

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

ELEN CRISTINA EUGENIO RONCHI

**PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INDICIÁRIA E A IMPOSSIBILIDADE DE
REPETIÇÃO NA FASE JUDICIAL E SEU PREJUÍZO FRENTE AO PRINCÍPIO DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2012.

ELEN CRISTINA EUGENIO RONCHI

**PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INDICIÁRIA E A IMPOSSIBILIDADE DE
REPETIÇÃO NA FASE JUDICIAL E SEU PREJUÍZO FRENTE AO PRINCÍPIO DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Dr. Leandro Alfredo da Rosa

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2012.

ELEN CRISTINA EUGENIO RONCHI

**PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INDICIÁRIA E A IMPOSSIBILIDADE DE
REPETIÇÃO NA FASE JUDICIAL E SEU PREJUÍZO FRENTE AO PRINCÍPIO DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito, da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Criciúma, 07 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Leandro Alfredo da Rosa – (UNESC) - Orientador

Prof^a. AnaMara de Souza – Esp. (UNESC)

Prof. João Mello – Esp. – (UNESC)

Dedico esta conquista aos meus pais, meu filho Diguinho e ao meu marido Rodrigo, que são a razão e o estímulo para tudo o que faço.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde, força, fé e coragem e por estar presente em minha vida.

Ao professor Leandro Alfredo da Rosa que foi um orientador extraordinário, estando presente e esclarecendo as minhas dúvidas, tendo paciência, competência, confiança, muito obrigada.

A todos os meus professores do curso de Direito, pelo empenho e dedicação, sem eles eu não chegaria onde cheguei.

A Dra. Bruna Canella Becker Búrigo e Igor Pizarro Costa, pela compreensão e apoio para conclusão deste trabalho.

As colegas Magda e Sônia, pelo apoio, amizade e convivência.

Aos meus pais José e Adair, pela minha vida e formação, pela confiança e amor que me fortalece todos os dias.

As minhas irmãs Erica e Luana, que sempre me incentivaram para realização deste sonho.

Ao meu filho Diguinho, pela oportunidade de experimentar a mais pura forma de amor, e por ter me acompanhado com paciência, no decorrer deste curso.

Ao meu marido Rodrigo por ter vivenciado comigo passo a passo todos os detalhes deste trabalho, por ter me ajudado durante toda a trajetória, e por estar presente com seu sorriso nos momentos difíceis e de cansaço extremo, revigorando-me.

"O que mais preocupa não é nem o grito dos violentos, dos corruptos, dos desonestos, dos sem-caráter, dos sem-ética. O que mais preocupa é o silêncio dos bons".

(Luther King)

RESUMO

RONCHI, Elen Cristina Eugenio. **Provas produzidas na fase indiciária e a impossibilidade de repetição na fase judicial e seu prejuízo frente ao princípio do contraditório e da ampla defesa.** 2012. 76 p. Monografia do Curso de Direito, da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, Criciúma.

O presente trabalho de conclusão de curso tem como base fazer um estudo das provas produzidas na fase indiciária e a impossibilidade de repetição na fase judicial frente ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Na fundamentação buscou-se discutir assuntos como inquérito policial, sua origem, conceito, instauração e requisição. Ademais no segundo capítulo foram abordadas as provas produzidas na fase indiciária e judicial, analisando neste ponto o conceito, natureza, e todos os meios de provas. Por derradeiro relatamos os princípios, o prejuízo da repetição das provas, à vinculação do juiz, e o valor probatório do inquérito policial. O universo da pesquisa constitui-se em analisar o valor das provas tidas como cautelares, provas perecíveis, que desaparecem com o tempo, e seu prejuízo de defesa na fase judicial. O trabalho foi relevante pelo motivo da experiência e conhecimento adquiridos que serão de grande valia pessoal e profissional para a autora.

Palavra-Chave: Inquérito. Provas. Prejuízo. Vinculação. Valor.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP – Código de Processo Penal

CPC – Código de Processo Civil

DP – Delegacia de Polícia

IP – Inquérito Policial

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Superior Tribunal Federal

TJ – Tribunal de Justiça

n. – Número

p. – Página

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

MP – Ministério Público

Inc. – Inciso

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 INQUÉRITO POLICIAL.....	11
2.1 ORIGEM DO INQUÉRITO POLICIAL.....	11
2.2 DEFINIÇÃO E CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL.....	14
2.3 DA INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	16
2.3.1 Requisição.....	19
2.4 FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL.....	20
2.5 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL.....	22
2.6 ENCERRAMENTO	24
3 PROVAS.....	26
3.1 CONCEITO E OBJETO DAS PROVAS.....	26
3.2 PRINCÍPIOS DAS PROVAS.....	27
3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS.....	28
3.4 NATUREZA JURÍDICA DAS PROVAS.....	30
3.5 PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS.....	30
3.5.1 Prova ilícita por derivação.....	31
3.6 DA PROVA EMPRESTADA.....	33
3.7 MEIOS DE PROVAS.....	34
3.7.1 Exame de corpo de delito e perícias em geral.....	35
3.7.2 Reconhecimento de pessoas ou coisas.....	40
3.7.3 Interrogatório.....	41
3.7.4 Confissão.....	43
3.7.5 Prova testemunhal ou testemunha.....	45
3.7.6 Acareação.....	48
3.7.7 Prova documental.....	50
3.7.8 Indícios.....	51
3.7.9 Busca e Apreensão.....	53
3.7.10 Do ônus da prova.....	55
4 PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INDICIÁRIA E A IMPOSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO NA FASE JUDICIAL E SEU PREJUÍZO FRENTE AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	57
4.1 DA VINCULAÇÃO DO JUIZ NA PROVA INDICIÁRIA.....	57

4.2 DO VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL	58
4.3 DA AÇÃO PENAL.....	61
4.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	63
4.4.1 Princípio da ampla defesa	65
4.5 DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INDICIÁRIA E A AUSÊNCIA DA POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO NA FASE JUDICIAL.....	66
4.6 DA LIVRE CONVICÇÃO E DO LIVRE-CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO E O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO.....	69
5 CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS.....	76

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é baseado sobre as provas produzidas na fase indiciária e a impossibilidade de repetição na fase judicial e seu prejuízo frente ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Primeiramente será destacado o tema inquérito policial, sua origem, definição e conceito, a instauração e requisição, bem como, a sua finalidade, características e seu encerramento. Abrange-se, desta forma, as principais noções fundamentais para a instauração e procedimento do inquérito.

No segundo capítulo, será abordado a prova e seu conceito na fase judicial, bem como, seu objeto e classificações, sujeitos e formas, a sua natureza jurídica, princípios, relatando também uma análise aos principais meios de provas na fase indiciária e judicial.

Por derradeiro, aborda-se o tema principal do presente trabalho, analisando inicialmente, os princípios do contraditório e da ampla defesa, as provas produzidas na fase indiciária e a impossibilidade de repetição na fase judicial, verificando também a vinculação do juiz e o valor probatório do inquérito policial como meio de prova para uma sentença a ser produzida.

2 INQUÉRITO POLICIAL

2.1 ORIGEM DO INQUÉRITO POLICIAL

Antes de se chegar ao estágio de organização do Estado, diversas modalidades de represálias para determinadas condutas existiram, destacando-se a vingança privada. (GARCIA, 2002, p. 03).

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo. (FOUCALT, 1997, p. 14), e com isso, começaram a fazer algo diferente do que julgar, ou, para ser mais exato, no próprio cerne da modalidade judicial do julgamento, outros tipos de avaliação se introduziram discretamente modificando no essencial suas regras de elaboração. (FOUCALT, 1997, p. 22).

O Inquérito Policial, de forma embrionária, teve sua origem em Roma, com passagens pela Idade Média e referências na legislação portuguesa e, logicamente, com aplicação no Brasil (GARCIA, 2002, p.8).

Mas antes do surgimento do Inquérito na Idade Média a ordenação de 1670 regeu, até a Revolução, as formas gerais da prática penal. (FOUCALT, 1997, p. 33).

Na França, como a maior parte dos países europeus – com a notável exceção da Inglaterra – todo o processo criminal, até a sentença permanência secreto. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível saber fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, usar insinuações. Ele constituía sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença. (FOUCALT, 1997, p. 36).

Desarte, com essa represália na Idade Média, construiu-se, não sem dificuldade e lentidão, a grande procedura do inquérito, julgar era estabelecer a verdade de um crime, era determinar seu autor, era aplicar-lhe uma sanção legal (FOUCALT, 1997, p. 23).

O processo do inquérito administrativo, se desenvolveu principalmente com a reorganização da Igreja e o crescimento dos Estados principescos nos séculos XII e XIII. (FOUCALT, 1997, p. 197).

O inquérito como pesquisa autoritária de uma verdade constatada ou atestada se opunha assim aos antigos processos do juramento, da ordália, do duelo judiciário, do julgamento de Deus ou ainda da transação entre particulares. (FOUCALT, 1997, p. 197).

O inquérito foi com efeito a peça rudimentar e fundamental, para a constituição das ciências empíricas; foi a matriz jurídico-política desse saber experimental, que, como se sabe, teve seu rápido surto no fim da Idade Média. (FOUCALT, 1997, p. 197).

O procedimento do inquérito na Idade Média foi imposto à velha justiça acusatória, mas por um processo vindo de cima; já a técnica disciplinar invadiu, insidiosamente e como que por baixo, uma justiça penal que é ainda, em seu princípio, inquisitória. Todos os grandes movimentos de derivação que caracterizam a penalidade moderna – a problematização do criminoso por trás de seu crime, a preocupação de uma punição que seja correção, terapêutica, normalização, a divisão do ato do julgamento entre diversas instâncias que devem, segundo se espera, medir, avaliar, diagnosticar, curar, transformar os indivíduos – tudo isso trai a penetração do exame disciplinar na inquisição judiciária. (FOUCALT, 1997, p. 198).

Entretanto, surgindo o Estado politicamente organizado, chamou a si o direito de punir os infratores de conduta, desaparecendo a vingança privada. (GARCIA, 2002, p. 03).

No que concerne o inquérito iniciado em Roma, este tinha por base o poder de julgar ilimitado, ou seja, somente se fazia necessário a *notitia criminis* para que o próprio julgador determinasse diligências visando o esclarecimento dos fatos com a indicação de seu autor. (DAURA, 2007, p. 63).

Inquisitio era o nome dado a tal fase persecutória penal de nítido caráter investigatório que, após esclarecido segundo os critérios vigentes naquela época, passava-se, de pronto, ao processo, *cognitio*, sem que houvesse uma formal fase de acusação e, por conseguinte, aplicava-se a pena. (DAURA, 2007, p.64).

No final da República foi criada a possibilidade de os cidadãos formularem livremente acusações, *postulações*, iniciando-se o processo quando recebidas pelo órgão julgador e, a partir de então, não podiam mais ser retiradas e, a prova do alegado, cabia ao postulante que acompanhava o processo até seu deslinde final. Eram impedidos de formular tais acusações as pessoas com maus antecedentes,

menores e os próprios magistrados, visando a devida imparcialidade. (DAURA, 2007, p. 64).

Após anos de melhoramento, ainda em Roma, surgiu um grupo de funcionários que procedia ao levantamento dos fatos e de sua autoria através do chamado *Cognitio Extra Ordinem* onde o magistrado agia *ex officio*. (DAURA, 2007, p. 64).

Com este sistema de independência das apurações em relação às outras fases do processo criminal se mostrou mais eficaz e foi base das Polícias Judiciárias existentes. Tal divisão melhor assegura os direitos fundamentais do ser humano, principalmente quando são alvo de denúncias infundadas e inverídicas (DAURA, 2007, p. 64).

Normas de condutas foram ditadas e codificadas no que se convencionou chamar de direito substantivo; no caso, o Direito Penal. Sempre que alguém viola tais normas, pratica uma infração, surgindo para o Estado o direito de punir o infrator. (GARCIA, 1997, p. 03).

A própria lei estabelece um limite de reserva legal, de forma que não existirá crime sem lei anterior que o defina: *nullun crimen, nulla poena sine lege*. Assim, passou o Estado a ser o único detentor do *jus puniendi*. Mas a punição não é aplicada de maneira arbitrária e indiscriminada. Deve obedecer a regras, que também são codificadas no chamado direito adjetivo ou Direito Processual Penal. (GARCIA, 1997, p. 03).

Atualmente, no Brasil, tal atividade persecutória penal inicial para desvendar a autoria e comprovar a materialidade dos ilícitos penais é prevista constitucionalmente como de atribuição das Polícias Judiciárias e Federal, através de um procedimento escrito e formal denominado inquérito policial, o qual é presidido por uma autoridade civil, bacharel em direito, chamada delegado de Polícia (DAURA, 2007, p. 65).

Contudo, para se saber qual a pena a ser aplicada entre as cominadas e principalmente para a determinação da quantidade entre o mínimo e o máximo previsto, necessário se torna o Processo para que o Estado, na pessoa do Juiz, tenha condições de aplicar uma punição justa, ou menos absolver, se for o caso. (GARCIA, 1997, p. 03).

2.2 DEFINIÇÃO E CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL

O Inquérito Policial no Brasil surgiu com a edição da lei n. 2.033, de 1871, sendo estruturado pelo Decreto n. 4.824, de 28 de novembro de 1871, que definia em seu art. 42 “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”. (NUCCI, 2007, p. 127).

O termo que nos parece mais adequado para definir Inquérito Policial é o de investigação preliminar. Investigação significa indagação, pesquisa, já o vocábulo preliminar vem do latim – prefixo pre (antes), que antecede o assunto principal, em verdade, a investigação do Inquérito Policial é feita para evitar que fosse instaurada uma persecução penal infundada.

O Inquérito Policial é o instrumento formal de investigações. É a peça informativa, compreendendo o conjunto de diligências realizadas pela autoridade para apuração do fato e descoberta da autoria. Relaciona-se com o verbo inquirir, que significa perguntar, indagar, procurar, averiguar os fatos, como ocorreram e qual o seu autor. (GARCIA, 2002, p. 7).

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares. (CAPEZ, 2006, p. 72).

A natureza jurídica do Inquérito Policial é administrativa, isso porque a polícia é um órgão da administração pública, que não está dotado de poder jurisdicional. São seus caracteres: ser escrito (art. 9º do CPP), sigiloso (art. 20 do CPP) e inquisitivo, já que nele não há o contraditório.

No Inquérito não há acusação, mas a investigação, assim não se pode admitir na fase preambular o contraditório, pois se o indiciado sofrer constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção ou inquérito sem fundamento cabe ao indiciado o remédio constitucional do *habeas corpus*.

Guilherme de Souza Nucci define o Inquérito Policial como um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela

polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. (NUCCI, 2007, p. 127).

O Estado, para tanto, desenvolve intensa atividade que se denomina *persecutio criminis*, primeiro por meio da Polícia Judiciária ou Civil (segundo a terminologia da Constituição da República) e depois pelo Ministério Público, instituições por ele criadas para, preferentemente, exercerem tal função, personificando o interesse da sociedade na repressão às infrações penais. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 109).

Definimos de forma mais abrangente o Inquérito Policial como o conjunto de atos praticados pela polícia judiciária ou civil (como denomina o CPP), destinados a investigar os fatos e a suposta autoria, apontados na *notitia criminis* ou através de qualquer outra fonte de informação, como prevê o art. 5º do Código de Processo Penal:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I – de ofício;

II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§ 1º O requerimento a que se refere o nº II conterá sempre que possível:

a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

§ 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.

§ 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

A polícia civil também produz as provas técnicas que julgar necessárias para fornecer ao Ministério Público ou o ofendido elementos necessários para a propositura do *jus persequendi in judicio*, isto é, oferecer a denúncia para iniciar a ação penal.

2.3 DA INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL

O Estado tem o dever de punir o autor de uma infração penal, pois busca garantir a segurança coletiva, assim, utiliza o Inquérito Policial para investigar a autoria e materialidade de uma infração penal.

A instauração do Inquérito Policial é levado a cabo pelo polícia judiciária que é coordenada pelas autoridades policiais, como define o art. 4º do Código de Processo Penal, “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria”. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 43).

Tratando-se de crime de ação pública incondicionada, isto é, aquele cuja propositura da ação penal pelo órgão do Ministério Público independente de qualquer condição – e tais crimes constituem a regra geral, nos termos do art. 100 do nosso CP – a Autoridade Policial, dele tomando conhecimento, instaura o inquérito: a) de ofício, isto é, por iniciativa própria, quando o fato chegar ao seu conhecimento; b) mediante requisição da Autoridade Judiciária; c) mediante requisição do órgão do Ministério Público, ou enfim, mediante requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo, nos termos do art. 5º do CPP (TOURINHO FILHO, 2011, p. 119).

