

MEIOS DE PROVA E MEIOS DE BUSCA DE PROVA

SUMÁRIO: 6.1 Considerações iniciais – 6.2 O fundamento normativo da iniciativa instrutória do juiz – 6.3 Meios de busca de prova e meios de prova: uma questão conceitual – 6.4 Meios de prova: 6.4.1 Exame de corpo de delito e as perícias em geral; 6.4.2 Interrogatório do acusado; 6.4.3 Depoimentos de testemunhas; 6.4.4 Oitiva do ofendido; 6.4.5 Acarreação; 6.4.6 Reconhecimento de pessoas e coisas; 6.4.7 Documentos – 6.5 Meios de busca de prova: 6.5.1 Busca e apreensão; 6.5.2 Interceptação das comunicações telefônicas; 6.5.3 Quebra do sigilo bancário e fiscal; 6.5.4 Inspeção judicial; 6.5.5 Meios de busca de prova nas ações praticadas por organizações criminosas.

6.1 Considerações iniciais

Abusca por um exame analítico da iniciativa instrutória do juiz ao longo do processo penal não é tarefa das mais fáceis. Com efeito, além de ser encontrada em vários momentos e sob diferentes modelagens, não há como se olvidar de sua inserção em um corpo legislativo cujo cenário fora desenhado no início da década de quarenta e, dessa forma, sujeito às influências de uma arcaica herança jurídico-cultural. A rota, todavia, acabou sendo alterada com a nova ordem constitucional.

Diante de tal quadro, e considerando os diversos tópicos a exigir análise bem como a multiplicidade dos procedimentos previstos, optou-se por uma exposição inicial à luz de um foco geral, mais precisamente, na busca pelo fundamento normativo da iniciativa instrutória para, posteriormente, examiná-la em face dos diferentes meios, tanto de prova, quanto de busca de prova. Evita-se, assim, desnecessária, senão enfadonha, repetição quando da abordagem do tema ao longo dos inúmeros procedimentos penais,¹ previstos, quer no corpo do Código, quer nas legislações extravagantes.

¹ Nunca é por demais lembrar a distinção entre processo e procedimento. Enquanto o primeiro configura instrumento necessário para que o Estado concretize o poder-

6.2 O fundamento normativo da iniciativa instrutória do juiz

No exame da legislação processual vigente, o art. 156² sobressai como o dispositivo normativo que fundamenta, em caráter geral, toda e qualquer iniciativa instrutória do julgador. Assim, muito embora recaia o ónus probatório ao sujeito processual parcial responsável pela alegação que se pretende ver provada — prevalente, senão exclusivamente, o órgão acusador por força do princípio constitucional da presunção da inocência —, abriu o legislador processual espaço para que o juiz buscasse, durante a instrução, ou mesmo antes de proferir a sentença, maiores esclarecimentos por ele considerados necessários, senão indispensáveis, para dirimir dúvida emergente sobre ponto relevante.³

dever jurisdicional, o segundo é “o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampe os atos e fórmulas da ordem legal do processo” (Antonio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria...*, cit., 275). Ver ainda: Rogério Lauria Tucci. *Processo e procedimentos penais. Separata da Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.], vol. 345, p. 141-154.

³ “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. É importante notar que o Anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado por Hélio Tornaghi acabou mantendo dispositivo semelhante, redigido, todavia, de forma mais aberta: Art. 245, § 2.º: “O juiz poderá determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Já no Anteprojeto de Código de Processo Penal de autoria do Prof. José Frederico Marques e publicado no *Diário Oficial da União*, Poder Judiciário, Suplemento 118, de 29.06.1970, p. 1-82, além do art. 305 ter repetido a redação do atual art. 156, a iniciativa instrutória do juiz acabou sendo expressamente referida no âmbito dos poderes e deveres do julgador, mais precisamente no art. 73: “Cabrá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Cumprir ressaltar, por fim, ter a atual fórmula do art. 156 sido mantida ainda, pelo Anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado recentemente pela comissão presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover.

⁴ “Embora a iniciativa da produção das provas pertença às partes, nos termos do art. 156 do CPP, interessadas que são em fornecer elementos pertinentes ao que pleiteiam, permitido está o juiz que, de ofício, determine diligências para dirimir dúvidas sobre o ponto relevante” (TACrimSP, rel. Ferraz Nogueira, *JTA CrimSP* 94/374).

