do *interrogatório* do acusado. Sendo colhida em momento diverso do interrogatório, observar-se-á o disposto no art. 199 do CPP:

**Art. 199 do Código de Processo Penal.** A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Nada impede, contudo, que o juiz proceda novo interrogatório, conforme estipula o art. 196 do CPP:

**Art. 196 do Código de Processo Penal.** A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

(ii) **Extrajudicial** – por outro lado, *extrajudicial* é a confissão ocorrida fora do processo, ou seja, durante outras fases da *persecução penal*, como no inquérito policial.

#### 9.3.3.2. Quanto aos efeitos gerados

(i) **Simplex** – é *simplex* a confissão que admite ao acusado a autoria dos fatos e ele imputados tais quais foram narrados na denúncia ou queixa, ou seja, o acusado os admite em sua integralidade, nos exatos termos em que foram apresentados. Assim o fazendo, acarretará, diante da condenação, em diminuição de pena, porquanto é considerada circunstância atenuante, nos termos do art. 65, III, d, do Código Penal:

**Art. 65 do Código Penal.** São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

[...]

III – ter o agente:

[...]

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, autoria do crime.

(ii) **Qualificada** – nesse caso, em que pese admitir para si a autoria do fato criminoso, fá-lo de forma inovadora, isto é, acrescenta algum elemento desconhecido ao fato narrado na denúncia ou queixa. Em outras palavras, admite ter

agido da forma como consta da peça inicial, porém indica fato impeditivo ou modificativo, responsável por excluir a antijuridicidade ou culpabilidade do crime, isentando-o da aplicação da pena. Se admitida, leva, em regra, havendo a condenação, à isenção ou diminuição da pena a ele imputada:

**Art. 23, caput, do Código Penal.** Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

#### 9.3.4. Características da confissão

São as características da confissão:

(i) **Ato personalíssimo** – por *ato personalíssimo* entende-se que a *confissão* somente poderá ser proferida pela pessoa do acusado, ninguém por ele podendo fazê-lo, não podendo ser representado por qualquer indivíduo, inclusive através de *instrumento de mandato*;

(ii) **Ato voluntário e espontâneo** – significa dizer que não se admite seja a *confissão* atingida por meio de coação ou qualquer espécie de constrangimento, seja ele físico, moral ou psicológico.

Como vimos anteriormente, tratar-se-á de prova inválida, porquanto não observa norma processual inerente à produção da prova. Nesse caso, deverá ser desentranhada do processo.

Nos termos do *Pacote Anticrime*, cujos efeitos estão suspensos por liminar do Supremo Tribunal Federal, o contato com a prova inválida faz com que o magistrado tenha que se desligar da presidência da ação, tendo em vista ter sido maculado em sua capacidade de isenção, não mais sendo capaz de proferir sentença justa, devendo ser substituído por outro julgador.

(iii) **Expressa** – em que pese a existência da *confissão presumida*, vigora e é adotada pelo Ordenamento Jurídico pátrio a teoria que determina o contrário. Segundo ela somente é possível que a confissão se dê de forma expressa, não sendo possível, portanto, que se presuma, por mais que existam elementos que a possibilitem.

Nesse sentido, inclusive, determina o art. 198 do CPP:

**Art. 198 do Código de Processo Penal.** O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Confessando, deverá o magistrado indagar-lhe acerca dos motivos e circunstâncias do crime, bem como se o realizou em concorrência com terceiros, conforme estabelece o art. 190 do CPP:

**Art. 190 do Código de Processo Penal.** Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

(iv) **Retratável** – estipula o art. 200 do CPP:

**Art. 200 do Código de Processo Penal.** A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Sendo retratável, é possível que a pessoa do acusado, ainda que tenha confessado o crime, corrija suas colocações, informando elementos contrários à sua confissão. Significa dizer que o acusado pode retirar as acusações que fez contra si, negando posteriormente os fatos a ele imputados.

Em que pese poder retirar aquilo que disse, ambas as manifestações permanecerão no processo, cabendo ao magistrado ponderá-las em confronto com as demais provas produzidas.

(v) **Divisível** – conforme o artigo acima transcrito determina, a *confissão* terá caráter divisível. Nesse sentido, é possível que a *confissão* seja executada em partes, ou seja, poderá o acusado confessar partes dos fatos a ele imputados em um determinado momento, somente vindo a revelá-los integralmente em manifestação posterior.

De outro modo, é possível que somente confesse parte dos fatos. Nesse caso, somente serão considerados para fins de atenuação da pena os elementos por ele confessados.

### 9.3.5. Da delação

A delação é caracterizada por dois elementos distintos, quais sejam: a *confissão própria* e a *acusação de responsabilidade de terceiro perante o mesmo crime*.

Em alguns casos, a pessoa do acusado será beneficiada pela denominada *delação premiada*. Nas palavras de Edilson Mougnot, a delação “é o benefício que se concede ao réu confesso, reduzindo-lhe ou até isentando-lhe de pena, quando denuncia um ou mais envolvidos na mesma prática criminosa a que responde”.

Vejamos algumas disposições referentes à delação:

(i) **Delação nos crimes contra o sistema financeiro** – dispõe o art. 25 §2º, da Lei nº 7.492/96:

**Art. 25, §2º, da Lei nº 7.492/96.** Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

(ii) **Delação nos crimes hediondos** – determina o art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90:

**Art. 8º, parágrafo único, da Lei dos Crimes Hediondos.** O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

(iii) **Delação nos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo** – é o que aduz o art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90:

**Art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90.** Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

(iv) **Delação nos crimes de lavagem de dinheiro** – é a determinação do art. 1º, §5º, da Lei nº 9.613/98:

**Art. 1º, §5º, da Lei nº 9.613/98.** A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzem à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

(v) **Delação nos crimes de tráfico de droga** – está previsto no art. 41 da Lei nº 11.343/06:

**Art. 41 da Lei de Drogas.** O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

#### **9.4. Das declarações e perguntas ao ofendido e às testemunhas**

##### **9.4.1. Do ofendido**

##### **9.4.1.1. Conceito**

Tem-se por *ofendido* a pessoa da vítima, ou seja, trata-se do sujeito passivo do crime, aquele sobre quem recaem os efeitos da ação delituosa.