Ao cuidar-se da ação penal pública condicionada à manifestação (representação) do interessado (ou quem tiver a qualidade para representá-lo, nos termos do art. 5º do CPP), o Inquérito Policial somente poderá ser instaurado a partir do requerimento ou requisição do respectivo interessado, conforme previsto no § 4º do art. 5º do CPP. Igual procedimento se dará a ação penal privada, pois cuja legitimação para instauração pertence ao particular, ou legitimado (art. 5º, § 5º, CPP).

As peças inaugurais do Inquérito Policial são; portaria que é instaurada *ex officio* (ação penal pública incondicionada); auto de prisão em flagrante (qualquer espécie de infração penal); requerimento do ofendido ou de seu representante (ação privada e ação penal pública incondicionada); requisição do Ministério Público ou da Autoridade Judiciária.

Há basicamente, cinco modos de dar início ao inquérito: a) de *ofício*, quando a autoridade policial, tomando conhecimento da prática de uma infração penal de ação pública incondicionada (as ações públicas condicionadas e as ações privadas dependem de provocação do ofendido), instaura a investigação para verificar a existência do crime ou da contravenção penal e sua autoria; b) *por provocação do ofendido*, quando a pessoa que teve o bem jurídico lesado reclama a atuação da autoridade; c) *por delação de terceiro*, quando qualquer pessoa do povo leva ao conhecimento da autoridade policial a ocorrência de uma infração penal de

iniciativa do Ministério Público; d) *por requisição da autoridade competente*, quando o juiz ou o promotor de justiça (ou procurador da República) exigir, legalmente, que a investigação policial se realize, porque há provas suficientes a tanto; e) *pela lavratura do auto de prisão em flagrante*, nos casos em que o agente é encontrado em qualquer das situações descritas no art. 302 do Código de Processo Penal. (NUCCI, 2007, p.135).

O conteúdo do requerimento do Inquérito Policial deverá conter a narrativa do fato com todas as circunstâncias, assim também ocorrendo no caso de inquérito iniciado por requisição ministerial, porém se houver prisão em flagrante, à peça inaugural será o auto de prisão em flagrante de que trata o art. 304 do CPP. Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo, não haverá necessidade de Inquérito e sim de Termo Circunstanciado, ou seja, nesses casos se aplica no rito previsto através da Lei n. 9.099/95.

Tratando-se de infração de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes cuja pena máxima cominada *in abstracto* não ultrapasse 2 (dois) anos, conforme art. 61 da lei n. 9.099/95, sujeitos ou não a procedimento especial), não haverá necessidade de Inquérito Policial. Nesse caso a autoridade Policial limitar-se-á a elaborar um Termo Circunstanciado. (FILHO TOURINHO, 2011, p. 120).

A Autoridade Policial a partir da *notitia criminis* deve iniciar as investigações e concluir o Inquérito em 30 dias quando o indiciado estiver solto. Quando o Delegado não conseguir concluir o Inquérito em 30 dias, deve-se solicitar a prorrogação do prazo para o juiz, o qual deverá ouvir o titular da ação penal, que poderá concluir pela presença de suficientes elementos de convicção, exercer desde logo o direito de ação, ou então, propor novas providências, baixando os autos à delegacia para o cumprimento de diligências. (GARCIA, 2002, p. 14).

Como regra, há o prazo de 30 dias para a conclusão do Inquérito Policial na esfera estadual. Entretanto, em face ao acúmulo de serviço, torna-se inviável o cumprimento do referido prazo, motivo pelo qual a autoridade policial costuma solicitar ao Juiz, ouvindo-se o representante do Ministério Público. (NUCCI, 2008, p. 154).

Se o indiciado estiver preso, o prazo para conclusão do Inquérito é de 10 dias, contados a partir do dia seguinte da efetivação da prisão. Em regra esse prazo é improrrogável, porém pode haver demora justificável na conclusão do procedimento, tendo em vista a necessidade de diligências imprescindíveis ou em razão do grande número de indiciados. (CAPEZ, 2006, p. 99).

Quando o indiciado estiver preso em flagrante ou preventivamente, deve ser cumprido à risca o prazo de 10 dias (art. 10, CPP), pois há restrição do direito fundamental à liberdade. (NUCCI, 2008, p. 154).

Quando o Inquérito for instaurado para apuração de crime de ação privada, uma vez concluídas as investigações, os autos serão remetidos ao Juízo competente, onde aguardarão o impulso de quem de direito (art. 19, CPP).

Existem ainda alguns prazos especiais para a conclusão do Inquérito Policial. A Lei n. 1.521/51 menciona que o réu estando preso ou não o prazo para conclusão do Inquérito será de 10 dias (art. 10, §1º). São os casos de crime contra economia popular. (CAPEZ, 2006, p.100).

Também a Lei n. 11.343/06 – Lei Antitóxicos – se o indiciado estiver preso, o prazo máximo para conclusão do Inquérito Policial será de 15 dias e se estiver solto será de 30 dias, podendo os prazos serem duplicados nos termos do art. 29, parágrafo único. (CAPEZ, 2006, p. 100).

Ao tomar todas as providências e concluir todas as diligências a Autoridade Policial, deverá fazer um relatório referente a toda investigação realizada e determinar a sua remessa com os instrumentos do crime e outros objetos apreendidos que interessarem à prova e, conseqüente, ao Juiz competente.

A Autoridade Policial deve, ao encerrar as investigações, relatar tudo o que foi feito na presidência do inquérito, de modo a apurar – ou não – a materialidade e a autoria da infração penal. Tal providência é sinônimo de transparência na atividade do Estado - investigação, comprobatória de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal foi respeitado, esgotando-se tudo o que seria possível para colher provas destinadas ao Estado - acusação. (NUCCI, 2007, p. 153).

Encerradas as investigações policiais e remetidos os autos do Inquérito Policial ao Ministério Público, há quatro providências que o titular da ação penal pode tomar: a) oferecer a denúncia; b) requerer a extinção punibilidade (por exemplo, pela ocorrência da prescrição); c) requerer retorno dos autos a polícia judiciária para dar continuidade a investigação, indicando as diligências a realizar; d) requerer o arquivamento. (NUCCI, 2007, p. 157).

A Autoridade Policial, incumbida apenas de colher os elementos para a formação do convencimento do titular da ação penal, não pode arquivar os autos de inquérito (CPP, art.17), pois o ato envolve, necessariamente, a valoração do que foi colhido. Faltando a justa causa, a autoridade policial pode (aliás, deve) deixar de instaurar o inquérito, mas, uma vez feito, o arquivamento só se dá mediante decisão

judicial, provocada pelo Ministério Público, e de forma fundamentada, em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 28). (CAPEZ, 2006, p. 102).

Somente o Ministério Público poderá pedir o arquivamento do Inquérito Policial, que concluirá por encerradas as possibilidades de investigações. Assim, o representante do Ministério Público solicitará o arquivamento que será decidido posteriormente pelo juiz. Caso o magistrado entenda que não é caso de arquivamento deverá remeter os autos ao Procurador Geral de Justiça, para que nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, possa definir a respeito do caso.

O juiz jamais poderá determinar o arquivamento do inquérito, sem prévia manifestação do Ministério Público (CF, art. 129, I); se o fizer, da decisão caberá correição parcial (Dec.- Lei n. 3/69, arts. 93 a 96). (CAPEZ, 2006, p. 102).

2.3.1 Requisição

Requisição é a exigência para realização de algo, fundamentada em lei. Assim, não se deve confundir *requisição* com *ordem*, pois nem o representante do Ministério Público, nem tampouco o juiz, são superiores hierárquicos do delegado, motivo pelo qual não lhe podem dar ordens. (NUCCI, 2007, p. 137).

Diz o art. 40 do Código de Processo Penal: “Quando, em autos ou papéis de que conhecerem os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia”. Todavia, se não estiverem presentes os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, a autoridade judiciária poderá requisitar a instauração de inquérito policial para a elucidação dos acontecimentos. O mesmo quanto ao Ministério Público, quando conhecer diretamente de autos ou papéis que evidenciem a prática de ilícito penal (CF, art. 129, VIII; CPP, art. 5º, II) (CAPEZ, 2006, p. 84).

Requisitar a instauração do inquérito significa um requerimento lastreado em lei, fazendo com que a Autoridade Policial cumpra a norma e não a vontade particular do promotor ou do magistrado. (NUCCI, 2007, p. 137).

Note-se, também, que no art.13, II, o legislador criou para a Autoridade Policial o dever de realizar as diligências requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público e silenciou como não podia deixar de ser, quanto à possibilidade de indeferir tais requisições. Não poderá, pois, a Autoridade Policial deixar de atender às

requisições da Autoridade Judiciária ou do Ministério Público. Se, contudo os dados fornecidos foram vagos, cumprirá a Autoridade Policial oficial à autoridade requisitante, mostrando-lhe a impossibilidade de qualquer investigação, e ao mesmo tempo, solicitando-lhe outras informações. (TOURINHO FILHO, 2011, p.121).

O Código de Processo Penal permite à autoridade policial a recusa de instauração de inquérito quando o requerimento do ofendido ou seu representante não apresentar conjunto indiciário mínimo à abertura das investigações, ou quando o fato não ostentar contornos de criminalidade, isto é, faltar a ele quaisquer dos elementos constitutivos do crime. (DE OLIVEIRA, 2008, p. 44).

É possível que a autoridade policial refute a instauração de inquérito requisitado por membro do Ministério Público ou por Juiz de Direito, desde que lei; não tendo, pois, supedâneo legal, não deve o delegado agir, pois, se o fizesse, estaria cumprindo um desejo pessoal de outra autoridade, o que não se coaduna com a sistemática processual penal. Registre-se, ainda, que a Constituição, ao prever a possibilidade de requisição de inquérito, pelo promotor, preceitua que ele indicará os fundamentos jurídicos de sua manifestação (art. 129, VIII). O mesmo se diga das decisões tomadas pelo magistrado, que necessitam ser fundamentadas (art. 93, IX, CF). Logo quando for cabível o cumprimento, por manifesta ilegalidade, não é caso de ser *indeferida* a requisição, mas simplesmente o delegado oficia, em retorno, comunicando às razões que impossibilitam o seu cumprimento. (NUCCI, 2007, p. 138).

A Autoridade poderá indeferir os requerimentos nas seguintes hipóteses:

a) se já estiver extinta a punibilidade; b) se o requerimento não fornecer o mínimo indispensável para se proceder à investigação; c) se o fato narrado for atípico; d) se o requerente for incapaz. Se a Autoridade a quem for dirigido o requerimento não tiver competência, não poderá ela indeferi-lo, mas, sim, remetê-lo à autoridade que o for, aplicando-se, por analogia, a parte final do § 3º do art. 39 do Código de Processo Penal. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 122).

2.4 FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

A principal finalidade do Inquérito Policial é servir de base para a ação penal a ser promovida pelo Ministério Público, nos crime de ação pública, ou pelo particular, nos crimes de ação privada. (GARCIA, 2002, p. 9).

O Inquérito 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 autorizem a promovê-la. (TOURINHO FILHO, 2011, p.111).

Outra finalidade do Inquérito Policial, a ser levada em consideração, é fornecer elementos probatórios ao Juiz, de maneira a permitir a decretação da prisão cautelar (preventiva). A prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria, de que fala o art. 132 do Código de Processo Penal, somente será possível, via de regra, mediante Inquérito. (GARCIA, 2002, p. 9).

A Polícia Civil busca através dos meios cabíveis colher informações para buscar de forma coerente o autor do crime.

Quando a *notitia criminis* lhe chega ao conhecimento, deve o delegado: a) “dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais”; b) “apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais”; c) “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”; d) “ouvir o ofendido”; f) “proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações”; g) “determinar, se for o caso, que se proceda exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias”; h) “ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes”; i) “averiguar a vida pregressa do indiciado, sob ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação de seu temperamento e caráter” (art. 6º, CPP) (NUCCI, 2007, p. 140).

Todos esses procedimentos surgem com a finalidade de instrução da ação penal. Ressalta-se que a finalidade é descobrir, conhecer o verdadeiro autor do crime, assim, nesta fase não há o contraditório e a ampla defesa.

O Inquérito é um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação, evitando-se o indesejável erro judiciário. Se, desde o início, o Estado possuir elementos confiáveis para agir contra alguém na esfera criminal, torna-se mais difícil haver equívocos na eleição do autor da infração penal. Por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturbação irreversível (ex.: exame do cadáver ou do local do crime). (NUCCI, 2007, p. 128).

Nos crimes de ação pública, quando o representante do Ministério Público estiver insatisfeito com as provas colhidas pela Autoridade Policial, mesmo que arquivado o Inquérito, poderá designar novas diligências, se houver novas provas sobre o fato, conforme determina o art. 18 do Código de Processo Penal, pois a finalidade do Inquérito é servir de base para ação penal.

2.5 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

Tendo em vista as finalidades do Inquérito, não se concebe a existência de uma investigação verbal. Por isso, todas as peças do Inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela Autoridade (CPP, art.9º) (CAPEZ, 2006, p. 78).

Diante do teor desse dispositivo, discute-se, na doutrina, acerca da possibilidade de se utilizar de recursos de gravação audiovisual no curso das investigações policiais, porém por conta de uma aplicação subsidiária do art. 405, § 1º, do CPP, há de se admitir a utilização desses novos meios tecnológicos no curso do inquérito (DE LIMA, 2012, p. 124).

Vislumbra-se que o Inquérito não é processo, constituindo-se simplesmente num procedimento administrativo. Tem seu caráter inquisitivo, tendo o presidente do Inquérito poderes discricionários (limitados pelo Direito), mas não arbitrários, para conduzir as investigações. (GARCIA, 2002, p.10).

O Inquérito destina-se, fundamentalmente, ao órgão acusatório, para formar a sua convicção acerca da materialidade e autoria da infração penal, motivo pelo qual não necessita ser contraditório e com ampla garantia de defesa eficiente. Esta se desenvolverá, posteriormente, se for o caso, em juízo. A vantagem e praticidade de ser o Inquérito inquisitivo concentra-se na agilidade que o Estado possui para investigar o crime e descobrir a autoria. Fosse contraditório, tal como o processo, e poderia não apresentar resultado útil. Portanto, deve-se buscar a exata medida para considerar o Inquérito inquisitivo, embora sem que possua caráter determinante ao magistrado no momento da sentença. (NUCCI, 2007, p. 150).

O Inquérito Policial, por ser peça de natureza administrativa, inquisitiva e preliminar à ação penal, deve ser sigiloso, não submetido, pois, à publicidade que rege o processo. (NUCCI, 2007, p. 50).

A Autoridade assegurará no Inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (CPP, art. 20). O sigilo não se estende ao representante do Ministério Público, nem à Autoridade Judiciária. No caso do advogado, pode consultar os autos de inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais. (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XIII a XV, e §1º - Estatuto da OAB). (CAPEZ, 2006, p. 78).

Por outro lado, argumenta-se que, ao advogado não se pode negar acesso ao Inquérito, pois o Estatuto da Advocacia é claro nesse sentido: Lei 8.906/94, art.7º- “São direitos do advogado: (...) XIV-examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos em flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”. (NUCCI, 2007, p.151).

Porém há posição doutrinária e jurisprudencial em contrário, inviabilizando o acesso do advogado do indiciado às investigações sob o pretexto de que o interesse público concentrado na segurança deve prevalecer sobre o individual. (NUCCI, 2007, p. 151).

Quanto a *Oficialidade* sendo uma atividade investigatória feita por órgãos oficiais, não podendo ficar a cargo do particular, ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido. (CAPEZ, 2006, p. 78).

A *Oficiosidade* significa dizer que o ato de polícia é auto-executável pois independe de prévia autorização do Poder Judiciário para a sua concretização jurídico-material. Não se trata, porém, de atividade arbitrária, estando submetida ao controle jurisdicional posterior, que exerce através de *Habeas Corpus*, mandado de segurança e de outros remédios específicos. (MIRABETE, 1998, p. 77).

Assim, cabe dizer que a instauração do Inquérito é obrigatória diante da notícia de uma infração penal (CPP, art. 5º, I), ressalvados os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada (CPP, art. 5º, §§ 4º e 5º). (CAPEZ, 2006, p. 79).

Deverá o Inquérito ser presidido por Autoridade Policial, não podendo ser instaurado pelo particular, assim prevê o art. 5º do Código de Processo Penal: “Nos crimes de ação pública, o Inquérito Policial será iniciado”.

Urge salientar que o Texto Constitucional (CF, art. 144, § 4º) o Inquérito é presidido por uma autoridade pública, no caso, a autoridade policial (delegado de polícia de carreira). (CAPEZ, 2006, p. 79).

Sendo também o Inquérito Policial *indisponível*, não poderá a autoridade arquivar os autos (CPP, art. 17). (MIRABETE, 1998, p. 78). Art. 17. A autoridade policial não poderá requerer mandar arquivar os autos do inquérito.