Não se trata, porém, de uma aventura irresponsável e sufocadora da atuação dos sujeitos parciais. Em um processo penal democrático, cujos contornos acusatórios foram reforçados pela Constituição Federal de 1988, cabe aos sujeitos processuais parciais, originariamente, porém não exclusivamente, a condução do caminho pela trilha instrutória. Tarefa árdua, sem dúvida, mas jamais aniquiladora da atuação judicial. Afinal, a marcha processual, como mencionado, realiza-se de maneira cooperatória. A dialética e o confronto, naturais que são, principalmente entre os sujeitos parciais, não impedem o caminhar rumo a um destino. Isto porque a síntese das energias antagônicas é gerenciada por um sujeito imparcial que não mais pode ser galgado àquela posição comumente referida como superior, distante e inatingível. Ao contrário, e por mais revolucionário que a assertiva possa aparentar, caminha este lado a lado com aqueles. É a confiança gerada e fundada em sua imparcialidade que imprime respeito e segurança nas correções de rota por ele efetuadas. É nesses precisos termos que a iniciativa instrutória do juiz, longe de ser antecipada ou prematura, deve ser suplementar ou complementar. Não se cuida, por outro lado, de inviabilização ou enfraquecimento do exercício do poder-dever jurisdicional. Ao contrário, apenas se lhe confere contornos mais consentâneos com um Estado que se pretenda Democrático de Direito, ou seja, um Estado no qual toda e qualquer parcela de poder é regida pelo direito e exercida democraticamente.

Assim, sendo supletiva e complementar, “conseqüentemente, deve ser comedida a atuação do magistrado, colocando-se equidistante das partes, e não empenhando-se ao lado de uma contra a outra, seja desenvolvendo atuação *policial*, seja de advogado de defesa. A lei lhe faculta determinar diligência, é certo que mesmo sem provocação das partes, mas sempre que isso for necessário para elucidação de pontos capitais: sem o que não poderá formar a sua convicção. Prudência e senso de oportunidade devem ser seus guias”.⁴

⁴ Edgard Magalhães Noronha. *Curso de direito processual penal*. 21. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 91. Os nossos tribunais caminham, aliás, no mesmo sentido: “A lei processual penal atribui ao juiz faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução, quer a final, antes de proferir sentença. Assim, não estará, na busca da verdade real, sujeito a preclusões, sendo-lhe vedado apenas exceder os limites do admissível, determinando a realização de diligências sem qualquer vínculo com os fatos ou demais provas dos autos (...)” (TACrimSP, Correição, Parcial 488.853-4, 5.ª Câm., rel. Ferraz Nogueira, j. 08.09.1987, *RT* 626/318). A excepcionalidade da iniciativa instrutória é, também, reconhecida pelos tribunais: “Se nada há de estranhável, dada a peculiar

E, além do natural e lógico freio às iniciativas antecipadas e prematuras, deve o juiz atentar, rigorosamente, para os ditames decorrentes da observância intransigível do devido processo penal. Vale dizer: toda e qualquer iniciativa instrutória pressupõe o atendimento dos requisitos relativos a um juiz natural, independente e imparcial, tendo espaço somente quando o relevante estado de dúvida for, a princípio, superável por força de uma diligência viável e pertinente em atenção, pois, à regra do *in dubio pro reo* como decorrência do princípio da presunção de inocência. E, nestes precisos termos que a determinação judicial haverá de ser motivada propiciando aos sujeitos parciais não só o conhecimento das razões que levaram à adoção de um comportamento excepcional no âmbito da marcha processual, mas também os fundamentos para uma futura e eventual impugnação. E, por ocasião de sua concretização, não poderá a iniciativa instrutória do juiz recair sobre provas vedadas — ilícitas e/ou ilegítimas — devendo, ainda, ser efetivada sob o manto da publicidade, assegurando, por fim, o respeito incondicional ao contraditório e à ampla defesa.

6.3 Meios de busca de prova e meios de prova: uma questão conceitual

São conhecidas as múltiplas significações do termo prova.⁵ Mas sob uma ótica processual, pode-se enfocá-la à luz de sua importância para a reconstrução histórica dos fatos, indicando, assim, o conjunto de atividades concretizadas, tanto pelos sujeitos parciais, quanto pelo juiz, de modo a sustentar, respectivamente, as suas pretensões e as suas decisões.⁶ Mas por vezes o termo é empregado para indicar os instrumentos pelos quais os

natureza do processo penal, que o juiz diligencie na obtenção de provas importantes, o certo é que esta atividade é excepcional" (TACrimSP, Ap. rel. Renato Talli, JTACrimSP 69/339).