Entendeu o legislador se tratar de um *meio de prova* importante, porquanto é o indivíduo que sofre diretamente o delito, possuindo, portanto, informações relevantes para esclarecimento de como a referida ação se desenvolveu.

##### **9.4.1.2. Ofendido ≠ Testemunha**

Importante, contudo, que não o confundamos com a *testemunha*.

De proêmio, há de ser reconhecido que a própria legislação dispõe acerca desses indivíduos de forma diversa, cada qual possuindo normas próprias e específicas.

Ademais, as manifestações do ofendido se darão por meio de declarações; enquanto às testemunhas cabe se manifestar por meio de *depoimento*.

Por fim, à testemunha recai o *dever de compromisso* (vide tópico 9.4.2.9. *Dever de compromisso*, infra), devendo, portanto, manifestar-se de acordo com a verdade, sob pena de incidir no crime de *falso testemunho*; já o ofendido não está sujeito ao referido crime, tendo em vista que suas *declarações* não são tomadas sob o *dever de compromisso*. Em que pese não prestar compromisso, é possível que o ofendido, lembremos, incida nos crimes de *denúncia caluniosa* ou *falsa comunicação de crime*.

A distinção acima feita é importante, tendo em vista que, como dito, a lei dispõe de normas específicas para cada indivíduo. Por exemplo, a lei determina número máximo de testemunhas arroladas. Não sendo o ofendido uma testemunha, o requerimento de suas declarações não prejudica em nada a lista de testemunhas arroladas.

Inclusive, determina a lei:

**Art. 201, caput, do Código de Processo Penal.** Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

Por isso, poderão as partes requerer que o ofendido dê suas declarações ou o juiz, no uso de sua *capacidade postulatória supletiva*, exija que assim seja feito.

Por fim, incide sobre o ofendido, quando intimado, o *dever de comparecimento* (vide tópico 9.4.2.8. *Dever de comparecimento*, infra). Significa dizer que se não comparecer em juízo após intimação, poderá o magistrado determinar seja conduzido coercitivamente, nos termos do §1º do artigo acima referido:

**Art. 201, §1º, do Código de Processo Penal.** Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

### 9.4.1.3. Garantias dos ofendido

O legislador preocupou-se em determinar algumas garantias à pessoa do ofendido, dispostas nos §§ 2º a 6º do art. 201 do CPP. Vejamos:

**Art. 201 do Código de Processo Penal. [...]**

#### (i) Direito de comunicação:

**§2º.** O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saúde do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

**§3º.** As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

(ii) **Direito de garantia durante à audiência:**

§4°. Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

(iii) **Direito a atendimento multidisciplinar:**

§5°. Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

(iv) **Direito de manutenção da intimidade:**

§6°. O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

**9.4.1.4. Valor probatório das declarações do ofendido**

Como toda e qualquer prova, as declarações do ofendido possuem valor probatório relativo, devendo ser valoradas em conjunto com as demais provas produzidas nos autos.

Contudo, importante ressaltar o valor que possuem nos crimes praticados na *clandestinidade*, ou seja, *furtivamente*, como os crimes em *ambiente doméstico*, quando está sozinha a vítima.

Entende a doutrina, inclusive, que em havendo incompatibilidade entre as declarações do ofendido e do acusado nesses casos, é preferível tenha maior valor probatório as declarações do primeiro em detrimento do segundo.

**9.4.2. Das testemunhas**

**9.4.2.1. Conceito**

Entende-se por *testemunha*, nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, “... a pessoa, distinta dos sujeitos processuais principais, que presta uma declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o juiz, sobre percepções sensoriais recebidas por ela, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade”.

Em outras palavras, tem-se por testemunha o indivíduo estranho à relação jurídico-processual, responsável por, através de seu depoimento, buscar transmitir ao magistrado aquilo que captou dos fatos criminosos, através de seus sentidos, visando formar-lhe a convicção.

**9.4.2.2. Valor probatório das declarações das testemunhas**

É de rigor o reconhecimento do elevado valor da prova testemunha, porquanto é o *meio de prova* mais comum. Contudo, lembremos, nenhum meio de

prova possui valor probatório superior ao das demais provas, devendo ser valorado conjuntamente com todas as provas produzidas em juízo.

Como dito, é o meio de prova mais frequente. Por isso, é necessário sejam tomadas algumas cautelas. Nesse sentido, elenquemos alguns defeitos que podem acompanhar o depoimento das testemunhas:

(i) *É possível seja o depoimento alterado em virtude da moral da testemunha. Por exemplo, a depender da bondade ou da má-fé da testemunha, a narração dos fatos criminosos pode se dar de forma distorcida e até mesmo de forma falsa;*

(ii) *Muitas vezes a testemunha se trata de indivíduo que nunca se apresentou em juízo. Por esse motivo, é comum não se sinta confortável dentro do Fórum ou perante as autoridades judiciais, policiais e do Ministério Público, manifestando medo, o que pode vir a alterar o seu depoimento;*