Destarte, somente o detentor da ação pública poderá determinar o arquivamento.

Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial, serão num só processado, reduzida a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

O Inquérito Policial se inicia por portaria ou auto de prisão em flagrante. Mas a forma, aqui, não diz respeito à maneira de se iniciar e sim à sequência dos atos praticados. Inexiste rito ou procedimento predeterminado para o Inquérito. A investigação se desenvolve segundo as conveniências de cada caso, e à medida que os atos vão sendo praticados, devem ser documentados nos autos de Inquérito. (GARCIA, 2002, p. 13).

A própria lei criou para a Autoridade Policial o dever jurídico de instaurar o inquérito nos crimes de ação pública. Evidente que o artigo se refere aos crimes de ação pública incondicionada. E, nesse caso, a peça inaugural da investigação será, normalmente, a “portaria”, em que se registra a *notitia criminis*, podendo ser, também, uma requisição do Ministério Público ou do Juiz, requerimento do ofendido ou de quem legalmente o represente (TOURINHO FILHO, 2011, p. 121).

O art. 6º do Código de Processo Penal contém algumas diligências que a Polícia Judiciária pode proceder de imediato, ou seja, independente de provocação.

O Inquérito Policial vulgarmente denomina-se “Processo” uma pluralidade de documentos e papéis colocados em uma capa. Nesse sentido também o inquérito seria Processo. Entretanto, para não gerar confusão, o legislador preferiu usar o termo “processado”. O Inquérito estará concluído quando estiver provada a existência do crime, as circunstâncias em que ocorreu e quem foi seu autor. Além da forma de se iniciar o Inquérito, há a forma comum de se concluir, que será com o relatório final (art. 10, § 1º). (GARCIA, 2002, p. 13)

2.6 ENCERRAMENTO

Concluídas as investigações, a Autoridade Policial deve fazer minucioso relatório do que tiver sido apurado no Inquérito Policial (CPP, art. 10 § 1º), sem, contudo, expender opiniões, julgamentos ou qualquer juízo de valor, devendo, ainda, indicar testemunhas que não foram ouvidas (art. 10, § 2º), bem como as diligências não realizadas. (CAPEZ, 2006, p. 97).

Concluído o Inquérito e elaborado o relatório, a Autoridade deverá remeter os autos ao juiz competente (art. 10, § 1º, 2ª parte). Os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem a prova, devem acompanhar os autos

(art. 11). Ao fazer a remessa dos autos do Inquérito ao juiz competente, a Autoridade Policial deve oficiar ao Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênera, mencionando o juízo a que tiverem sido distribuídos, e os dados relativos à infração penal e à pessoa do indiciado (art.23). (MIRABETE, 1998, p. 94).

No caso de crime de tóxicos, a Autoridade deverá indicar a classificação da conduta nos arts. 12 ou 16, nos termos do art. 37 da Lei n. 6.368/76. No caso de crime de tóxicos (arts. 12, 13 e 14, da Lei n. 6.368/76), a Autoridade Policial deverá, concluído o Inquérito Policial, proceder à elaboração do relatório, indicando as razões que a levaram a classificar o delito, "como indicação da quantidade e natureza do produto, da substância ou da droga ilícita apreendidos, o local ou as condições em que se desenvolveu a ação criminosa e as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente" (art. 30 da Lei n. 10.409/2002) (CAPEZ, 2006, p. 97).

Ainda assim, pode o representante do Ministério Público não se conformar, solicitando ao juiz o retorno dos autos à delegacia, para a continuidade das investigações, devendo, nesse caso, indicar expressamente o que deseja. Pois se a Autoridade Policial declarou encerrados os seus trabalhos, relatando o Inquérito, não é cabível que os autos retornem para o prosseguimento, sem que seja apontado o caminho desejado. (NUCCI, 2007, p. 153).

Concluído o Inquérito deve a Autoridade Policial, quando a confecção de quaisquer Inquérito Policial, ou Termo Circunstanciado de que trata a Lei dos Juizados Especiais Criminais, extrair cópias dos autos praticados, formando-se, assim, autos suplementares, que ficarão arquivados na delegacia. É uma boa cautela ante a possibilidade de extravio de autos.

3 PROVAS

3.1 CONCEITO E OBJETO DAS PROVAS

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 561).

A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional (BONFIM, 2007, p. 289).

Destarte, a prova tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Por outro lado, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa (RANGEL, 2010, p. 453).

Vislumbra-se que a extensão da situação fática que deve ser demonstrada depende da autuação das partes. A acusação, ao imputar determinada conduta ao acusado, descreve uma série de fatos que em tese justificariam eventual condenação. O acusado, por sua vez, alegará fatos em sua defesa que de alguma forma contrariem a pretensão punitiva. (BONFIM, 2007, p. 291).

Assim, o objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. (CAPEZ, 2006, p. 282).

No processo penal, os fatos, controvertidos ou não, necessitam ser provados, face os princípios da verdade processual e do devido processo legal, pois, mesmo que o réu confesse todos os fatos narrados na denúncia, sua confissão não tem valor absoluto, devendo ser confrontada com os demais elementos de prova dos autos (cf. art. 197 do CPP). (RANGEL, 2010, p. 454).

Art. 197 O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas no processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Os *atos notórios* não precisam de comprovação, pois eles produzem ao juiz sentimento de certeza em torno da existência do ato. Daí a máxima *notória vel manifesta non agent probatione* (o notório e o evidente não precisam de prova), pois estes fatos pertencem ao patrimônio estável de conhecimento do cidadão de cultura média, em determinada sociedade. Sabe-se, assim, que no dia 25 de dezembro comemora-se o Natal; que a água do mar é salgada. São fatos notórios e que não precisam ser provados, por fazerem parte da nossa cultura. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 562).

Também os fatos *axiomáticos* ou *intuitivos* que são os evidentes. A evidência nada mais é do que o grau de certeza que se tem dos conhecimentos sobre algo. Podemos assim, citar o exemplo de um ciclista atropelado por uma jumenta e seu corpo é dividido em pedaços, assim dispensa-se o exame cadavérico interno, pois a causa morte é evidente. (CAPEZ, 2006, p. 283).

No mesmo norte se verifica as *presunções legais* que são as conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas, podendo ser *absoluta (juris et de jure)* ou *relativas (juris tantum)*. Destacam-se também os *atos inúteis* que através do princípio *frusta probatur quod probantum non relevat*. Esses são os fatos, verdadeiros ou não, mas que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real, como por exemplo, um crime que se deu em momento próximo ao do jantar, e o juiz quer saber quais os pratos que foram servidos durante tal refeição. (CAPEZ, 2006, p. 283).

3.2 PRINCÍPIOS DAS PROVAS

As produções das provas no processo penal devem respeitar certos princípios, que são;

Princípio da auto-responsabilidade das partes; Este princípio se relaciona intimamente com a questão do ônus da prova, segundo o qual compete às partes produzir as provas dos fatos ou alegações que lhe favoreçam. (BONFIN, 2007, p. 304).

No mesmo sentido Fernando Capez esclarece; *Princípios da auto-responsabilidade das partes*: as partes assumem as consequências de sua inatividade, erro ou atos intencionais. (CAPEZ, 2006, p. 312).

Princípio da aquisição ou comunhão da prova: Uma vez que a prova passe a integrar os autos, estas passam a servir indistintamente ao juízo, e não a quem as produziu. Isto é, as provas na realidade pertencem ao processo, porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador. (CAPEZ, 2006, p. 312).

Princípio do livre convencimento motivado: Segundo esse princípio, ao juiz é dado valorar os elementos probatórios de acordo com a sua convicção, liberto de parâmetros legais, desde que o faça por meio da apreciação racional dos elementos disponíveis, considerando-os em seu conjunto, e contanto que fundamente sua decisão, indicando os elementos de prova preponderantes na formação de seu convencimento. (BONFIN, 2007, p. 304).

Princípio da Oralidade: Este princípio rege principalmente a predominância da palavra falada (depoimentos, debates, alegações); os depoimentos orais, não podendo haver substituição por outros meios, como as declarações particulares. (CAPEZ, 2006, p. 312).

Princípio da publicidade: Determina que a instrução criminal seja pública, assim como o restante dos atos processuais, salvo as exceções legais. (BONFIN, 2007, p. 305).

Princípio da concentração: As provas, tanto quanto possível, deverão ser produzidas em audiência, salvo nas hipóteses de urgência ou de necessidade de realização antecipada (BONFIN, 2007, p. 305).

3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

A prova é classificada de acordo com vários critérios. Quanto ao objeto a prova pode ser *direta* e *indireta*. (BONFIN, 2007, p. 294)

Vislumbra-se que o objeto da prova é a veracidade da imputação penal feita pelo Ministério Público em sua peça exordial, com todas as suas circunstâncias (RANGEL, 2010, p. 456).

Então, a prova será *direta* quando se referir ao próprio fato probando, demonstrando o fato de forma imediata. No crime de homicídio, a testemunha presta depoimento sobre o que viu, ou seja, a morte da vítima em face da ação do agente.

Neste caso, o depoimento da testemunha é meio de prova sobre o fato (objeto de prova diretamente). (RANGEL, 2010, p. 456).

Já a prova *indireta* é aquela que se dirige ao próprio fato probando, ela afirma um fato do qual se infira, por dedução ou indução, a existência do fato que se busque provar. (BONFIM, 2007, p. 294).

Quanto ao seu efeito ou valor, a prova pode ser; *plena* ou *não plena* ou *indiciária*.

As provas *plenas* são as convincentes ou necessárias para a formação de um juízo de certeza no julgador, e quando elas não se mostrarem plausíveis prevalecerá o princípio do *in dubio pro reo*. (BONFIM, 2007, p. 306).

Já a prova *não plena* ou *indiciária* é aquela que traz consigo um juízo de mera probabilidade, vigorando nas fases processuais em que não exige um juízo de certeza, como na sentença de pronúncia, em que vigora o princípio do *in dubio pro societate*. (CAPEZ, 2006, p. 306).

Ainda, quanto ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real.

Prova pessoal é toda afirmativa consciente destinada a mostrar a veracidade dos fatos afirmados. Assim, a testemunha que narra os fatos que assistiu e o laudo cadavérico assinado por um perito oficial (art. 159 do CPP) são exemplos de provas pessoais, pois a afirmativa emana da pessoa. (RANGEL, 2010, p. 457).

Para Fernando Capez (2006, p. 307).

Pessoal são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas através de declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais).

A prova real é aquela originada dos vestígios deixados pelo crime. Ou seja, é a prova encontrada na *“res”*, não necessariamente no objeto material do crime, mas, sim, em qualquer coisa que tenha vestígios do crime. (RANGEL, 2010, p. 458).

São as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex.: o lugar, o cadáver, a arma etc.). (CAPEZ, 2006, p. 307).

Já a forma das provas são aquelas cuja maneira as partes apresentam em juízo a veracidade de suas manifestações, ou seja, testemunhal, documental e material. (RANGEL, 2010, p. 458).

Testemunhal é a resultante do depoimento prestado por sujeito estranho ao processo sobre fatos de seu conhecimento pertinentes ao litígio (CAPEZ, 2006, p. 307).

Em sentido genérico do termo, podemos dizer que são provas testemunhais as produzidas por testemunhas, pelo ofendido e a confissão do acusado. (RANGEL, 2010, p. 458).

A prova documental é a produzida por meio de documentos. Estas podem ser escritas ou gravadas. (CAPEZ, 2006, p. 307).

Por último, a prova material é consistente em qualquer materialidade que sirva de prova ao fato probando. São as obtidas por meio químico, físico ou biológico, quais são; os exames de corpo de delito, as perícias e os instrumentos utilizados pelo crime. (RANGEL, 2010, p. 459).

3.4 NATUREZA JURÍDICA DAS PROVAS

Podemos dizer que a natureza jurídica é um *direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos* que não pode ser confundido com o ônus da prova. (RANGEL, 2010, p. 459).

3.5 PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu, como direito e garantia fundamental, a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (cf. art. 5º, LVI).

O Código de Processo Penal, com a reforma da Lei 11.690/08, traz nova redação ao art. 157, *in verbis*:

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

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

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

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

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. (RANGEL, 2010, p. 462).

São chamadas provas ilícitas aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material. (BONFIN, 2007, p. 296).

Como exemplos de provas ilícitas, temos, dentre outras, a confissão do acusado obtida mediante tortura, coação ou maus-tratos, violando o direito à incolumidade física e o princípio da dignidade humana. (MOUGENOT, 2012, p. 364).

Outra característica da prova ilícita é que esta, em regra, pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, geralmente em momento anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exatamente a este (DE LIMA, 2012, p. 869).

Apesar de, em regra, a prova ilícita ser produzida externamente ao processo, nada impede que sua produção ocorra em juízo (DE LIMA, 2012, p. 869).

A prova será ilegítima quando a ofensa for ao direito processual, e será ilícita quando a ofensa for ao direito material. (RANGEL, 2010, p. 466).

Assim, se, por exemplo, um documento for juntado na fase das alegações finais, na primeira parte do procedimento do júri, tal prova não poderá ser aceita, considerando-se ilegítima, pois o art. 406, § 2º, do CPP proíbe a juntada de qualquer documento nesse processo. (CAPEZ, 2006, p. 285).

Assim, podemos dividir as provas ilícitas em a) ilegais, quando há violação de norma penal; b) ilegítimas, quando a violação se volta à norma processual penal. De toda sorte, tanto as ilegais quanto as ilegítimas são ilícitas. (NUCCI, 2009, p. 31).

3.5.1 Prova ilícita por derivação

Prova ilícita por derivação também é conhecida por “Teoria dos frutos da árvore envenenada”.

A doutrina adota *fruit of the poisonous tree*, ou simplesmente *fruit doctrine*, “fruto da árvore envenenada”, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 253).

Provas ilícitas por derivação são meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária. (DE LIMA, 2012, p.875).

Aliás, Bonfim conceitua a prova ilícita por derivação, da seguinte maneira:

São as provas obtidas licitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisório do processo penal. Vale dizer: tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las. A contaminação, entretanto, conforme têm decidido nossos tribunais, não atinge a prova colhida durante o processo penal, se a prova ilícita instrui apenas o inquérito policial (Bonfim, 2007, p. 298).

O Superior Tribunal de Justiça tem sufragado a tese de inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS. APREENSÃO DE DOCUMENTOS FALSOS NA RESIDÊNCIA DO PACIENTE. DILIGÊNCIA PROMOVIDA APÓS TER SIDO PRESO POR FORÇA DE MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO RELACIONADO A PROCESSO DE COMARCA DIVERSA. SUSCITADA A ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE PELO CRIME DE FALSO E A ILICITUDE DAS PROVAS REUNIDAS SEM AUTORIZAÇÃO PARA A BUSCA DOMICILIAR. AGENTE QUE NÃO ESTAVA EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA. PEÇAS INFORMATIVAS QUE BEM DEMONSTRAM A IRREGULARIDADE DO PROCEDIMENTO QUE RESULTOU NA APREENSÃO DOS DOCUMENTOS FALSOS. CARACTERIZADA OFENSA À INVIOABILIDADE DOMICILIAR. ILICITUDE DA PROVA OBTIDA POR ESSE MEIO RECONHECIDA. VÍCIO QUE SE ESTENDE POR DERIVAÇÃO À PROVA SUBSEQUENTE DA CONTRAFAÇÃO. EXCLUSÃO DAS PROVAS ILÍCITAS QUE SUPRIME A MATERIALIDADE DO CRIME APURADO. CONSEQUENTE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA À AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO QUE SE IMPÕE. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR POR ESSES FATOS QUE NÃO PODE IGUALMENTE SUBSISTIR. ORDEM CONCEDIDA, POR FUNDAMENTO DIVERSO. (Habeas Corpus n. 2012.048795-5, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, j. em: 28/08/2012).

Ressalta-se, que existem algumas hipóteses, que, tecnicamente são admissíveis em decorrência lógica da própria teoria, vejamos:

Ausência de demonstração do nexo de causalidade: não se consegue estabelecer a relação de causalidade entre duas provas – a ilícita e a que dela supostamente decorreu – razão pela qual não incidirá a teoria. Também quando a prova puder ser obtida por fonte independente: o §2º do art. 157. Assim, se o caminho trilhado na investigação ou a realização normal da instrução criminal puderem levar à prova derivada da ilícita, não se considerará imprestável o elemento carregado aos autos. (MOUGENOT, 2012, p. 369).

Vislumbra-se a prova ilícita “pro reo” que é uma garantia individual contra o Estado, ou seja, predomina o entendimento da doutrina de que seja possível a utilização de prova favorável ao acusado, pois traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude. (MOUGENOT, 2012, p. 369).