Alas, sob o aspecto filosófico, a prova é associada às formas pelas quais se tem-se o conhecimento de algo. Nesse sentido assinala Nicola Abbagnano, *op. cit.*, p. 805: "Procedimento apto a estabelecer um saber, isto é, um conhecimento válido. Constitui prova todo conhecimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exibir um documento, testemunhar, efetuar uma indução são P, tanto quanto as demonstrações matemáticas e da lógica".

Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito de prova*, ... *cit.*, p. 41. Ver ainda: Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho, *As modalidades*, ... *cit.*, p. 117; e Helio Tomaghi, *Comparação de provas penais*, Rio de Janeiro: José Kofino, 1967, t. II, p. 677.

fatos são transportados e introduzidos no processo, tratando-se aí dos chamados *meios de prova*.⁷

Nesse campo, não há como se confundir os meios de prova com os denominados meios de busca de prova. De fato, enquanto os primeiros constituem os instrumentos (documentos, depoimentos de testemunhas, exames periciais etc.) que levam ao conhecimento dos sujeitos processuais os fatos, os segundos são as próprias medidas tendentes à busca, à coleta, à obtenção, enfim, de provas (busca e apreensão, interceptação telefônica, quebras de sigilo bancário e fiscal e as inspeções judiciais) as quais serão, posteriormente, instrumentalizadas e transportadas até o processo para conhecimento e apreciação de todos.⁸

6.4 Meios de prova

Em um regime processual penal compatível com a iniciativa instrutória do julgador, uma previsão de caráter geral, como aquela estabelecida pelo art. 156 do CPP, seria plenamente suficiente. Contudo, não foi esta a lógica seguida pelo legislador que optou por reforçar a orientação geral em vários pontos do ordenamento jurídico processual penal, quedando-se silente, curiosamente, em outros.

De qualquer modo, os diversos meios de prova constituirão o ponto de partida da análise, justamente em razão da possibilidade de suas concretizações em qualquer uma das formas procedimentais. E um estudo que se pretenda completo certamente não poderia se contentar com o rol fixado pelo Código de Processo Penal, reconhecidamente exemplificativo, impon-

do Trazendo importantes subsídios para diferenciar as diversas terminologias aqui enfrentadas, esclarece Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas*, ... *cit.*, p. 204: "(...) são fonte de prova os fatos percebidos pelo juiz, dos quais se obtêm, graças a uma operação mental, o conhecimento dos mesmos fatos ou de outros que interessem ao processo. As razões que o juiz deduz da fonte de prova são os *meios* ou argumentos da prova. É meio de prova são os instrumentos adequados para fixar a prova em juízo. Assim sendo, o meio de prova fixa em juízo os fatos fonte da prova e o fato que deve provar-se se deduz desta fonte, e não do meio". Eugenio Florian, *De las pruebas periciales*, Bogotá: Temis, 1964, vol. 1, p. 175, p. 175, observa: "(...) método de prueba es la operación en virtud de la cual se verifica el contacto, directo o indirecto entre el juez juntamente con los demás sujetos procesales) y el objeto de prueba". Ver, ainda: Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito de prova*, ... *cit.*, p. 41.

Ada Pellegrini Grinover, *Liberdades públicas*, ... *cit.*, p. 201-203. Ver ainda: Franco Cordero, *Princípios de direito penal*, ... *cit.*, p. 171.

do-se, dessa forma, a inclusão de outros meios de prova, tais como aqueles previstos em legislações extravagantes.

6.4.1 Exame de corpo de delito e as perícias em geral⁹

Além da possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a realização de exames de corpo de delito ou mesmo perícias de qualquer natureza por força da regra geral insculpida pelo art. 156, estabeleceu o legislador, ainda, a possibilidade de serem determinadas complementações ou esclarecimentos naqueles laudos já apresentados pelos peritos oficiais.¹⁰

Mas, como se tem dito, trata-se, por força de um processo penal denso, crítico que se procurará implementar, de medida excepcional, cabível somente quando as contradições ou mesmo as obscuridades existentes – não superáveis por outros elementos probatórios – forem a tal ponto relevantes,

⁹ Regulados pelo CPP nos arts. 158 *inque* 184.