(iii) *Como dito anteriormente, cabe à testemunha transmitir ao magistrado os fatos que percebeu através de seus sentidos. Tendo em isso em mente, é possível que não seja transmitida a verdade fática dos elementos narrados em virtude de incapacidade ou defeito na captação sensorial, imaturidade da testemunha ou na existência de anomalia psíquica responsável por alterar a realidade;*

(iv) *Acompanhando o raciocínio acima criado, é possível que a testemunha apresente dificuldades de percepção ou de memorização, o que faz com que os elementos captados pelos sentidos se percam ou se tornem obnubilados pelo tempo.*

#### 9.4.2.3. Classificação das testemunhas

A testemunha poderá ser:

(i) **Direta** – entende-se por *direta* a testemunha que depõe acerca de fato cuja captação se deu de forma direta, ou seja, narra fato que presenciou, não o tendo captado por intervenção de um terceiro elemento;

(ii) **Indireta** – por outro lado, portanto, são *indiretas* as testemunhas que informem acerca de fatos que atingiram o seu conhecimento em virtude de intervenção de terceiros, ou seja, não presenciaram o fato criminoso, mas tiveram conhecimento desse através de terceiros;

Nesse ponto, importante diferenciarmos as denominadas *testemunhas oculares* e *testemunhas presenciais*. *Oculares* são as testemunhas de fato que tiveram visualização dos fatos criminosos; enquanto *presenciais* são aquelas que, em que pese se encontrarem no local do crime, não tiveram, de fato, visualização do fato, seja por deficiência visual, falta de atenção ou qualquer outro elemento que as tenha impedido de visualizar o delito;

(iii) **Própria** – *própria* é a testemunha cujo objeto/conteúdo do testemunho coincide com o objeto da ação penal, ou seja, seu testemunho é caracterizado por elementos comuns ao processo;

(iv) **Imprópria** – já *imprópria* é a testemunha que depõe sobre ato, fato ou circunstâncias alheias ao objeto do processo. Tais fatos, por outro lado, dizem respeito a atos procedimentais. São as chamadas *testemunhas instrumentárias* ou *fedatárias*, cuja função é presenciar e dar fé sobre a execução de atos processuais específicos. Por exemplo, é o nome que se dá à testemunha que atesta ter ocorrido a *prisão em flagrante* do suspeito de ter cometido ato delituoso – é o que está disposto no art. 304, §3º, do CPP:

**Art. 304, §3º, do Código de Processo Penal.** 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.

(v) **Numerárias** – tem-se por *numerárias* as testemunhas arroladas em virtude da execução da *capacidade postulatória principal*, ou seja, tratam-se das testemunhas arroladas pelas partes. São assim denominadas, pois a legislação tratou de limitá-las a depender do procedimento adotado no processo;

(vi) **Extranumerárias** – de outra mão, *extranumerárias* são as testemunhas indicadas através do exercício da *capacidade postulatória supletiva*, ou seja, trata-se das testemunhas indicadas pelo magistrado. Nesse caso, não há o que se falar em limite de testemunhas. É o que determina o art. 209 do CPP:

**Art. 209, caput, do Código de Processo Penal.** O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

(vii) **Informantes** – como veremos adiante, em regra, é necessário que o depoimento das testemunhas seja colhido ocorrendo, antes, *compromisso com a verdade* (vide tópico 9.4.2.8. *Dever de compromisso*, infra). Ocorre que há indivíduos cujo depoimento sob compromisso não é necessário. Àqueles cujo depoimento não exige o cumprimento do *dever de compromisso* dá-se o nome de *testemunhas informantes*.

Podemos citar como exemplo os *doentes mentais, menores de 14 anos* etc.

(viii) **Referidas** – são as testemunhas cujo conhecimento se deu através do depoimento de outras testemunhas. Sua previsão está contida no art. 209, §1º, do CPP:

**Art. 209, §1º, do Código de Processo Penal.** Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

#### 9.4.2.4. Características da prova testemunhal

(i) **Judicialidade** – somente se considera prova testemunhal aquela prestada em juízo e diante do magistrado, ocorrendo, portanto, durante o processo. Aqui, é necessário seja presidida pelo magistrado, não sendo possível que haja qualquer tipo de mediação;

(ii) **Oralidade** – em regra, o depoimento deve ser colhido oralmente, conforme determina o art. 204, *caput*, do CPP:

**Art. 204, caput, do Código de Processo Penal.** O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Importante ressaltar que não é vedado às testemunhas levarem, por escrito, apontamentos que entendem serem imprescindíveis, nos moldes do *parágrafo único* do art. 204:

**Art. 204, parágrafo único, do Código de Processo Penal.** Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

Em que pese ser esta a regra, há exceções. Vejamos:

(ii.i) Exceção por impossibilidade prática – é possível seja parcialmente ou integralmente escrita em se tratando de testemunha surda, muda ou surda-muda. O procedimento observado nessas situações está disposto nos arts. 192 e 223 do CPP:

**Art. 192 do Código de Processo Penal.** 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.

[...]