3.6 DA PROVA EMPRESTADA

A prova emprestada é aquela que foi produzida em um processo e transladada para o outro, qualquer meio de prova pode ser transferido, seja o depoimento de uma testemunha, um documento, um laudo de exame de corpo de delito, a confissão do acusado, enfim, todo meio de prova. (RANGEL, 2010, p. 487).

Desarte, o juiz deve ter cautela para verificar como foi formada a prova no outro processo, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. (NUCCI, 2008, p. 377).

Vislumbra-se que a prova emprestada fica condicionado à passagem pelo crivo do contraditório, ou seja, o fato só pode ser julgado provado ou não provado após a submissão dos meios de prova ao contraditório em audiência, assim, a prova emprestada não submetida ao contraditório no processo para qual foi transladada não tem nenhuma valia, não podendo formar validamente a convicção do julgador (TOURINHO FILHO, 2007, p. 516).

Quanto a sua natureza, formalmente é tratada como prova documental, conservando, contudo, o seu caráter jurídico original, como por exemplo; o testemunho trazido a outro processo por meio de reprodução gráfica será apreciado como prova testemunhal. (MOUGENOT, 2012, p. 362).

Alguns doutrinadores alegam que para a prova emprestada deve ter a sua eficácia plena, ela deve seguir alguns requisitos, quais sejam; a) colheita em processo que contemple as mesmas partes; b) mesmo fato probando; c) observância, no processo precedente, das mesmas formalidades legais quando da produção probatória; d) observância do princípio do contraditório em relação ao processo em que a prova foi originariamente produzida. (MOUGENOT, 2012, p. 363).

Por outro lado, não se admite a prova emprestada quando transplantada de inquérito policial, uma vez que é pressuposto básico que ela se tenha produzido

originariamente perante as mesmas partes e sob o crivo do contraditório (CAPEZ, 2006, p. 310).

Ressalta-se que os elementos probatórios colhidos de uma interceptação de comunicação telefônicas, judicialmente autorizadas para a produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, bem como documentos colhidos na mesma investigação, podem ser usados em procedimentos administrativos disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (DE LIMA, 2012, p. 842).

Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA E FRAUDE PROCESSUAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ILICITUDE. EXISTÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA INFORMATIVA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte, o trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus, é medida excepcional, só admissível quando desponha dos autos, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não ocorre no presente caso. 2. Inviável o trancamento da ação penal quando a exordial descreve, ao menos em tese, fato delituoso com todas as circunstâncias, possibilitando, dessa forma, o amplo exercício de defesa (ex vi do art. 41 do CPP). 3. O Juiz de Direito da Vara de Inquéritos de Vitória, por requerimento do MP, determinou a juntada e utilização de prova produzida em operação policial, consistente em escutas telefônicas autorizadas judicialmente, que redundou na apreensão das máquinas caça níqueis para conseqüente oferecimento de nova denúncia. Assim, as interceptações telefônicas foram colhidas lícitamente, podendo ser usadas de forma legítima, como prova emprestada em outro procedimento investigatório. 4. A assertiva de cerceamento de defesa também não se verifica, uma vez que o procedimento inquisitório constitui-se em peça meramente informativa, que objetiva reunir informações a fim de respaldar eventual ação penal, em cuja instrução será dada ampla oportunidade às partes para exercer seu direito ao contraditório. Precedentes. 5. Ordem denegada. (Habeas Corpus n. 222550, de Espírito Santo, Rel. Ministro OG Fernandes, j. em: 19/06/2012).

Desta forma, entende-se que é admissível a utilização de dados referentes à interceptação telefônica realizada, mediante prévia autorização judicial (MOUGENOT, 2012, p. 363).

3.7 MEIOS DE PROVAS

Meio de prova é todo fato, documento ou alegação que possa servir, direta ou indiretamente, à busca da verdade real dentro do processo. Em outras palavras, é o instrumento utilizado pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados pelas partes. (BONFIM, 2007, p. 293).

Para Fernando da Costa Tourinho Filho; *Meio de prova é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunha, documento, perícia, informação da vítima, reconhecimento, tudo são meios de prova.* (TOURINHO FILHO, 2011, p. 563).

Com o princípio da verdade real, não há o que se cogitar sobre qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Ocorre, no entanto, que o princípio da liberdade probatória não é absoluto, sofre restrições. Sendo que no Código de Processo Penal existem algumas limitações ao princípio da liberdade dos meios de prova, conforme descreve o art. 155 do CPP. (CAPEZ, 2006, p. 307).

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

Também no Código de Processo Civil, se menciona sobre os meios de provas, que é claro em dizer: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”.

Então, os meios de prova podem ser os especificados em lei ou todos aqueles que forem moralmente legítimos, embora não previstos no ordenamento jurídico, sendo chamados de provas inominadas.

3.7.1 Exame de corpo de delito e perícias em geral

No Processo Penal, os exames periciais são de várias natureza: de insanidade mental, laboratoriais, dos instrumentos do crime etc. Mas, de todas as perícias, a mais importante é a do corpo de delito. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 527).

Vamos analisar inicialmente a prova pericial, esta que não era usual no direito romano, uma vez que o pretor nomeava juízes que detinham conhecimentos específicos sobre as matérias versadas nos litígios, prescindindo, portanto, do auxílio de terceiros *experts*. Dessarte, a prova pericial somente foi incorporada aos sistemas processuais no final do século XIX, inspirando as legislações processuais

latino-americanas que passaram a albergá-la a partir de então. (MOUGENOT, 2012, p.385).

Dentre os tipos de prova pericial, temos o exame de corpo de delito.

Assim, o exame de corpo de delito é uma análise feita por pessoas com conhecimentos técnicos ou científicos sobre os vestígios materiais deixados pela infração penal para comprovação da materialidade e autoria do delito. Como o magistrado não é dotado de conhecimentos enciclopédicos, e se vê obrigado a julgar causas das mais variadas espécies, afigura-se necessário recorrer a especialistas, os quais, dotados de conhecimentos específicos acerca do assunto, podem auxiliar o juiz no esclarecimento do fato delituoso. (DE LIMA, 2012, p. 912).

A perícia esta colocada em nossa legislação como um *meio de prova*, à qual se atribui um valor especial (está em uma posição intermediária entre a prova e a sentença). Representa um *plus* em relação à prova e um *minus* em relação à sentença. É também chamada de prova crítica. (CAPEZ, 2006, p. 316).

Acerca da realização do exame de corpo de delito, é importante diferenciarmos as infrações penais transeuntes que são as também conhecidas como delitos de fato transeunte (*delicta facti transeuntes*) que são as infrações penais que não deixam vestígios e as infrações penais não transeuntes (*delito de fato permanente ou delicta facti permanentis*) que são as infrações penais que deixam vestígios materiais.

Ainda acerca do exame de corpo de delito, expõe o art. 158 e 159 do Código de Processo Penal:

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

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

Há de se destacar, ainda, que a forma imperativa usada pelo legislador no artigo 158 – “Será indispensável o exame de corpo de delito” – revela, de logo, a necessidade de se lhe proceder ao exame, quando a infração deixar vestígios. Tão importante é esse exame que o legislador, no art. 564, III, b, do CPP, erigiu sua ausência à categoria de nulidade insanável, senão vejamos:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

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

O ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci, quanto ao exame de corpo de delito, direto ou indireto, relata:

A realização do exame de corpo de delito, direto ou indireto, isto é, a emissão de um laudo pericial atestando a materialidade do delito. Esse laudo pode ser produzido de maneira direta – pela verificação pessoal dos peritos, ou de modo indireto, quando os profissionais servem de outros meios de provas. Nota-se que, de regra, a infração que deixa vestígio precisa ter o exame de corpo de delito direto ou indireto (que vai constituir o corpo de delito direto, isto é, a prova da existência do crime atestada por peritos). Somente quando não é possível, aceita-se a prova da existência do crime de maneira indireta, isto é, sem exame e apenas por testemunhas. Quando perito vê o cadáver, por exemplo, analisa-o e atesta ao juiz que houve a morte e como esta se deu, prova-se a materialidade de maneira direta. Quando o cadáver se perde, contando-se com a mera narrativa de leigos que, de longe, viram o réu desferindo tiros na vítima, por exemplo, caindo o corpo no mar e perdendo-se, há a prova indireta da ocorrência da morte. É o corpo de delito indireto. (NUCCI, 2008, p. 386).

Sobre a prova indireta, o art. 167 do Código de Processo Penal assim dispõe:

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Quanto à possibilidade de realização ou não do exame de corpo de delito, já decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AÇÃO PENAL. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CONCURSO DE AGENTES. ARTIGO 155, § 4º, I e IV, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DE AMBOS OS RÉUS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. MATÉRIA COMUM AOS DOIS APELOS. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO. AUTORIA. RÉU RAMON. ACUSADO PRESO EM FLAGRANTE. POSSE DIRETA DA RES FURTIVA. IDONEIDADE DA POSSE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CONFISSÃO JUDICIAL. CONFIRMAÇÃO POR TESTEMUNHO DE POLICIAL MILITAR. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. RÉU EVERTON. PARTICIPAÇÃO NO DELITO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. AUTORIA NÃO COMPROVADA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. ACOLHIMENTO. ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO AO ACUSADO EVERTON. PROVIMENTO. QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUTO DE EXAME DE CORPO DE DELITO. AUSÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE OFÍCIO. ENTENDIMENTO DO RELATOR. POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO DA CÂMARA. SUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. FALTA SUPRIDA. ROMPIMENTO DO OBSTÁCULO. RECONHECIMENTO. RELATOR VENCIDO NO PONTO. “É imprescindível a realização do exame de corpo de delito para comprovar a materialidade da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecidos por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos, o que não se verifica na espécie” (Superior Tribunal de Justiça, HC n. 197.189/MS, rela. Mina Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 10-5-2011). Não obstante, este Órgão Julgador, por maioria, adota o entendimento que “a omissão de produção de laudo pericial não desqualifica o furto por rompimento de obstáculo, previsto no § 4º do artigo 155 do CP, quando elementos seguros dos autos o confirmam”

(Apelação Criminal n. 2010.066417-3, de Bom Retiro. Des. Subst. Carlos Alberto Civinski, Quarta Câmara Criminal, j. 16-6-2011). No caso dos autos, portanto, majoritariamente, prevaleceu o posicionamento de que a qualificadora do rompimento de obstáculo foi comprovada por meio de prova oral. MATÉRIAS EXCLUSIVAS DO RECURSO DO RÉU RAMON. QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES. ACUSADO EVERTON. PARTICIPAÇÃO NO DELITO. NÃO COMPROVAÇÃO. PARTICULARIDADES. QUALIFICADORA NÃO DEMONSTRADA. Dadas as particularidades do caso concreto, o reconhecimento da inexistência de participação do corréu na empreitada delitiva implica, automaticamente, no afastamento da incidência da qualificadora do concurso de agentes, uma vez que não há prova de que terceira pessoa tenha colaborado para a perpetração do crime. DOSIMETRIA. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVOS DO CRIME. OBTENÇÃO DE LUCRO FÁCIL. MOTIVAÇÃO INERENTE AO FURTO. CONSIDERAÇÃO NEGATIVA. INVIABILIDADE VOLTADA À CRIMINALIDADE. CONCOMITANTE VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DOS ANTECEDENTES. BIS IN IDEM. CORREÇÃO NECESSÁRIA. CONDUTA SOCIAL. CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL. JUÍZO BASEADO EM FATOS NÃO COMPROVADOS. EQUÍVOCO RECONHECIDO. CONFISSÃO JUDICIAL. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DA RESPECTIVA ATENUANTE. ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. DETERMINAÇÃO DO REGIME FECHADO. VIABILIDADE DE CONCESSÃO DO SEMIABERTO. RECURSO DO RÉU RAMON. PROVIMENTO PARCIAL. " Considerando-se que a prática de furto qualificado pelo concurso de pessoas (CP, art. 155, § 4º, IV) traz em seu bojo características especiais e efetivamente configurada a busca de lucro fácil ante a perda patrimonial da vítima, tais elementos não poderão servir para o aumento da pena-base sob o fundamento de se tratar de motivos e circunstâncias judiciais desfavoráveis" (Revisão Criminal n. 2010.045635-6, de Caçador, rela. Desa. Salete Sommariva, Seção Criminal, j. 25-11-2010). Ao realizar a dosimetria, se os antecedentes criminais foram sopesados negativamente, não se pode majorar a pena-base novamente ao argumento de que o acusado possui personalidade voltada ao crime. Com efeito, nesse caso, os mesmos fatos estão sendo considerados em desfavor do acusado duas vezes, o que caracteriza bis in idem. (Apelação Criminal n. 2011.063436-2, de Criciúma, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em: 17/10/2011).

Por outro lado, na falta de perito oficial, são chamadas a colaborar em determinado caso concreto duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, preferencialmente em área de atuação relacionada ao objeto da perícia, conforme expõe, art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal (MOUGENOT, 2012, p. 386):

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

Essa nomeação deve ser feita somente pela Autoridade, seja Policial ou Judiciária, como se infere da leitura do art. 276, do Código de Processo Penal (Tourinho Filho, 2007, p. 529):

Art. 276. As partes não intervirão na nomeação do perito.

Quanto a iniciativa da perícia, ela pode ser feita pela Autoridades Policial e Judiciária, bem como requerida pela parte, porém pode o Juiz ou a Autoridade Policial negar a perícia requerida, segundo expõe o art. 184, do Código de Processo Penal. (DE LIMA, 2012, p. 914):

Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.

Destaca-se que o material probatório examinado pela perícia oficial será disponibilizado, a requerimento das partes, no órgão oficial, salvo, evidentemente, se impossível sua conservação, art. 159, § 6º, do CPP. (MOUGENOT, 2012, p. 387).

§ 6º. Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

Do exame de corpo de delito, elabora-se o laudo pericial que é a peça técnica elaborada pelos peritos. Subdivide-se em 4 (quatro) partes: a) preâmbulo: qualificação do perito oficial ou dos peritos e do objeto da perícia; b) exposição: narrativa de tudo que é observado pelos *experts*; c) fundamentação: motivos que levaram os *experts* à conclusão final; d) conclusão técnica: resposta aos quesitos. (DE LIMA, 2012, p. 915).

O Código de Processo Penal em seu art. 160 expõe:

Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.

O laudo pericial é um documento elaborado fora da delegacia, sem participação do delegado e do escrivão, e refere-se a um ato praticado fora da Delegacia. Se o laudo for elaborado por peritos oficiais, será feito apenas a juntada aos autos. Se elaborado por peritos compromissados, deverá ser feito um termo de apresentação e se os peritos não forem oficiais e não apresentarem laudo escrito, deverá ser lavrado o auto de exame pericial e não o laudo. (GARCIA, 2002, p. 167).

Em regra, o laudo pericial não funciona como condição de procedibilidade da ação penal, o que significa dizer que o laudo pericial não é peça indispensável para o início do processo. Portanto, o laudo pode ser juntado aos autos ao longo de todo o processo, No entanto, diante do silêncio da lei, questiona-se até quando essa

juntada pode ocorrer. Como o acusado deve ter conhecimento de tudo que contra ele foi produzido ou venha a ser utilizado, a fim de que possa exercer o seu direito de fazer a contraprova, queremos crer que o laudo pericial deve ser juntado aos autos antes da audiência uma de instrução e julgamento, com antecedência mínima de 10 (dez) dias. (DE LIMA, 2012, p. 916).

3.7.2 Reconhecimento de pessoas ou coisas

Reconhecer significa conhecer o novo, confirmar o conhecimento de uma pessoa ou coisa já vista anteriormente e que possa ter relação com o fato delituoso (GARCIA, 2002, p. 158).

O reconhecimento de pessoas e coisas não se confunde com o retrato falado. Este é formado a partir de informações prestadas ao perito por pessoa que tenha visto o autor do delito, sendo considerado não um meio de prova, mas sim um meio de investigação. (DE LIMA, 2012, p. 1000).

O procedimento do reconhecimento está expresso no art. 6º, inciso VI, do Código de Processo Penal, bem como no art. 226 do mesmo diploma legal, vejamos:

Art. 6. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deves:

VI – proceder o reconhecimento de pessoas e coisas e acareações.

Ainda:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoas, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la.

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou de influência, não diga a verdade em face de pessoas que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Salienta-se, que ocorrendo à inabilidade da pessoa descrever corretamente a coisa reconhecida não invalida, por si só, o ato do reconhecimento, devendo-se prosseguir com o restante do procedimento. (MOUGENOT, 2012, p. 422).

Porém, caso várias pessoas sejam chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas. (DE LIMA, 2012, p. 1001).

Aliás, pode ocorrer o reconhecimento fotográfico e fonográfico. Porém o reconhecimento do acusado através de fotografias não encontra previsão legal, mas em virtude do princípio da busca da verdade, e por força do princípio da liberdade na produção de provas, ele tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência, sendo então considerado uma espécie de prova inominada. (DE LIMA, 2012, p. 1002).

