

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL**

Fernanda de Matos Lima

Presidente Prudente/SP

2003

**FACULDADES INTEGRADAS**  
**“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP

**O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL**

Fernanda de Matos Lima

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de curso para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mário Coimbra.

Presidente Prudente/SP

2003

# **O VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para a obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.

**Mário Coimbra**

Orientador

**Sérgio Luiz de Andrade**

Examinador

**Paulo Sérgio Xavier**

Examinador

Presidente Prudente, 24 de novembro de 2003.

Dedico este trabalho a todas àquelas pessoas que dispensam a mim o sentimento mais sublime do ser humano: o amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus que me concedeu o dom maior que é a vida.

Aos meus pais, Luiz Antônio e Vera Lúcia, pela a educação que me proporcionaram, bem como a minha avó Antônia, pelos cuidados e apoio.

Ao Dr. Mário Coimbra, pela paciência e dedicação que sempre dispensou a mim, bem como por ser um modelo em minha vida, não somente na área jurídica, mas também como o ser humano que é.

Ao Dr. Sérgio Luiz de Andrade e ao Dr. Paulo Xavier, por aceitarem compor a banca examinadora e pelas contribuições para a realização deste trabalho.

Por fim, a todos os meus colegas de sala, amigos, colegas de trabalho e familiares que de algum modo contribuíram para a criação desta monografia.

## RESUMO

No presente trabalho o autor discute o valor probatório das provas produzidas na fase do inquérito policial, dentro do processo penal, em face de suas características que lhes são peculiares, bem como a luz dos princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico, em particular, o princípio do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. Analisou a matéria referente à prova, chegando ao entendimento que existem, na fase inquisitorial, provas renováveis e definitivas, sendo estas as que devem ser refeitas, e aquelas as que tem o mesmo valor probante das provas produzidas no processo penal.

Por fim, a presente obra faz um apanhado geral a respeito dos Juizados Especiais Criminais (o artigo 69 da Lei nº 9.099/95) que aboliu, em regra, o inquérito policial, substituindo-o pelo termo circunstanciado, o que vem prestigiar a aplicação dos princípios que norteiam a apuração dos delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, oralidade, informalidade, economia processual, simplicidade e celeridade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Inquérito policial – Princípio do contraditório; Provas; Inquisitorialidade; Valor probante.

## ABSTRACT

In the present work the author discusses the probatory value of the proofs produced in the inquiry policeman's phase, inside of the penal process, in face of your characteristics that are them peculiar, as well as the light of the beginnings that you/they orientate the whole juridical ordenamento, in matter, the beginning of the contradictory, of the wide defense, of the due legal process and of the human person's dignity. It analyzed the matter regarding the proof, arriving to the understanding that you/they exist, in the phase inquisitorial, renewable and definitive proofs, being these the ones that should be re-done, and those the ones that have the same value probante of the proofs produced in the penal process.

Finally, to present work he/she does a been hit general regarding Criminal Special Juizados (the article 69 of the Law no. 9.099/95) that abolished, in rule, the inquiry policeman, substituting him/it for the term circunstanciado, the one that comes give prestige to the application of the beginnings that you/they orientate the apuração of offensive potential minor crimes, in other words, oralidade, informalidade, procedural economy, simplicity and velocity.

**KEYWORDS:** Inquiry policeman - Beginning of the contradictory; Proofs; Inquisitoriedade; Value probante.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 O INQUÉRITO POLICIAL .....</b>	<b>12</b>
1.1 Evolução histórica .....	12
1.1.1 Inserção no ordenamento jurídico nacional .....	13
1.2 Conceito e Características.....	14
1.3 Natureza jurídica .....	18
1.4 Finalidade .....	19
<b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>21</b>
2.1 Noções preliminares .....	21
2.2 Princípio da dignidade da Pessoa humana .....	22
2.3 Princípio do devido processo legal .....	23
2.4 Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	24
2.4.1 A garantia do contraditório na fase do Inquérito Policial.....	26
<b>3 DA PROVA .....</b>	<b>28</b>
3.1 Conceito .....	28
3.2 Finalidade e objeto .....	29
3.3 Classificação .....	32
3.3.1 Quanto ao objeto .....	32
3.3.2 Quanto ao sujeito .....	32
3.3.3 Quanto à forma .....	32
3.3.4 Quanto ao efeito .....	33
3.4 Meios de prova .....	33
3.5 Provas ilícitas .....	34
3.5.1 Teoria da proporcionalidade .....	35
3.5.2 Provas ilícitas por derivação .....	37
3.6 Princípios sobre a prova .....	37
3.6.1 Princípio da comunhão da prova .....	37
3.6.2 Princípio da oralidade .....	38

3.6.3 Princípio da concentração .....	38
3.6.4 Princípio da publicidade .....	38
3.6.5 Princípio da verdade real .....	39
3.6.6 Princípio da audiência contraria .....	40
3.6.7 Princípio do <i>in dubio pro reo</i> e presunção da inocência .....	40
<b>4 REPERCURSÃO PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL .....</b>	<b>43</b>
4.1 Introdução .....	43
4.2 Da valoração da prova .....	43
4.3 Da prova pericial .....	47
4.4 Da prova documental .....	49
4.4.1 Prova documental quanto à origem .....	50
4.4.2 Prova documental quanto à forma .....	51
4.4.3 Admissão de cartas particulares em juízo .....	51
4.4.4 Momento da apresentação da prova documental, sua juntada <i>ex officio</i> e sua tradução se estiver em língua estrangeira .....	52
4.5 Da prova oral .....	54
4.5.1 Prova testemunhal .....	54
4.5.1.1 Espécies .....	55
4.5.1.2 Características .....	56
4.5.1.3 Da apreciação da prova testemunhal .....	58
4.5.1.4 Capacidade para ser testemunha, dispensas e proibições .....	59
4.5.2 Confissão .....	62
4.5.2.1 Conceito, elementos e momento .....	62
4.5.2.2 Espécies .....	64
4.5.2.3 Características .....	65
4.5.2.4 Valor probatório .....	67
4.6 Do valor probatório das provas produzidas no inquérito policial .....	68
4.6.1 Provas definitivas .....	69
4.6.2 Provas renováveis .....	70
<b>5 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS .....</b>	<b>74</b>
5.1 Noções preliminares .....	74
5.2 Princípios e finalidades nos juizados especiais .....	75
5.2.1 Princípio da oralidade .....	76

5.2.2 Princípio da simplicidade .....	77
5.2.3 Princípio da informalidade .....	77
5.2.4 Princípio da economia processual .....	78
5.2.5 Princípio da celeridade processual .....	78
5.2.6 Finalidades dos Juizados especiais criminais .....	79
5.3 Competência dos Juizados Especiais Criminais .....	80
5.3.1 Contravenções .....	81
5.3.2 Crimes com pena não superior a um ano .....	82
5.3.4 Termo circunstanciado .....	84
<b>6 CONCLUSÃO .....</b>	<b>87</b>
<b>REFERENCIASBIBLIOGRAFICAS.....</b>	<b>90</b>

## INTRODUÇÃO

Inquérito policial é um procedimento administrativo, realizado pela polícia judiciária para obter informações a respeito da materialidade do delito e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal tenha elementos suficientes para propor-la. É procedimento administrativo, de caráter provisório, estando revestido pela inquisitorialidade que é uma característica lhe é inerente, ou seja, não se aplica o princípio do contraditório, visto que ele constitui uma forma de defesa do Estado contra o crime, não havendo acusado, mas sim indiciado. Em razão disto grande discussão existe acerca das provas produzidas nesta fase.

A presente obra enfocou a produção de provas na fase inquisitorial à luz da limitação da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa que são garantias constitucionais.

Esta matéria é alvo de grande discussão jurisprudencial e doutrinária, no entanto, ainda, é pouco enfrentada, não havendo solução para as divergências que surgem ao seu redor, por isso a necessidade deste trabalho.

A exposição do tema foi realizada através da utilização de obras bibliográficas e consulta de documentação indireta para que fossem demonstrados todos os elementos por vezes suscitados.

Para uma melhor compreensão e análise, este trabalho está dividido em cinco partes.

A primeira parte descreveu toda a matéria relativa ao inquérito policial, desde sua evolução histórica, Inserção no ordenamento jurídico nacional, conceito, características, natureza jurídica e finalidade.

A segunda parte atentou ao estudo dos princípios constitucionais aplicáveis no processo penal, enfocando o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do devido processo legal e o princípio do contraditório e da ampla defesa. Tratando, em especial, da garantia do contraditório na fase do inquérito policial.

Em um terceiro momento, cuidou-se da matéria referente à prova, analisando seu conceito, finalidade, objeto, classificação, os meios de prova admitidos no âmbito processual penal e os princípios norteadores da prova.

Já na quarta parte, analisou a repercussão probatória das provas produzidas no inquérito policial, dividindo-as para melhor compreensão do estudo deste tema, em documentais, orais e periciais.

Por fim, na quinta parte examinou-se a questão dos Juizados Especiais Criminais em face da produção de provas, sopesando-se a supressão do inquérito policial frente a sua substituição pelo termo circunstanciado.

# 1 INQUÉRITO POLICIAL

## 1.1 Evolução História

O inquérito policial é um procedimento administrativo que visa apurar a materialidade da infração penal e sua autoria. Para melhor entendê-lo, necessário se faz a análise de sua origem.

No Egito, a 4.000 a.C., existia um funcionário do rei denominado *magiaí* que desempenhava a função de castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos, acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo os malvados e mentirosos, ouvir a acusação e participar da instrução para obter a verdade. (SANTIN, 2001, p.21 a 22). Além dele, a própria testemunha do ato ilícito ou o comandante da cidade poderia exercer a função de acusador.

Na Grécia, o *temósteta* ou *tesmoteta* levavam a *notitia criminis* à Assembléia do Povo ou ao Senado, uma vez provocados, designavam um cidadão para a função de acusador.

Em Atenas, nas infrações Públicas, todo cidadão poderia ser acusador; já nas privadas, a acusação era feita pelo ofendido, pais, tutor ou senhor. Existe resquício na história de magistrados denominados *tesmotetas*, que eram encarregados de atuar em crimes públicos cometidos contra pessoas, quando houvesse receio que os delinqüentes ficassem impunes ou se a vítima não tivesse parentes ou estes agissem com desídia no procedimento criminal ou para os crimes contra a pátria. Tinham a função fiscalizar e de denunciar o fato criminoso a Assembléia ou ao Senado. Também existiam magistrados eleitos, cujos nomes eram *estínomos*, que exerciam a função policial de investigação.

Em Esparta, os *éforos* responsabilizavam os acusados quando o ofendido não o fazia.

Em Roma, o procedimento penal de cunho privado era de iniciativa do povo e do ofendido e através do procedimento inquisitório os legitimados tinham poder de investigar e acusar. O acusado também tinha a faculdade de investigar a fim de produzir provas para demonstrar sua inocência. Posteriormente, no fim do império, este procedimento passou a ser realizado por agentes públicos. (SANTIN, 2001, p. 23).

Surge na idade média, um sistema inquisitorial, adotado inicialmente pelo Direito canônico, onde as figuras de julgador e de acusador se concentravam na mesma pessoa. Este sistema foi utilizado pelo Tribunal do Santo Ofício ou Inquisição, que cometeu grandes atrocidades na perseguição dos hereges, tanto na Europa Meridional como nas Províncias da América e do Oriente. (Geraldo da SILVA, 2000. p. 21).

José Geraldo da Silva (2000, p. 29) define bem tal instituição: "... a inquisição é uma busca, uma investigação. Historicamente falando, o termo refere-se a uma instituição estabelecida no seio da Igreja Católica Romana com o propósito de eliminar a heresia, isto é, toda e qualquer oposição religiosa".

### **1.1.1 Inserção no ordenamento jurídico nacional**

As ordenações do Reino tiveram aplicação no Brasil a partir de seu descobrimento, posto que nosso país era colônia de Portugal.

A primeira a entrar em vigor foi às ordenações Afonsinas (1469). Havia o inquérito propriamente dito e a devassa. João Mendes de Almeida Junior (1920, p. 108) esclarece: "... o inquérito era uma inquirição que exigia a presença do acusado; a devassa era a inquirição feita *ex-officio* e sem o concurso do acusado...". Nesta fase, os juizes exerciam a função de policia judiciária.

Essas ordenações foram substituídas pelas ordenações Manuelinas (1521). Os processos criminais deixaram de se iniciar por clamores, tendo inicio através de querelas juradas, por denúncias ou por inquirições devassas. O promotor de justiça é previsto para as causas civis e criminais. (SANTIN, 2001. p. 28).

As ordenações Filipinas vieram substituir a anterior em 1603. Nela, a função de polícia era exercida por moradores gratuitamente e controlados pelos alcaides e depois pelos juizes da terra. (SANTIN, 2001, p. 27). A investigação também podia ser iniciada por querela.<sup>1</sup> Porém, ela não falava em Inquérito Policial, bem como, não fazia distinção entre polícia administrativa e judiciária. (TOURINHO FILHO, 2002, p. 182).

Parte do território brasileiro foi dominado pelos holandeses, neste período, como elucida Ruy Ribello Pinho (1973, p. 167): “Inexistia distinção entre fase policial e fase judicial do processo. A acusação contra criminosos partia de funcionários do Estado ou dos particulares...”

O inquérito policial surgiu entre nós, com essa denominação, com a Lei nº 2.033, de 20/09/1871, regulamentada pelo Decreto-lei nº 4.824, de 28/11/1871.

O artigo 42 do referido dispositivo declara: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para a descoberta dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento por escrito”.

O código de Processo Penal de 1941 conferiu as autoridades policiais a função de investigar os atos ilícitos e a sua autoria.

Mantem-se, no direito brasileiro, até os dias atuais, esse mesmo sistema de investigação, que é anterior à fase do próprio processo criminal, conforme se verifica, a seguir.

## **1.2 Conceito e Características**

O Estado é o titular do *jus puniendi*, que somente se concretiza através do processo. Assim, uma vez praticada uma infração penal, surge para o Estado o dever de punir o infrator; para isso, necessário se faz instaurar o processo penal através da propositura da ação Penal. Porém, para que ela seja proposta é imprescindível que o titular do direito de punir tenha um mínimo de elementos

---

<sup>1</sup> Querela é a delação feita ao juízo competente, de um fato criminoso, de interesse público ou privado.

probatórios que indiquem a materialidade da conduta delituosa, bem como sua autoria.

O inquérito policial é o instrumento mais utilizado para a obtenção dessas informações, embora não seja o único. Este procedimento visa colher as informações necessárias para ser pedida a imposição da pena.

A polícia tem duas funções: administrativa, de caráter preventivo; e judiciária <sup>2</sup>, de caráter repressivo. A esta é delegada a competência de realizar o inquérito policial, que constitui o primeiro momento da atividade repressiva do Estado.

A soma dessa atividade investigatória com a ação penal promovida pelo Ministério público ou pelo ofendido denomina-se persecução penal. Ela objetiva tornar efetivo o *jus puniendi* do Estado, para se imputar uma sanção penal ao autor da conduta delituosa.

*Inquérito* é um substantivo originário do verbo *inquirir*, que significa perguntar, indagar, investigar, interrogar. Etimologicamente, significa investigação ou averiguação feita pela polícia. (MOSSIN, 1998, p. 161).

Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 76) define bem o que é inquérito policial: “Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria”.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2002, p. 184) conceitua inquérito policial como sendo “... o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.

Portanto, inquérito policial é um procedimento administrativo, realizado pela polícia judiciária para obter informações a respeito da materialidade do delito e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal tenha elementos suficientes para propor-la.

O inquérito policial apresenta as seguintes características:

---

<sup>2</sup> O artigo 144, § 4º da Constituição Federal dispõe sobre a atribuição concedida a polícia judiciária de apurar as infrações penais. Tal disposição foi confirmada pelo artigo 4º código de processo penal.

- Procedimento escrito:

Toda informação obtida durante a fase de investigação deve ser reduzida a escrito ou datilografadas, tendo em vista que serão analisadas pelo ministério público para a formação da *opinio delict*, bem como para acompanhar a denúncia ou queixa, para a apreciação inicial do juiz. (SANTIN, 2001, p. 33).

Norma esta trazida pelo artigo 9º do Código de Processo Penal: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas, e neste caso, rubricadas pela autoridade.”

Dissertando sobre o assunto, Fernando da Costa Tourinho Filho (2002, p.193) afirma: “Atendendo a sua finalidade, que outra não é senão prestar as devidas informações ao titular da ação penal, e informações que irão dar-lhe arrimo, não se concebe a existência de inquérito policial oral...”.

- Sigiloso:

Dispõe o artigo 20 do Código de Processo Penal: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Esse dispositivo limitou o direito de obter informações de órgãos públicos, assegurado pelo artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal, pois o sigilo tem ação benéfica, tem função preventiva, tendo por objetivo proteger o Estado e a sociedade, limitação esta, autorizada pelo próprio texto constitucional.

Tal característica é essencial para que a autoridade policial possa obter êxito na realização de diligências necessárias, sem, que em seu caminho, surjam empecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informações com a destruição ou ocultação de provas, influência sobre testemunhas, etc. (MIRABETE, 2000, p. 78). O princípio da publicidade não se harmoniza com o inquérito policial.

O sigilo não se estende ao Ministério Público<sup>3</sup> e nem ao Judiciário. O advogado poderá ter acesso aos autos do inquérito policial quando possuir legitimidade processual (*legitimatío ad procedimentum*), porém, se decretado judicialmente o sigilo, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais, tendo em vista o princípio da inquisitorialidade que norteia o nosso

---

<sup>3</sup> Artigo 15, III, da LOMP (Lei complementar 40/81).

ordenamento em relação à investigação, mas pode manusear e consultar os autos, findos ou em andamento, podendo copiar peças e tomar apontamentos.<sup>4</sup>

Também não resta dúvida, diante do artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, que garante ao preso a assistência do advogado, que neste caso, poderá o advogado tomar medidas em favor do indiciado, como, por exemplo, requerer providências e diligências necessárias a defesa de seu cliente, contudo, seus atos passarão pelo crivo da autoridade policial, que tem poder discricionário para deferi-las ou não.

Ocorrendo qualquer restrição a esses direitos do advogado, poderá ser impetrado mandado de segurança em matéria penal, objetivando a correção do abuso ou da ilegalidade.

É claro que o sigilo não é exigido em todo e qualquer inquérito; apenas nos casos apontados no artigo 20 do Código de Processo Penal.