**Art. 223 do Código de Processo Penal.** Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas.

**Parágrafo único.** Tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192.

(ii.ii) Exceção de prerrogativa de função – por outro lado, a lei confere a alguns indivíduos a possibilidade de realizarem seus testemunhos por meio escrito e através de ofício, em virtude de *prerrogativa de função*. Nesse sentido, é o que aduz o art. 221, §1º, do CPP:

**Art. 221, §1º, do Código de Processo Penal.** O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderá optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

(iii) **Objetividade** – diz respeito ao conteúdo do testemunho, cabendo à testemunha depor diretamente acerca dos fatos que compõem o *objeto da ação penal*. Nesse sentido, não deve a testemunha realizar qualquer *juízo de valor* acerca dos fatos que informará, ou seja, são vedados os *subjetivismos*, salvo se indissociáveis

do testemunho. Assim, somente lhe incumbe tratá-los de forma *objetiva*. Dispõe o art. 213 do CPP:

**Art. 213 do Código de Processo Penal.** O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

(iv) **Retrospectividade** – como já explicamos, a prova tem por característica a *anterioridade*, tendo em vista que busca reconstruir fato pretérito, ou seja, que já ocorreu. Não poderia ser diferente com a prova testemunhal. A *retrospectividade* trata justamente disso, devendo o teor do testemunho remeter a fato já ocorrido, consubstanciado no fato delituoso passado. Nessa senda, não é possível que a testemunha realize prognósticos, isto é, é vedado que faça *juízo* acerca de fato que possa ocorrer e que, portanto, não tenha ocorrido.

#### 9.4.2.5. Capacidade de ser testemunha

Aqui, o nosso objetivo é responder à simples pergunta: *quem poderá ser testemunha?* Apresenta-nos a regra geral o art. 202 do CPP:

**Art. 202 do Código de Processo Penal.** Toda pessoa poderá ser testemunha.

Tendo isso em mente, somente um ponto deve ser por nós levantado. O que se entende por *pessoa*?

Nesse caso, somente será considerada pessoa para fins testemunhais as *pessoas físicas*, haja vista a impossibilidade de execução da referida função por parte das *pessoas jurídicas*, porquanto não lhes é possível a realização de valoração em virtude da inexistência de condições físicas, mentais ou psíquicas que assim as permita.

É pertinente o comentário de Edilson Mougenot:

Não há, portanto, em princípio, limitações acerca da idade, da capacidade civil ou de outras qualidades que impeçam alguém de servir como testemunha no processo penal.

Vale dizer, no processo penal todas as pessoas podem ser testemunhas, mas caberá ao julgador analisar, quando da sentença, a utilidade, pertinência e idoneidade dos testemunhos.

#### 9.4.2.6. Dever de depor

Determina o art. 206, *primeira parte*, do CPP:

**Art. 206, primeira parte, do Código de Processo Penal.** A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. [...]

Significa dizer que uma vez arroladas e conseqüentemente intimadas em *juízo*, não é possível se eximam de tal obrigação, devendo comparecer em *juízo*.

Tendo em vista que a todos compete ser testemunha, a todos é atribuído o dever de depor.

(i) **Podem se recusar a depor** – o próprio artigo, contudo, elenca as exceções à referida regra. Vejamos:

**Art. 206, segunda parte, do Código de Processo Penal.** [...] Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

São, portanto, as pessoas a que a referida faculdade atinge: (i.i) *Ascendente*; (i.ii) *Descendente*; (i.iii) *Afim em linha reta*; (i.iv) *Cônjuge, ainda que desquitado*; (i.v) *Irmão*; (i.vi) *Pai*; (i.vii) *Mãe*; (i.viii) *Filho adotivo*.

Primeiramente, convém informar que o rol acima elencado é taxativo e, portanto, não permite seja feita interpretação extensiva ou o uso de analogias.

Como é possível constatar, tratam-se de indivíduos que possuem com a pessoa do acusado *vínculo familiar*. Nesse sentido, buscou o legislador preservar as *relações familiares*, dando-lhes a faculdade de não depor em desfavor do acusado.

O único elemento que merece uma maior atenção é o *cônjuge*.

Por primeiro, a faculdade de depor em desfavor do acusado não somente recai sobre a pessoa com quem tenha contraído matrimônio, mas também em relação àquele com quem mantém *união estável*.

Ademais, há de se notar a existência da expressão “*ainda que desquitado*”. Aqui, é necessária uma análise mais profunda.

Vigora no Ordenamento Jurídico brasileiro três formas de afrouxamento do vínculo matrimonial. Até 1977 não era possível a sua total dissolução, vigorando o chamado *desquite*<sup>8</sup>. Tratava-se de instituto jurídico segundo o qual ocorria a separação de fato, sem que, contudo, houvesse a dissolução do matrimônio.

A partir de 1977 vigora a denominada *Lei do Divórcio* (Lei nº 6.515/1977), responsável pela revogação do referido instituto, acrescentando às causas de encerramento da sociedade conjugal dois novos elementos, quais sejam: (i) *a separação judicial* e (ii) *o divórcio*.

---

<sup>8</sup> **Art. 315 do Código Civil de 1916.** A sociedade conjugal termina: [...] III – pelo desquite, amigável ou judicial.

[...]

**Art. 317 do Código Civil de 1916.** A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

I – Adulterio;

II – Tentativa de morte;

III – Sevícia, ou injúria grave;

IV – Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Em relação à *separação judicial*, entende-se pelo procedimento que põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (art. 3º, *caput*, da Lei nº 6.515/77).

Por outro lado, tem-se por *divórcio* o instituto que põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso (art. 24, *caput*, da Lei nº 6.515/77).

Ocorre que a *separação judicial* somente será convertida em divórcio passado um ano da sentença que o determinou, ocasião na qual é permitido que a mulher volte a se utilizar do nome que possuía antes da contração do vínculo matrimonial:

**Art. 25 da Lei nº 6.515/77.** A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

**Parágrafo único.** A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se alteração prevista neste artigo acarretar:

- I – evidente prejuízo para a sua identificação;
- II – manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida;
- III – dano grave reconhecido em decisão judicial.

Tendo isso em mente, não existindo mais o instituto do *desquite*, ao ser lido “*ainda que desquitado*”, leia-se “*ainda que separado judicialmente*”, porquanto ainda não incidentes os efeitos do *divórcio*.