De acordo com o STJ o reconhecimento fotográfico, acompanhado de outras provas, é elemento bastante para deflagrar o processamento da ação penal e serve de elemento de convicção do juiz. (MOUGENOT, 2012, p. 423).

Desarte, também tem sido usado como prova inominada o reconhecimento fonográfico, conhecido como clichê fônico. O seu valor probatório é relativo, sendo inviável que um decreto condenatório esteja lastreado única e exclusivamente em um reconhecimento fonográfico. (DE LIMA, 2012, p. 1002).

3.7.3 Interrogatório

Chama-se interrogatório o ato processual conduzido pelo juiz no qual o acusado é perguntado acerca dos fatos que lhe são imputados, abrindo-lhe oportunidade para que, querendo, deles se defenda (incidindo, nesse caso, o direito constitucional ao silêncio, que não pode ser tomado como prova contra o réu. (MOUGENOT, 2012, p. 398).

Ocorre que, o interrogatório na fase policial, muitas vezes é colhido em “Termo de Declarações”, porém o correto é proceder o interrogatório do acusado, conforme a referencia feita no art. 6º,V, do Código de Processo Penal: (GARCIA, 2002, p.137).

Art. 6. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

Ainda, o art. 304, ao abordar a documentação da prisão em flagrante, diz que o conduzido será “interrogado”. Desarte, o indiciado deverá ser ouvido em Termo de Interrogatório ou simplesmente em interrogatório. (GARCIA, 2002, p. 137).

Registra-se que ao indiciado menor ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial, conforme expõe o art. 15, do Código de Processo Penal.

Por outro lado, quanto à natureza jurídica do interrogatório, vejamos as seguintes correntes, segundo De Lima:

No tocante à natureza jurídica do interrogatório, há 4 (quatro) correntes na doutrina, se não vejamos: a) a primeira corrente considera o interrogatório como meio de prova: num sistema inquisitorial, em que o acusado é objeto de prova, a tendência é considerar o interrogatório como meio de prova. Como tal, o acusado não pode deixar de responder às indagações que lhe forem feitas, está obrigado a responder e não pode invocar em seu benefício o direito ao silêncio. Confirmando seu viés inquisitorial, o Código de Processo Penal em vigor sempre considerou o interrogatório como meio de prova; b) a segunda corrente argumenta que o interrogatório tem natureza jurídica mista, que serve como meio de prova e de defesa. Na medida em que o magistrado pode se servir de elementos constantes do interrogatório para formar seu convencimento, também se trata de meio de prova; c) a terceira corrente alega que o interrogatório é meio de defesa sendo que em sede de persecução penal, como o acusado não é obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, por força do direito ao silêncio (CF, art. 5º, inc. LXIII), não podendo sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício dessa especial prerrogativa, conclui-se que o interrogatório qualifica-se como meio de defesa; d) a quarta corrente alega que além de ser meio de defesa, o interrogatório poderá, eventualmente, apresentar-se como fonte de prova. Isso porque, quando o acusado opta por responder às perguntas formuladas, dando sua versão sobre os fatos, caberá ao juiz diligenciar as fontes de prova reveladas. (DE LIMA, 2012, p. 934).

No que concerne às características do interrogatório:

Ele é um ato público, pois, salvo naquelas ocasiões em que for aconselhável a decretação do sigilo, deve o réu ser conduzido à vista de todos; ele também é ato personalíssimo, porque a presença do réu não pode ser substituída, inexistindo o interrogatório por procuração e admitindo-se a participação ativa de terceiros no procedimento apenas no caso do interrogado surdo e mudo que não saiba ler e escrever (art. 192, parágrafo único) e ato oral, porquanto, salvo nas hipóteses em que o interrogado esteja impossibilitado de falar, nessa forma deverá ser a manifestação do réu, que será reduzida a escrito por escrivão judicial (MOUGENOT, 2012, p. 399).

Conforme expõe o art. 185, caput, do Código de Processo Penal: “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

Quanto ao momento para realização do interrogatório, com as modificações da reforma processual penal de 2008, o interrogatório passou a ser realizado ao final da instrução processual. Segundo a nova redação do art. 400, caput, do Código de Processo Penal (DE LIMA, 2012, p. 935):

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

Porém, a todo tempo poderá o juiz proceder a novo interrogatório, de ofício, ou a pedido fundamentado de qualquer das partes. A diligência só será repetida, entretanto, se houver fundados motivos para tanto, conforme relata o art. 196, do Código de Processo Penal. (MOUGENOT, 2012, p. 399).

3.7.4 Confissão

O que se entende por confissão? É o reconhecimento feito pelo imputado da sua própria responsabilidade. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 547).

Outrossim, ela pode ser conceituada como a aceitação por parte do acusado da imputação da infração penal, perante a autoridade judiciária ou policial. (DE LIMA, 2012, p. 961).

De Lima, argumenta que a confissão pode ser classificada da seguinte forma:

Confissão extrajudicial: é aquela feita fora do processo penal, geralmente perante a autoridade policial, sem a observância do contraditório e da ampla defesa. Produzida que é na fase investigatória, sem a presença dialéticas das partes, conclui-se que uma confissão extrajudicial não pode, de per si, fundamentar um decreto condenatório, sob pena aliás, de violação ao preceito do art. 155, caput, do CPP. Em duas situações, todavia, a jurisprudência tem admitido à valoração da confissão extrajudicial: a) no plenário do júri, em virtude do sistema da íntima convicção do juiz, que vigora em relação à decisão dos jurados; b) quando a confissão extrajudicial é feita na presença de defensor.

2) Confissão judicial: é aquela perante a autoridade judiciária, na presença do defensor do acusado.

3) Confissão explícita: feita de maneira evidente, ou seja, quando o acusado confessa a prática do fato delituoso sem dubiedades.

4) Confissão implícita: ocorre quando o acusado paga a indenização. No âmbito do processo penal, essa confissão não tem qualquer valor.

5) Confissão simples: Ocorre quando o acusado confessa a prática do fato delituoso, mas alega que o praticou acobertado por uma excludente de ilicitude ou da culpabilidade em seu benefício.

6) Confissão qualificada: ocorre quando o acusado confessa a prática do fato delituoso, mas alega que o praticou acobertado por uma excludente da ilicitude ou da culpabilidade.

7) Confissão ficta: ocorre quando o acusado não contesta os fatos que lhe são imputados. No âmbito do processo penal, em virtude da regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência, não há falar em confissão ficta.

8) Confissão delatária: também conhecida como chamamento de corréu ou delação premiada, ocorre quando o acusado confessa a prática do fato delituoso e delata terceiros. (DE LIMA, 2012, p. 962).

Quanto aos efeitos à confissão ela pode ser simples ou qualificada. A simples ocorre quando o confidente simplesmente admite a imputação que lhe é feita e a confissão qualificada é quando o réu reconhece a acusação, mas apresenta em seu favor circunstâncias que excluam ou atenuem sua responsabilidade (MOUGENOT, 2012, p.409).

Quanto as características da confissão temos o ato personalíssimo: onde somente o acusado pode confessar a prática do fato delituoso, sendo inviável que outorgue poderes a seu advogado para fazê-lo. (DE LIMA, 2012, p. 962).

Também é considerado como característica a retratabilidade onde o acusado pode retratar-se, ou seja, desdizer a confissão ofertada. A confissão não produzirá efeitos se a vontade do agente ao confessar estiver viciada a ponto de não poder produzir seus efeitos como ato jurídico. (CAPEZ, 2006, p. 334).

Por derradeiro temos como característica a divisibilidade ou cindibilidade, conforme expõe o art. 200 do Código de Processo Penal: “Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

Assim, o juiz poderá aceitar, como sincera, uma parte da confissão e desprezar a outra. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 550).

O que se observa é que hoje a confissão não é mais a “rainha das provas”, visto a própria exposição de motivos do Código aduzir que a confissão do acusado não constitui, obrigatoriamente, uma prova plena de sua culpabilidade (CAPEZ, 2006, p.334).

A confissão deve ser analisada no contexto probatório, não de forma isolada, mas sim em conjunto com a prova colhida, de modo que, sozinha, não justifica um juízo condenatório. (LOPES JR, 2012, p. 646).

Porém, por outro lado, quando a confissão estiver situada na mesma linha da prova produzida, em conformidade e harmonia, poderá ser valorada pelo juiz na sentença. (LOPES JR, 2012, p. 646).

Ademais, conforme o art. 65, inc. III, alínea “d”, do Código Penal, a confissão espontânea, perante a autoridade, da autoria do crime, funciona como circunstância atenuante. (DE LIMA, 2012, p. 964).

Vislumbra-se, que a circunstância atenuante da confissão espontânea é de caráter subjetivo, pessoal, uma vez que o ato de reconhecer e declarar o ocorrido é prestado pelo próprio agente à qual a benesse se destina. (DE LIMA, 2012, p. 964).

Também deve-se mencionar a delação premiada, que é um benefício que se concede ao réu confesso, reduzindo-lhe ou até isentando-lhe de pena, quando denuncia um ou mais envolvidos na mesma prática criminosa a que responde (MOUGENOT, 2012, p. 409).

Porém, de acordo com o art. 65, inc. III, alínea “d”, do Código Penal, a confissão espontânea, perante a autoridade, da autoria do crime, funciona como circunstância atenuante. (DE LIMA, 2012, p. 964).

A circunstância atenuante da confissão espontânea é de caráter subjetivo, pessoal, uma vez que o ato de reconhecer e declarar o ocorrido é prestado pela própria parte à qual a benesse se destina. (DE LIMA, 2012, p. 964).

Vislumbra-se também a delação premiada, que ocorre ao réu confesso, ou seja, um benefício, reduzindo-lhe ou até isentando-lhe de pena, quando denuncia um ou mais envolvidos na mesma prática criminosa a que responde. (MOUGENOT, 2012, p. 409).

Assim, entende-se que a confissão, portanto, terá o seu valor probatório relativo, pois o juiz deve apreciá-la em confronto com as demais provas no processo, verificando se entre elas e estas há compatibilidade ou concordância. (MOUGENOT, 2012, p. 408).

3.7.5 Prova testemunhal ou testemunha

A palavra testemunhar origina-se do latim *testari*, que significa confirmar, mostrar. (CAPEZ, 2006, p. 336).

Nesse sentido, o vocábulo “testemunha”, do latim *testari*, vem de *testius*, que era no direito romano o *terceiro* encarregado de assistir a um contrato avençado oralmente entre duas partes e sujeito, por conseguinte, à confirmação de seus termos quando solicitado. (MOUGENOT, 2012, p. 411).

Em Processo Penal, testemunha é toda pessoa que presta esclarecimentos sobre a existência ou inexistência de um fato delituoso ou ato

praticado de que tenha ciência por percepção direta ou por informações. (GARCIA, 2002, p. 149).

Classificamos as testemunhas como; diretas ou indiretas, próprias ou imprópria, numerárias ou extranumerárias, bem como, informantes e referidas.

As diretas ou indiretas, conforme deponham sobre fatos que tenham presenciado ou narrem fatos dos quais tiveram ciência por meio de terceiros. Ainda devemos distinguir as testemunhas presenciais e oculares, sendo estes conceitos tidos como sinônimos pela doutrina. Não obstante, tem-se que as primeiras dizem respeito àquelas que estavam presentes no palco dos acontecimentos no momento de sua ocorrência, sem que, obrigatoriamente, tenham visto o que aconteceu. Por outro lado, a testemunha ocular, é aquela que viu o que ocorreu sem que obrigatoriamente estivesse presente por ocasião da prática do fato. As testemunhas próprias ou impróprias, conforme deponham ou não sobre fato objeto do processo. São testemunhas impróprias às instrumentárias ou fedatárias, cuja presença em determinados atos os torna legítimos. As numerárias ou extranumerárias, conforme tenham sido arroladas pelas partes, dentro do número legal, ou tenham sido ouvidas independentemente de prévio arrolamento, por ordem do juiz. Informantes (ou declarantes) são aquelas que não prestam compromisso com a verdade, e também as testemunhas referidas que são aquelas indicadas no depoimento prestado por outra testemunha. (BONFIN, 2012, p. 412).

Pode ainda haver o depoimento *ad perpetuam rei memoriam*, que ocorre quando qualquer testemunha tiver que ausentar-se, seja por enfermidade ou por velhice, ou inspira receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, ou esteja, com impossibilidade para depor, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento. (art. 225, do Código de Processo Penal). (DE LIMA, 2012, p. 977).

Vislumbra-se que De Lima, ainda relata outras três classificação de testemunhas, senão vejamos:

Testemunha anônima que é aquela cuja identidade verdadeira – compreendendo nome, sobrenome, endereço e demais atos qualificativos – não é divulgada ao acusado e ao seu defensor técnico; Testemunha ausente é aquela que não comparece em pessoa para prestar depoimento durante o julgamento do acusado, por diversos motivos (v.g., testemunha que faleceu logo após o crime); e Testemunha remota é aquela que presta depoimento por videoconferência. (DE LIMA, 2012, p. 977).

Além disso, o art. 202 do Código de Processo Penal dispõe: “Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha”.

Não obstante, a própria lei processual penal aponta certas pessoas que podem se recusar a depor (CPP, art. 206), e outras que estão até mesmo proibidas de depor (CPP, art. 207), conforme expostos: (DE LIMA, 2012, p. 967).

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

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Entretanto, o número de testemunhas varia com cada tipo de processo, vejamos:

No procedimento comum, cada parte pode arrolar até 8 testemunhas; procedimento do Tribunal do Júri, em plenário, o limite máximo restringe-se a 5 testemunhas, ao passo na primeira fase do procedimento podem ser arroladas até 8 testemunhas. No procedimento sumário até 5 testemunhas e no procedimento da Lei 11.343/2006 (Lei Antidrogas), até 5 testemunhas e finalmente, no procedimento sumaríssimo o número máximo será de 3 ou 5 testemunhas, segundo orientação que se adote, visto que há discussão dentre os autores sobre o número de testemunhas possíveis neste procedimento, tendo em vista o silêncio da lei sobre o assunto. (BONFIN, 2012, p. 414).

Por outro lado, quanto às características dos testemunhos; oralidade, objetividade, retrospectividade e judicialidade.

A oralidade ocorre quando chamada a depor, a testemunha deverá fazê-lo oralmente. A autoridade formula as perguntas e recebe as respostas oralmente. Nada obsta, porém, que pode a testemunha possa fazer breves consultas a apontamentos. (TOURINHO FILHO, 2007, p.557).

Porém, existem algumas exceções à regra da oralidade (art. 221, §1º, do CPP), onde o Presidente e o Vice-Presidente, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento escrito. (BONFIN, 2012, p. 413).

No que tange ao mudo ou surdo-mudo, as respostas serão escritas. No caso de surdez da testemunha, as perguntas serão feitas por escrito, mas as respostas serão fornecidas oralmente. (BONFIN, 2012, p. 413).

Quanto à objetividade a testemunha deve depor sobre os fatos sem externar opiniões ou emitir juízos valorativos. A exceção é admitida quando a reprodução exigir necessariamente um juízo de valor. (CAPEZ, 2006, p. 337).

A retrospectividade é quando o depoimento da testemunha restringi-se aos fatos pretéritos, já ocorridos, não lhe sendo próprio fazer prognósticos. (MOUGENOT, 2012, p. 413).

Por derradeiro a característica da judicialidade argumenta que tecnicamente, só é prova testemunhal aquela produzida em juízo. (CAPEZ, 2006, p. 336).

Ademais, o art. 214 do Código de Processo Penal, argumenta que antes de iniciar o depoimento, poderão as partes contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé. (BONFIN, 2012, p. 416).

Quanto à desistência da oitiva de testemunhas, art. 401 § 2º, do CPP, argumenta que uma vez arroladas, são “do processo” e não mais “da parte”, ou seja, não se pode admitir a possibilidade de desistência unilateral. (LOPES JR, 2012, p. 666).

No que concerne ao comparecimento das testemunhas, vislumbra-se que quando regularmente intimada, tem o dever de comparecer em juízo para prestar seu depoimento, porém quando deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá conduzir. (DE LIMA, 2012, p. 970).

Existem, entretanto, exceções ao dever de comparecimento, vejamos:

As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou velhice, serão inquiridas onde estiverem (art. 220 CPP). As pessoas enumeradas no art. 221, CPP, serão inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados entre elas e o juiz. A testemunha que morar fora da comarca em que se desenvolva o processo, deverá ser inquirida pelo juiz da comarca em que residir, por meio de carta precatória (art. 222, CPP) intimando-se as partes da expedição da mesma. (BONFIN, 2012, p. 417).

Porém, se a testemunha estiver presa e residindo em outra comarca, poderá ser ouvida “por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, § 3º, art. 222, CPP. (TOURINHO FILHO, 2011, p. 612).