- Discricionário:

Através da discricionariedade, o órgão investigatório tem certa liberdade na apuração da materialidade do delito e de sua autoria.

Dispõe o artigo 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido ou seu representante legal, e o indiciado poderão requer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

Porém, por obvio que tal norma não pode ser aplicada de forma rígida, pois, como o inquérito policial tem função social e constitui a base da denuncia ou queixa, as investigações não podem ser conduzidas somente procurando a verdade por um só ângulo, que, aparentemente interessa apenas a acusação. Utiliza-se a expressão “aparentemente” porque o Ministério Público, além da função acusatória, também exerce a de fiscal da lei (*custos legis*).<sup>5</sup>

Assim, poderá o membro do Ministério Público pedir o arquivamento dos autos do inquérito, se entender que o resultado das investigações não ofereceu fundamentos suficientes para que ele promovesse a denuncia, bem como o

---

<sup>4</sup> Artigo 7º, XIII e XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94).

<sup>5</sup> Artigo 257, *in fine*, do Código de Processo Penal.

ofendido ou seu representante legal também não irá propor a ação penal se não formar sua *opinio delicti* através das informações obtidas na investigação.

Heráclito Mossin (1998, p. 165) justifica a mitigação do poder discricionário da autoridade policial da seguinte forma:

... tendo em linha de consideração que cumpre à policia judiciária descobrir como efetivamente o fato tido como típico ocorreu e quem foi seu provável autor ou autores, independentemente de esta apuração servir a acusação, deve ela sempre deferir o requerimento de diligências, desde que pertinente e de interesse para a persecução criminal.

Ainda, como conseqüência da discricionariedade, temos que não poderá ser oposta exceção de suspeição às autoridades policiais, conforme artigo 107, do Código de Processo Penal. Tal regra fundamenta-se na idéia de que a autoridade policial não faz nenhum juízo de valor ou externa decisão sobre a conduta delituosa e sobre a culpabilidade de seu autor, apenas apura os fatos ilícitos e sua autoria.

Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A autoridade policial deve agir dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico. Frisa-se que esta peculiaridade da investigação penal não pode servir de fundamento para violação de direito subjetivo processual ou constitucional do indiciado.

- Obrigatório:

A autoridade policial, assim que tenha noticia da pratica da infração penal, tem o dever legal de instaurar inquérito policial (artigo 5º do Código de Processo Penal).

- Indisponível:

Segundo o artigo 17 do Código de Processo Penal, se o inquérito policial for instaurado regularmente, não poderá a autoridade policial arquivá-lo, em nenhuma hipótese.

### **1.3 Natureza Jurídica**

Além dos atos de investigação praticados pela polícia judiciária, ela organiza uma instrução provisória denominada de inquérito policial. É imperioso que se analise sua natureza para que se possa melhor compreender a estrutura de tal instituto.

José Frederico Marques (2000, p, 163) define a natureza jurídica do Inquérito Policial da seguinte forma: "... é um procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal".

Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p. 77) verbera: "Não é o inquérito "processo", mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal".

Mariano de Siqueira (apud MOSSIN, 1998, p. 161) falando sobre o tema, afirma que:

... sua função é a de colher elementos que seriam impossíveis de ser obtidos na instrução judicial, como acontece com o auto de prisão em flagrante (que pode, entretanto, também ser lavrado pelo juiz, em alguns casos, como quando ele é vítima de desacato, de desobediência, etc.), como ocorre com os exames periciais, declaração do ofendido, levantamento do local do crime, arrolamento de testemunhas, acareação entre estas, autos de reconhecimento de pessoas e coisas, etc. É, pois, uma *instrução provisória*, um procedimento destinado a apurar a existência do crime ou da contravenção e a sua autoria, e oferecer elementos para a instauração da ação penal.

A função da polícia judiciária não tem caráter jurisdicional, posto que ela não exerce jurisdição. Assim, tal atividade tem natureza de procedimento administrativo, de caráter provisório, que tem por escopo fornecer ao órgão da acusação os elementos necessários para formar a *opinio delicti*.

#### **1.4 Finalidade**

O destinatário imediato do inquérito policial é o ministério público; no caso de crime que se apura mediante ação penal pública, ou ofendido; na hipótese de ação penal privada, e através dele formam sua convicção para propositura da peça inicial.

O destinatário mediato é o juiz, que nele encontra base para julgar e para que ele decrete de ofício, a requerimento do ministério público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, a prisão preventiva do indiciado (artigo 311 do Código de processo penal).

Segundo esclarece Fernando da Costa Tourinho Filho (2002, p. 184): “... o inquérito policial visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la”.

Preceitua o artigo 12 do Código de Processo Penal que o “inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

Conclui-se, assim, que é por intermédio deste procedimento administrativo de natureza provisória, que em regra<sup>6</sup>, se baseiam o ministério público, o ofendido ou seu representante legal para promover a ação penal.

---

<sup>6</sup> O inquérito policial é dispensável para a propositura da ação penal, seja ela pública ou privada, desde que através de provas se comprove a materialidade do delito e indícios suficientes de sua autoria. Caso contrario faltará justa causa para a *persecutio in iudicio*.

## **2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

### **2.1 Noções Preliminares**

O homem uniu-se a outros homens formando grupos, cidades e posteriormente nações, tornando-se necessário à aplicação de um ordenamento jurídico para regular suas relações, surgindo, assim, a figura do Estado.

Os parâmetros que dão base a este Estado estão definidos numa lei maior denominada Constituição, ela representa as idéias essenciais de um povo.

A constituição Federal está no ápice das leis, portanto, qualquer norma inferior, inclusive as de caráter processual, não podem divergir do disposto em nossa lei maior, sob pena de ser declarada a sua inconstitucionalidade.

Assim, comenta Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 25): “Não é demais ressaltar, pois, que todos os preceitos constitucionais exercem profunda influência sobre a legislação ordinária, que à Norma Maior deve estar amoldada”.

No que diz respeito ao direito processual penal, o constituinte teve especial preocupação em fixar parâmetros essenciais, com o objetivo de preservar direitos e garantias do homem, posto que, a aplicação das normas penais ao caso concreto pode afetar um dos maiores direitos do ser humano, qual seja, a sua liberdade. (NUCCI, 1999, p. 26)

Sendo nosso Estado um Estado democrático de Direito, nossa Carta Magna traz princípios de proteção ao indivíduo, quase todos elencados no artigo 5<sup>a</sup> deste diploma legal.

Estes princípios, que ora estudaremos, são preceitos fundamentais que dão forma e caráter ao sistema processual penal. Alguns deles tem aplicação em todo o ordenamento jurídico e outros são próprios e específicos a este ramo do Direito.

É nesse contexto que surge como essencial ao indivíduo o direito de ter sua dignidade humana preservada seja qual for a situação que se encontre, de ser submetido ao devido processo legal e de valer-se do contraditório e da ampla defesa, no âmbito do direito Processual Penal.

## 2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A partir do cristianismo, as pessoas foram elevadas a categoria espiritual, ou seja, um ser dotado de valores por si mesmo, possuidor de direitos fundamentais e, portanto, de dignidade. O homem passa a ser considerado como pessoa e não somente como um cidadão, tal condição é desvinculada de qualquer caráter político ou jurídico, surgindo, assim, um núcleo de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer e que delimitam o poder estatal. (PRADO, 2002, p. 114)

Dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III – a dignidade da pessoa humana;

Alexandre de Moraes (1997, p. 60) define da seguinte forma tal princípio:

.. a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

Convém ressaltar que tal valor não é uma mera criação legislativa, é algo que pré-existe a norma legal, pois é um atributo inerente a todo o ser humano,

decorrendo do fato do homem ser possuidor de inteligência, ser eticamente livre e capaz de distinguir e escolher.

Sendo um postulado fundamental, deve ser aplicado em todo o ordenamento jurídico positivo, vinculando de forma absoluta a atividade legislativa. Portanto, toda a norma que viole o princípio da dignidade humana deve ser considerada inconstitucional, assim, o Direito deve sempre respeitar a condição do ser humano como pessoa.

Este princípio, como já dito, é aplicado a toda a ordem jurídica e serve de base para os demais princípios fundamentais, como por exemplo: o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, ao devido processo legal, e até mesmo em relação aos direitos dispensados a família, dentre outros.<sup>7</sup>

### **2.3 Princípio do Devido Processo Legal**

A Magna Carta, em 1215, imposta pelos barões ao rei João Sem Terra, na Inglaterra, deu início a aplicação de tal princípio, utilizando-se da expressão *the law of the land*, posteriormente, em 1354, o rei Eduardo III utilizou-se da expressão *due process of law*, que deu origem ao termo até hoje empregado por várias constituições, inclusive pela nossa lei maior, no artigo 5º, inciso LVI, que dispõe: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; (NUCCI, 1999, p. 28)

Nossa Constituição referiu-se expressamente a este princípio. Segundo Fernando Capez (2000, p. 30), ele “consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law* - CF, art. 5º, LIV)”.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atua tanto no campo material, protegendo o direito de propriedade e de liberdade, quanto no âmbito subjetivo, assegurando a igualdade total de condições com o Estado-persecutor e a plenitude de defesa.

---

<sup>7</sup> Desta forma, havendo ofensa ao princípio do devido processo legal, por exemplo, implicaria, também, a lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Existem outros direitos constitucionais que decorrem do devido processo legal. Temos como exemplo o direito a defesa técnica, a publicidade do processo, a ampla produção de provas, a assistência jurídica gratuita e integral quando necessário, de o réu ser processado e julgado por Juiz competente, ao duplo grau de jurisdição, a revisão criminal, a imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado, bem como, se valer do contraditório e da ampla defesa, entre outros.

Não obstante as decorrências naturais de tal postulado, a Constituição Federal de 1988 faz menção expressa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, fundamentais para o devido processo legal.

#### **2.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa**

Tais princípios são corolários do devido processo legal. Eles estão dispostos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal da seguinte forma: “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”. Os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa constituem o fundamento da legalidade penal em um Estado de Direito.

Alexandre de Moraes (1997, p. 250) dá a seguinte definição para tais princípios:

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo o ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

O princípio da ampla defesa implica no direito do acusado de ser informado da acusação que dará início ao processo penal com a narração de todos os fatos de forma detalhada, assim como, a relação de todos os fatos tipificados como

delito penal que lhe forem imputados. O contraditório resulta no direito do acusado em contestar a acusação que lhe foi feita, tanto nas ações penais públicas, quanto nas privadas, a fim de resguardar seu direito de liberdade. O direito de defesa conferido a ele é sem restrições, sempre assegurando a isonomia entre as partes.

São elementos do contraditório a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Torna-se necessário que esta informação e a possibilidade de reagir possibilite um contraditório pleno e efetivo. Pleno, pois este postulado deve ser observado durante todo o processo e efetivo porque não basta que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar, é imprescindível que lhes sejam proporcionado os meios necessários para que tenham condições reais de contrariar os atos da parte contrária. (SCARANCA FERNANDES, 2000, p. 52) Esta informação deve ser feita a tempo de possibilitar a contrariedade. Tal postulado pressupõe a *paridade de armas* entre as partes no processo (*par conditio*), a fim de que elas estejam munidas de forças semelhantes para que se realize um contraditório efetivo.

O princípio da igualdade não se confunde com o contraditório, eles apenas se relacionam, visto que ao se garantir as partes o contraditório, também se assegura o tratamento igualitário. O preceito da isonomia entre as partes coloca-as em posição semelhante perante o Estado e, no processo, perante o Juiz. (SCARANCA FERNANDES, 2000, p. 58)

Dispõe Guilherme de Souza Nucci (1999, p.36).sobre as conseqüências constitucionais desses dois princípios, no rol de direitos e garantias do artigo 5º da Constituição Federal:

São corolários desses princípios: a presunção de inocência (inciso LVII); identificação dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório policial (LXIV); direito ao silêncio e de assistência da família e de advogado (inciso LXIII); comunicação imediata ao juiz e à família da prisão (inciso LXII); imediato relaxamento da prisão ilegal (inciso LXV); expressa previsão das hipóteses que autorizam a prisão (inciso LXI) e direito à liberdade provisória (inciso LXVI).

Conclui-se, assim, que, como no processo penal os direitos de liberdade e de punir é que estão sendo discutidos, direitos estes indisponíveis, tem-se a necessidade de assegurar um contraditório pleno e efetivo, com o equilíbrio da acusação e da defesa. Portanto, não existirá processo justo, nem imparcialidade na aplicação do direito material e tão pouco isonomia processual, caso não exista uma ampla defesa efetiva e o respeito ao princípio do contraditório.

#### **2.4.1 A garantia do contraditório na fase do inquérito policial**

A maior parte da doutrina entende que o princípio do contraditório, no processo penal, somente será aplicado na fase processual, não deve ser observado na fase investigatória.

O artigo 5º, inciso LV prevê a observância de tal postulado em processos judiciais e administrativos, e nesta classificação não se enquadra o inquérito policial, posto que ele é mero procedimento administrativo que tem por fim a colheita de provas para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

O inquérito policial não pode ser entendido como processo administrativo, pois nesta fase não existe acusado ou réu, fala-se em indiciado. Assim, não havendo acusação, não há que se falar em defesa.

O Supremo Tribunal Federal adota o seguinte posicionamento:

A investigação policial, em razão de sua própria natureza, não se efetiva sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância do postulado da bilateralidade dos atos processuais e da instrução criminal. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao inquérito policial tem sido reconhecida pela jurisprudência do STF. A prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. (STF – 1ª T. – HC nº 69372/SP – rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 7 maio 1993, p. 8.328).

A inquisitorialidade é uma característica inerente ao inquérito policial, ou seja, as atividades nele praticadas são presididas por uma única autoridade que age de ofício ou por provocação, atuando de forma a alcançar o objetivo maior do inquérito que é apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria (AGUIAR, jul. 2000, n. 43), sem a aplicação do contraditório, tal característica se

evidencia pelo disposto no artigo 107 deste diploma que proíbe a arguição de suspeição das autoridades policiais, bem como pelo que dispõe o artigo 14, que permite à autoridade policial indeferir qualquer diligência requerida pelo ofendido ou pelo indiciado, salvo nos casos de exame de corpo de delito, em razão do artigo 184 do referido diploma.

Existem apenas duas exceções a regra de que o contraditório não se aplica ao inquérito policial, que são: o inquérito judicial, para a apuração de crimes falimentares (Lei de Falências, artigo 106) e o instaurado pela polícia federal, a pedido do ministro da justiça, visando à expulsão de estrangeiro (Lei nº 6.815/80, artigo 120), sendo que neste último caso a aplicação do contraditório é obrigatória. (CAPEZ, 2000, p. 70)

## 3 DA PROVA

### 3.1 Conceito

Para que o Estado declare a existência da responsabilidade criminal e imponha uma sanção penal a um indivíduo é imprescindível que se tenha à certeza da materialidade de delito, bem como de sua autoria. Por isso, o juiz deve se convencer de que determinados fatos são verdadeiros, na tentativa de se obter a *verdade real*, e isso ocorrerá quando a suas idéias se ajustarem com a realidade dos fatos. A fase de instrução do processo penal se presta a este papel, ou seja, neta fase as partes procuram provar a veracidade do que alegam, vale dizer, demonstram aquilo que estão sustentando, tendo como objetivo gerar no juiz a convicção de que ele precisa para o seu pronunciamento, constituindo-se, assim, o que denominamos de prova.

É de vital importância para os interesses sociais que o autor do delito seja punido, com base no sistema da legalidade, porém, deve ser exigida a comprovação, pelos meios de prova admitidos pela legislação processual penal, da responsabilidade criminal do acusado. Não basta a existência da acusação para que a sanção penal atribuída ao tipo relacionado seja aplicada ao transgressor. Necessário se faz que se comprove judicialmente, através de instrução própria, com observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, que o acusado foi o autor de tal infração e que sua conduta se amolda ao tipo legal que lhe foi imputado. Portanto, observa-se que a prova é de suma importância para a pretensão punitiva do Estado. (MOSSIN, 1998, p. 193 a 195)

A palavra prova vem do latim *probatio*, que significa ensaio, verificação, exame, argumento, inspeção, razão, aprovação, confirmação, e deriva do verbo *probare*, que quer dizer provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, convencer alguém de alguma coisa, demonstrar.

Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 256) conceitua prova da seguinte forma: “... ela se constitui em atividade probatória, isto é, no conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste ultimo.

Para José Frederico Marques (2000, p, 330) “a prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”.

O conceito de prova colocado por Vincenzo Manzini (apud MOSSIN, 1998, p. 196) é bastante preciso, conceituando-a como sendo “a atividade processual imediatamente direta ao escopo de obter a certeza judicial, segundo o critério da verdade real, sobre a imputação ou outra afirmação ou negação interessante à decisão do juiz”.

Entretanto, deve-se observar que o termo *prova* não é unívoco, visto que pode se conceituar prova em três sentidos diversos, temos então: prova, como ato de provar, significa o processo pelo qual a parte procura convencer o juiz de que aquilo que ela alega é verdade, visando produzir no julgador a certeza da verdade; prova, como instrumento, é o meio empregado pela parte para demonstrar ao juiz que seus argumentos converge com a verdade dos fatos e, finalmente, prova como resultado, é a ação de provar, através dos seus instrumentos, a verdade dos fatos. (NUCCI, 1999, p.47)

### **3.2 Finalidade e Objeto**

A atividade probatória tem por escopo formar a convicção do juiz a respeito dos fatos ocorridos relacionados a imputação feita ao acusado. Baseando-se na prova é que o juiz irá verificar se os fatos realmente ocorreram, para que, então, possa exercer sua função jurisdicional, ou seja, decidir sobre a pretensão punitiva ou de liberdade.

O objeto da prova (*thema probandum*) é aquilo sobre o que o juiz deve obter conhecimento para decidir a questão submetida a seu julgamento, ou seja,

é aquilo que se deve demonstrar. A prova, nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete (2000, p.257), “abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança”.

Nas palavras de Mossin (1998, p. 213), “podem ser objeto da prova os fatos ou acontecimentos e os estados da vida individual e coletiva em sua mais ampla acepção, quer em seu aspecto externo ou físico, quer interno ou psíquico”.

A prova se refere a fatos relevantes para a decisão do litígio, excluindo-se, portanto, toda prova relativa a fatos impertinentes ou irrelevantes (são aqueles que não tem relação alguma com a causa, pois não exercem nenhuma influência na solução da questão, por exemplo, a cor da roupa vestida pelo autor do homicídio quando não há dúvida a respeito da pessoa que cometeu o delito).