Convertendo-se ou sendo, desde o início, executado o divórcio, não há o que se falar em adoção da *faculdade* de depor, sendo o cônjuge divorciado obrigado a fazê-lo, inclusive sob *compromisso com a verdade*.

• • • •

Continuando o raciocínio, como vimos, trata-se de *faculdade* de depor, não sendo o indivíduo, portanto, obrigado a fazê-lo.

Dessa forma, não há o que se falar em vedações ao arrolamento de parentes do acusado como testemunhas. Nesse caso, cabe ao juiz informar-lhes ser uma faculdade, não sendo obrigados a prestar o depoimento.

Contudo, optando por fazê-lo, seu depoimento será colhido sem que seja realizado o *compromisso*. Significa dizer que os parentes do acusado somente poderão depor sob a condição de *informantes* (vide tópico 9.4.2.3. *Classificação das testemunhas*, supra).

• • • •

Por fim, insta informar haver uma exceção dentro dessa exceção.

Em que pese ser possível que os indivíduos elencados no art. 206 optem por não depor, poderá o magistrado determinar a obrigatoriedade do colhimento de seus depoimentos, uma vez que não existam outros meios capazes de produzir a referida prova.

Nesse caso, optar-se-á pelo *esclarecimento do fato criminoso* em detrimento da manutenção da harmonia do *vínculo familiar*. Ou seja, prevalecendo o *interesse público* ante o *interesse particular* da família em questão.

Para tanto, deverá o magistrado fundamentar a sua decisão.

Igualmente ao caso do parente que opta por depor, os depoimentos determinados pelo magistrado no caso aqui explicado serão colhidos sem que se realize o *compromisso*, atuando os parentes como *informantes*.

(ii) **São proibidos de depor** – determina o art. 207 do CPP:

**Art. 207 do Código de Processo Penal.** São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Aqui, a proibição de depor vigora em virtude da existência do denominado *dever de guardar segredo*. O referido dever existe em função de ter o indivíduo adquirido conhecimento do fato criminoso por executar função, ministério, ofício ou profissão que o permita sabê-lo.

O que se verifica é uma disparidade entre o modo pelo qual as testemunhas normalmente adquirem conhecimento do fato criminoso. Em que pese as denominadas *testemunhas diretas* ou *indiretas* tenham conhecimento do crime em virtude de o terem presenciado ou de terceiro os cientificar, aqueles sobre quem recai o *dever de guardar segredo* sabem do fato, pois o labor que executam lhes permite ter acesso a tais informações em virtude de incidir sobre eles o caráter da *confidencialidade* e *confiabilidade*. É o que ocorre, por exemplo, com o *padre* a quem o acusado se confessa e revela ter cometido ou não o crime

Nota-se, portanto, que o caso aqui analisado leva em consideração elemento *moral*, pois não coaduna com a Justiça se utilizar da *confiabilidade* e *confidencialidade* conferida a tais indivíduos para que seja o indivíduo incriminado e condenado.

Para que entendamos com maior profundidade o referido caso, convém que esclareçamos o que se entende por *função, ministério, ofício ou profissão*:

(ii.i) **Função** – tem-se por *função* o cargo conferido ao indivíduo em virtude de lei, decisão judicial ou contrato. É o caso, por exemplo, do *tutor, curador, inventariante, diretor de empresa, diretor de hospital, deputado, senador, membro do Ministério Público* etc.

Aqui, reveste a função a *confidencialidade* anteriormente citada, de modo que a função lhes permita saibam de informações que a eles são confiadas.

(ii.ii) Ministério – trata-se do exemplo anteriormente dado. Entende-se pelo cargo em atividade religiosa ou social. Nesse caso, o dever de *confidenciabilidade* é inerente ao cargo, pois constante em instrumento normativo *canônico/religioso*. É o caso do *padre, sacerdote, pastor, rabino, líder espírita, pai de santo*.

À título de curiosidade, determina o *Cânone nº 983 do Código de Direito Canônico*:

**Cânone nº 983 do Código de Direito Canônico.** §1º. O sigilo sacramental é inviolável; pelo que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma.

§2º. Estão também obrigados a guardar segredo o intérprete, se o houver, e todos os outros a quem tiver chegado, por qualquer modo, o conhecimento dos pecados manifestados em confissão.

(ii.iii) Ofício – entende-se por *ofício* a atividade predominantemente mecânica/manual. Aqui, nota-se, não é base da profissão a *confidencialidade* ou a *confiabilidade*. Nesse caso, o *dever de guardar segredo* lhes atinge por extensão. Ainda que a profissão em si não exija o referido dever, é possível que executem seu labor para indivíduos que o possuem, ocasião na qual lhes será estendido. É o caso do *serralheiro, costureiro, manicure, técnico em informática* etc;

(ii.iv) Profissão – é a atividade de natureza predominantemente intelectual. Diante das profissões, há a existência de leis que as regulamentam, responsáveis por lhes conferir o *dever de guardar segredo*. É o que ocorre, por exemplo, com os *médicos, engenheiros, construtores, advogados, psicólogos, assistentes sociais* etc.

• • • •

O referido *dever* somente poderá ser rompido diante da cumulação de dois elementos, quais sejam: (i) *desejo de depor*; (ii) *existência de autorização do interessado no segredo*.

Por esse motivo, inclusive, o crime disposto no art. 154 do Código Penal somente se procede mediante representação:

No mesmo sentido determina o art. 154 do Código Penal:

**Art. 154 do Código Penal.** Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de quem tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

**Pena** – detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis.

**Parágrafo único.** Somente se procede mediante representação.

#### 9.4.2.7. Dever de comparecimento

Não é possível que a testemunha devidamente intimada se recuse a comparecer em juízo. O *dever de comparecimento*, portanto, consubstancia-se na

obrigação que tem o indivíduo em se apresentar perante o juízo no dia e hora fixados pelo juiz se intimado para que preste, enquanto testemunha, o seu depoimento.