3.7.6 Acareação

Acareação, ou confrontação, consiste em colocar duas ou mais pessoas (réus, vítimas, testemunhas), cujos depoimentos sejam conflitantes, em presença uma de outra – cara a cara – para que expliquem as divergências. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 571).

Quanto ao procedimento da acareação, o art. 229, parágrafo único, do CPP, prevê: “Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusados e

testemunhas, entre a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes”.

Existem dois pressupostos para sua realização da acareação, ou seja, as pessoas a serem acareadas (acusados, testemunhas, e ofendidos) já devem ter prestado suas declarações, perante o mesmo juízo e sobre os mesmos fatos e circunstâncias. Deve também haver divergência sobre o ponto relevante no relato dessas pessoas, ou seja, é necessário que existam contradições ou versões discrepantes sobre fatos que realmente interessem ao deslinde do processo. (DE LIMA, 2012, p. 1003).

Vislumbra-se que o indiciado ou o réu não são obrigados a participar da acareação, porquanto ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo, conforme o princípio *nemo tenetur se detegere* (*privilege against self-incrimination*), decorrente da combinação dos princípios da presunção do estado de inocência (art. 5º, LVII), ampla defesa (art. 5º, LV), com o direito ao silêncio do acusado (art. 5º, LXIII). Nada porém, impede a condução coercitiva do indiciado ou do acusado ao ato da acareação, porém há divergência doutrinária acerca da possibilidade de o Delegado de Polícia determinar a condução coercitiva. (BONFIN, 2012, p. 426).

Logo, ao serem perguntados sobre os pontos de divergências, ao acareados poderão confirmar as declarações anteriormente prestadas, o que geralmente acontece, ou modifica-las. Então, o ato de acareação é reproduzido em um termo onde ficam consignadas as perguntas feitas a cada um dos acareados e suas respectivas respostas, auto este a ser subscrito pelo escrevente e assinado por todos. (DE LIMA, 2012, p. 1004).

Quando ausente um dos acusados, pode-se proceder à “acareação indireta”, que a rigor não constitui acareação, já que não haverá confrontação entre os acareados. Nessa modalidade, ao acareado presente será relatado o que houver de divergente entre seu relato e o do acareado ausente, consignando-se nos autos a sua explicação ou observação. (BONFIN, 2012, p. 426).

Desarte, persistindo a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde reside a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. (DE LIMA, 2012, p. 1004).

Saliento, ainda, que com a Lei 11.900/2009, é possível que o magistrado, ao invés de expedir carta precatória para a oitiva da testemunha perante o juízo deprecado, realize a acareação por meio da videoconferência, nos termos do art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal. Ressalta-se, que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas em afirmar que a acareação dificilmente conduz à solução das controvérsias entre os depoentes, na medida em que ao acareados costumam reiterar o que haviam dito anteriormente, sendo raras às vezes em que retificam seus depoimentos. (DE LIMA, 2012, p. 1004).

Quanto ao valor probatório, temos que seu valor assemelha-se àquele concedido à prova testemunhal e às declarações do acusado e do ofendido, conforme se tratar, respectivamente, de testemunha, acusado e vítima. (DE LIMA, 2012, p. 1004).

3.7.7 Prova documental

Consideram-se documentos “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. (art. 232, do Código de Processo Penal).

Instrumentos são os escritos confeccionados já com a finalidade de provar determinados fatos, enquanto papéis são os escritos não produzidos com o fim determinado de provar um fato, mas que, eventualmente, podem servir como prova. (CAPEZ, 2006, p. 349).

O conceito adotado pela doutrina, além dessas espécies de documento, abrange também todo tipo de material visual, auditivo ou audiovisual, bem como informações registradas em meios mecânicos, ópticos e magnéticos de armazenamento etc., adequando às novas tecnologias à disposição da Justiça. (MOUGENOT, 2012, p. 427).

Vislumbra-se que De Lima, argumenta que são diversas as espécies de documentos, quais sejam:

- 1) Original: é aquele escrito na fonte originariamente produtora.
- 2) Cópia: é a reprodução do documento original. Se a fotocópia estiver autenticada, possui o mesmo valor que o original (CPP, art. 232, parágrafo único). De acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 5.433/1968, que regula a microfilmagem de documentos, “os microfilmes de que trata esta lei, assim como as certidões, os traslados e as cópias fotográficas obtidas diretamente dos filmes produzirão os mesmos efeitos legais dos documentos originais em juízo ou fora dele”.
- 3) Público é aquele expedido por funcionário público no exercício de suas funções e de acordo com as formalidades legais.

- 4) Particular por critério de exclusão, documento particular é todo aquele que esteja compreendido como documento público, ainda que por equiparação.

Outrossim, são requisitos essenciais dos documentos sua autenticidade e verdade. A autenticidade diz respeito à certeza de que o documento provém do autor a quem se atribuiu sua produção, enquanto a verdade implica a correspondência de seu conteúdo com um fato efetivamente ocorrido, e quando houver dúvida acerca da autenticidade de documentos particulares, proceder-se-á a exame pericial da letra e da assinatura nele inscritas.

Entretanto, de acordo com o art. 231, do Código de Processo Penal, salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo. A regra, no tocante à produção de prova documental, é que as partes podem juntar documentos em qualquer fase do processo, só podendo haver o indeferimento do órgão julgador quando os documentos apresentados tiverem caráter meramente protelatórios ou tumultuários. Todavia, há restrições à possibilidade de juntada de documentos em qualquer fase processual. (DE LIMA, 2012, p. 1007).

3.7.8 Indícios

Indício é toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral. Assim, os indícios, a partir de um fato conhecido, deflui-se a existência do que se pretende provar. (CAPEZ, 2006, p. 360).

Nos termos do art. 239, do Código de Processo Penal: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

O indício não se confunde com a presunção, embora alguns autores os tomem como sinônimos. Além de não constituir meio de prova, a presunção é, em sentido técnico, o nome da operação lógico dedutiva que liga um fato provado (um indício) a outro probando, ou seja, é o nome jurídico para descrição justamente

desse liame entre ambos. O indício vincula-se a um fato real, apontando para a demonstração de algo. (MOUGENOT, 2012, p. 430).

Discute-se na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de se condenar alguém com base única e exclusivamente em indícios. Alguns argumentam que com a incorporação ao processo penal do princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz (CPP, art. 155, *caput*, e CF/1988, art. 93, inc. IX), e a consequente exclusão de qualquer regra de prova tarifada (sistema da prova real), permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medidas válidas e eficazes na formação da convicção do magistrado. (DE LIMA, 2012, p. 1010).

Assim, entende-se que o valor probatório da prova indiciária, mais que qualquer outra, resultará da análise conjunta dos elementos de prova existentes. Dentre os indícios, será especialmente relevante verificar se todos indicam no mesmo sentido (conjunto indiciário). (MOUGENOT, 2012, p. 431).

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. 1. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NEGATIVA DA AUTORIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AGENTE QUE NÃO APRESENTA JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. ÁLIBI NÃO COMPROVADO. PALAVRA DA VÍTIMA COERENTE COM OS DEMAIS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E DELAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO CODENUNCIADO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ELENCO DE PROVAS QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS DO ENVOLVIMENTO DO APELANTE NO CRIME EM ANÁLISE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. I - Os crimes contra o patrimônio são, por sua natureza, praticados às escuras, de forma a ocultar os autores e produtos do crime, não sendo possível, muitas vezes, precisar-se com exatidão todos os pormenores que envolvem o DELITO. Dessa forma, justifica-se a decretação de édito condenatório quando o depoimento da vítima e de testemunhas encontram-se firmes, uníssonos e incontestes ao apontarem a materialidade e a autoria do crime de ROUBO qualificado por lesão corporal grave (CP, art 157, § 3º, primeira parte) [...] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.073418-1, de Itapema, rel. Desa. Salete Silva Sommariva j. 19/3/2010). 2. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE PELA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS ELEMENTARES ATINENTES À CONDUTA SOCIAL. INVIABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA PELO SENTENCIANTE SINGULAR QUE NÃO SE DENOTA SUFICIENTE PARA DESABONAR TAL CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. ADEMAIS, CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS QUE ATESTA A EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM ANDAMENTO, FATO ESSE QUE NÃO AUTORIZA A EXASPERAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 444 DO STJ. RECURSO PROVIDO NO PONTO. 3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA 3.1 ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. [...] (Processo n. 2010.074211-6, de Mondáí, Relator Marli Mosimann Vargas, j. em: 31/08/2011).

Vislumbra-se que à prova da existência do crime e ao convencimento da materialidade do fato, respectivamente, percebe-se que, no tocante à materialidade do delito, exige-se um juízo de certeza quando da decretação da prisão preventiva ou da pronúncia, porém no tocante a autoria, todavia, exige o Código de Processo Penal apenas a presença de indícios suficientes de autoria. (DE LIMA, 2012, p. 1011).

Obviamente, não se pode admitir que um indício isolado e frágil fundamente um decreto condenatório. Para tanto, a prova indiciária está sujeita a certas condições, onde os indícios devem ser plurais (somente excepcionalmente um único indício será suficiente, desde que esteja revestido de um potencial incriminador singular), bem como devem estar estreitamente relacionados entre si e devem ser concomitantes, ou seja, univocamente incriminadores, por derradeiro deve ter existência de razões dedutivas entre indícios provados e os fatos que se inferem destes deve existir um enlace lógico. (DE LIMA, 2012, p. 1010).

3.7.9 Busca e Apreensão

Busca e apreensão, embora se encontrem intimamente ligadas, constituem, na verdade, fenômenos distintos. Poderá haver busca sem apreensão, ou apreensão sem busca. (MOUGENOT, 2012, p. 431).

Conquanto a busca e apreensão esteja inserida no Código de Processo Penal como meio de prova, sua verdadeira natureza jurídica é de meio de obtenção de prova. Isso porque consiste em um procedimento regulado por lei, com o objetivo de conseguir novas provas materiais, e que pode ser realizado por outros funcionários que não pelo juiz. (DE LIMA, 2012, p. 1012).

A busca e apreensão não está adstrita à instrução processual penal, ou seja, ela pode ser realizada antes da instauração do inquérito, durante o inquérito policial, durante a instrução criminal, ou na execução penal. Ademais, ela poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, conforme art. 242, do Código de Processo Penal. (MOUGENOT, 2012, p. 432).

Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

Neste ponto, há de se distinguir a busca e apreensão pessoal daquela de natureza domiciliar. A busca e apreensão de natureza pessoal pode ser

determinada pela autoridade policial ou pela autoridade judiciária. A propósito, dispõe o art. 6º, inciso II, do Código de Processo Penal. (DE LIMA, 2012, p. 1012):

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

II – apreender objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

Assim, nesse caso, a autoridade policial age de ofício, sendo dispensável prévia autorização judicial para o cumprimento de busca pessoal. (DE LIMA, 2012, p. 1012).

Noutro giro, no que diz respeito especificamente à busca domiciliar, abrange qualquer compartimento habitado ou aposento ocupado de habitação coletiva, incluindo também todo compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade, a teor do art. 246 do Código de Processo Penal, bem como reproduz o § 4º, do art. 150 do mesmo diploma legal. (MOUGENOT, 2012, p. 432). Ademais, no art. 240, § 1º, do Código de Processo Penal, alega que:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizem para:

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

Entretanto, infere-se no texto constitucional que a entrada em casa alheia não é possível, quer durante o dia, quer durante a noite, salvante casos especialíssimos. À noite é possível a entrada: a) se o morador der consentimento; b) no caso de desastre; c) para prestar socorro; ou d) no caso de flagrante delito (TOURINHO FILHO, 2007, p. 581)

Assim, se a autoridade policial desejar empreender uma busca domiciliar, mesmo que pretenda fazê-lo pessoalmente, haverá indeclinável necessidade de ordem judicial. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 582).

3.7.10 Do ônus da prova

A prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável. A principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que seu não cumprimento não significa autuação em contrária ao direito. (CAPEZ, 2006, p. 308).

A regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo *princípio actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserit*, isto é, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. (TOURINHO FILHO, 2007, p. 523).

Da consequência do não cumprimento do ônus da prova, a doutrina subdivide em perfeito e menos perfeito, ou seja, o ônus perfeito é quando o prejuízo, que é o resultado de seu cumprimento, ocorre necessária e inevitavelmente e um ônus é tido como menos perfeito quando os prejuízos que derivam de seu descumprimento se produzem de acordo com a avaliação judicial. Com base nessa classificação, não se pode falar em ônus completamente imperfeito, na medida em que, quando não resultar qualquer prejuízo da inação para o omitente, não haverá ônus algum. (DE LIMA, 2012, p. 847).

Poderá o juiz, de ofício, ordenar, ainda que antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas reputadas urgentes e relevantes, observada a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida (art. 156, I, do CPP), vejamos:

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

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

Entretanto, ao conferir ao juiz a possibilidade, de ofício, de ordenar, ainda antes de iniciada a ação penal. A produção antecipada de provas que considerar urgentes e relevantes, aplicando-se os requisitos do princípio da proporcionalidade. Ademais, entende-se como inconstitucional o dispositivo, sob argumento de que, vigindo o sistema acusatório no processo penal brasileiro, com separação das atribuições dos órgãos estatais, o juiz somente poderia autorizar a produção

antecipada de provas, antes de iniciada a ação penal, mediante provocação das partes e, jamais *ex officio*. (BONFIN, 2012, p. 383).

Porém com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal (art. 129, inc. I), restou consolidada a obrigatoriedade de separação das funções de acusar, defender e julgar, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. Esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: visa impedir a concentração de poder, evitando que seu uso se degenere em abuso. (DE LIMA, 2012, p. 857).

4 PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INDICIÁRIA E A IMPOSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO NA FASE JUDICIAL E SEU PREJUÍZO FRENTE AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

4.1 DA VINCULAÇÃO DO JUIZ NA PROVA INDICIÁRIA

O art. 156, inciso I e II, do Código de Processo Penal, confere ao juiz a possibilidade, de ofício, de ordenar, ainda antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas que considerar urgentes e relevantes. (BONFIM, 2012, p. 383).

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

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

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

Como se percebe pela leitura dos dois incisos do art. 156 do CPP, a temática pertinente aos poderes instrutórios do juiz deve ser analisada em dois momentos distintos: antes de iniciada a ação penal (CPP, art. 156, inc. I) e no curso do processo (CPP, art. 156, inc. II). (DE LIMA, 2012, p. 857).

Argumenta-se que, o juiz somente poderia autorizar a produção antecipada de provas, antes de iniciada a ação penal, mediante provocação das partes e, jamais *ex officio*. (BONFIM, 2012, p. 383).

Aliás, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima, nesse sentido argumenta:

O que não se deve permitir, nessa fase preliminar, é uma atuação de ofício. E isso porque, pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo à sua imparcialidade. A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, além do poder de julgar o acusado, estará comprometido *a priori* com a tese da culpabilidade do acusado. (DE LIMA, 2012, p. 858).

No processo penal brasileiro, o juiz mantém-se afastado da investigação preliminar – como autêntico garantidor -, limitando-se a exercer o controle formal da prisão em flagrante e a autorizar aquelas medidas restritivas de direitos (cautelares, busca e apreensão, intervenções telefônicas, etc). (LOPES JR, 2012, p. 294).

O distanciamento do juiz na fase instrutória é uma importante garantia de imparcialidade e, apesar de existirem alguns dispositivos que permitam a atuação de ofício, os juízes devem condicionar sua atuação à prévia invocação do MP, da própria polícia ou do sujeito passivo. (LOPES JR, 2012, p. 294).

Porém, se o juiz atuar *ex officio* é unicamente com o intuito de arraigar provas da inocência do acusado e visando proteger seus direitos fundamentais, mas jamais com o intuito de reforçar a acusação e elementos de prova. (BONFIM, 2012, p. 384).

Ademais, a atuação do juiz na fase pré-processual é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. (LOPES JR, 2012, p. 293), ou seja, além disto esta posição adequa-se aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.

Denota-se que a melhor maneira de verificar a verdade e realizar a justiça é deixar a manifestação do juiz quanto à coleta do material probatório da fase indiciária somente as partes, ou seja, àqueles que perseguem interesses opostos e sustentam opiniões divergentes.

Nessa linha, entende-se que o juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciado na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um. (LOPES JR, 2012, p. 293).

É preciso ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para a constituição do sistema acusatório no modelo contemporâneo. (LOPES JR, 2012, p. 133), ou seja, deve-se o julgador estar totalmente afastado da acusação, para que haja a sua total imparcialidade.

4.2 DO VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

Vislumbra-se que a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade do delito para propor a ação penal. (DE LIMA, 2012, p. 114).

Por servir de base a ação penal, ele deverá acompanhá-la para permitir um juízo de pré-admissibilidade da acusação. Nada mais do que isso. (LOPES JR, 2012, p. 330).