Presume-se que o juiz conhece o direito, portanto, em regra, somente se constitui objeto de prova as questões de fato. Entretanto, existem algumas exceções, relativas ao direito estrangeiro e o direito consuetudinário sendo necessário produzir prova a seu respeito. O mesmo se aplica as normas emanadas de autarquias no uso de seu poder regular, e ainda de portarias, instruções, ordenas internas e disposições disciplinares de repartições públicas, secretarias de Estado e ministérios. (MARQUES, 2000, p, 331)

Os fatos incontroversos devem ser objeto de prova, diferente do que ocorre no processo civil.<sup>8</sup> Pois, o processo penal é, por sua própria natureza, controvertido, visto que o réu deve sempre ter uma defesa técnica, assim, não é porque o acusado confessou ou porque de outra forma o fato foi considerado incontroverso que eles não serão objeto de prova. O Estado deve sempre provar o conteúdo da imputação no que se refere a fatos essenciais do tipo penal, quanto aos fatos acessórios tidos como incontroversos, estes podem independender de prova.

---

<sup>8</sup> Os fatos incontroversos independem de prova no processo civil. São aqueles afirmados por uma parte e confessados pela parte contraria e admitidos, no processo, como incontroversos (artigo 334, inciso II e III do Código de Processo Civil)

Todos os demais fatos devem ser provados, porém, tal afirmação comporta exceções. Não precisam ser provados os fatos axiomáticos (intuitivos), os notórios e os presumidos.

Os fatos axiomáticos são aqueles evidentes por si só. Por exemplo, não há a necessidade de se provar que cocaína produz dependência ou que um indivíduo está morto se o seu corpo foi encontrado em estado de putrefação.

Os fatos notórios (*notoria non egent probatione*) são aqueles cujo conhecimento integra a cultura normal e própria de determinado círculo social. Deve-se entender o conhecimento geral, e não específico, que pertence apenas a um grupo. Basta que tal fato seja conhecido pela maior parte de um povo, de uma classe, de uma categoria, de um círculo de pessoas. Sua evidência é mostrada por sua própria notoriedade, e, por isso, deve ser conhecido. (MOSSIN, 1998, p. 215) Por exemplo, não se precisa provar que o Natal é comemorado no dia 25 de dezembro.

Não se deve esquecer, que se o fato revestido de notoriedade for elementar do tipo, deve ser provado, visto que, por exemplo, não é porque é notório que uma pessoa foi vítima de homicídio que se dispensará o exame de corpo delito, pois é imprescindível para a segurança da aplicação da lei penal que a tipicidade seja provada.

Não se deve confundir notoriedade com boatos sem fundamento que podem criar situações que não ocorreram, ou aumentar ou corromper aquelas que são verdadeiras. Também a notoriedade difere do clamor público, que é a revolta da comunidade em função da prática de um crime. (MIRABETE, 2000, p.257 e 258)

Por fim, os fatos presumidos são aqueles que são tomados como verdadeiros, há uma presunção de veracidade de tais fatos, independentemente, assim, de prova. Porém, importante se faz distinguir esta presunção em absoluta (*juris et de jure*) e relativa (*juris tantum*). A presunção absoluta não admite prova em contrário. Exemplo: presunção de imputabilidade do menor de 18 anos (artigo 27 do Código Penal). A presunção relativa admite prova em contrário, podendo ser afastada desde que a prova produzida a contradizer. Exemplo: nos crimes

contra os costumes existe a presunção legal de violência quando a vítima for menor de 14 anos (artigo 224, “a” do Código Penal).

### **3.3 Classificação**

#### **3.3.1 Quanto ao objeto**

Quanto ao objeto a prova pode ser direta ou indireta.

A prova é considerada direta quando se refere direta e imediatamente ao fato provado, leva a certeza do fato apurado. Mossin (1998, p. 206) a respeito do assunto ensina que ela “ocorre quando pela constatação impírica o juiz pode chegar, de modo imediato, àquela proposição de fato que deve servir de base a sua decisão”. O depoimento de testemunha que presenciou um crime é exemplo de prova direta.

A prova é indireta se caracteriza quando, pela prova de outro fato, se chega a uma conclusão referente ao fato principal, ou seja, aquele que se pretende provar. Ela se constitui em indícios e presunções, exigindo-se raciocínio. Por exemplo: o *álibi*. Provo que o acusado estava em local diverso do local do crime no momento dos fatos, logo, por indução, ele não pode ser autor do delito.

#### **3.3.2 Quanto ao sujeito**

A prova é pessoal quando recai ou emana de pessoas. Exemplo: o interrogatório, os depoimentos, etc. A prova é real é aquela que recai ou emana de coisas (exemplo: o exame do cadáver, o exame do local do crime, etc).

Deve-se observar que a prova pericial pode ser pessoal ou real, dependerá do laudo. Se este exprimir uma opinião técnica do perito, será prova pessoal, porém, se o laudo retrata o local do crime ou o exame do cadáver, será real. (NUCCI, 1999, p.62)

#### **3.3.3 Quanto à forma**

No tocante a forma, as provas podem ser documentais, testemunhais e materiais.

A prova testemunhal é aquela que emana da pessoa humana, diz respeito ao depoimento daquelas pessoas que tiveram alguma relação com o fato que se pretende provar, seja por percepção comum dos homens ou por percepção técnica. (NUCCI, 1999, p.62) A prova documental é aquela que se faz por meio de documento, ou seja, papel escrito ou outra materialidade permanente. Por derradeiro, a prova material é aquela representada pelos exames, vistorias, ou quaisquer outras perícias que exigem um conhecimento científico específico, ela é a verificação da essência da própria coisa pela percepção de que a analisa.

#### **3.3.4 Quanto ao efeito**

A prova pode ser plena ou não plena. A primeira é aquela que é convincente, completa, que afirma com clareza a existência do fato. A segunda é aquela que não leva a uma conclusão segura, não é suficiente para produzir uma certeza irretorquível do fato que se pretende provar, por exemplo: a confissão extrajudicial. É indicada no nosso ordenamento pelas expressões: “indícios veementes”, “indícios suficientes”, “fundadas razões” e outros termos similares. (MIRABETE, 2000, p.258)

#### **3.4 Meios de Prova**

Meios de prova, como ensina Pontes de Miranda (apud MARQUES, 2000, p, 333), “são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”. Portanto, meios de prova são as formas pelas quais se demonstra a verdade, a fim de que o magistrado forme sua convicção e as partes comprovem os fatos por elas alegados.

Não se deve confundir meios de prova com objeto ou sujeito da prova. O primeiro refere-se a tudo aquilo que serve para alcançar a verdade, é a forma que se utiliza para atingir um fim, por exemplo: o depoimento de uma testemunha,

porém, a testemunha é o sujeito da prova. O local do crime que é examinado é o objeto, já o exame do local é o meio da prova.

### **3.5 Provas Ilícitas**

No processo penal vige o princípio da verdade real, não havendo limitação dos meios de prova, pois ele visa o interesse público e social de combate à criminalidade. Assim, limitar a prova prejudicaria a obtenção da verdade real e por consequência a aplicação da norma material.

Porém, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, encontrando limites. Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Antônio Magalhães (2001, p. 130) entendem que:

... é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social / direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

Entretanto, além destas limitações, são inadmissíveis, em nosso ordenamento, as provas ilícitas e as ilegítimas. Provas ilícitas são aquelas obtidas por meios ilícitos, ou seja, colhidas infringindo as normas ou princípios de direito material, e as provas ilegítimas são aquelas que contrariam normas de caráter processual. A maior divergência ocorre em relação às provas obtidas por atos materialmente ilícitos.

A violação de direitos e garantias fundamentais, consagrados na Constituição Federal de 1988, para a produção de prova conduz a formação da prova ilícita. Portanto, o direito da inviolabilidade, da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (artigo 5<sup>a</sup>, XII da CF), da inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e de dados (artigo 5<sup>a</sup>, XII da CF), da inviolabilidade do domicílio (artigo 5<sup>a</sup>, XI da CF), o de não ser submetido à tortura ou tratamento

desumano ou degradante (artigo 5<sup>a</sup>, III da CF), e outros não podem ser sacrificados para que se produza prova.<sup>9</sup>

A prova ilícita por estar eivada de inconstitucionalidade, não produz qualquer efeito jurídico, visto que ela é imprestável.

A carta Magna de 1988 dispõe em seu artigo 5<sup>a</sup>, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Tal disposição torna impossível a violação deste direito fundamental para a obtenção de provas. Entretanto, varias entendimentos se formaram acerca do tema. Surgiram quatro correntes fundamentais:

1<sup>a</sup>) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punido-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima);

2<sup>a</sup>) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana de Aguiar);

3<sup>a</sup>) é inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio);

4<sup>a</sup>) admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetiva-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha, Moniz Aragão). (SCARANCA FERNANDES, 2000, p. 84 e 85)

Consagrou-se entre nós o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada. Entretanto, vai se firmando a aceitação da teoria do princípio da proporcionalidade.

### **3.5.1 Teoria da proporcionalidade**

---

<sup>9</sup> Neste sentido é nossa jurisprudência: “A produção de provas precisa obedecer o procedimento legal. Daí a Constituição da Republica expressar a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5<sup>o</sup>, LVI). Não produzem efeito confissão e testemunho resultantes de tortura física e psicológica. Decorre nulidade. Não acarreta absolvição. Enquanto não incidente a prescrição, é admissível a produção da prova”. (6<sup>a</sup> T. – RHC nº 2.132-2/BA – rel. Min. Vicente Cernicchiaro – *ementário* STJ, 06/708).

Salienta Alexandre de Moraes (1997, p. 255) que:

... a doutrina constitucional moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas, visando corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base no *Princípio da Proporcionalidade*, hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, que, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Logo, a teoria da inadmissibilidade processual das provas ilícitas vem sendo mitigada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, onde o juiz, em cada caso deve ponderar se a outra norma, também de natureza constitucional, não tem mais valor do que a norma constitucional que está sendo afrontada. Ela tem origem no ordenamento alemão.

Demonstra claramente a necessidade de aplicação de tal princípio à situação de ser violada correspondência de um sentenciado, visando descobrir um plano de evasão, para impedir que indivíduos de alta periculosidade empreendam fuga de estabelecimento prisional. A violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XII. Porém, o que tem mais valor, a segurança de toda a coletividade ou o direito do sentenciado de não ter sua correspondência violada? É este tipo de situação que leva a doutrina e a jurisprudência a aceitar a aplicação do princípio da proporcionalidade, visando proteger valores constitucionais mais relevantes do que o direito atingido para a produção da prova. Seria inaceitável, neste caso, não poder utilizar as cartas como prova, porque foram obtidas de forma ilícita.

Deriva de tal postulado, a posição que reconhece a possibilidade de utilização da prova pelo acusado, no processo penal, mesmo que ela tenha sido colhida em detrimento de direitos e garantias fundamentais. (GRINOVER, SCARANCA FERNANDES, GOMES FILHO, 2001, p. 136 e 137). Pois, não seria acertado condenar, ou aplicar pena maior ao acusado se sua inocência ou atenuante somente pode ser provada por provas obtidas ilicitamente. Tal

entendimento coaduna com o princípio do *favor rei*, também constitucionalmente assegurado.

Quando a prova ilícita foi colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude que cobria a prova é afastada por ser a sua produção um ato de legítima defesa, que é uma causa excludente de antijuridicidade.

### **3.5.2 Provas ilícitas por derivação**

Trata-se daquela prova que por si só é lícita, no entanto, foi obtida a partir da prova ilícita. É o caso da autoridade policial que ingressa sem o mandado judicial no domicílio do acusado e apreende produto de roubo. Esta orientação funda-se na teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte americana (*fruits of the poisonous tree*).

É predominante a corrente que entende que a prova ilícita contamina as demais provas dela decorrentes, mesma que sejam lícitas.<sup>10</sup> Assim expõe Ada Pellegrini, Antônio Scarance e Antônio Magalhães (2001, p. 137).:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.

## **3.6 Princípios Sobre a Prova**

### **3.6.1 Princípio da comunhão da prova**

Este princípio também é conhecido como da aquisição. Ensina Antônio Milton de Barros (2001, p. 15).: “No campo penal não há prova pertencente a uma das partes, mas sim o ônus de produzi-la. Toda a prova produzida integra um campo unificado, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da justiça”.

---

<sup>10</sup> Assim dispõe a jurisprudência: “É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei nº 9.296, de 24-07-96, que regulamentou o artigo 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos *frutos da árvore venenosa*”. (2ª T. – HC nº 74116/SP – rel. Min. Néri da Silveira, Diário da Justiça, Seção I, 14 mar. 1997, p. 6.903).

Portanto, tal princípio estabelece que a prova a todos aproveita, pode ser utilizada não só pela parte que a produziu, como também pela parte contrária (*testes et documenta per productionem fiunt communica*, o que quer dizer: testemunhos e documentos, uma vez produzidos, tornam-se comuns).

### **3.6.2 Princípio da oralidade**

O sistema processual penal não o adotou como regra, entretanto, em matéria de prova ele é aplicado, sendo que as declarações feitas perante os juizes e tribunais só terão eficácia se forem formulados através da palavra oral.

### **3.6.3 Princípio da concentração**

Trata-se de um desdobramento do princípio da oralidade. Tem por fim concentrar toda a produção de prova em uma única audiência, o que garante uma maior celeridade em sua coleta e produção. Assim, verifica-se grande economia processual, proporcionando em breve espaço temporal o encerramento da instrução probatória. (MOSSIN, 1998, p. 199)

Todavia, deve-se lembrar que existirá diversificação de concentração, dependendo do tipo de procedimento (ordinário, sumário, sumaríssimo e especial), pois em cada um deles a prática de atos instrutórios ocorrerão em momentos distintos.

Este princípio está expresso na Lei nº 9.099/95, quando em seu artigo 81, § 1º assevera: “Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, podendo o juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias”.

Na fase do julgamento do plenário do júri, os atos instrutórios também estão todos concentrados naquela audiência. Outro exemplo encontra-se na Lei nº 4.898/65, que trata dos crimes de abuso de autoridade, onde as provas orais de ambas as partes são produzidas em uma única audiência.

### **3.6.4 Princípio da publicidade**

Este princípio está entre os direitos e garantias constitucionais. Dispõe o artigo 5º, inciso LV da CF/88: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse coletivo o exigirem”.

O Código de Processo Penal prestigia este postulado em seu artigo 792:

As audiências, sessões e os outros 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 certas, ou previamente designados.

Porém, no § 1ª do mesmo dispositivo, estabeleceu-se restrições a aplicação do princípio da publicidade:

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.

Portanto, diante do exposto, prevalece a regra de que a produção de prova em audiências é pública, podendo ser assistida por qualquer pessoa, exceto nos casos elencados no § 1ª do artigo 792 do Código de Processo Penal.

### **3.6.5 Princípio da verdade real**

O juiz tem o dever de buscar a verdade real, para tanto, poderá apreciar livremente as provas, desde que constantes nos autos, conforme se vê no artigo 157 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Também as partes poderão se valer de quaisquer meios de prova, desde que admitidos em nosso ordenamento, com uma ressalva, as provas referentes ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na Lei civil (artigo 155 do Código de Processo Penal).

Eugenio Florian (apud MOSSIN, 1998, p. 202), assim assevera:

No processo penal se agita e se patenteia um esforço que o estimula e o impulsiona incessantemente, desde seus começos até a última decisão; é o esforço dirigido a comprovar a verdade real a respeito de determinado fato, que se revela com características de delito, em realidade com determinado pessoa, indicada e reconhecida como autor ou partícipe daquela. É este um esforço vigoroso e dominador, que submete a si mesmo toda a atividade processual, pois que a comprovação da verdade real constitui, a um mesmo tempo, não só um método para a condução do processo e seu fim imediato e específico, ao que converge o múltiplo conteúdo processual, senão o meio e o caminho para conseguir um fim mais alto e geral, qual seja a aplicação ou não aplicação da lei penal no caso concreto.

Assim, o julgador colhe todos os elementos necessários para aplicar o direito material ao caso concreto, buscando a verdade real, para que seu pensamento coadune com a verdade dos fatos.

### **3.6.6 Princípio da audiência contrária**

O princípio da audiência contrária decorre não somente do princípio da isonomia, como também do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como no âmbito penal a audiência é bilateral, quando uma das partes produz prova, é direito da parte contrária se manifestar a respeito dela, bem como de produzir prova ao contrário. É o que ocorre quando há a juntada de documentos nos autos. Neste caso, o juiz deve abrir vista para a parte adversária para que ela se manifeste a respeito, ou, se quiser produza prova em contrário.

### **3.6.7 Princípio do *in dubio pro reo* e presunção da inocência**

O princípio do *in dubio pro reo* foi acolhido expressamente no ordenamento processual penal pátrio. O artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal diz que o juiz absolverá o réu se não existir prova suficiente para sua condenação.

Portanto, havendo dúvidas e respeito da responsabilidade criminal do acusado, este deverá ser absolvido, pois é melhor inocentar um indivíduo supostamente culpado do que condenar aquele que é presumivelmente inocente.

Para que haja condenação é imprescindível que todos os fatos que caracterizam o tipo penal sejam provados em sua inteireza, não restando qualquer dúvidas em relação a autoria e a materialidade do delito. Se houver alguma dúvida, por menor que seja ela, a medida cabível é a absolvição, visto que somente a certeza proveniente do conjunto probatório é que autoriza a responsabilização criminal do réu.

Não se pode esquecer, que o princípio da presunção de inocência não se confunde com o princípio *in dubio pro reo*, o primeiro tem incidência processual e extra-processual, o segundo somente incidirá processualmente, quando o órgão judicial tiver, diante das provas produzidas, alguma dúvida a respeito da aplicação de sanção penal ao acusado. (MORAES, 1997, p. 263)

O princípio da presunção de inocência tem por escopo tutelar a liberdade pessoal. Desta maneira, o Estado, para condenar alguém, terá que comprovar a sua culpabilidade, pois todos são presumidamente inocentes, conforme o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal presunção é *júris tantum*, e para ser afastada se torna necessário o mínimo de provas produzidas em acordo com o princípio do devido processo legal e com a garantia da ampla defesa.

Verbera Alexandre de Moraes (1997, p. 260).a respeito deste tema:

O princípio da *presunção de inocência* consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao termino do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

Deste princípio decorrem três exigências:

a) o ônus da prova dos fatos que constituem a pretensão penal é exclusivamente da acusação;

b) todas as provas devem ser colhidas ou repetidas com a observância do devido processo legal e da ampla defesa;

c) O magistrado irá valorar as provas livremente.