Como vimos anteriormente, *toda pessoa pode atuar como testemunha*. Logo, *toda pessoa possui o direito de comparecimento*.

Ocorre, contudo, que há exceções, quais sejam:

(i) **Impossibilidade prática** – determina o art. 220 do CPP:

**Art. 220 do Código de Processo Penal.** As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem.

Significa dizer, portanto, que em se tratando de testemunha com idade avançada ou acometida por doença grave incapacitante, não lhe será exigido o comparecimento em juízo, sendo possível seja o seu depoimento colhido no local em que se encontrar.

(ii) **Prerrogativa de função** – é a disposição do art. 221, *caput*, do CPP:

**Art. 221, *caput*, do Código de Processo Penal.** O presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estado e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

Por primeiro, importante ressaltar que o dispositivo acima representa rol *exemplificativo*, porquanto é possível que lei ordinária o amplie, como já o fez. Além dos indivíduos acima elencados, o dispositivo se aplica, por exemplo, aos membros do Ministério Público<sup>9</sup>.

Além da *prerrogativa* que lhes permite apresentar o depoimento por meio escrito através de ofício, se realizado de modo oral, não pode o magistrado ajustar o dia e a hora previamente, devendo, antes, com eles ajustar tais elementos.

(iii) **Residem fora do limite territorial sujeito à jurisdição do juiz** – por fim, aduz o art. 222 do CPP:

**Art. 222 do Código de Processo Penal.** A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

**§1º.** A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

---

<sup>9</sup> **Art. 40 da Lei nº 8.625/93.** Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica:

I – ser ouvido, como testemunha ou ofendido, em qualquer processo ou inquérito, em dia, hora e local previamente ajustados com o Juiz ou a autoridade competente.

§2º. Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§3º. Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Nesse caso, por óbvio, não é necessário que se apresentem perante o juízo competente para o colhimento do depoimento, podendo ser realizado por meio de *carta precatória* ou *videoconferência*.

No primeiro caso, as partes, acusação e defesa, serão intimadas da expedição da *carta* pelo juízo deprecante, a fim de possibilitar que compareçam ao depoimento, sob pena de *nulidade relativa* do ato processual. Não é necessário, contudo, que o juízo deprecado as intime da realização da audiência. Se assim quiserem, é necessário que diligenciem exigindo o oferecimento de informações nesse sentido.

Nesse sentido, vejamos as Súmulas que seguem:

**Súmula nº 155 do Supremo Tribunal Federal.** É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.

**Súmula nº 273 do Superior Tribunal de Justiça.** Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.

• • • •

Ainda assim, é possível que surja a seguinte questão: *em se tratando de testemunha essencial ao deslinde da causa, é possível seja obrigada a comparecer em juízo ainda que incidentes os casos acima narrados?* Ainda que se trate de testemunha essencial, não é possível sejam ignoradas as disposições anteriormente explicadas.

Constatando-se o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, porém, é possível quereriam as partes a *produção antecipada da prova*, sendo a testemunha inquirida por meio de carta precatória.

• • • •

Por fim, compete a nós estabelecer quais as consequências diante da violação do *dever de comparecimento*. Nesse sentido, determina o art. 218 do CPP:

**Art. 218 do Código de Processo Penal.** Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

Portanto, violando-se o *dever de comparecimento* é possível determine o magistrado a requisição da testemunha à autoridade policial ou requeira seja conduzida por oficial de justiça, podendo solicitar auxílio de força pública/policial, ou

seja, não comparecendo por motivo injustificado, é possível que juiz determina a sua condução coercitiva (condução sob vara).

#### 9.4.2.8. Dever de compromisso

É o que dispõe o art. 203 do CPP:

**Art. 203 do Código de Processo Penal.** A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Entende-se por *dever de compromisso*, portanto, o ato que precede o depoimento, pelo qual se compromete a testemunha dizer apenas a verdade sobre aquilo que lhe inquirir o magistrado durante a coleta de seu depoimento.

Para que entendamos melhor o referido *dever*, convém que expliquemos alguns pontos importantes.

(i) **Formalidade** – em que pese se tratar de um *compromisso* prestado pela pessoa da testemunha, a lei não dispõe de qualquer procedimento pelo qual o mesmo deverá ser feito.

Nesse sentido, basta que o magistrado advirta a parte acerca de seu dever de somente proferir verdades sobre os elementos que lhe foram indagados., sob pena de lhe atingirem as consequências estabelecidas em lei.

(ii) **Violação do dever de compromisso** – continuando o raciocínio criado acima, a *violação do dever de compromisso* faz com que a testemunha incida no crime disposto no art. 342 do Código Penal, *falso testemunho*:

**Art. 342 do Código Penal.** Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em júízo arbitral:

**Pena** – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§1º. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§2º. O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

#### (iii) **Quem tem dever de compromisso?**

Por fim, cabe-nos a pergunta: *a quem sobrevém o dever de compromisso?* Utilizando-se do mesmo raciocínio dos demais deveres estudados, sendo possível que todos os indivíduos executem a função de testemunha, *a todos os indivíduo recai o dever de compromisso*.

Porém, há exceções à referida regra. Estão dispostas no art. 208 do CPP:

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

[...]