Tendo em conta que esses elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, deduz-se que o inquérito policial tem valor probatório relativo. (DE LIMA, 2012, p. 114).

Nesse sentido, busca-se esclarecer que parte da doutrina admite o valor probante do inquérito policial, principalmente no que toca às provas periciais, de difícil ou impossível repetição em juízo. (BONFIM, 2012, p. 183).

Essa presunção gera efeitos contrários à própria natureza e razão de existir do IP, fulminando seu caráter instrumental e sumário. (LOPES JR, 2012, p. 330), ou seja, como admitir um valor em uma prova colhida sem contraditório e ampla-defesa, em uma fase meramente administrativa e secreta.

Nesse sentido, Bonfim acrescenta:

A maior parte da doutrina tende a negar a possibilidade de uma condenação lastreada tão somente em provas obtidas durante a investigação policial. Admitem, quando muito, que essas provas tenham natureza indiciária, sejam *começos de prova*, vale dizer, dados informativos que não permitem lastrear um juízo de certeza no espírito julgador, mas de probabilidade, sujeitando-se a posterior confirmação. Isso porque sua admissão como elemento de prova implicaria infringência ao princípio do contraditório, estatuído em sede constitucional. (BONFIM, 2012, p. 184).

Sempre prevaleceu nos Tribunais o entendimento de que, de modo isolado, elementos produzidos na fase investigatória não podem servir de fundamento para um decreto condenatório. (DE LIMA, 2012, p. 115).

Desarte entende-se que ao fundamentar uma decisão em elementos produzidos na fase investigatória, viola-se ao preceito constitucional do art. 5º, inc. LV, que assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa. (DE LIMA, 2012, p. 115).

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO (ART. 155, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENANDO UM DOS RÉUS E ABSOLVENDO OUTRO. PRELIMINARES: PRETENDIDA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DEFESA PRÉVIA. NÍTIDA FACULTATIVIDADE DO OFERECIMENTO DA DEFESA PRÉVIA (ART. 396, DO CPP). NULIDADE PELO FATO DA DENÚNCIA SER GENÉRICA. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP. INOCORRÊNCIA DE INÉPCIA DA EXORDIAL. MÉRITO: RECURSO DA DEFESA PUGNANDO A ABSOLVIÇÃO COM BASE NA AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS DE AUTORIA E DE MATERIALIDADE POIS BASEADA EM PROVAS PRODUZIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL RECURSO PROVIDO. PROVA

INDICIÁRIA NÃO COMPROVADA EM JUÍZO. PLEITO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. OMISSÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA NO VALOR DE 20 URH'S, CONFORME LC 155/97. PLEITO DE ISENÇÃO DE CUSTAS PREJUDICADO, EIS QUE REFORMADA A SENTENÇA PARA ABSOLVER O APELANTE DA DEFESA CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DA ACUSAÇÃO: PLEITO PUGNANDO PELA CONDENAÇÃO DE CORRÉU QUE RESTOU ABSOLVIDO. SENTENÇA BASEADA EM PROVA PRODUZIDA SOMENTE NA FASE INDICIÁRIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO DA ACUSAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal nº 2010.034133-0, de Joaçaba, Relatora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em: 06/06/2012).

Ainda:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS PRODUZIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EXEGESE DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE CONDUZAM À AUTORIA DO DELITO. ABSOLVIÇÃO DO REQUERENTE QUE SE IMPÕE, NOS TERMOS DO ART. 386, VII, DO CPP. PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO (Apelação Criminal n. 2010.024445-2, de São Francisco do Sul, Relatora: Janice Garcia Ubialli, j. em: 20/03/2012).

Desarte, tem posicionado a jurisprudência, ao admitir o valor probatório do inquérito apenas quando corrobora a prova produzida em juízo. (BONFIM, 2012, p. 184).

Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO, NA MODALIDADE TENTADA, (ARTIGO 155, § 4º, I, C/C 14, II, DO CP) E FALSA IDENTIDADE (ARTIGO 307 DO CP). RECURSO DA DEFESA. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DE FALSA IDENTIDADE. ACOLHIMENTO. APLICABILIDADE DO ART. 109 VI, DO CP, COM SUA REDAÇÃO ANTERIOR. LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO ENTRE O RECEBIMENTO DO ADITAMENTO À DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DELITO DE FURTO, TODAVIA, AMPLAMENTE EVIDENCIADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS. INSUBSISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU, AMPARADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. RECONHECIMENTO EFETUADO NA FASE POLICIAL. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Conforme remansoso entendimento jurisprudencial, "ocorrendo a confissão espontânea repleta de detalhes na fase de inquérito policial, quando corroborada pelas declarações das testemunhas em juízo e dos demais elementos que formam o suporte probatório dos autos, justificada está a imposição de um decreto condenatório [...]".(Apelação Criminal n. 2012.025763-7, de São José, Relator: Paulo Roberto Sorato, j. em: 29/05/2012).

No entanto, como visto por posicionamento jurisprudencial diverso, também se pode afirmar a possibilidade de valoração dos elementos de prova no

curso do inquérito policial para fundamentar medidas cautelares. (LOPES JR, 2012, p. 332).

Ora, desta forma surge à dúvida, como valorar adequadamente os atos inquérito policial e, inclusive nas situações excepcionais, como nas provas não repetíveis.

Porém cumpre esclarecer que, é inviável transferir para o inquérito policial a estrutura dialética do processo e suas garantias plenas, porém deve-se transferir a estrutura do processo penal à fase pré-processual através do incidente de produção antecipada de provas. (LOPES JR, 2012, p. 332).

Ressalta-se esse entendimento no sentido de que apesar dos elementos do IP serem informativos, estes mesmo servem para medidas cautelares. (LOPES JR, 2012, p. 332).

Ora, se esses elementos servem para decidir sobre a liberdade e a disponibilidade bens de uma pessoa, fica demonstrada a sua importância e se há tal valor, deve-se haver o contraditório e ampla defesa nesta fase administrativa.

4.3 DA AÇÃO PENAL

Considerando o tema central abordar o inquérito policial, o presente tópico será apresentado de forma menos abrangente devido a necessidade de manter coesão com o tema a ser abordado no presente trabalho.

Ação penal é o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. (DE LIMA, 2012, p. 231).

A ação funciona, portanto, como o direito que a parte acusadora – Ministério Público ou o ofendido (querelante) tem de, mediante o devido processo legal, provocar o Estado a dizer o direito objetivo concreto. (DE LIMA, 2012, p. 231).

Assim, aquele que promover a acusação, para obter guarida à sua pretensão punitiva, será obrigado a provocar a manifestação do órgão encarregado do exercício da jurisdição (em regra, o Poder Judiciário). (MOUGENOT, 2012, p. 187).

Quanto às características da ação penal, mencionamos primeiramente o caráter público, este alega que a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública. (CAPEZ, 2006, p. 111).

Vislumbra-se, entre as características o direito subjetivo que é o direito de ação, categoria na qual se inclui o direito de ação penal, constituindo uma faculdade, ou dever, de agir, com a finalidade de obter tutela a determinado interesse (MOUGENOT, 2012, p. 189).

Assim, dentre as características do direito subjetivo, temos também o direito abstrato, que segundo Bonfim:

Essa característica da ação penal é, também, decorrente da autonomia do direito material. A doutrina que classifica a ação como direito abstrato contrapõe-se à corrente, outrora dominante, que encara como direito concreto, segundo a qual o direito de ação surge da situação concreta em que ocorra violação de um direito material. Qualquer pessoa que tenha capacidade de agir poderá exercer o direito de ação, ainda que nenhuma violação a direito tenha ocorrido. A circunstância que o autor tenha ou não razão, ou de que não se tenham preenchidos os requisitos necessários para que obtenha a tutela pleiteada, não obsta à concretização do direito de ação. É, pois, direito abstrato porque independe do provimento jurisdicional, seja ele favorável ou desfavorável, justo ou injusto. (MOUGENOT, 2012, p. 189)

Ademais, existem algumas condições genéricas para o exercício regular do direito de ação penal, exige-se legitimidade das partes, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido e a justa causa. (DE LIMA, 2012, p. 234).

A possibilidade jurídica do pedido, se expressa na circunstância de que a conduta imputada na peça acusatória pelo autor da ação penal seja típica, ilícita e culpável. (MOUGENOT, 2012, p. 191).

Quanto à legitimidade para agir ou *legitimitas ad causam* esta é a pertinência subjetiva da ação, ou seja, a lei permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito ocupar o polo passivo da demanda. (DE LIMA, 2012, p. 238).

Também o interesse de agir como condição genérica, é entendido como a reunião de três requisitos, sejam eles: necessidade de agir em juízo, a adequação da medida pleiteada e a utilidade do provimento jurisdicional final. (MOUGENOT, 2012, p. 193).

Salientamos, a justa causa, ou seja, esta consiste na obrigatoriedade de que existam, no momento do ajuizamento da ação, prova acerca da materialidade delitiva e, ao menos, indícios de autoria, de modo a existir fundada suspeita acerca da prática de um fato de natureza penal. (MOUGENOT, 2012, p. 195).

4.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A Constituição Federal de 1988 é bem clara “*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*” (art. 5º, LV), (TOURINHO FILHO, 2011, p. 63).

O núcleo fundamental do contraditório está ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo-se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. (DE LIMA, 2012, p. 18).

Nesse sentido, o princípio do contraditório significa que cada ato praticado durante o processo seja resultante da participação ativa das partes. (MOUGENOT, 2012, p. 81).

Como se vê, não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. (DE LIMA, 2012, p. 18).

Nesse sentido a súmula nº 707 do Supremo Tribunal Federal, “constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”.

Porém prevalece na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a observância do contraditório só é obrigatória, no processo penal, na fase processual, e não na fase investigatória. (DE LIMA, 2012, p. 20).

Isto porque o caráter inquisitorial do inquérito, ainda segue o modelo ditado pelo Código de Processo Penal de 1942, que limita a participação do indiciado durante as diligências investigatórias. (BARROS, 2012, p. 48).

Impõe-se, pois, a Lei nº 11.690/2008, dando nova redação ao art. 155, *caput*, do CPP:

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

Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina da seguinte maneira:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONDENAÇÃO. CADERNO PROBATÓRIO RESTRITO AOS ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE EXTRAJUDICIAL. AUTORIA DELITIVA NÃO COMPROVADA EM JUÍZO, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA E DE INFORMANTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. Segundo o enunciado do caput do artigo 155, do Código e Processo Penal, "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". In casu, a sentença condenatória objurgada encontra-se desamparada na previsão legal, tendo em vista a ausência de prova da autoria delitiva durante a instrução processual. (Apelação Criminal n. 2011.087760-1, de Caçador, Relato José Everaldo Silva, j. em: 01/03/2012).

Vale salientar, que o princípio do contraditório pode sofrer mitigações excepcionais, tal como no caso de medidas urgentes – *verbi gratia*, a decretação da prisão preventiva, as medidas assecuratórias etc. (MOUGENOT, 2012, p. 82).

Assim, podem-se identificar duas espécies de contraditório.

Contraditório real, que se efetiva no mesmo tempo da produção probatória, como ocorre, por exemplo, durante inquirição de testemunhas em juízo. Nessa oportunidade, confere-se imediatamente à parte contrária a possibilidade de reperguntas. (MOUGENOT, 2012, p. 82).

Contraditório diferido, que ocorre posteriormente à produção da prova, ou seja, quando das alegações, debates, requerimentos e impugnações ulteriores efetuadas pelas partes. (MOUGENOT, 2012, p. 83).

Entende-se que ocorrendo à impossibilidade de efetivação do contraditório real, pela natureza da prova (interceptação telefônica) ou pela natureza do procedimento (inquérito policial), ou ainda pelo momento em que se realiza, deve ser garantido às partes o contraditório diferido, em respeito ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. (BOMFIN, 2012, p. 83).

Em uma visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juízo, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo, é necessário também que o juiz participe intensamente (LOPES JR, 2012, p. 241), ou seja, deve o magistrado fundamentar adequadamente suas decisões, e ao sentenciar observar a correlação acusação-defesa-sentença.

4.4.1 Princípio da ampla defesa

De acordo com o art. 5º, inc. LV, da Magna Carta: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger a defesa técnica e à autodefesa. (DE LIMA, 2012, p. 23).

A defesa técnica é aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. (DE LIMA, 2012, p. 24).

Já a autodefesa é aquela exercida pelo próprio acusado. É livremente dispensável, e tem por finalidade assegurar ao réu o direito de influir diretamente na formação da convicção do juiz e o direito de se fazer presentes nos autos processuais. (BONFIM, 2012, p. 84), bem como ela tem a finalidade de assegurar ao réu o direito de influir diretamente na formação da convicção do juiz (direito de audiência) e o direito de se fazer presente nos atos processuais (direito de presença). Assim, também, a necessidade de que o acusado seja interrogado presencialmente, conforme o preceito do art. 185 do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade.

Considerando, que no processo, o acusado é parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo. (NUCCI, 2007, p. 78).

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. (DE LIMA, 2012, p. 23).

Aliás, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório, o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação. (DE LIMA, 2012, p. 23).

Não supõe o princípio da ampla defesa uma infinidade de produção defensiva a qualquer tempo, mas, ao contrário, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado por lei (MOUGENOT, 2012, p. 83).

Observa-se também que há entendimento doutrinário, no sentido de que é possível subdividir a ampla defesa sob dois aspectos. (DE LIMA, 2012, p. 23).

Nesse sentido o ilustre doutrinador Renato Brasileiro de Lima, manifesta-se:

O aspecto positivo realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal e com a autoria. Por outro lado o aspecto negativo consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco e pontencialidade danosa à defesa do réu. (DE LIMA, 2012, p. 24).

Há de se ressaltar que, não importa se a prova tenha sido requerida pela defesa ou pela acusação. O direito de defesa, nesse aspecto relaciona-se com o dever que as partes no processo penal têm perante apuração da verdade. (BONFIM, 2012, p. 84).

4.5 DAS PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INDICIÁRIA E A AUSÊNCIA DA POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO NA FASE JUDICIAL

As provas produzidas na fase indiciária com prejuízo de repetição na fase judicial são aquelas denominadas provas não repetíveis, ou seja, provas em que ocorre o risco de desaparecimento do objeto em razão do decurso do tempo. (DE LIMA, 2012, p. 823).

Distingue-se a prova não repetível da prova cautelar, pois esta ocorre o risco do desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, podemos citar como prova cautelar a interceptação telefônica. Diante destas circunstâncias a parte só poderá contraditá-la depois de sua concretização, o que é denominado pela doutrina de contraditório diferido, postergado ou adiado. (DE LIMA, 2012, p. 116).

Já, a prova não repetível é aquela que uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória, como exemplo o exame pericial. (DE LIMA, 2012, p. 116).

Vislumbra-se que as provas não repetíveis, ante o perigo de que haja dispersão dos elementos probatórios em relação aos fatos transeuntes, independe de prévia autorização judicial, devendo sua realização ser determinada pela própria

autoridade judicial, imediatamente após tomar conhecimento da prática delituosa. (DE LIMA, 2012, p. 116).

Denota-se que na grande maioria dos casos, trata-se de provas técnicas que devem ser praticadas no curso do inquérito policial e cuja realização não pode ser deixada para um momento ulterior, ou seja, postergar para que seja realizada na fase judicial. (LOPES JR, 2006, p. 231).

Argumenta-se, pois, que pela impossibilidade de repetição em iguais condições, tais provas deveriam ser colhidas ao menos sob a égide da ampla defesa, posto que sejam provas definitivas e, via de regra, incriminatórias. (LOPES JR, 2006, p. 231).

Nesse sentido, é importante permitir a manifestação da defesa, para postulação de outras provas; solicitar determinado tipo de análise ou de meios; bem como formular quesitos aos peritos, cuja resposta seja pertinente para o esclarecimento do fato ou da autoria. (LOPES JR, 2012, p. 335).

Por outro lado, segue a posição do doutrinador Renato Brasileiro de Lima:

Portanto, em relação às provas não repetíveis, o contraditório também será diferido. Para que essas provas não repetíveis possam ser utilizadas no curso do processo, imperiosa será observância do contraditório sobre a prova, permitindo que as partes possam discutir sua admissibilidade, regularidade e idoneidade. (DE LIMA, 2012, p. 116).

Vislumbra-se que as provas não repetíveis devem preencher sub-requisitos do princípio da proporcionalidade, *ex vi* do disposto no art. 156, I, do CPP (BONFIM, 2012, p. 383).

No entanto, o incidente de produção antecipada da prova é uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa. (LOPES JR, 2012, p. 336).

Assim, entendemos que a publicidade ou ausência de segredo externo poderia ser limitada atendendo às especiais características do ato, tendo em vista o momento em que se realiza e o interesse em evitar prejuízos para a investigação e a prematura estigmatização social do sujeito passivo. (LOPES JR, 2012, p. 336).