Conclui-se que a presunção de inocência vincula a condenação a uma atividade probatória realizada pela acusação e proíbe a condenação do acusado se não houver provas suficientes.

## **4 REPERCUSSÃO PROBATÓRIA DO INQUÉRITO POLICIAL**

### **4.1 Introdução**

Como já exposto (item 2.4), o destinatário imediato do inquérito policial é o ministério público; no caso de crime que se apura mediante ação penal pública, ou ofendido; na hipótese de ação penal privada, e através dele formam sua convicção para propositura da peça inicial, ou seja, configura-se a justa causa para se dar início ao processo penal.

O destinatário mediato é o juiz, que nele encontra base para julgar e para que ele decrete de ofício, a requerimento do ministério público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial, a prisão preventiva do indiciado (artigo 311 do Código de processo penal). É de vital importância o inquérito policial para que o juiz forme seu convencimento a fim de solucionar a lide penal, visto que tanto a prova técnica quanto a prova documental produzida na fase inquisitorial são aproveitadas no juízo de instrução. Em regra, somente a prova oral produzida nesta fase é reproduzida na instrução criminal.

### **4.2 Da Valoração da Prova**

Para que o juiz forme seu convencimento é necessário que ele aprecie o conjunto de provas existentes nos autos do processo. Há três sistemas principais de apreciação da Prova:

- Sistema da livre convicção do juiz

Tal sistema autoriza o juiz a julgar de acordo com sua opinião, até mesmo desprezando as provas dos autos. Contudo, nenhuma legislação moderna adota esse critério em razão do risco que as partes correriam de serem sujeitas ao arbítrio do juiz. (MORAES e LOPES, 1994, p. 41)

Significa que as decisões tomadas pelo juiz independem de motivação, não havendo necessidade de se conhecer as razões pelas quais levaram-no a proferir determinada decisão.

Tal método pode dar margem a injustiças, pois o acusado fica a mercê do entendimento pessoal do magistrado, que pode até mesmo ignorar as provas existentes.

Hélio Tornaghi (apud MOSSIN, 1998, p. 229) expõe com muita precisão acerca do assunto:

No sistema da intima convicção o legislador nada diz sobre o valor das provas. A admissibilidade delas, sua avaliação, seu carreamento para os autos, tudo isso é inteiramente deixado à discricção do juiz. É ele quem vai julgar; para ele e só para ele é que se faz a prova; ele decide *ex informata conscientia* e, por isso mesmo, não precisa fundamentar a sentença. Pode valer-se de seu conhecimento privado, das provas que tem e que não estão nos autos.

Entretanto, tal sistema é aplicado as decisões proferidas pelo tribunal do júri, pois os julgamentos pelos Tribunais populares apresentam como características o sigilo da votação e a incomunicabilidade e, assim, os jurados apreciam as provas segundo suas convicções. Cada jurado vota de acordo com sua opinião pessoal e individual.

- Sistema da prova legal

Nesse sistema, o legislador preestabelece um valor para cada espécie de prova, de forma que o juiz fica vinculado aos critérios fixados pela lei, não tendo liberdade para apreciar a prova, sendo um mero aplicador da norma. As provas eram valoradas em pleníssimas, semiplenas e plenas, e entre elas havia uma hierarquia.

Ele é o oposto ao sistema da livre convicção, visto que neste o valor da prova é tarifado e, naquele, a liberdade do juiz é ampla.

Assim dispõe Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes (1994, p. 40):

Neste sistema, o papel do juiz fica restrito à mecânica aplicação dos valores prefixados pelo legislador para as diversas espécies de provas.

De acordo com esse critério, as provas têm um valor tarifado em lei, obstando a que o juiz dele se afaste.

- Sistema da livre convicção (sistema da persuasão racional ou da livre convicção motivada)

Como a destinação da prova é formar o convencimento do julgador, nosso ordenamento processual adotou o sistema da livre convicção motivada. Ele vem expressamente consagrado no artigo 157 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”. Ele é um sistema intermediário que se situa entre o sistema da livre convicção e o da prova legal.

Com efeito,

... o sistema da persuasão racional permite ao juiz formar livremente o seu convencimento, exigindo que ele fundamente sua decisão, vale dizer, não basta que o julgador se convença e desse modo manifeste-se ao decidir, mas deve cuidar de convencer também as partes e a comunidade em abstrato. O juiz mostra à sociedade quais foram os critérios que adotou para avaliar a prova que lhe foi apresentada, demonstrando, ainda, se a verdade que acolheu corresponde à realidade dos fatos. (NUCCI, 1999, p.78 e 79)

O juiz deve analisar as provas, proferindo a sentença de acordo com o que julgar mais acertado, entretanto, não se pode ignorar que o livre convencimento não significa uma liberdade absoluta e ilimitada, sempre estará vinculado a determinados deveres do julgador, fazendo com que ele motive suas decisões<sup>11</sup> e atue segundo o bom senso, a lógica e a experiência, não se constitui em arbítrio ou mero capricho do magistrado e sim, na liberdade de seu raciocínio

---

<sup>11</sup> Toda decisão do Poder Judiciário deve ser fundamentada, tendo, tal regra, agasalho constitucional. Está prevista no artigo 93, inciso IX da CF/88: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

<sup>12</sup> Nesse sentido é a jurisprudência: PROVA – Valoração – Sistema da persuasão racional, o qual exige a fundamentação da decisão, com a indicação da prova que serviu de base à condenação. Ementa oficial: A valoração da prova, entre nós, segue o sistema da persuasão racional, o qual exige a fundamentação da decisão, com a indicação da prova que serviu de base à condenação, assegurando às partes e aos tribunais conferir o raciocínio do julgador. Não há necessidade de o julgador demorar-se, na sentença, com resposta à tese impertinente proposta pela defesa com o único propósito de perpetuar a instância penal. (TARS – RT 711/378).

lógico. Este dever permitirá que se possa aferir qual critério adotado pelo magistrado, pelas instâncias sucessivas, bem como dará possibilidade das partes de questionar as provas ou impugna-las. (MESSIAS, 2001, p. 205)

Também não se deve alvitrar que todas as provas têm valor relativo, nenhuma delas tem valor decisivo ou maior prestígio que outra, sendo o juiz livre para apreciá-las.<sup>13</sup>

O sistema abordado não desvincula o juiz das provas dos autos do processo, não podendo buscar seu conhecimento em fatos ou circunstâncias que não estão no processo, mesmo que sejam verdadeiras.

Assim,

... o sistema de avaliação que impera na nossa legislação, embora classificado como de livre formação do convencimento, é submisso a algumas condições indeclináveis à validade da decisão. O mais importante condicionamento é aquele que obriga o juiz a motivar a sentença, ou seja, buscar (e explicitar na sentença) as razões por onde chegou as conclusões finais, abrindo ensejo ao juízo de recurso ou de revisão. E não só do acerto, mas também da observação da legalidade das provas trazidas ao processo, e, por último, que o juiz só pode julgar com o conhecimento que o processo lhe der, sem poder buscar conhecimento de fatos ou circunstâncias colhidos fora do processo, ainda que verdadeiros, para o que tem a faculdade de produzir provas por sua própria iniciativa, não estando sujeito à inércia ou por desconhecimento de determinada fonte probatória, que, pelas partes, não tenha vindo ao processo. (MESSIAS, 2001, p. 208 e 209)

A exposição dos motivos do Código de Processo Penal (VIII) demonstra todas as diretrizes do sistema adotado pelo nosso ordenamento processual:

---

<sup>13</sup> Nossa jurisprudência assim expõe: INQUÉRITO POLICIAL – Prova – Validade da condenação imposta com base em dados do inquérito policial quando em sintonia com o apurado em juízo – Documentos que integra os autos do processo, com valor probante, e que serve de valiosa referência para o juiz – Impossibilidade de ser desconsiderado no conjunto probatório, em face do livre convencimento. É válida a condenação imposta com base em dados do inquérito policial, se os depoimentos destes estão em sintonia com o apurado em Juízo. Despreza-los não é possível até porque o Código de Processo Penal adotou, nessa parte, o princípio da livre conhecimento e na sua exposição de motivos acrescenta que todas as provas são relativas, nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou maior prestígio que a outra. As declarações constantes do inquérito policial têm valor probante, pois não é esse, peça inútil para efeito probatório que deveria ser relegado ao esquecimento, uma vez oferecida a denúncia, é justo da atividade da Polícia Judiciária visando a informação sobre o fato típico e a autoria, para viabilizar a propositura da ação penal, que iniciada esta, permanece com sua função probante, é referência valiosa para o juiz. O inquérito policial integra os autos do processo. (TJSP – RT 719/400)

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através dela, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que *livre convencimento* não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de *preconceitos legais* na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se seu conteúdo. Não estará ele dispensado de *motivar* a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.

### 4.3 Da Prova Pericial

O termo *perícia* tem sua origem na expressão latina *peritia*, que quer dizer habilidade, saber, capacidade, proficiência. No âmbito processual penal, é entendida como o exame realizado por pessoas (peritos) que tenham conhecimentos técnicos, científicos, artísticos ou práticos sobre determinados fatos ou circunstâncias que podem elucidar a materialidade de um delito e sua autoria.

A perícia é um meio de prova, pois o legislador a colocou inserida no título “Das Provas” no Código de Processo Penal (Livro I, Título VII, Capítulo II).

O perito é um assessor do magistrado, é um auxiliar da justiça (artigo 275 do Código de Processo Penal), tendo como função fornecer dados instrutórios de ordem técnica e proceder a verificação e formação do corpo de delito. (MIRABETE, 2000, p. 267) Assim, a perícia, que emana de um órgão auxiliar da justiça, tem por fim esclarecer ou evidenciar certos fatos para que o juiz forme sua convicção a fim de proferir a sentença.

Entretanto, a perícia não é simplesmente um meio probatório, tem ela uma natureza jurídica especial, visto que, atinge uma posição intermediária entre a prova e a sentença. Explica Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 140): “a prova tem como objeto os fatos, a perícia, uma manifestação técnico-científica, e a sentença, uma declaração de direito. Logo, a opinião, que é objeto da perícia, situa-se numa posição intermediária entre os fatos e a decisão”.

A perícia pode ser requerida pela autoridade policial (na fase do inquérito policial), pelo juiz e pelas partes. Se for requerida pelas partes, o juiz ou a autoridade policial pode negá-la, desde que não seja necessária para o esclarecimento da verdade (artigo 184 do Código de Processo Penal), exceto nos casos de exame de corpo delito, pois ele é obrigatório quando a infração tiver deixado vestígios, ao contrário das outras perícias que são facultativas. Essa regra visa evitar a realização de perícias desnecessárias, que somente vão procrastinar a atividade da justiça, deixando ao arbítrio da autoridade policial (no inquérito policial) e do juiz (na fase instrutória) a sua realização, não constituindo a negativa de sua realização cerceamento de defesa, desde que sejam impertinentes.

Existem várias espécies de perícias, entre elas: exame relativo a insanidade mental, de dependência toxicológica, de laboratório, de incêndio, necroscópico, de lesões corporais e outros. A que recebe maior destaque é o exame de corpo de delito, sendo elemento imprescindível nos crimes que deixam vestígios, constituindo-se em prova obrigatória, não supérflua por qualquer outra, dispendo o artigo 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-los a confissão do acusado”.<sup>14</sup>

Segundo Mossin (1998, p. 325) é através do laudo “... que os peritos dão seu parecer ou fazem seu relatório sobre o apurado no exame levado a efeito”. Porém, tendo em vista o princípio do livre convencimento motivado que rege o ordenamento processual penal pátrio, não está o juiz obrigado a acatar o resultado obtido no laudo, desde que motive a sentença prolatada em seu desacordo. Poderá ele aceita-lo ou rejeita-lo, no todo ou em parte (artigo 182 do Código de Processo Penal), posto que o magistrado forma sua convicção pela livre apreciação do conjunto de provas, sendo que todas elas têm valor relativo (não há hierarquia entre as provas).<sup>15</sup> Entretanto, na valoração do conjunto de

---

<sup>14</sup> Jurisprudência: *Hábeas corpus*. Estelionato. Ausência de exame de corpo de delito nos documentos falsificados para obtenção da vantagem indevida. Nulidade. Indispensabilidade da diligência nos crimes que deixam vestígios, enquanto esses existirem (art. 158 do CPP). Princípio da verdade real. (RT, 672/388)

<sup>15</sup> Jurisprudência: PROVA – Matéria criminal – Exame pericial – Conclusão repelida pelo juiz – Admissibilidade em termos – Falta de motivação, na espécie, da decisão nesse sentido – Apelação provida. Não há dúvida que o julgador não está adstrito às conclusões periciais,

provas, deverá prevalecer a prova pericial, por ser realizada por expertos dotados de conhecimento técnico-científico, sobre a testemunhal, exceto se houver algum motivo que justifique entendimento contrário.

#### **4.4 Da Prova Documental**

O termo documento tem origem na expressão *documentum*, do verbo latino *doceo*, que significa mostrar, ensinar, indicar, ou seja, tudo aquilo que tem o condão de fazer conhecer outra coisa. O Código de Processo Penal considera documento como sendo “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (artigo 232).

Para Carlos J. Rubianes (apud MOSSIN, 1998, p.308):

Há de definir-se o documento como prova no processo penal, dizendo que é a coisa, papel ou outro material, sobre o qual o homem, mediante a escritura o qualquer forma semelhante de expressão, representativa de um pensamento, vontade ou sentimento, narra um fato vivido ou uma experiência, ou acontecimentos relativos a outras pessoas, ou comunica-se com outros homens, ou anota atos ou fatos capazes de produzir efeitos jurídicos, dos mais diversos conteúdos, que podem ser convertidos para a linguagem escrita ou modalidade similar.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 199) define a prova documental como sendo “... todo meio legal pelo qual a representação se faz pela escrita, por sinais da palavra falada ou pela reprodução de um fato ou acontecimento em um objeto físico, possível de servir como prova em juízo”.

Denomina-se prova histórica real, tendo em vista que representa e reproduz um acontecimento pretérito que está gravado em um objeto (papel, pedra, argila, pintura, etc) e é destinado a fornecer uma convicção atual.

---

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

A prova documental tem uma história recente no âmbito jurídico, em razão da dificuldade encontrada pelos povos antigos na conservação de tais objetos, bem como porque era exceção aqueles que eram alfabetizados.

#### **4.4.1 Prova documental quanto à origem**

Conforme disposto na lei (artigo 232 do Código de Processo Penal), os documentos podem ser públicos ou particulares.

São públicos quando expedidos por funcionários públicos, no exercício de suas atribuições, ou outros, que em razão da natureza de suas funções a eles se equiparam. . Existe uma subdivisão dentro da espécie de documentos públicos: podem ser judiciais, também chamados de forense, que são aqueles emanados de autoridades e funcionários do foro judicial; ou extrajudiciais ou extraforenses, emanados das demais autoridades públicas, como por exemplo, os protestos, os testamentos, as escrituras, etc.

Vale dizer que alguns documentos são equiparados a documentos públicos por disposição legal, tais como os documentos emanados de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular (artigo 297, § 2ª do Código Penal).

São documentos particulares aqueles que são confeccionados ou assinados por particulares sem a interferência de funcionário público no exercício de sua função.

Diz Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p. 313):

São requisitos indispensáveis do documento a verdade e a autenticidade. A verdade é a existência real do que no instrumento se contém, se relata ou se expõe. A autenticidade é a certeza legal de ser o escrito emanado da pessoa a quem o documento é atribuído.

No que diz respeito a autenticidade, os documentos públicos e particulares apresentam efeitos diferentes. Os documentos públicos têm presunção de autenticidade *juris tantum*, pois gozam de fé pública; os particulares não se

beneficiam de tal presunção, devendo ser reconhecidos pelo oficial público, desde que aceito ou reconhecido por aquele que ele possa prejudicar e quando provado por exame pericial, para que sejam autênticos.

Se faltar ao documento público um dos requisitos para o reconhecimento de sua autenticidade, ele terá validade como documento particular, desde que esteja assinado. (MIRABETE, 2000, p. 313)

#### **4.4.2 Prova documental quanto à forma**

Os documentos quanto a forma podem ser originais ou cópias. Os primeiros são representados por sua forma genuína, ou seja, os documentos tais como foram emitidos no momento de sua origem e os segundos são as reproduções dos originais.

Dispõe o parágrafo único do artigo 232 do Código de Processo Penal: “À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original”. O termo fotografia deve ser entendido em seu sentido amplo, compreendendo o *xerox*, o *fax* ou outras formas de reprodução de documentos. Assim, desde que autenticada a cópia do documento, ela terá o mesmo valor do original.<sup>16</sup>

Tem se entendido na jurisprudência que a fotocópia autenticada do cheque vale como corpo de delito para fundamentar a propositura da ação penal pelo crime previsto no artigo 171, § 2<sup>a</sup>, inciso VI do Código Penal.

#### **4.4.3 Admissão de cartas particulares em juízo**

Reza o artigo 233 do Código de Processo Penal: “As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”. Este dispositivo prestigia o princípio constitucional que afirma que “são inadmissíveis, no processo penal, as provas obtidas por meios ilícitos” (artigo 5<sup>o</sup>,

---

<sup>16</sup> Jurisprudência: A fotocópia de um documento é uma modalidade de sua cópia, vale dizer, a reprodução do original. Consubstancia o documento do documento. Desde que autenticada, se dará à mesma o valor do original. ( RT 404/104).

inciso LVI da CF) e o que considera inviolável o sigilo da correspondência (artigo 5º, inciso XII da CF).

Como se observa, a Carta magna tutela o sigilo de correspondências, sendo seu conteúdo privativo das pessoas que estão se correspondendo, além do mais, o código Penal tipifica a conduta de devassar indevidamente conteúdo de correspondência endereçada a outrem (artigo 151). Portanto, além da correspondência obtida ilicitamente não ter valor probatório, a conduta de violar tal objeto é criminosa.

Entretanto, o parágrafo único do artigo 233 do Código de Processo Penal dispõe que: “As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário”. Assim, nessas circunstâncias, a carta terá valor probatório, pois a vedação existente na Constituição Federal diz respeito a carta endereçada a terceiro e não àquele a quem foi endereçada.

#### **4.4.4 Momento da apresentação da prova documental, sua juntada *ex officio* e sua tradução se estiver em língua estrangeira**

Dispõe o artigo 400 do Código de Processo Penal: “As partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo”, porém, torna-se dispensável tal norma frente ao artigo 231 do mesmo dispositivo legal que verbera: “Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”.