¹⁰ É o que resta estabelecido por força do art. 181 do CPP: “No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo”. Mas é certo que a existência de divergência entre os peritos oficiais torna obrigatória a necessidade de nomeação de um terceiro perito, e a persistência de divergências abrirá espaço para a realização de um novo exame, desta feita, por outros peritos. Com efeito, dispõe o art. 180: “Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos”. No Anteprojeto de Código de Processo Penal de Hélio Tornaghi, os dispositivos ficaram assim redigidos: Art. 313: “O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”. Art. 314: “No caso de inobservância de formalidade ou de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade policial ou judiciária mandará suprir a formalidade ou completar ou esclarecer o laudo”; Art. 315: “Nos casos dos arts. 313 e 314 a autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente”. Nesse sentido, o Anteprojeto do Prof. José Frederico Marques foi bem mais enfático ao prever, em vários momentos, a possibilidade de realização de perícias *ex officio*. Nesse sentido, era a redação do art. 367, § 1.º: “O juiz determinará a realização de prova pericial de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”. E determinou, ainda, o art. 380: “O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, nova pericia”. Na proposta de reforma do Código de Processo Penal, elaborada pela comissão presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover e publicada em *entente especial* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, não foram alteradas as redações dos arts. 180 e 181.

que qualquer convicção do juiz restaria prejudicada, tornando-se imperiosa, assim, a tentativa de obtenção de um melhor acerto fático.

É igualmente certo que essa tentativa a ser implementada com os esclarecimentos dos peritos ou mesmo com a complementação do laudo apresentado, deve, de qualquer forma, apresentar-se viável, pois, do contrário, o estado de dúvida seria intransponível, tornando obrigatória a aplicação da regra do *in dubio pro reo*.¹¹

Diante de tal quadro, fica patente o reconhecimento de uma liberdade do julgador que, entretanto, não é ilimitada. Ao contrário, estará circunscrita aos motivos e às razões obrigatoriamente expostos de maneira fundamentada, equilibrada e ponderada, evitando-se, assim, antecipações indevidas quanto ao mérito. Da mesma forma, estar-se-á propiciando aos sujeitos parciais o conhecimento dos motivos invocados para a iniciativa, abrindo-se, ainda, caminho para contrariedades.¹²

Aliás, não seria compreensível que o juiz estivesse invianavelmente vinculado à conclusão apresentada pelos peritos oficiais, porquanto a ele “se deve deixar maior liberdade de movimentos, no afã de assehorar-se da realidade dos fatos e da verdade dos acontecimentos, quer providenciando para que venham para os autos todos os elementos úteis de esclarecimento, quer estendendo as suas investigações teóricas, no domínio das ciências, das artes e dos negócios, em forma de poder dar, por si, a solução adequada a quantos problemas venha o desenvolvimento do processo submeter à sua apreciação”.¹³

¹¹ Já era a solução dada por C. J. A. Mittermayer, *Tratado...*, cit., p. 283-284: “O que se deve fazer é provocar um novo exame de factos, sendo possível. No caso contrário, os tribunales não poderão resolver a dificuldade, sendo applicando as regras usadas no caso de desacôrdo entre as testemunhas, isto é, a verossimilhança dos depoimentos, sua forma, e, por ultimo, tambem a pluralidade de opiniões; e, em ultima analyse, o juiz deverá seguir a opinião mais favoravel ao reu”.

¹² “Se as partes não são intimadas de complementação de perícia, efetivada para cumprimento de decisão judicial que converteu o julgamento em diligência, a sentença que vem a ser proferida com base nos novos elementos de prova é de ser anulada máxime se o *dominus litis* e a defesa arguíam a nulidade” (TACrimSP, rel. Dínio Garcia, *JTA CrimSP* 14/237).

¹³ Eduardo Espínola Filho, *Código...*, cit., vol. II, p. 527. Tem sido, também, a lição dita de nossos tribunais: “Uma perícia técnica não vincula o convencimento do juiz. Assim, não considerando satisfatórios os esclarecimentos consubstanciados em laudo, pode o magistrado, livremente, determinar realização de nova prova pericial, abrangendo o todo ou apenas parte do objeto dos exames técnicos já realizados” (TACrimSP, rel. Roberto Martins, *JTA CrimSP* 24/344).