Porém, não é necessário maior esforço para concluir que o IP carece das garantias mínimas para que seus atos sirvam mais além do juízo provisional e de verossimilitude necessários para adotar as medidas cautelares e decidir sobre a abertura ou não do processo penal. (LOPES JR, 2012, p. 333).

Ademais, as provas não repetíveis, ante ao perigo de que haja dispersão dos elementos probatórios em relação aos fatos transeuntes, independe de previa autorização judicial, pois é realizada pela autoridade policial. (DE LIMA, 2012, p. 116).

Busca-se com as provas não repetíveis, trazer aos autos elementos que construam uma versão o mais próxima possível do que efetivamente se passou quando da ocorrência do fato. (BONFIM, 2012, p. 383).

O incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de que será inviável a posterior repetição na fase processual da prova. (LOPES JR, 2006, p. 232).

Lopes Jr, ainda argumenta:

Ademais, para justifica-lo, deve estar demonstrada a relevância da prova para a decisão da causa. Em síntese, são requisitos básicos:

- a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença;
- b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparada por indícios razoáveis do provável perecimento da prova. (LOPES JR, 2006, p. 233).

Presentes os requisitos, o incidente deve ser praticado com a mãos estrita observância do contraditório e direito de defesa, logo:

- a) em audiência pública, salvo segredo justificado pelo controle ordinário da publicidade dos atos processuais;
- b) o ato será presidido por um órgão jurisdicional;
- c) na presença dos sujeitos (futuras partes) e seus respectivos defensores;
- d) sujeitando-se ao disposto para a produção da prova em juízo, ou seja, com os mesmos requisitos formais que deveria obedecer ato se realizado na fase processual;
- e) deve permitir o mesmo grau de intervenção a que teria direito o sujeito passivo se praticada no processo. (LOPES JR, 2006, p. 233).

Ora, existe sim o direito de defesa, como a possibilidade do indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva, ou negativa. Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa – técnica), poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer a sua defesa através de habeas corpus e do mandado de segurança. (LOPES JR, 2012, p. 345).

O verdadeiro problema do inquérito é que sua eficácia é insuficiente e deve ser potencializada, ou seja, o direito de defesa é um direito – réplica, que nasce com a agressão que apresenta para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. (LOPES JR, 2012, p. 346).

Conclui-se então que, existe o direito de defesa e contraditório (no sentido de acesso dos autos), o desafio é dar-lhes a eficácia assegurada pela Constituição. (LOPES JR, 2012, p. 347).

Vislumbra-se também a Súmula vinculante n. 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatórios realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Assim, a única forma de valorar na sentença condenatória um ato do inquérito policial dessa natureza, sem que tenha sido repetido em juízo, é através de produção antecipada, que opera como um instrumento para jurisdicionalizar e conceder-lhe o status de ato de prova. (LOPES JR, 2012, p.337).

Conclui-se então que, a produção antecipada de provas do IP tem sua eficácia relacionada aos requisitos mínimos de jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel produção na fase processual. (LOPES JR, 2012, p. 337).

4.6 DA LIVRE CONVICÇÃO E DO LIVRE-CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO E O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

De acordo com o sistema da íntima convicção, também conhecido como sistema da certeza moral do juiz ou da livre-convicção, o juiz é livre para valorar as provas. (DE LIMA, 2012, p. 862).

Porém o sistema da íntima convicção não foi adotado no ordenamento pátrio, pelo menos em regra. (DE LIMA, 2012, p. 862).

Vislumbra-se que o sistema adotado pelo ordenamento pátrio, é o sistema do livre-convencimento motivado, conforme expõe o art. 93, inc. IX, da CF, “[...] e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Não existe limites e regras abstratas de valoração (como no sistema legal de provas), mas tampouco há a possibilidade de formar sua convicção sem fundamentá-la (como na íntima convicção). (LOPES JR, 2012, p. 562).

Ora, se por um lado o juiz é livre para formar o seu convencimento acerca da prova, é imperativo que exponha, motivando as decisões que proferir. (BONFIM, 2012, p. 95).

Fica claro pelo texto da lei que o convencimento do juiz deve ser formado, em regra, a partir da prova produzida em contraditório judicial, sendo obrigatório que o magistrado fundamente sua conclusão. (DE LIMA, 2012, p. 866).

Aliás, o TJ/SC, já se manifestou da seguinte forma:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSOS DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO E PREVISTO NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. ROUBO QUALIFICADO PELA MORTE - LATROCÍNIO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ARTIGO 157, §3º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 14, CAPUT, DA LEI 10.826/2003). PRELIMINARES. (1) NULIDADE DA SENTENÇA INOCORRENTE. DECRETO CONDENATÓRIO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO EM TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO COLIGIDO AO FEITO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (ARTIGO 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). DESNECESSIDADE DE EXAMINAR EXPRESSAMENTE UMA A UMA AS TESES DEFENSIVAS. ACOLHIMENTO DE UMA QUE IMPLICITAMENTE REFUTA AS DEMAIS. (2) INTERROGATÓRIO JUDICIAL REALIZADO DE ACORDO COM OS PRECEITOS LEGAIS, DISPOSTOS NOS ARTIGOS 185 E SEGUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. QUESTIONAMENTOS CONDIZENTES COM OS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO GARANTIDOS DURANTE TODO O CURSO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PREFACIAIS RECHAÇADAS. MÉRITO. (1) LATROCÍNIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS PELA CONFISSÃO JUDICIAL, DEPOIMENTOS COLHIDOS EM JUÍZO E DEMAIS ELEMENTOS PERQUIRIDOS NA FASE INSTRUTÓRIA. ANIMUS FURANDI EVIDENCIADO. VIOLÊNCIA QUE RESULTOU EM MORTE DA VÍTIMA. CLARA INTENÇÃO DE SUBTRAIR O PATRIMÔNIO DO OFENDIDO. INVIABILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS CRIMES DE HOMICÍDIO E FURTO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO CRIME DE LATROCÍNIO, EM RAZÃO DE A MORTE TER SIDO CONSUMADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 610 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACUSADO QUE, AO TEMPO DO DELITO, ERA INTEIRAMENTE CAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE LAUDO PERICIAL E OUTRAS PROVAS JUDICIAIS. INOCORRÊNCIA DE ARREPENDIMENTO EFICAZ. ACUSADO QUE NÃO DESISTIU DE PROSSEGUIR NA EXECUÇÃO DO CRIME, TAMPOUCO INTERFERIU DE MODO A EVITAR A SUA CONCRETIZAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. (2) PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INSTRUÇÃO CRIMINAL QUE NÃO COMPROVOU A DATA DE AQUISIÇÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA PARA PERPETRAR A AÇÃO CRIMINOSA POSTERIOR. DÚVIDA QUE ENSEJA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO QUE, EMBORA GRAVES, SE AFIGURAM NORMAIS À ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A VALORAR A CONDUTA SOCIAL DO ACUSADO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES GENÉRICAS DA REINCIDÊNCIA E DISSIMULAÇÃO. QUANTUM DE AUMENTO DA REPRIMENDA QUE DEVE SER ADEQUADO À FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO), CONFORME PARÂMETROS ESTABELECIDOS POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL NESSE PONTO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO. (Apelação Criminal n. 2010.071234-0, de Lages, Relator Hilton Cunha Júnior, j. em: 18/11/2011).

No entanto, no momento em que for sentenciar o juiz que não encontrar suficientemente provada a acusação, deverá absolver o réu, em atenção ao princípio do *favor rei* ou *in dubio pro reo*. (BONFIM, 2012, p. 383).

Ora, o livre convencimento é, na verdade, muito mais *limitado* do que *livre*. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. (LOPES JR, 2012, p. 563).

Por outro lado, quando houver dúvida sobre o fato relevante para a decisão do processo, deve o magistrado aplicar o princípio do “favor do rei” (*in dubio pro reo*” ou *favor libertatis*”).

O princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusado e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada).

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL) E EXTORSÃO CIRCUNSTANCIADA PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 184, §1º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL.FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. CONDENAÇÃO INVIÁVEL. RES FURTIVA NÃO ENCONTRADA EM PODER DOS APELADOS. ADEMAIS, VÍTIMA QUE NA FASE JUDICIAL DISSE "ACREDITAR" QUE OS APELADOS TERIAM FURTADO SEUS BENS. PROVAS DA AUTORIA DELITIVA FRÁGEIS E INSUFICIENTES PARA A PROLAÇÃO DE UM ÉDITO CONDENATÓRIO. APLICAÇÃO NECESSÁRIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portando, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio (RT 619/267).

DELITO DE EXTORSÃO CIRCUNSTANCIADA PELO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 158, §1º, DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS POR DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHAS. ADEMAIS, CRIME FORMAL O QUAL A CONSUMAÇÃO INDEPENDE DA OBTENÇÃO DA VANTAGEM. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE".

[...] Ocorrendo o constrangimento da vítima, através de grave ameaça perpetrada por plurais agentes, para que aquela entregue a estes bens seus, resta caracterizado o delito previsto pelo artigo 158, § 1º, do Código Penal - extorsão circunstanciada pelo concurso de pessoas [...]” (Apelação Criminal n. 2008.009423-8, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 27-3-2012). (Apelação Criminal n. 2012.031538-6, de Rio do Campo, Relator: Marli Mosimann Vargas, j. em: 30/10/2012).

O princípio do *favor do rei* é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com a norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atente ao *jus libertatis* do acusado. (RANGEL, 2007, p. 32).

Assim, conforme explanado no presente capítulo, pode-se verificar que em determinadas circunstâncias, o inquérito policial deverá ser valorado como meio de prova, porém para que isso efetivamente ocorra, deve ele no momento de sua elaboração, adotar o princípio do contraditório e da ampla defesa, ainda que na fase policial, também chamada “administrativa” ou “inquisitorial”, e frisa-se, não apenas de forma sucinta, mas sim, para concretizar a sua eficácia evitando que na fase judicial, ocorram interpretações divergentes que possam anular a prova produzida, impedindo assim, a prestação jurisdicional justa visando salvaguardar os interesses dos jurisdicionados.

Ora, se as provas não repetíveis não poderão ser produzidas em juízo, porque não dar validade a elas, fazendo com que no momento de sua colheita, ou após, possa o defensor contraditar ou defender o interesse do acusado, uma vez que a própria Constituição Federal garante o exercício do contraditório e da ampla defesa, além da presunção de inocência, tanto na esfera judicial quanto na administrativa, conforme prevê o art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

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

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

Ademais, ocorrendo todo o procedimento de defesa na fase indiciária, poderá o juiz na sentença condenatória valorar as provas do inquérito policial com total segurança, sabendo assim, que foram oportunizados todos os meios de defesa lícitos previstos legalmente, para que o processo pudesse ser finalmente sentenciado.

Busca-se também de todas as formas esclarecer que a melhor maneira para elaborar uma acusação com imparcialidade é, manter afastado da fase preliminar o juiz, ou seja, o magistrado que proceder a sentença não deve ser o mesmo que defere as provas cautelares na fase inquisitorial.

Chega-se a conclusão de que o mais justo é permitir uma defesa digna na fase inquisitorial, ou seja, permitir o contraditório e a ampla defesa, para que somente assim, a prestação jurisdicional possa ser produzida com segurança, de forma justa e em igualdade de condições para as partes.

5 CONCLUSÃO

O inquérito policial é considerado como mero procedimento administrativo, tendo como sua principal finalidade buscar através de diligências indícios de autoria e materialidade do crime em questão. Observa-se que embora seja uma fase onde não haja contraditório e ampla defesa ela carrega consigo provas periciais que dificilmente serão repetíveis em juízo, estas sendo muitas vezes provas incriminadoras, causando assim prejuízo ao acusado.

Abordamos no segundo capítulo as provas. Provar nada mais é do que buscar a verdade plena referente ao crime e sua autoria. Entende-se, desta forma, que as provas são os meios pelo qual se procura chegar o mais próximo possível da verdade, para tanto a acusação e a defesa, buscam de todas as maneiras demonstrar a veracidade do que se afirma todos com a principal finalidade, de convencer o juiz de suas alegações para que ocorra a condenação ou absolvição do acusado.

No que concerne ao tema central do presente trabalho, há de se verificar que as provas colhidas no inquérito policial causam prejuízo ao acusado na fase judicial, tendo em vista que na fase indiciária não há contraditório e ampla defesa. Denota-se que o contraditório deve-se assegurar a ambas as partes, oportunizando-se assim a fiscalização dos atos praticados.

Quanto ao valor probatório do inquérito policial deduz-se que o inquérito tem valor relativo, ou seja, alguns doutrinadores adotam a teoria de que as provas não repetíveis em juízo servem também para um decreto condenatório, porém, existe outra corrente em que alega que inquérito serve apenas para dar instrumentos para que o Ministério Público promova a ação penal.

Vislumbra-se que, diante de tal divergência buscou-se esclarecer qual seria a corrente mais justa frente ao princípio do contraditório e da ampla defesa em nosso ordenamento jurídico. Desta forma, podemos concluir que, em regra deveria ser permitido o direito de defesa (técnica e pessoal – positiva e negativa) e contraditório (no sentido de acesso aos autos), ou seja, através do acesso da defesa do acusado às referidas provas produzidas ainda na fase policial, porém, o grande desafio é dar a eficácia assegurada pela Constituição ao inquérito policial, para que seja um procedimento mais justo e adequado ao Estado Democrático de Direito, evitando que o acesso amplo e irrestrito venha prejudicar o trabalho policial e do

Autor da Ação Penal, sem contudo ferir os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei no 4.824. Código de processo penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4.824.htm>. Acesso em: 20 abr. 2012b.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.521. Crimes contra economia popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm. Acesso em 20 abr. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 11.343. Lei de Tóxicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 20 abr. 2012

BRASIL. Decreto-Lei n. 8.906. Estatuto da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm . Acesso em 20 maio de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 11.690. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm. Acesso em 30 de out. de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 5.869. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 5.433/68. Microfilmagem de documentos oficiais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5433.htm. Acesso em: 30 de set. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 14. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enuncia_dos_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf. Acesso em: 25 de out. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 707. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800. Acesso em: 15 de out. de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n. 2012.048795-5 – falsificação de documentos públicos... Impetrante Franklin José de Assis, paciente Luiz de Azevedo. Relator: Torres Marques, DJ, 7 ago. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas-corpus* n. 222.550 – Corrupção ativa e fraude processual... Impetrante Luiz Alfredo de Souza e Mello e outro, Impetrado Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Pacientes Luiz Roberto Caldas Fagundes Rodrigues, Roberto Rodrigues e Nelson Florindo de Freitas. Relator: Ministro Og Fernandes, DJ, 19 jun. 2012.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**, São Paulo, Saraiva, 2012.

BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de mar. 2012a.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.
DAURA, Anderson Souza. **Inquérito policial: competência e nulidades de atos de polícia judiciária**. Paraná: Revista e atual Curitiba, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1997.

GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito Procedimento Policial**. Goiânia: Ed.AB, 2002.

LOPES JR, Aury, **Direito Processual Penal**, São Paulo, Saraiva, 2012, 9ª Edição.

LOPES JR, Aury, **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, **Curso de Processo Penal**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2011.063436-2** – Ação Penal – Furto duplamente qualificado...Apelante Everton Vieira Moura e Ramon Crispim da Rosa, Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Jorge Schaefer Martins, DJ, 17 out. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2010.074211-6** – Apelação Criminal – Roubo circunstanciado... Apelante João Pedro Rodrigues, Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas, DJ, 9 ago. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2010.034133-0** – Crime contra patrimônio... Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Edgar Pereira Chaves, Apelado Ministério Público de Santa Catarina, Edgar Pereira Chaves e Neilor Lisboa. Relatora: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schefer, DJ, 24 mai. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal n. 2010.024445-2** – Tráfico de drogas... Requerente Davi Pereira dos Santos. Relatora: Janice Goulart Garcia Ubialli, DJ, 29 fev. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2012.025763-7** – Crime de furto qualificado... Apelante Luciano Valdeli Soares, Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato, DJ, 29 mai. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2011.087760-1** – Tentativa de estupro... Apelante G.B., Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva, DJ, 01 mar. 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2010.071234-0** – Recurso de defesa e da acusação... Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Alcimar Buzzi Oliveira, Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Alcimar Buzzi Oliveira – curador (Antônio Carlos Audibert). Relator: Des. Hilton Cunha Júnior, DJ, 20 out. 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 2012.031538-6** – Crimes contra patrimônio... Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Apelado Roberto Stoeberl e Apelada Ingrid Pereira de Oliveira Kaucz. Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas, DJ, 23 out. 2012.

TOURINHO FILHO, **Manual de Processo Penal**, São Paulo, Saraiva, 2011.