Portanto, a prova documental pode ser juntada a qualquer momento, salvo a restrições impostas pela lei, sendo duas as exceções. A primeira refere-se ao artigo 406, § 2ª do Código de Processo Penal, que proíbe a juntada de qualquer documento nas alegações formuladas pelas partes até a sentença de pronúncia.<sup>17</sup> A segunda está normatizada no artigo 475 do citado diploma legal, proibindo que em plenário do júri haja a leitura ou a produção de documento que não tiver sido comunicado para a parte contrária com antecedência de pelo menos três

---

<sup>17</sup> Jurisprudência: TJRS: No prazo do art. 406 do CPP é vedada a produção de prova literal, a teor do seu § 2ª, mormente quando a mesma não permite diretamente à defesa do acusado, o que lhe forra de qualquer prejuízo (art. 563 do CPP). (RJTJERGS 150/117)

dias.<sup>18</sup> Antônio Scarance (2000, p. 80) explica com muita propriedade o motivo da segunda restrição:

Quis o legislador impedir ofensa ao contraditório pleno. A surpresa decorrente da apresentação do documento em plenário não permite a parte contrária refuta-lo com eficiência, inviabilizando a contraprova ou, pelo menos, a sua avaliação antecipada em face do conjunto de provas.

A produção do documento pode ser provocada *ex officio* pelo juiz segundo informa o artigo 234 do Código de Processo Penal, em outras palavras, pode o magistrado providenciar a juntada de documentos nos autos sem o requerimento das partes, desde que o documento seja referente a ponto relevante da acusação ou da defesa. Mossin (1998, p.313) verbera sobre o tema:

O princípio da persuasão racional e seu vínculo com a verdade real fizeram com que o legislador, no art. 234 do Código de Processo Penal, permitisse ao juiz providenciar a juntada nos autos, independentemente de requerimento das partes, de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa. Trata-se da juntada *ex officio* de documento que tenha interesse direto com a causa penal, uma vez que o juiz não pode ficar subordinado à iniciativa da parte quanto à trazida para os autos de elemento de prova capaz de fortalecer a verdade material buscada.

Vige o princípio da verdade real no processo penal brasileiro, portanto, em regra, não há limitação aos meios de prova. Entretanto, há casos em que a prova documental é necessária. É o que dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal: “No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil”. Assim, a idade<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Jurisprudência: TJRS: Júri. Homicídio simples. Apresentação de documento relevante em plenário em desacordo com o art. 475 do CPP. Princípio do contraditório arranhado. Documento não comunicado à acusação, em pelo menos 03 dias de antecedência, versando sobre a matéria relevante da causa e que originou prejuízo à parte. Nulidade oportunamente argüida. Júri anulado. Apelo ministerial provido. (RJTJERGS 203/157)

<sup>19</sup> Jurisprudência: STF: Menoridade do réu. Só pode ser reconhecida através de seu registro de nascimento, ou outra prova hábil (RT 608/448).

(súmula 74 do STJ), a relação de parentesco e o estado de casado<sup>20</sup> são provados através de prova documental de acordo com o ordenamento civil.

Em relação a documentos cujo conteúdo estiver em língua estrangeira, o artigo 236 do ordenamento processual penal pátrio diz: “Os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade”. O dispositivo utiliza-se da expressão “se necessário”, entretanto deve-se entender que a tradução é necessária para que tal documento tenha valor probatório, visto que deve ser acessível a todos, não importando se o juiz ou as partes conhecem o idioma alienígena. Somente será dispensada a tradução se o documento não tiver relevância para o desfecho da causa. (MIRABETE, 2000, p. 315)<sup>21</sup>

A prova documental tem, em regra, maior credibilidade do que as outras provas, por ser perpétua, não estando sujeita a falhas e lacunas da memória humana, como acontece com a prova testemunhal. (MESSIAS, 2001, p. 434)

## **4.5 Da Prova Oral**

### **4.5.1 Prova testemunhal**

A palavra testemunha vem da palavra do latim *testari*, que significa fazer afirmativa, confirmar, mostrar, manifestar, etc. Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 115) define testemunha como sendo:

---

<sup>20</sup> Jurisprudência: TJSP: Nos crimes contra os costumes, para o reconhecimento da causa especial de aumento por ser o agente casado (art. 226, III, do CP), necessária se faz a prova do estado civil mediante certidão de casamento, segundo preceituam os arts. 155 do CPP e 202 do CC, pois não é infrequente, entre nós, que algumas pessoas se considerem casadas quando, na verdade, só possuem ligações religiosas ou mesmo de fato (RT 671/306).

<sup>21</sup> Jurisprudência: TJSP: Documentos redigidos em língua estrangeira juntados como prova em processo devem ser traduzidos para o Português ainda que as partes e o juiz tenham conhecimento do idioma alienígena, porque seu conteúdo deve ser acessível a todos. A dispensa de tradução, prevista no art. 236 do CPP, só se dará se, visível e patentemente, o documento for inócuo para o desfecho da demanda. A nulidade daí derivada é relativa, somente declarável se provada a ocorrência de prejuízo. (RT 637/238)

... todo homem, estranho ao feito e eqüidistante às partes, capaz de depor, chamado ao processo para falar sobre fatos caídos sob seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

Para Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 292).:

... testemunha é a pessoa que, perante o juiz declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga no processo penal ou as que são chamadas a depor, perante o juiz, sobre suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado.

Deve sempre ser lembrado que não é testemunha toda pessoa que comparece em juízo para depor, somente aqueles que realmente tem conhecimento de fatos relevantes para o desfecho da causa podem ser contados para o número de testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa. É o que dispõe o artigo 209, § 2ª do Código de Processo Penal: “Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa”.

Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes (1994, p. 107) define a prova testemunhal como sendo: “... a que é produzida por meio de depoimentos orais prestados por pessoas estranhas ao processo sobre fatos de que tenham conhecimento, e sejam relevantes para a apuração da verdade”.

Apesar de todas as falhas existentes na prova testemunhal, sendo até mesmo considerada como a “prostituta das provas”, ela é um dos meios de prova mais comum no processo criminal, sendo de grande importância para a obtenção da verdade dos fatos.

#### **4.5.1.1 Espécies**

A prova documental pode ser classificada das seguintes formas:

- Quanto ao conteúdo

A prova testemunhal pode ser direta ou indireta. A primeira é aquela em que a testemunha fala sobre aquilo que presenciou, relata informações obtidas

por ciência própria, enquanto que na segunda depõe sobre conhecimento obtido através de terceiros, é o famoso “ouvir dizer”.

- Quanto ao modo

A prova pode ser instrumental quando a testemunha depõe sobre a realização de um ato do processo que presenciou, como por exemplo, o interrogatório do acusado. Pode ser, também, judicial, que é o depoimento da testemunha em juízo.

- Quanto ao objeto

A prova testemunhal pode ser própria ou imprópria. A própria é aquela em que a testemunha é chamada em juízo para ser ouvida sobre o objeto do litígio (*thema probandum*) e a imprópria é o depoimento sobre um ato do processo, assim como a prova instrumental.

- Quanto ao limite numérico

A prova testemunhal pode ser numérica ou extranumerária. A numerária é aquela produzida através das testemunhas arroladas pelas partes conforme o número máximo admitido em cada rito processual e compromissada.<sup>22</sup> A extranumerária pode ser aquela produzida pela testemunha ouvida por iniciativa do juiz (artigo 203 do Código de Processo Penal) ou por aquela que é apenas informante ou declarante (não presta compromisso - artigo 208 e 398 do já referido diploma legal) ou pela referida (ouvida pelo juiz quando mencionada por outra testemunha podendo ser ou não compromissada – artigo 209 do ordenamento processual pátrio).

#### **4.5.1.2 Características**

A prova testemunhal tem três características:

- Oralidade

---

<sup>22</sup> O número máximo de testemunhas que podem ser arroladas no procedimento ordinário é 08, (artigo 398 do CPP), no plenário do júri é 05 (artigo 417, § 2ª e 421, parágrafo único do CPP) e no procedimento sumário também é 05 (artigo 539 do CPP), para cada uma das partes.

De acordo com o artigo 204 do Código de Processo Penal: “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”. Portanto, a regra é a predominância da oralidade na produção da prova testemunhal em juízo. Contudo, há exceções, como nas hipóteses de depoimento de mudo, surdo ou surdo-mudo, onde perguntas e respostas poderão se dar de forma escrita (artigo 223, parágrafo único do CPP); bem como nos casos de depoimento do Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, os quais poderão optar por prestar depoimento na forma escrita (artigo 221, § 1ª do CPP).

Eduardo Espínola (apud MOSSIN, 1998, p. 274) faz, a respeito da importância da aplicação de tal princípio, o seguinte comentário:

Para que o depoimento possa ser aferido de acordo com o modo por que a testemunha o presta, é necessário, evidentemente, seja dado perante o juiz. Admitir pudesse a testemunha levar escrito o seu depoimento seria furtar ao julgador um dos elementos mais importantes para a justa apreciação do testemunho, além de que daria margem à possibilidade de apresentar ela, como sua, narração feita por terceiro, e que poderia ter estudado, a ponto de lê-la corretamente. Daí a imposição, feita pelo art. 204, de que o depoimento seja oral.

Também é de suma importância a aplicação da oralidade para que o juiz valore a prova testemunhal, devendo ele observar o comportamento da testemunha, o modo como responde as perguntas, suas reações e tudo mais que lhe permita dar maior ou menor credibilidade para a prova produzida.

Entretanto, de acordo com o parágrafo único do artigo 204 do Código de Processo Penal, é permitido a testemunha fazer breve consulta a apontamentos (notas resumidas, lembretes), o que é perfeitamente aconselhável, visto que, em geral, as audiências são marcadas muito tempo depois dos acontecimentos, sendo que a testemunha, em razão do decurso temporal, pode vir a esquecer dados importantes.

- Objetividade

A testemunha apenas poderá depor a respeito dos fatos, sendo defeso emitir qualquer opinião pessoal ou juízo de valor, segundo dispõe o artigo 213 de

nosso ordenamento processual penal. Não obstante, poderá dar suas opiniões pessoais se estas forem inseparáveis da narrativa dos fatos, segundo a parte final do mesmo dispositivo legal.

- Retrospectividade

A testemunha depõe sobre fatos pretéritos, nunca fazendo previsões. Ela irá narrar aquilo que ficou gravado em sua memória.

#### **4.5.1.3 Da apreciação da prova testemunhal**

Não se pode ignorar que a prova testemunhal, em regra, é falha, posto que o ser humano está sujeito a erros de percepção e de memória, sendo denominada, por este motivo, como a “prostituta das provas”. Portanto, o magistrado deve ter muita cautela ao analisar a prova testemunhal, analisando o comportamento da testemunha, o modo como responde as perguntas, suas reações, sua condição social, seu grau de escolaridade, seu estado emocional, se tem alguma relação com o réu ou com a vítima e tudo mais que lhe parece importante para valora-la, como já dito quando falamos a respeito do princípio da oralidade.

Irajá Pereira Messias (2001, p. 361) ensina:

O judiciário, ao mesmo tempo que tem de ver a verdade pela palavra da testemunha, buscando o que interessa ao processo, deve cercar-se de enormes cautelas com relação a esta prova. O crédito que deve dar ao testemunho estará condicionado não só ao senso de observação da testemunha ou ao seu estado emocional, mas também às condições pessoais e individuais da testemunha. Deverá procurar perceber o gabarito moral de que é dotada e os interesses que possa ter no desfecho do processo, que podem ser de ordem moral ou de ordem material.

A força probatória da prova testemunhal, por todo o exposto, deve sempre ser baseada na probabilidade e não na certeza, sendo o depoimento da testemunha presumidamente verdadeiro.

Faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito do depoimento de certas pessoas.

O depoimento infantil deve ser aceito, porém, com reservas, somente tendo valor probatório quando for compatível com as provas dos autos, posto que as crianças ainda não têm pleno desenvolvimento moral e psicológico, bem como podem ser sugestionadas e fantasiar sobre os fatos que presenciaram, levando-as a mentir.<sup>23</sup>

Também se discute a respeito do valor do depoimento dado por policial. O exercício de sua função não o torna suspeito e muito menos tira o valor de seu depoimento, devendo ser tratado como qualquer testemunha. Entretanto, se ele tiver interesse na investigação ou se seu depoimento não encontrar sustentação alguma em outros elementos probatórios, somente nestes casos, não terá valor a prova produzida. (MIRABETE, 2000, p. 306)<sup>24</sup>

#### **4.5.1.4 Capacidade para ser testemunha, dispensas e proibições**

Dispõe o artigo 202 do Código de Processo Penal: “Toda pessoa poderá ser testemunha”. Assim, a lei não faz restrições em relação às pessoas que podem testemunhar. Sendo a testemunha aquela que narra o conhecimento de fatos que obteve através de sua percepção, a pessoa a que o dispositivo legal se refere é a física, excluindo-se a pessoa jurídica, pois a pessoa jurídica não tem a capacidade de percepção.

Mossin (1998, p. 268) diz sobre o assunto:

A ampla liberdade nesse meio de produção de prova oral tem plena compatibilidade com o sistema da livre convicção ou da persuasão racional abraçado pelo legislador pátrio (art. 157, CPP). O regime da livre

---

<sup>23</sup> Jurisprudência: Apesar das restrições feitas ao testemunho infantil por psicólogos e tratadistas da prova, as declarações judiciais de menores muitas vezes são acolhidas e consideradas como expressão da verdade, servindo de lastro a decisões condenatórias. Isso quando seus relatos guardam coerência e se harmonizam com o restante da prova e encontra apoio em depoimentos de testemunhas adultas. (RT 417/95).

<sup>24</sup> Jurisprudência: TJSP: Nenhum impedimento legal existe ao testemunho de investigadores e pessoas ligadas à polícia. Seus depoimentos devem ser considerados, examinados e pesado cada caso, como o de outra testemunha qualquer. Nunca, porém, sumariamente afastados e desprezados como de todo imprestáveis. Desde que verossímeis, coerentes e não desmentidos pelo restante da prova, podem servir de base à decisão condenatória (ACRim 103/701).TACRSP: Os testemunhos de policiais possuem validade jurídica e são equivalentes aos depoimentos de testemunhas civis, inexistindo qualquer vedação legal, sendo certo que, a simples condição de Policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (RJTACRIM 47/274).

apreciação da prova, ao derogar aos das provas legais, passou a não estabelecer limites quanto à capacidade da testemunha. Não se indaga seu sexo, sua idade, seu estado de saúde físico e mental, sua imperfeição física, pois que, em última análise, o processo penal moderno exige a mais ampla investigação sobre os fatos noticiados em juízo. Obstáculos colocados pelo legislador somente redundariam em prejuízo da busca da verdade real, fim ontológico do processo penal.

Assim, o juiz irá valorar, segundo sua convicção, o depoimento de cada testemunha, conforme suas características internas e externas, dando maior ou menor credibilidade a prova produzida.

A testemunha tem o dever de depor, conforme o artigo 206 do diploma processual penal que diz: “a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor...”, contudo, traz uma exceção ao dizer que “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...”.

A ressalva prescrita em lei é uma faculdade daquelas pessoas elencadas pelo legislador, se não quiser depor poderá apresentar a recusa e provar o parentesco. Refere-se a possibilidade de não depor que fica condicionada ao livre arbítrio do depoente. Assim, “em nome de um interesse maior, qual seja a solidariedade e o amor que devem estar presentes em todas as relações familiares, a lei processual dispensa a ouvida quando houver relação de parentesco”. (ARANHA, 1994, p. 120)

A parte final do citado diploma traz outra ressalva quando verbera que “... salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”, ou seja, as pessoas antes dispensadas de depor terão que fazê-lo desde que não haja outra forma de provar os fatos que constituem o ilícito penal, por exemplo, nos casos de crimes que ocorrem dentro do lar, sem a presença de pessoas que não sejam parentes.<sup>25</sup> Ensina Adalberto Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 120):

---

<sup>25</sup> Jurisprudência: TJSP: A testemunha informante, à qual não se defere o compromisso, pode se recusar a depor em razão do vínculo de parentesco próximo com o réu. Não se lhe deferirá, contudo, a recusa, colhendo-se seu depoimento quando inexistir outro comprovante do fato delituoso cometido contra seu próprio filho. (RT 609/308)

Embora a exceção seja ampla, a interpretação deve ser bem restrita: quando a vítima for igualmente outro parente ou quando o delito for cometido dentro do âmbito doméstico e assim mesmo quando único meio probatório. Qualquer outra interpretação mais extensiva importaria em atingir a proteção dada pela própria lei.

O artigo 207 do Código de Processo Penal institui que “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 seu testemunho”. Trata-se daquelas pessoas que estão proibidas de depor sobre fatos sigilosos que tiveram conhecimento em razão da atividade que exercem, não atingindo, tal restrição, aquele fato que venha a saber independentemente de sua profissão, ofício, função ou ministério.

O Código Penal também tipificou como crime o ato de “revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem” (artigo 154 do Código Penal).

Assim, mesmo se não houvesse a proibição no ordenamento processual penal, seria lícito alguém nessas condições se recusar a depor, pois ninguém pode ser obrigado a praticar ato constituído como crime. Observa-se que para a configuração do delito penal é necessário que não haja a justa causa, se ela estiver presente a conduta do agente será atípica. (MOSSIN, 1998, p. 277 e 278)

A maior parte dos Códigos de ética referentes às profissões também traz tal proibição, como é o caso do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/ 94), que em seu artigo 7º, inciso XIX coloca como um dever do advogado a recusa de depor sobre fatos relacionados com pessoa de quem foi advogado ou em processo no qual funcionou ou deva funcionar.

Entretanto a parte final do artigo 207 apresenta uma ressalva, assim, as pessoas que tiverem conhecimento de fatos sigilosos através do exercício de sua função poderão depor, desde que a parte interessada as dispense de manter o sigilo e de que elas queiram ser testemunhas. Assim explica Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 295):

As pessoas mencionadas, porém, podem depor se tiverem o consentimento do titular do segredo, desde que, evidentemente, não haja dano a terceiro... A lei consagra simplesmente como faculdade da pessoa arrolada como testemunha a possibilidade de depor quando houver o consentimento do titular do segredo. Não se trata, assim, de *dever* de depor, cabendo exclusivamente ao interessado a conveniência ou não de prestar o depoimento.