**Art. 208 do Código de Processo Penal.** Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Tendo isso em mente, determinemos as exceções:

(i) **Menores de 14 anos;**

(ii) **Doentes mentais;**

(iii) **Ascendente, descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado.**

#### **9.4.2.9. Dever de informar o endereço**

É o que aduz o art. 224 do CPP:

**Art. 224 do Código de Processo Penal.** As testemunhas comunicarão ao juiz, dentro de um ano, qualquer mudança de residência, sujeitando-se, pela simples omissão, às penas do não-comparecimento.

Tem em vista que pode o magistrado requisitar novamente a produção de prova testemunhal quando entender ser necessário para o esclarecimento da causa, deverão as testemunhas informarem ao juízo, durante o prazo de um ano, eventuais mudanças de endereço.

A violação do referido dever sujeita-os às penas do não comparecimento em juízo (vide tópico 9.4.2.7. *Dever de comparecimento*, supra).

#### **9.4.2.10. Finalização do estudo dos deveres**

Para finalizarmos o estudo dos deveres anteriormente explicados, convém informarmos que é necessário sejam analisados individualmente. Por isso, montamos a tabela que se encontra na próxima página para o melhor entendimento do todo:

	REGRA	EXCEÇÃO
<b>CAPACIDADE DE SER TESTEMUNHA</b>	Toda pessoa poderá ser testemunha	Pessoa jurídica
<b>DEVER DE DEPOR</b>	Toda testemunha não poderá se eximir da obrigação de depor	É <b>facultado</b> ao ascendente, descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado deporem. Contudo, é possível que o magistrado determine realizem seu depoimento, desde que não haja outros meios capazes de produzir a referida prova
		São <b>proibidos</b> de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho
<b>DEVER DE COMPARECIMENTO</b>	Se intimada, não é possível que a testemunha se recuse a comparecer em juízo, sob pena de ser conduzida coercitivamente	Não estão obrigados a comparecer em juízo aqueles que por (i) por impossibilidade prática não o puderem ou por (ii) prerrogativa de função assim lhes for eximido, bem como em relação àqueles que (iii) residam fora do limite territorial sujeito à jurisdição do juiz
<b>DEVER DE COMPROMISSO</b>	Todas as testemunhas estão sujeitas ao dever de compromisso	São exceções os (i) menores de 14 anos, (ii) doentes mentais e (iii) o ascendente, descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado.

#### 9.4.2.11. Questões importantes

Mesmo após todas as explicações anteriores, ainda restam algumas dúvidas acerca da capacidade de ser parte. Vejamos:

(i) **Corréu** – *é possível que o corréu seja testemunha?* Não! Primeiramente, vimos anteriormente que não é possível que o mesmo indivíduo atue em duas funções distintas na relação jurídico-processual. Nessa senda, já não seria possível que o mesmo indivíduo figurasse como sujeito processual principal e sujeito processual terciário não interessado;

(ii) **Policial** – nesse caso, é sim possível que atue como testemunha, porquanto não há óbices legais ao exercício da referida função. Anteriormente à pacificação desse entendimento, havia posição doutrinária que entendia o contrário, defendendo que o testemunho do policial não seria voltado ao esclarecimento do fato delituoso, mas à justificação de suas atuação. Hoje, contudo, como dito, a possibilidade é entendimento pacificado;

(iii) **Criança** – *crianças podem atuar como testemunhas?* Sim! O art. 202 é claro quando indica que *toda pessoa pode ser testemunha*. Nesse caso, porém, preza-se pelo modo segundo o qual será colhido o depoimento, não o fazendo a criança sob o *dever de compromisso*, por óbvio. Aqui, em que pese se tratar de *pessoa-informação*, ou seja, pessoa da qual se intenta retirar fatos relevantes para o deslinde do caso, é necessário sejam observadas as disposições que garantem à criança a *proteção integral*, nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente. Em outras palavras, é necessário que se utilize abordagem específica e adequada nesses casos;

(iv) **Adolescente coautor da infração** – conforme já determinamos anteriormente, o *adolescente*, imputável, desprovido de *capacidade penal*, incapaz de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se segundo tais elementos, não pode ser considerado acusado, porquanto responde perante o *juízo da infância e juventude*. Tendo isso em mente, não há o que se falar em qualquer disposição contrária à sua atuação enquanto testemunha.

A discussão, porém, paira sobre o fato de ser realizado *sob* ou *sem a observância do dever de compromisso*. Para tanto, consideremos alguns elementos:

Conforme determina o ECA, entende-se por adolescente o indivíduo que tem entre 12 e 17 anos de idade, nos moldes do art. 2º do referido diploma legal:

**Art. 2º, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Como já vimos anteriormente, não estará sujeito ao *dever de compromisso* os indivíduos que tenham menos de 14 anos de idade (art. 208 do CPP – vide tópico 9.4.2.8. *Dever de compromisso, supra*).

A pergunta, portanto, incide nos indivíduos entre 14 e 17 anos. Aqui, porém, há divergência doutrinária.

Uma das posições defende a impossibilidade da incidência do *dever de compromisso*, tendo em vista que, ainda que não se enquadre nos indivíduos elencados no art. 208, ainda estará sujeito ao *juizado da infância e juventude*, devendo ser observada, portanto, a vedação à autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Nesse sentido, não poderia o menor, ainda que não submetido ao juízo criminal, alegar fatos contra si.

A segunda corrente, porém, entende não haver qualquer prejuízo na realização do *compromisso*, porquanto o *juizado da infância e juventude* somente pode atribuir ao adolescente *medidas socioeducativas*, de caráter benéfico ao indivíduo. Essa corrente vigora como entendimento majoritário.