Contudo, se houver no código de ética de sua profissão a referida proibição, então estará proibido de depor ainda que desobrigada pela parte interessada.<sup>26</sup>

## **4.5.2 Confissão**

### **4.5.2.1 Conceito, elementos e momento**

A confissão é um dos mais procurados meios de prova, sendo produzido de forma oral e posteriormente reduzido a termo. Entretanto, na maior parte das vezes, é evitada de vícios, como veremos adiante.

Assim,

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 de autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum ato criminoso. (NUCCI, 1999, p. 80)

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 84) diz que: “a confissão, no âmbito penal, pode ser traduzida como a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia”.

---

<sup>26</sup> Jurisprudência: TRF da 2ª Região: Advogado. Causídico que se recusa a depor em processo no qual atuou como patrono. Admissibilidade, ainda que tenha renunciado à causa e que a solicitação tenha partido de seu constituinte. Direito de negar-se a revelar sigilo profissional. Inteligência do art. 207 do CPP e do inc. XIX do art. 7º da Lei 8.906/94. (...) Pode o advogado recusar-se a depor em processo no qual funcionou ou deve funcionar, ainda que autorizado ou solicitado por seu constituinte, porquanto é seu direito negar-se a informar o que constitui sigilo profissional. Inteligência dos arts. 207 do CPP e 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94. (RT 762/735)

Portanto, para compreendermos melhor o conceito deste meio probatório, iremos analisar seus elementos.

a) Constitui-se em um ato declaratório específico, qual seja, a aceitação da imputação de fato definido como crime pelo acusado;

b) A aceitação deve ser voluntária, vale dizer, sem que o autor tenha sido submetido a coação. É requisito de validade da confissão que o confitente tenha agido de modo livre, não sendo sua declaração produzida em razão de nenhum meio de coerção. Por exemplo, se um indivíduo é torturado para confessar ser autor de um ilícito penal, tal confissão é inexistente, pois estará ausente sua vontade;

c) Terá que ser feita por pessoa imputável, pois não seria acertado dar valor a confissão realizada por um doente mental, por exemplo;

d) O objeto da confissão é a prática de uma infração penal e de suas circunstâncias, ou seja, o fato criminoso;

e) A confissão deve ser pessoal e expressa, visto que não se poderia admitir que um ato de tamanha relevância fosse praticado através de procuração, visto que até mesmo os gestos do confitente são importantes para a valoração de tal prova, ou de forma tácita;

f) O fato há de ser prejudicial a quem o confessou, portanto, contrario aos seus interesses;

g) Somente haverá confissão se proferida por um suspeito ou acusado da prática de um ato ilícito, se ainda não for sujeito passivo de processo penal ou não estiver sendo investigado e se apresentar às autoridades assumindo a prática do delito é caso de autodenúncia e não de confissão;

h) Ela deve ser realizada perante autoridade competente, em ato solene e público, que será o momento de seu interrogatório ou outro momento processual que é chamado oficialmente para prestar declaração, produzida a portas abertas, salvo raríssimas exceções; (ARANHA, 1994, p. 83 e 84)

Somente na presença de todos estes elementos é que podemos falar em confissão válida.

Existem vários motivos que podem levar alguém a confessar, como por exemplo, o remorso, o arrependimento, o interesse na obtenção de favores ou pagas, para ter alívio interior, a religião, o orgulho ou vaidade, o medo, a esperança de ter sua pena atenuada, o altruísmo, o desequilíbrio mental, a coação psicológica ou física, a tortura, o instinto de defender pessoas por quem se tem afeto, o ódio e muitos outros fatores que seriam impossíveis de serem esgotados.

Em regra, o momento adequado para a confissão é o interrogatório, porém, pode ser feita fora do interrogatório, em qualquer momento processual, sendo tomada por termos nos autos. Assim dispõe o artigo 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”.

#### **4.5.2.2 Espécies**

A confissão é simples quando o confitente admite pura e simplesmente a prática do ato ilícito, não acrescentando e nem reduzindo nada ao que lhe foi imputado. É qualificada quando ele assume a autoria do delito, porém, alega algum causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, como por exemplo, a agente que assume a autoria de um homicídio, mas afirma ter praticado tal conduta em legítima defesa.

Também pode a confissão ser judicial ou extrajudicial, conforme o lugar onde é prestada. A primeira caracteriza-se quando ocorre em juízo, a segunda, quando é produzida na fase do inquérito policial ou fora dos autos da ação penal, por outras palavras, através da exclusão define-se confissão extrajudicial como sendo aquela que não se enquadra como judicial. Guilherme Nucci (1999, p. 89) entende que:

... são extrajudiciais as confissões feitas a delegados de polícia no inquérito policial, a parlamentares que presidam Comissões parlamentares de Inquérito ou a funcionários públicos que conduzem uma sindicância ou um processo administrativo.

Não caracteriza a confissão extrajudicial quando alguém assume ter sido autor de um crime perante uma pessoa que nenhuma relação tem com o procedimento legal que o autor está sendo submetido, neste caso, trata-se de prova testemunhal. O mesmo ocorre quando alguém admite a prática do delito por um escrito, seja ele público ou particular, configurando-se prova documental e não confissão.

A confissão ainda pode ser classificada como expressa, quando feita voluntariamente através de palavras ou por escritos; ou tácita ou ficta quando é deduzida de um ato definido em lei. Entretanto esta última não prevalece em nosso ordenamento processual penal, posto que o artigo 198 do Código de Processo Penal dispõe que “o silêncio do acusado não importará confissão...” e continua dizendo: “... mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”., Todavia, a parte final de tal dispositivo não mais se aplica face ao artigo 5º, inciso LXIII de nossa Carta Magna que garante, como direito fundamental, a possibilidade do acusado manter-se em silêncio, não podendo tal atitude ser interpretada em desfavor do acusado.

#### **4.5.2.3 Características**

O artigo 200 do Código de Processo Penal institui que “a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame de provas em conjunto”. Daí podemos extrair que a confissão tem duas características principais, quais são: a divisibilidade e a retratabilidade.

A divisibilidade funda-se no princípio do livre convencimento do juiz por nós adotado, sendo ele livre para apreciar e avaliar a confissão, aceitando parte dela e rejeitando outra que não lhe pareça sincera. (MOSSIN, 1998, p. 251)

Não se pode ignorar que tal confissão somente é possível em relação a confissão qualificada, ou seja, aquela em que “... o acusado confessa a prática do delito, mas aponta motivos ou circunstâncias que o justificariam ou atenuariam...” (MORAES e LOPES, 1994, p. 96). O mesmo não ocorre com as denominadas confissões simples, pois estas são constituídas por um único ato ou prova, são unitárias e, portanto, indivisíveis. Se o réu, por exemplo, está sendo acusado pela

prática de furto simples e confessa-o, não há a possibilidade de dividir tal meio de prova.

Outro exemplo: se o acusado admite que matou, porém o fez em legítima defesa. Estamos diante de uma confissão qualificada, podendo o juiz dividi-la, aceitando o fato do réu ter matado e rejeitando a excludente de antijuridicidade, desde que o conjunto de provas dos autos confirmem a autoria do delito e neguem a legítima defesa. Guilherme Nucci (1999, p. 132 e 133) faz adequada observação a esse respeito:

Não há porquê aceitar toda a confissão ou rejeitá-la integralmente. O que o juiz não deve fazer é proferir uma decisão condenatória, aceitando a parte da confissão que prejudica o réu e rejeitando a outra, que o beneficia, não possuindo outras provas para sustentar tal veredicto. Exemplo disso seria o magistrado que, não dispondo de mais provas, condenasse o acusado que afirmou ter agredido a vítima em legítima defesa, aceitando a confissão no tocante à autoria e à materialidade e rejeitando-a no que se refere à excludente de ilicitude... a confissão não pode legitimamente dividir-se senão quando uma sua parte é contestada pelas provas, ou numa palavra, reprovada, e outra é confirmada pelas provas, ou, numa palavra, comprovada.

A retratabilidade é a segunda característica da confissão. Por meio da retratação o confitente desfaz a confissão de forma total ou parcial. É um direito decorrente do princípio da ampla defesa, assim, se o juiz indeferir o pedido de retratação feito pelo acusado estaria caracterizado cerceamento de defesa.<sup>27</sup>

Deve se levar em consideração que, independentemente do motivo que levou o acusado a “desdizer”, a voltar atrás em suas declarações, deverá o confitente fundamentar o motivo que o levou a retratação, a fim de anular a confissão e impedir a formação da certeza no espírito do magistrado a respeito de

---

<sup>27</sup> Jurisprudência: A retratabilidade da confissão é direito do réu. Esse direito é assegurado pelo art. 200 do CPP, sendo um direito, mesmo que o julgador entenda desnecessário o reinterrogatório, não pode indeferi-lo, sob pena de cercear a defesa. É obrigado a deferir o pedido quando ele é formulado, devido ao princípio constitucional da ampla defesa. Não é obrigado a aceitar a retratação, pois tem que apreciá-la em conjunto com as demais provas produzidas, além de a confrontar com a confissão retratada (RT 645/301 e RJDTACRIM 4/60).

sua responsabilidade criminal. (MOSSIN, 1998, p. 253) <sup>28</sup> Nesse sentido é a lição de C. J. A. Mittermaier (1997, p. 224):

Qualquer que seja, entretanto, o motivo sobre que se apóie a retratação, é necessário, por um lado, demonstrar a sua verdade, e, por outro, verificar bem que influência esse motivo pode exercer sobre a fé que merecera a confissão.

Enfim, o juiz não está obrigado a aceitar a retratação, tendo ela efeito relativo, ele deverá compara-la com os demais meios de prova, a fim de acata-la ou rejeita-la.

#### 4.5.2.4 Valor probatório

Antes, a confissão era tida como a rainha das provas, tendo valor absoluto, porém, com a adoção do princípio do livre convencimento motivado todas as provas têm valor relativo, não tendo nenhuma delas maior prestígio que as outras, e assim ocorre com a confissão. Nesse sentido é a lição de Adilson (apud MOSSIN, 1998, p. 247):

A confissão, no direito antigo, especialmente entre os britânicos, tinha valor probante absoluto, por isso que era suspenso o processo, a partir daí, e condenado o confitente. No direito moderno tal e tanto não ocorrem. Seu valor é relativo, posto que vários são os motivos que podem levar alguém a assumir falsamente a autoria de um crime. Dentre eles, o propósito de responder por um crime menor do que o cometido realmente; ou a defesa de um parente próximo, verdadeiro autor do crime. Assim, manda a lei que o juiz considere a confissão no conjunto das provas apuradas, para constatar se afina com elas.

Em nossa legislação não tem ela valor probatório absoluto, como já dito. É o que se pode extrair da exposição de motivos do Código de processo Penal que diz (VII): “A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, *prova plena* de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra”. O artigo 197

---

<sup>28</sup> Jurisprudência: Confissão extrajudicial pode ser retratada. Todavia, para que tal atitude impressione, é mister que o interessado esclareça seus motivos e deles oferte pelo menos franco começo de prova (JTACRESP 54/31).

do Código de Processo Penal vem reafirmar este posicionamento normatizando que o valor da confissão será auferido pelos critérios adotados para os outros elementos de prova e que o juiz deverá confrontá-la com as demais provas dos autos do processo, sejam elas orais, documentais ou periciais. Mossin (1998, p. 249) conclui de forma brilhante a respeito do tema:

Assim, em uma análise geral, que deverá ser feita necessária e fundamentadamente pelo magistrado no que tange ao acervo probatório trazido pela instrução no bojo dos autos, deve ficar constatada a conciliação entre a confissão e os demais elementos probatórios. Deve ficar apurado que a confissão e as outras provas se integram, se completam, caminhando para um fim comum que é a constatação e a comprovação da imputação contida na peça acusatória pública ou privada. Portanto, para gerar validade, deve ela ser corroborada por outras provas. Deve ela fazer gerar no magistrado convicção de sua sinceridade.

Trataremos do valor probatório da confissão feita na fase do inquérito policial (confissão extrajudicial) em apartado, pois requer maior atenção.

#### **4.6 O Valor Probatório das Provas Produzidas no Inquérito Policial**

O inquérito policial tem caráter inquisitorial, isto significa que a autoridade tem certa liberdade na apuração da materialidade do delito e de sua autoria, é o denominado poder discricionário. Bem como, em decorrência de tal peculiaridade, não existe ainda acusação, tendo ele caráter de instrução provisória, podendo resultar tanto na propositura da ação penal como no arquivamento.

Através do inquérito policial é que se formará a *opinio delicti* que servirá de base para a denúncia ou queixa, que dará início a ação penal. Para tanto, necessário se faz que a autoridade policial colha todas as provas possíveis a respeito do fato criminoso.

Em geral, na fase de investigação admite-se todos os meios de prova conhecidos, dividindo-se as provas colhidas neste momento em dois grupos: as definitivas e as renováveis. Isso ocorre em razão do princípio do contraditório amparado por nossa Carta política Federal, que como regra determina que toda

prova produzida no inquérito policial deve ser renovada na fase de instrução para passar pelo crivo do contraditório.

Passaremos a analisa-las.

#### **4.6.1 Provas definitivas**

A primeira espécie de prova considerada definitiva quando produzida no inquérito policial é a pericial, visto que, em regra, os vestígios do crime não se conservam até a instrução. No caso, por exemplo, de um homicídio seria impossível aguardar a fase de instrução para realizar o exame necroscópico no cadáver, sendo necessário fazê-lo o mais breve possível; o mesmo ocorre com uma lesão leve que irá desaparecer em alguns dias, devendo ser realizado o exame de corpo de delito ainda na fase inquisitória.

A prova técnica produzida no inquérito terá o mesmo valor probatório daquela produzida no processo, visto que, o perito, que é aquele que elabora o laudo através de seu conhecimento técnico-científico, é considerado órgão auxiliar do juiz, gozando, assim, a perícia da presunção de veracidade decorrente de todos os atos públicos. Frederico Marques (2001, p. 425 e 426) sobre este assunto explica com grande precisão:

A perícia, realizada em qualquer fase do procedimento penal, é sempre ato instrutório emanado de órgão auxiliar da Justiça para a descoberta da verdade. Seu valor é o mesmo, quer se trate de perícia realizada em juízo, quer se cuide de exame pericial efetuado durante a fase preparatória do inquérito. A sua força *probante* deriva da capacidade técnica de quem elabora o laudo e do próprio conteúdo deste. Embora os peritos sejam nomeados pela autoridade policial ou pelo juiz, sem interferência das partes (art. 276), quebra alguma há nisso ao princípio do contraditório.

Além disso, mesmo não sendo ela realizada sob o crivo do contraditório, apresenta uma maior dose de veracidade, pois se baseia em fatores técnicos e científicos, sendo, por isso, mais segura e objetiva.

Somente não terão valor probatório se forem emprestáveis por qualquer motivo, como quando colhidas eivadas de vícios, defeitos, com omissões de elementos relevantes deixando dúvidas insanáveis, etc.

Contudo, há aqueles que entendem, entre eles Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, que somente teria valor probante a perícia realizada no inquérito policial quando houvesse urgência em sua produção, seja por perigo de desaparecer os vestígios deixados pelo crime, seja por ser difícil ou impossível conservar a coisa a ser examinada, como por exemplo, um cadáver. Não se justificaria a produção de tal prova sem contraditório se inexistisse tal urgência. Uma vez produzida na fase inquisitiva, haveria um contraditório diferido, no qual as partes no processo poderiam impugnar o laudo, os quesitos, pedir esclarecimentos, formular quesitos suplementares, etc. Assim, com muita propriedade explica Antonio Scarance (2000, p. 83):

Maior problema existe quanto à prova pericial produzida na fase policial. Admite-se a sua realização como prova definitiva quando há urgência, postergando-se o contraditório para momento posterior, em que as partes poderão contestar o laudo, elaborar quesitos suplementares, pedir esclarecimentos aos peritos. É o que ocorre quando há perigo de desaparecer o corpo de delito, como acontece com a lesão produzida no corpo da vítima, que normalmente só permanece por determinado tempo. Não se justifica, contudo, prova pericial sem contraditório prévio na fase policial se inexistir perigo de os vestígios desaparecerem. Caso venha a ser realizada, as partes têm o direito de requererem, em juízo, nova perícia.

No que se refere ao valor da prova documental, podemos tecer o seguinte comentário: nos termos do artigo 231 do Código de Processo Penal, observa-se que as partes poderão apresentar documentos, em geral, na fase processual, sendo salutar o entendimento que tal oportunidade antecede a própria formação da instância. Registra-se por oportuno que em determinadas infrações penais como no caso de falsidade documental a juntada do documento na fase investigatória, ou seja, na primeira fase da persecução penal, se faz necessário até mesmo para a comprovação da materialidade delitiva, apresentando-se aí a mesma tese do contraditório diferido. Portanto, as partes em juízo poderão impugnar os documentos colhidos no inquérito policial.

#### **4.6.2 Provas renováveis**

Deve sempre ser submetida ao contraditório a inquirição de testemunhas, por esta razão a prova testemunhal realizada no inquérito policial deverá ser repetida em juízo<sup>29</sup> sob pena de ser desconsiderada para fins de condenação. Ainda, esta somente poderá embasar uma imputação penal se coerente com outras provas dos autos. Em outras palavras, isolada, ela não possibilitará a condenação, somente se confirmada por outros elementos probatórios do processo e acobertada pelo manto do contraditório é que poderá embasar a responsabilização criminal.

Questão que suscita grande discussão refere-se ao valor probatório da confissão extrajudicial, em especial aquela realizada na fase do inquérito policial.

É do conhecimento de todos que no curso da investigação do fato delituoso, na maioria das vezes, existe a violência policial, principalmente para obter a confissão do suposto autor do delito, posto que, a polícia tem o hábito de “eleger” um suspeito e procurar incriminá-lo, ao invés de fazer uma investigação ampla a fim de esclarecer a verdade sobre os fatos, sendo a confissão a prova que sempre almejam. Expõe Paulo Heber de Moraes e João Batista Lopes (1994, p. 98) que:

Por mais que se queira acobertar os erros do sistema, ninguém, em sã consciência, e com um mínimo de honestidade e vivência, pode ignorar que a polícia, não poucas vezes, se vale de métodos medievais e desumanos para estorquir confissões de inocentes, os quais, para não sucumbir ao sofrimento físico, nas salas escondidas da violência e do horror, acabam por admitir a autoria e a culpa de crimes que não cometeram. Seja-nos permitido poder enfatizar sempre as raras mas honrosas exceções que a experiência nos permitiu conhecer e aplaudir.

Portanto, tal prova deve ser analisada com muita cautela, posto que a prova colhida na fase inquisitorial tem caráter informativo, tendo como fim caracterizar a justa causa para a propositura da ação penal, sendo, portanto,

---

<sup>29</sup> Jurisprudência: PROVA – Insuficiência – Decisão condenatória com base em depoimento de menor, prestado no inquérito policial – Não produção desta na instrução penal – Falta de contraditório – Inexistência de certeza para um juízo condenatório – Apelação provida, para absolver os réus. Toda a prova que tenha sido produzida à revelia do adversário e, em regra, ineficaz. O sistema de regras do processo probatório é um conjunto de garantias para que a parte contrária possa exercer o seu direito de fiscalização. O princípio dominante nessa matéria é que toda a prova deve produzir-se com interferência e com a possibilidade de oposição pela parte à qual possa prejudicar. (RT 689/330)

dirigida ao titular da ação penal e não para servir de base para a sentença proferida pelo juiz, e também porque a violência à que o indiciado está exposto nesta fase prejudica muito o valor probatório da confissão. (NUCCI, 1999, p. 196)

Não se propõe que a polícia não deva agir com energia, posto que é característica do procedimento inquisitório, mas que encontre um o equilíbrio para garantir a ordem e a segurança de todos, respeitando os direitos fundamentais, tanto quanto possível, principalmente o da dignidade da pessoa humana. A autoridade policial goza de uma medida razoável de arbítrio a fim de garantir o resultado eficaz das investigações, porém ele não é ilimitado, não devendo imperar a abuso de direitos, violência e brutalidades. A Constituição Federal<sup>30</sup> e a Declaração Universal dos Direitos do Homem rejeitam a tortura e o tratamento desumano ou degradante para com o ser humano.

Apesar da normatização, a violência na fase extrajudicial é uma realidade que temos que combater e que ainda não foi superada, porém, não podemos ignorá-la na valoração da confissão colhida no inquérito policial.

Assim, a confissão colhida na fase inquisitorial deve ser analisada pelo juiz com muita cautela, não tendo ela valor algum se não estiver confirmada por outras provas dos autos, somente assim, o magistrado poderá, através do sistema da livre convicção motivada, valorá-la.<sup>31</sup> Ele a terá como prova indireta, ou seja, como um indício. Conclui Guilherme Nucci (1999, p. 211):

Porque o inquérito tem por finalidade garantir a tranquilidade do indivíduo, que somente será criminalmente processado com justa causa, tendo em vista que a polícia ainda utiliza métodos violentos em busca de confissão – objetivo maior a ser extraído na investigação – e levando em conta que costuma eger o suspeito como fonte única de provas, não se

---

<sup>30</sup> Artigo 5º, inciso III da CF/88.

<sup>31</sup> Jurisprudência: TJAP: A confissão extrajudicial respaldada em elementos probatórios colhidos durante a instrução criminal viabiliza a sentença condenatória (RDJ 8/201). TACRSP: A confissão vale como meio de prova, não pelo lugar onde é prestada, mas pelo seu próprio teor, sempre que confirmada pelo restante do conjunto probatório (RJTACRIM 48/218). TACRSP: Sendo a confissão policial a única prova que nos autos milita contra o réu, não há como manter-se decisão condenatória (JTACRESP 60/201). TJSP: Se nenhuma prova foi colhida durante a instrução criminal, a confissão por si só não poderá ser erigida como fundamento único da condenação, caso contrario estaríamos revigorando antigo princípio medieval em que era considerada a “rainha das provas”, a *probatio probatissima*. O seu valor no sistema processual é relativo, devendo o juiz confrontá-la necessariamente com outros elementos de prova colhidos no curso do processo. Se estiver isolada, seu desvalor patenteia-se (RT 714/347).

deve dar à confissão extrajudicial a força de uma prova direta, mas de mero indício (Prova indireta). Assim sendo, necessita estar unida a vários outros indícios ou provas diretas para formar o convencimento do juiz. Seu valor – repita-se – é imprestável, quando isolada, vez que nenhum indício, sozinho, é capaz de gerar certeza ou convicção.

Entretanto, somente valerá como prova indireta se foi obtida de forma voluntária<sup>32</sup>, se para sua obtenção foi utilizado algum tipo de violência, coação ou qualquer outro meio ilícito, tal prova torna-se imprestável, sem valor em juízo.<sup>33</sup>

A confissão extrajudicial, mesmo que retratada em juízo, terá valor probatório se for convergente com as provas produzidas na instrução criminal. Assim é o entendimento jurisprudencial dominante.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Jurisprudência: TJSP: Prova. Confissão espontânea. Declaração prestada em repartição policial. Relevância, principalmente quando guardar coerência com todas as demais provas produzidas em juízo (RT 747/653).

<sup>33</sup> Jurisprudência: TJMS: Não provada alegação de violência policial, as confissões extrajudiciais apresentam-se aptas a serem aceitas e autorizam a conclusão condenatória quando amparadas, não só nos depoimentos de policiais, como também nos outros produzidos em juízo, tanto mais sendo contraditórias e escoteiras as versões judiciais (RT 714/401).

<sup>34</sup> Jurisprudência: TACRSP: A confissão extrajudicial do acusado é suficiente para autorizar a condenação, inobstante posterior retratação em Juízo, desde que em harmonia com os demais elementos dos autos (RJTACRIM 41/235). TJSC: Confissão extrajudicial, mesmo retratada em Juízo, tem valor probante, autorizando a condenação, desde que aliada a outras provas, principalmente depoimentos harmônicos das vítimas (JCAT 80/560). TJAP: (...) Restando demonstrada que a confissão extrajudicial é a que se mostra verossímil e mais consentânea com as demais provas dos autos, ela é que deve prevalecer frente à retratação em juízo, máxime quando o réu não logra demonstrar a alegação de que confessou mediante coação (RT 786/681).

## 5 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

### 5.1 Noções Preliminares

Dispõe o artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1988 que:

A união, no distrito Federal e nos territórios, e os Estados criarão juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Assim, para dar cumprimento a norma constitucional foi aprovada a lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados especiais cíveis e criminais, sendo estes últimos objeto de nosso estudo. A criação dos Juizados especiais criminais (JEC) trouxe profundas mudanças na justiça penal, pois proporcionou soluções mais céleres para a prática de infrações penais denominadas de menor potencial ofensivo. Ela prevê a possibilidade de composição (artigo 69 e seguintes), transação (artigo 76), a aplicação do procedimento sumaríssimo para as infrações de menor potencial ofensivo e contravenções (artigo 77 a 86), suspensão condicional do processo (artigo 89) e a representação nos crimes de lesões corporais dolosas de natureza leve e de lesões corporais culposas (artigo 88).

Tal norma veio atender a necessidade de desburocratização da justiça penal, a fim de se obter resultados adequados e úteis, com maior rapidez, simplicidade e economia e, por consequência, desafogar a Justiça Criminal.

Com a criação de tais órgãos torna-se possível uma maior dedicação à solução de crimes mais graves, bem como, dá uma resposta mais rápida aos delitos considerados de menor potencial ofensivo impedindo que os autores de tais delitos se beneficiem da morosidade do procedimento comum através da prescrição, evitando, portanto, a impunidade. Júlio Fabbrini Mirabete (2000, p. 24)

leciona sobre as inovações trazidas em nosso ordenamento jurídico penal e processual penal:

Deu-se resposta à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, possibilitando-se uma solução rápida para a lide penal, quer pelo consenso das partes, com a pronta reparação dos danos sofridos pela vítima na composição, quer pela transação, com a aplicação de penas não privativas de liberdade, quer por um procedimento célere para a apuração da responsabilidade penal dos autores de infrações penais de menor gravidade na hipótese de não se lograr ou não ser possível aplicar uma ou outra daquelas medidas inovadoras.

Representa uma exceção ao princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade que vige em nosso sistema jurídico, segundo os quais, havendo a prática de uma infração penal, cuja ação seja pública, é obrigatório a denúncia realizada pelo ministério público. De acordo com o rito adotado pela Lei nº 9.099/95 (sumaríssimo), o Ministério Público tem poder discricionário de dispor da ação penal pública, nos casos previstos em lei, utilizando-se, para isso, do instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo. Entretanto, a proposta realizada pelo Promotor de justiça depende da aceitação do acusado, que estará submetida ao crivo do controle jurisdicional. (PAZZAGLINI FILHO; MORAES, SMANIO e VAGGIONE, 1996, p. 19) Em relação a ação privada, foi preservado o sistema acusatório, no qual somente haverá prestação jurisdicional do Estado se houver provocação das partes, cabendo a elas acordarem para compor os danos civis por meio da conciliação.

## **5.2 Princípios e Finalidades nos Juizados Especiais**

Além dos princípios gerais de direito que norteiam todo o ordenamento jurídico, como por exemplo, o princípio da ampla defesa, do contraditório, da isonomia entre as partes, outros, de caráter específicos, devem ser observados nas ações penais de competência dos Juizados especiais.

Reza o artigo 2º da lei nº 9.009/95: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. É uma norma que trata das disposições gerais dos juizados especiais, que vale tanto para os juizados civis quanto para o criminal. O artigo 62 da referida lei, que se aplica especificamente aos juizados especiais criminais, prevê novamente os mesmos postulados do artigo 2º, não se referindo ao princípio da simplicidade, não obstante, é aplicável aos juizados especiais criminais, uma vez que está previsto em norma de caráter geral que abrange o âmbito civil e criminal.<sup>35</sup> Dispõe o seguinte:

O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

### 5.2.1 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade privilegia a palavra falada sobre a escrita no tramite do processo. Não se exclui a forma escrita, apenas se impõe a superioridade da forma oral sobre a escrita. O processo oral é mais célere, econômico e a decisão é proferida com maior presteza.

São exemplos da aplicação do referido princípio: o inquérito policial, cujas peças devem ser reduzidas a escrito, é substituído pelo termo circunstanciado, que contém breve resumo dos fatos (artigo 69, “caput”) que, por certo, será baseado nas informações orais obtidas através da vítima, testemunhas, do autor, etc; na fase preliminar a vítima tem a oportunidade de apresentar representação verbal (artigo 75, “caput”) na audiência que também é marcadamente oral; a

---

<sup>35</sup> Jurisprudência: TJRS: *Hábeas corpus* – Ameaça – Dúvida de competência – Não-conhecimento. Instauração de procedimento contra os pacientes, em Antônio Prado, por incursos nas sanções do art. 147 do CP, na forma da Lei nº 9.099/95. Impetração de *hábeas corpus*, junto ao Tribunal de Alçada, visando ao trancamento da ação penal. Declinação de competência para a Turma Recursal. Devolução dos autos ao Tribunal de Alçada. Os processos submetidos aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de acordo com a Lei 9.099/95, orientar-se-ão pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, sendo incompatíveis com tais princípios incidentes como a dúvida de competência, que devem ser resolvidos no restrito âmbito das Turmas Recursais, sem extravasamentos para os Tribunais. Não-conhecimento desta dúvida de competência, devendo os autos retornar à Turma Recursal, para que decida o que entender de direito. Unânime”. (RJTJERGS 183/106).

acusação é oral (artigo 77, “caput”), assim como a defesa apresentada antes do recebimento da denúncia ou queixa (artigo 81, “caput”); toda a prova, debates e sentença são orais e realizados em uma única audiência, sendo somente reduzidos a termo os fatos relevantes ocorridos nesta audiência (artigo 81, “caput” e parágrafos) e será dispensado o relatório da sentença (artigo 81, § 3º). (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES e GOMES, 2002, p. 76 e 77)

### **5.2.2 Princípio da simplicidade**

Todos os atos do processo devem estar impregnados pela a simplicidade, que é ponto fundamental dos juizados especiais. Procura-se simplificar a aplicação do direito abstrato ao caso concreto, diminuindo o quanto for possível os autos processuais, a fim de por fim a burocracia, sem, é claro, prejudicar o resultado da prestação jurisdicional. Em consequência do princípio, há a dispensa do inquérito policial e do exame de corpo de delito para o oferecimento da inicial, podendo, este ultimo, ser substituído por boletim médico ou prova equivalente (artigo 77, § 1º), bem como, as causas complexas ou aqueles que prescinde de maiores informações, mesmo sendo de competência dos Juizados especiais criminais, serão remetidas ao juízo comum (artigo 77, § 2º), assim como quando a denunciado não for encontrado para a citação pessoal (artigo 78, § 1º, c.c. o artigo 66, parágrafo único), também é dispensado o relatório da sentença (artigo 81, § 3º). Estes são alguns exemplos de aplicação do princípio da simplicidade nos juizados especiais.

### **5.2.3 Princípio da informalidade**

De acordo com o princípio da informalidade deve-se evitar o rigorismo formal do processo, substituindo-o pela busca da realização da finalidade do processo, sem, contudo, desrespeitar o princípio do devido processo legal, não podendo, por este princípio, afastar regras gerais do processo quanto a atos que possam ferir interesses da defesa ou da acusação ou causar tumulto processual. Porém, quando a própria Lei determina forma para determinados atos processuais, ela deve ser observada, como ocorre com a citação que deve ser sempre pessoal (artigo 66). Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 35) assevera:

Sem dúvida, o Juiz não está isento de observar um mínimo de formalidades essenciais para a prática de determinados atos processuais. Não se trata, portanto, de excluir atos processuais, mas da possibilidade de praticá-los de forma livre, de modo plausível, desde que sejam aptos a atingir sua finalidade. Essa liberdade, porém, não existe quando a própria lei determina forma procedimental exclusiva, como ocorre com relação à citação do acusado, que será sempre pessoal, no Juizado ou por mandado (art. 66).

Ainda, em observância de tal postulado, estabelece-se que “não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo” (artigo 65, § 1º), o relatório da sentença é dispensado (artigo 81, § 3º), a intimação poderá ser solicitada por qualquer meio hábil para a prática de atos em outras comarcas (artigo 65, § 2º), etc.

#### **5.2.4 Princípio da economia processual**

Através deste princípio busca-se obter o maior resultado com o mínimo de atuação da Justiça. Em razão disto, dispensa-se o inquérito policial, a instrução e julgamento são realizados em uma única audiência, por meio de acordos pretende-se não instaurar processo, não desperdiça atos processuais evitados de nulidade se estes não trouxeram prejuízo para as partes, etc.

#### **5.2.5 Princípio da celeridade processual**

O princípio da celeridade diz respeito a rapidez e agilidade que deve ser resolvida as lides penais referentes aos delitos de menor potencial ofensivo, a fim de evitar a impunidade decorrente da prescrição e dar a sociedade uma resposta rápida a prática de tais delitos.

Em razão de tal postulado, a autoridade policial, tomando conhecimento da prática de infração penal de competência do juizado especial, deverá lavrar termo circunstanciado, que como já dito, substitui o inquérito policial existente no procedimento ordinário, e irá remetê-lo, juntamente com o autor da infração, e se possível a vítima, para o Juizado, podendo-se, então, realizar a audiência preliminar (artigo 69 da Lei nº 9.099/95). Ainda, poderão os atos processuais

serem realizados no período noturno, conforme verbera o artigo 64 do mesmo diploma legal.

Portanto, o princípio da celeridade unido aos outros já vistos, proporciona uma maior rapidez na solução da lide, desafogando a justiça comum e atendendo aos interesses do processo contemporâneo.

Entretanto, o juiz deve ter cautela na aplicação da celeridade, sob pena de ignorar os princípios constitucionais aplicáveis no processo penal, como o da ampla defesa e do contraditório, não podendo sacrificá-los em benefício da rapidez que deve nortear os processos de competência dos Juizados especiais criminais. Sendo assim,

... os princípios especiais mencionados não excluem os princípios gerais fundamentais, de ordem constitucional, que regem o processo penal, a saber: do estado de inocência (art. 5º, LVII, da CF); da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF); do contraditório (art. 5º, LV, da CF); do Juiz natural (art. 5º, LIII, da CF); e da publicidade (art. 5º, LX, da CF), devendo o Juiz cuidar, sempre, de compatibilizá-los, inclusive com a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Penal (art. 91). Assim, a oralidade, a celeridade, a informalidade e a economia processual, princípios que informam o procedimento no Juizado Especial Criminal, são empregadas intensamente, sem, contudo, afastar sua aplicação as garantias processuais constitucionais das partes. (PAZZAGLINI FILHO, MORAES, SMANIO e VAGGIONE, 1996, p. 26)

### **5.2.6 Finalidades dos juizados especiais criminais**

Dispõe a parte final do artigo 62 da Lei nº 9.099/95 que o processo perante o Juizado Especial objetiva a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade, referindo-se, portanto, as finalidades do Juizado. A primeira se dá mediante a composição entre as partes (artigo 72), denominada também transação civil, e, a segunda, através da transação penal (artigo 76).

Quis o legislador, possibilitando a composição dos danos,

... dar às vítimas desses crimes imediata e pronta assistência no que respeita aos prejuízos materiais e morais que a infração penal lhes causou. Daí por que um dos objetivos primaciais do Juizado é a

conciliação entre o autor do fato e o ofendido ou entre este e o responsável civil, visando, dentro do possível, à restauração do *statu quo ante*, procurando, mercê de dinheiro, na impossibilidade de coisa melhor, dar a vítima, ao menos, a falsa sensação de que nada aconteceu. *Na medida do possível*, diz a lei. É que, às vezes, o autor do fato não tem a menor condição de suportar qualquer ônus. Ninguém é obrigado a fazer o impossível. (TOURINHO FILHO, 2000, p. 34)

A composição civil repele a necessidade do ofendido propor ação de reparação de danos ou esperar ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para executá-la no juízo civil.

A possibilidade da transação penal surgiu em consonância com a tendência do Direito Penal moderno de evitar a aplicação da pena privativa de liberdade o quanto possível. Assim, por meio de acordo com o Ministério Público, portanto, ato bilateral, poderá, o autor do delito, ser apenado com multa ou pena restritiva de direitos.<sup>36</sup> A vantagem da aceitação da proposta é que a aplicação da pena restritiva de direito, imediatamente, não importará em reincidência, somente sendo registrada para impedir que o autor do delito se beneficie dela novamente no prazo de cinco anos (artigo 76, § 4º).

Deve-se atentar que somente haverá composição de danos se houver prejuízo a alguém, caso contrário, será realizada a proposta ministerial, não tendo lugar a conciliação. Se não for aceita a proposta de transação para ser aplicada imediatamente a pena não privativa de liberdade, bem como reza o artigo 72 da Lei nº 9.099/95, ocorrerá o oferecimento oral da denúncia. Essas três fases, composição dos danos civis, transação penal e oferecimento oral da denúncia, ocorrerão na audiência preliminar.