#### 9.4.2.12. Coleta do depoimento

Determina o art. 203 do CPP:

**Art. 203 do Código de Processo Penal.** A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

Levando isso em consideração, chegamos à conclusão de que o depoimento será compreendido por quatro fases distintas, quais sejam:

(i) **Verificação da identidade das testemunhas** – na primeira fase, caberá ao magistrado confirmar a qualificação da testemunha, certificando que se trata, de fato, da pessoa correta a ser inquirida.

Surge uma pergunta: *é possível que o magistrado tenha dúvida acerca da pessoa da testemunha?* Sim. Nesse caso, observar-se-á o disposto no art. 205 do CPP:

**Art. 205 do Código de Processo Penal.** Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

(ii) **Verificação de possível vinculação com as partes** – aqui, cabe ao magistrado determinar se existe vínculo entre a testemunha e a pessoa do acusado, buscando, portanto, verificar se há qualquer incidência nas exceções dos arts. 206 e 207 do CPP (vide tópico 9.4.2.6 *Dever de depor*, supra). Ademais, é nessa fase que deve constatar qualquer elemento capaz de influenciar no depoimento da testemunha.

A título de exemplo, dispõe o art. 217 do CPP:

**Art. 217 do Código de Processo Penal.** Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição

por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Portanto, constatando que a presença do réu cause humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha, sendo possível influenciar na veracidade de seu depoimento, é possível que seja colhido o testemunho por *videoconferência*. Não sendo possível assim proceder, poderá o magistrado ordenar a retirada do réu da sala, acompanhando o testemunho a pessoa do defensor do acusado;

(iii) **Advertência** – nessa fase, cabe ao magistrado informar à testemunha acerca de seu compromisso com a verdade, sob pena de incidir nos crimes já explicados (vide tópico 9.4.2.8. *Dever de compromisso*, supra);

(iv) **Objeto concreto do depoimento** – por fim, a última fase engloba a inquirição, de fato.

Importante ressaltar que o Ordenamento Jurídico adota o denominado *sistema inglês*, segundo o qual devem ser observados dois elementos, quais sejam:

(iv.i) **Cross examination** – tal elemento informa que a testemunha não somente será inquirida pela acusação, mas também lhe poderá direcionar perguntas a defesa do acusado;

(iv.ii) **Directo examination** – determina o art. 212 do CPP:

**Art. 212 do Código de Processo Penal.** As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

**Parágrafo único.** Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Significa dizer, portanto, que cabe às partes sejam as perguntas direcionadas à pessoa da testemunha, somente intervindo o magistrado em se tratando de perguntas irrelevantes à formação de sua convicção ou que já tenham sido respondidas.

Ademais, o magistrado somente formulará perguntas, uma vez que as questões feitas pelas partes não tenham sido capazes de esclarecer os pontos necessários, ocasião na qual deve complementá-las.

• • • •

Para finalizar as informações atinentes à coleta do depoimento, convém que estudemos o disposto no art. 225 do CPP. Vejamos:

**Art. 225 do Código de Processo Penal.** Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

O artigo acima referido dispor acerca da *produção antecipada da prova testemunhal*. Conforme aduz, são duas as ocasiões em que poderão ocorrer, quais sejam:

(i) *Sabendo que estará ausente a testemunha quando da audiência de instrução e julgamento;*

(ii) *Quando a testemunha se tratar de pessoa enferma ou de idade avançada, temendo-se que o seu falecimento anteceda a oportunidade da coleta do depoimento.*

Nesse caso, portanto, é necessário que seja comprovado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, podendo ser requerido pelas partes ou reconhecido pelo magistrado de ofício.

#### 9.4.2.13. **Contradita e arguição de defeitos**

(i) **Conceito** – tratam-se de meios utilizados pelas partes para arguir elementos que acarretem na impossibilidade de agir como testemunha determinado indivíduo. Nesse sentido, é a determinação do art. 214 do CPP:

**Art. 214 do Código de Processo Penal.** Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

Para que entendamos melhor, convém que as conceituemos separadamente:

(i.i) **Contradita** – tem-se por *contradita* a manifestação segundo a qual qualquer das partes indica incidir a testemunha em qualquer dos elementos constantes nos arts. 206 a 208 do CPP, ou seja, indica a *faculdade* ou a *proibição* de depor ou a desnecessidade de observância do *dever de compromisso*;

(i.ii) **Arguição de defeitos** – por outro lado, a *arguição de defeitos* é o meio pelo qual as partes revelam fatos que evidenciem indignidade ou falta de fé no depoimento de determinada testemunha, tornando-a, portanto, *suspeita* (ex.: já ter sido condenada anteriormente pelo crime de *falso testemunho*).

(ii) **Momento** – conforme determina o artigo acima referido, tais elementos deverão ser manifestados anteriormente ao início do depoimento das testemunhas a que atinjam;

(iii) **Admissão da contradita** – é possível que algumas situações sejam ensejadas pela manifestação por meio de *contradita*:

(iii.i) **Incidência nos elementos do art. 206** – nesse caso, o depoimento somente será excluído, uma vez que a testemunha opte por não depor contra o acusado;

(iii.ii) **Incidência nos elementos do art. 207** – é necessário que o depoimento seja excluído, porquanto será o indivíduo proibido de depor, salvo quando assim o quiser, bem como o permitir a pessoa a quem interessa o segredo;

(iii.iii) Incidência nos elementos do art. 208 – aqui, não há o que se falar em exclusão do depoimento, somente reconhecendo o magistrado a ausência do *dever de compromisso*, atuando o indivíduo como *informante*.

(iv) **Admissão da arguição** – reconhecendo-se a indignidade ou elemento que enseje a falta de fé no depoimento, não deverá o magistrado excluir o depoimento. Nesse caso, a referida informação somente constará dos autos, devendo ser levada em consideração pelo magistrado quando da valoração da prova.