### **5.3 Competência dos Juizados Especiais Criminais**

Diz o artigo 60 da Lei nº 9.099/95 que: “o Juizado Especial Criminal, provido por Juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo”.

---

<sup>36</sup> As penas restritivas de direitos estão elencadas no artigo 43 do Código penal.

Assim, são de competência dos Juizados as infrações de menor potencial ofensivo. Ela é definida em razão da matéria, e, portanto, é absoluta, não podendo os Juizados Especiais Criminais julgar outras infrações, sob pena de nulidade absoluta.

O artigo 61 da citada Lei define o que são infrações de menor potencial ofensivo:

Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.

### **6.3.1 Contravenções**

Há entendimento no sentido de que apenas seriam de competência dos Juizados aquelas contravenções que não estivessem sujeitas a procedimento especial. Contudo, prevalece o entendimento de que todas as contravenções, independentemente de terem rito especial, por sua própria natureza de menor ofensividade, são consideradas infrações de menor potencial ofensivo. Mesmo porque, as restrições existentes no artigo 61, quanto a pena máxima de um ano e ao procedimento especial, refere-se aos crimes e não as contravenções.<sup>37</sup>

Excluir da competência dos Juizados Especiais Criminais algumas contravenções seria negar o objetivo maior da Lei nº 9.009/95 que é simplificar a Justiça Penal, pois não seria lógico afastá-las de sua apreciação, visto que, crimes mais ofensivos que estes se inserem em sua competência.

---

<sup>37</sup> Jurisprudência: TACRSP: É admissível a transação penal, quando se tratar de infração qualificada como de menor potencial ofensivo – crime cuja pena máxima cominada não seja superior a 1 ano- desde que não haja previsão legal de procedimento especial, ou que se trate de contravenção penal, independentemente da existência de procedimento especial, pois esta infração, pela sua natureza, deve ser sempre considerada de menor potencial ofensivo (RJDTACRIM 33/183-184). TACRSP: Todas as contravenções penais, mesmo aquelas sujeitas a procedimento especial, consideram-se infrações de menor potencial ofensivo para os fins do art. 61 da Lei nº 9.099/95 (RJDTACRIM 31/170). TACRSP: Os preceitos benéficos previstos na Lei nº 9.099/95 aplicam-se a todas as contravenções, inclusive a do “jogo do bicho”, uma vez que a restrição do art. 61, que exclui sua aplicação aos casos que tenham procedimento especial, limita-se aos crimes (RJDTACRIM 31/178-179).

### 5.3.2 Crimes com pena não superior a um ano

Todos os crimes com pena máxima não superior a um ano são de competência do Juizado Especial, salvo aqueles que estão sujeitos a procedimento especial. Salienta-se que, a exceção refere-se a crimes que se prestam ao rito especial, e não as infrações previstas em leis especiais, pois estas poderão estar reguladas por rito comum, podendo ser de competência dos Juizados Especiais, desde que a pena seja inferior a um ano, como por exemplo, os crimes do Código de defesa do consumidor, que apesar de estarem previstos em lei especial, são submetidos ao procedimento comum do Código de Processo Penal.

Contudo, os crimes de lesão corporal culposa de trânsito, direção de veículo sob influência de álcool, disputa em competição automobilística não autorizada (“racha”), respectivamente dispostos nos artigos 303, 306 e 308 do Código de Trânsito Nacional (Lei nº 9.503/97), apesar de serem punidos com pena superior a um ano, serão aplicados a eles, atendendo o parágrafo único do artigo 291 da citada lei, os artigos 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95. Entretanto, não são considerados delitos de menor potencial ofensivo, sedo, apenas a eles, aplicados alguns institutos da Lei nº 9.0099/95.<sup>38</sup>

O parágrafo único do artigo 291 do Código de Trânsito Nacional não ampliou o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, visto que foi mantido o critério relativo à quantidade de pena, por este motivo, tais delitos não são de competência dos Juizados Especiais.

---

<sup>38</sup> Jurisprudência: TJRS: A regra do art. 291 do atual Código de Trânsito Brasileiro não fixa a competência do Juizado Especial Criminal para o julgamento do delito de lesão corporal culposa, ocorrida no trânsito. Apenas prevê a aplicação dos institutos da conciliação, da transação e da representação a essa espécie de delito, o que não significa, em absoluto, a incidência, pura e simples, da Lei nº 9.099/95. Ademais, a pena em abstrato prevista para o ilícito em questão, que varia de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, afasta, por si só, a competência desse Juizado Especial para o exame da matéria, à luz do que preceitua o art. 61 da Lei nº 9.099/95 (RT 764/658). TJRS: Competência – Trânsito – Art. 291 e seu par. ún. Da Lei nº 9.503/97 que permite a aplicação dos institutos previstos nos art. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95 aos crimes de lesão corporal culposa, entre outros – Fato que não transmudou estes delitos em infrações de menor potencial ofensivo, porque mantido o critério relativo à quantidade de pena – Incompetência dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento do feito. (...) O art. 291 e seu par. ún. da Lei nº 9.503/97, ao permitir a aplicação dos institutos previstos nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099/95 aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, entre outros, não os transmudou em infrações de menor potencial ofensivo, porque mantido o critério relativo à quantidade de pena, razão pela qual falece competência aos Juizados Especiais Criminais para a apreciação em relação àqueles delitos (RT 768/676).

No caso de delito tentado, deve-se considerar o máximo da pena prevista e o mínimo de redução pela tentativa (artigo 14, parágrafo único do Código Penal) para que se obtenha a pena máxima para a prática do delito tentado, a fim de averiguar se a sanção máxima é maior que um ano. Assim, nesse sentido explica Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 47):

Deve-se, pois, ter em vista, no caso de tentativa, a necessidade de subtrair da sanção cominada ao crime consumado um terço da duração da pena máxima cominada abstratamente para que se possa verificar se o fato está ou não submetido ao procedimento especial previsto na Lei nº 9.099/95. Se é obrigatória a redução da sanção de um a dois terços no caso do *conatus* (art. 14, parágrafo único, do CP), não pode ser aplicada à tentativa uma pena que supere os dois terços do limite máximo fixado para a infração. Assim, se a sanção resultante, em abstrato, for no máximo igual ou inferior a um ano, estará incluída na competência do Juizado Especial.

No caso de concursos de crimes existem dois posicionamentos: o primeiro diz que se a soma das penas ou sua exasperação (concurso material e formal, respectivamente) superar o limite de um ano estará excluída a competência do Juizado<sup>39</sup>; já a segunda defende que as penas de cada um dos delitos devem ser consideradas isoladamente, utilizando-se, analogicamente, do artigo 119 do Código Penal que prevê que, para fins de prescrição, devem ser sopesadas isoladamente as penas dos delitos para que ocorra a extinção de punibilidade<sup>40</sup>.

As qualificadoras devem ser consideradas para a apuração da pena máxima do delito, no entanto, há entendimento em sentido contrário. Contudo, as circunstâncias agravantes e atenuantes não devem ser computadas para a aferição deste limite.

Contudo, a Lei dos Juizados Especiais Federais Criminais (Lei nº 10.259/2001), ampliou o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Diz o parágrafo único do artigo 2ª da citada norma: “consideram-se infrações de menor

---

<sup>39</sup> Jurisprudência: TAMG: Tratando-se de concurso formal de crimes, inviável a celebração do acordo civil e da transação a que alude a Lei nº 9.099/95, se a soma das penas mínimas cominadas às infrações exceder o patamar de um ano (RT 756/662).

<sup>40</sup> Jurisprudência: TACRSP: No concurso de crimes, as penas abstratamente cominadas não podem ser somadas para efeito de impedir a aplicação da Lei nº 9.099/95, devendo, ao contrário, ser consideradas isoladamente, a exemplo, aliás, do que ocorre com a extinção da punibilidade, em razão do disposto no art. 119 do CP (RJDTACRIM 34/219).

potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. Assim, não excluiu de sua competência as infrações de menor potencial ofensivo que tenham rito especial e aumentou a pena máxima de um ano, no âmbito estadual, para dois anos no federal.

Grande divergência surgiu sobre a aplicação desta norma frente à Lei dos Juizados Especiais estaduais, pois é discutido se o conceito de infração de menor potencial ofensivo, dado pela Lei de aplicação Federal, estende-se aos Juizados estaduais. Hoje, o entendimento majoritário é no sentido da ampliação do conceito, face ao princípio da isonomia (ou tratamento igualitário) (artigo 5º da CF), do princípio da proporcionalidade e também porque ela é lei nova mais favorável (artigo 2ª, parágrafo único do Código Penal). Esta interpretação ampliativa é praticamente unânime em todo o país. Portanto, a Lei nº 10.259/2001, em entendimento majoritário, revogou parcialmente o disposto no artigo 61 da Lei nº 9.009/95, no que se refere as infrações com pena máxima não superior a um ano.

#### **5.3.4 Termo circunstanciado**

De acordo com o artigo 69 da Lei nº 9.099/95, “autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”. Tal dispositivo encontra-se na Seção II, denominada “da fase preliminar”, que se refere as providências iniciais a serem tomadas frente a prática de uma infração de menor potencial ofensivo, com o escopo de dar solução a lide e , não sendo possível, instaurar-se-á o processo pelo rito sumário.

Este dispositivo aboliu, em regra, o inquérito policial, substituindo-o pelo termo circunstanciado<sup>41</sup>, que nada mais é que um boletim de ocorrência um pouco

---

<sup>41</sup> Jurisprudência: TACRSP: Nas hipóteses de incidência da Lei nº 9.099/95 (art. 61), não cabe à autoridade policial instaurar algum inquérito ou procedimento assemelhado, nem proceder ao indiciamento e identificação do acusado, mas sim tão-somente fazer lavrar e encaminhar ao Juízo competente o termo circunstanciado, além das demais providências de que fala o at. 69 da referida lei (RT 738/650).

mais detalhado, que deve constar à qualificação do autor, da vítima e das testemunhas, se houver; suas versões sobre os fatos ocorridos; o relato de eventuais investigações sumárias e diligências já realizadas, como apreensão dos instrumentos ou do produto do crime; bem como, o croqui do local do crime (muito comum nos crimes de trânsito) e a lista de exames periciais requisitados. (MIRABETE, 2000, p. 86) A supressão do inquérito policial decorre da aplicação dos princípios que norteiam a apuração dos delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, oralidade, informalidade, economia processual, simplicidade e celeridade.

O termo circunstanciado, em resumo, deverá conter todas as informações necessárias para que o Ministério Público possa formar sua *opinio delicti*. Neste sentido:

A autoridade policial, ao tomar conhecimento de sua prática, em vez de instaurar inquérito policial, deverá elaborar termo circunstanciado sobre a ocorrência, com os dados necessários acerca do fato criminoso e sua autoria para que o Ministério Público possa formar sua *opinio delicti*. (PAZZAGLINI FILHO, MORAES, SMANIO e VAGGIONE, 1996, p. 34)

Somente será elaborado o termo circunstanciado se for possível a imediata identificação do autor da infração e não houver necessidade de diligências que visem a caracterização de crime, caso contrario, se faz necessário a instauração do inquérito policial.<sup>42</sup>

As testemunhas ouvidas no termo circunstanciado funcionam como meros informantes dos fatos ocorridos.

Quando elaborado o termo circunstanciado, se necessário, a autoridade policial determinará a realização de exames periciais ou outras diligências, conforme o artigo 69 da Lei nº 9.099/95, entretanto, não será preciso aguardar o seu resultado, sendo o termo circunstanciado imediatamente remetido ao Juizado Especial com as partes. A autoridade policial deve providenciar para que tais diligências sejam realizadas o mais breve possível, a fim de fazer prevalecer a

---

<sup>42</sup> Jurisprudência: TACRSP: Em sendo impossível à Autoridade Policial prontamente identificar o autor do fato, é inadmissível a elaboração e encaminhamento de Termo Circunstanciado ao Juiz, conforme dispõe o art. 69 da Lei nº 9.099/95, sendo de rigor a instauração de Inquérito Policial (RJDTACRIM 40/348).

simplicidade e a celeridade adotada pela Lei, no entanto, a sua demora não prejudicará a realização da audiência preliminar para que seja realizada a composição dos danos e a transação penal.

Como se observa, não há produção de provas no termo circunstanciado, visto, que os fatos são narrados de forma resumida, sendo somente necessário para sua lavratura o relato da ocorrência dos fatos com suas circunstâncias (dia, hora, local, etc) e a autoria, sendo a produção de provas, visando à propositura da ação penal, característica do inquérito policial.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Jurisprudência: STJ: A colheita de prova testemunhal visando à caracterização da ação penal é própria do inquérito policial, sendo inadmissível sua produção no termo circunstanciado, previsto na Lei nº9.099/95, procedimento em que os fatos são narrados resumidamente, bastando para identificar o acontecimento e as pessoas envolvidas, enquanto o inquérito, ao contrário, desenvolve os mesmos fatos com informações mais detalhadas (RT 753/558).

## 6 CONCLUSÃO

Como já dito, o inquérito policial é um procedimento administrativo, realizado pela polícia judiciária para obter informações a respeito da materialidade do delito e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal tenha elementos suficientes para propor-la. No entanto, grande discussão existe a respeito do valor das provas produzidas nesta fase, pois ele tem caráter inquisitorial, sendo instrução provisória, podendo resultar tanto na propositura da ação penal como no arquivamento.

A inquisitorialidade é uma característica inerente ao inquérito policial, ou seja, não se aplica o princípio do contraditório, visto que ele constitui uma forma de defesa do Estado contra o crime, não havendo acusado, mas sim indiciado.

Para que o Estado declare a existência da responsabilidade criminal e imponha uma sanção penal a um indivíduo é imprescindível que se tenha à certeza da materialidade de delito, bem como de sua autoria. A fase de instrução do processo penal se presta a este papel, ou seja, nesta fase as partes procuram provar a veracidade do que alegam, vale dizer, demonstram aquilo que estão sustentando, tendo como objetivo gerar no juiz a convicção de que ele precisa para o seu pronunciamento, constituindo-se, assim, o que denominamos de prova. Mas, e as provas produzidas no inquérito policial ?

Através do inquérito policial é que se formará a *opinio delicti* que servirá de base para a denúncia ou queixa, que dará início a ação penal. Para tanto, necessário se faz que a autoridade policial colha todas as provas possíveis a respeito do fato criminoso.

Em geral, na fase de investigação admite-se todos os meios de prova conhecidos, dividindo-se as provas colhidas neste momento em dois grupos: as definitivas e as renováveis. Isso ocorre em razão do princípio do contraditório amparado por nossa Carta Política Federal, que como regra determina que toda prova produzida no inquérito policial deve ser renovada na fase de instrução para passar pelo crivo do contraditório.

A primeira espécie de prova considerada definitiva quando produzida no inquérito policial é a pericial. A prova técnica produzida no inquérito terá o mesmo valor probatório daquela produzida no processo, visto que, o perito, que é aquele que elabora o laudo através de seu conhecimento técnico-científico, é considerado órgão auxiliar do juiz, gozando, assim, a perícia da presunção de veracidade decorrente de todos os atos públicos.

A prova documental produzida na fase inquisitorial também enquadra-se na categoria das provas definitivas, no entanto, as partes, poderão, em juízo, impugna-las, é o chamado contraditório diferido.

Na categoria de provas renováveis, está a prova testemunhal, que deve sempre ser submetida ao contraditório, por esta razão a prova testemunhal realizada no inquérito policial deverá ser repetida em juízo sob pena de ser desconsiderada para fins de condenação. Esta somente poderá embasar uma imputação penal se coerente com outras provas dos autos. Em outras palavras, isolada, ela não possibilitará a condenação, somente se confirmada por outros elementos probatórios do processo e acobertada pelo manto do contraditório é que poderá embasar a responsabilização criminal.

A confissão também é considerada prova renovável quando colhida na fase inquisitorial. Deve ser analisada pelo juiz com muita cautela, não tendo ela valor algum se não estiver confirmada por outras provas dos autos, somente assim, o magistrado poderá, através do sistema da livre convicção motivada, valora-la. Ele a terá como prova indireta, ou seja, como um indício.

No que se refere aos Juizados Especiais Criminais, o artigo 69 da Lei nº 9.099/95, aboliu, em regra, o inquérito policial, substituindo-o pelo termo circunstanciado. A supressão do inquérito policial decorre da aplicação dos princípios que norteiam a apuração dos delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, oralidade, informalidade, economia processual, simplicidade e celeridade. As testemunhas ouvidas no termo circunstanciado funcionam como meros informantes dos fatos ocorridos. Conclui-se que, não há produção de provas no termo circunstanciado, visto, que os fatos são narrados de forma resumida, sendo somente necessário para sua lavratura o relato da ocorrência dos fatos com suas

circunstâncias (dia, hora, local, etc) e a autoria, sendo a produção de provas, visando à propositura da ação penal, característica do inquérito policial.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

AGUIAR, João Marcelo Brasileiro de. **Contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1049>>. Acesso em: 03 fev. 2003.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo Criminal Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, vol. I.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no processo penal**. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARROS, Antônio Milton de. **Da prova no Processo Penal: apontamentos gerais**. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2º ed. ver. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 24º ed. e atual. São Paulo: Saraiva: 2002, 1ª vol.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 1ª vol.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 7º ed. ver. atual. São Paulo: RT, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995**. 4ª ed. ver., ampl. e atual. e acordo com a Lei 10.259/2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. Atual. Campinas: Millennium editora, 2000, 1ª vol.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito processual penal**. 2ª ed. Atual. Campinas: Millennium editora, 2000, 2º vol.

MESSIAS, Irajá Pereira. **Da prova penal**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Juizados especiais: comentários, jurisprudência, legislação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 10º ed. Ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MITTERMAIER, C. J. A., **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada**. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência**. Coleção Temas Jurídicos. São Paulo: Editora Atlas, 1997, vol. 3.

MORAES, Paulo Heber de e LOPES, João Batista. **Da prova penal**. Campinas: Copola, 1994.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998, vol. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 1998, vol. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. **Juizado especial criminal: aspectos práticos da Lei nº 9.009/95**. São Paulo: Atlas, 1996.

PINHO, Ruy Rebello. **História do Direito Penal brasileiro: período colonial**. São Paulo: José Bushatsky, editor, 1973.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Parte especial: arts. 1º a 120. 3º ed. ver. , atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, vol. 1.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação Criminal**. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, José Geraldo da. **Inquérito Policial e a Polícia Judiciária**. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 1.