6.4.2 Interrogatório do acusado¹⁴

Conquanto inserido formalmente no campo relativo à prova, não pode ser afastado do interrogatório um caráter que também lhe é inerente, qual seja, o exercício de defesa, mais especificamente da auto-defesa.¹⁵ E nestes termos posiciona-se como ato necessário ao desenvolvimento de um devido processo,¹⁶ tanto que sua repetição poderá dar-se a qualquer momento da marcha processual.¹⁷

Por força da atual sistemática, a realização de um novo interrogatório encontraria respaldo desde que algum elemento, não suficientemente esclarecido anteriormente e relevante para a formação da convicção do julgador, necessitasse de maiores ou melhores esclarecimentos.¹⁸

⁽¹⁴⁾ Regulado pelo CPP nos arts. 185 *usque* 196.

⁽¹⁵⁾ “O interrogatório constitui meio de prova e também meio de defesa, este pessoalmente exercitado pelo réu” (STF, RHC. rel. Antonio Neder, RTJ 77/58).

⁽¹⁶⁾ O Supremo Tribunal Federal tem considerado ser indispensável a realização do interrogatório (HC 51.913, DJU 02.09.1974).

⁽¹⁷⁾ Conforme preceitua o art. 196. “A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório.” O dispositivo foi mantido tal e qual pelo Anteprojeto do Código de Processo Penal de Hélio Tornaghi, art. 262. O Anteprojeto de José Frederico Marques foi ainda mais abrangente, permitindo a realização de interrogatório sempre que o juiz entendesse conveniente (art. 311, III). Na reforma do Código de Processo Penal, elaborada pela Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, o dispositivo foi mantido, acrescentando-se, apenas, que a repetição do interrogatório poderia decorrer de determinação, de ofício, ou mesmo em razão do acolhimento de pedido fundamentado de qualquer das partes, reforçando, assim, o seu caráter duplice: meio de prova e de defesa. O resultado foi o seguinte: “A todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”. De qualquer modo, a previsão expressa pelo art. 196 do CP não é nova, conforme informa José Antonio Pimenta Bueno, *Apointamentos sobre o processo criminal brasileiro*, 4. ed., anotada por Vicente Ferrer de Barros W. Araújo. Lisboa: Livraria Classica, 1910. Com efeito, tal medida já era permitida pelo Código de Processo Penal de Primeira Instância de 1832: “Em qualquer estado da causa o juiz, *ex-officio*, ou a requerimento da parte, pode dirigir, desde que vir que são necessárias novas perguntas ao acusado, para o fim de estabelecer algum facto (...)” (p. 249).

⁽¹⁸⁾ Nesse sentido: “O juiz não é obrigado a fazer novo interrogatório, sendo-lhe facultado agir assim se, no curso da ação penal, surgirem elementos nos rumos predominantes (CPP, art. 196)” (STJ, RHC 2.284-SP, rel. Edson Vidigal, DJU 16.11.1992, p. 21.152).

E, nesse campo, em um processo não regido pelo princípio da identidade física do julgador, mostra-se no mínimo conveniente a repetição do interrogatório, sempre que o juiz sentenciante não for o mesmo que houver presidido aquele ato.¹⁹ Isto porque o contato pessoal com o réu é fundamental para a integração da convicção do julgador. De fato, diversamente de uma análise *antepositoria* sobre registros escritos – invariavelmente fria e, eminentemente técnica –, o novo interrogatório permitiria não só um novo cotejo com os demais elementos de convicção já colhidos, mas, sobretudo, um exame das próprias reações do acusado com uma melhor compreensão de sua índole e personalidade. Atender-se-ia, dessa forma, à personalidade e imediatidade inerentes ao ato, invocadas e lembradas, apenas e lamentavelmente, como obstáculos para a intervenção dos outros sujeitos processuais.²⁰

De qualquer modo, é sobretudo no interrogatório que se deve pôr fim, de uma vez por todas, ao vezo inquisitório que permitia ao juiz, em outros tempos, impor ao interrogado temor e medo, de modo a arrancar-lhe confissões e confissões. Afinal, não se presta a presunção da inocência, agasalhada pela Constituição Federal, a vazias consagrações formais, restritas a discursos acadêmicos. É mandamento orientador de condutas e comportamentos, e, nesse espectro, jamais poderá posicionar-se o julgador como partidário da acusação.²¹ Impõe-se, nesse sentido, o respeito ao direito ao silêncio de forma efetiva e sem que dele decorram qualquer conclusão e convicção desfavoráveis ao réu.

⁽¹⁹⁾ A atual sistemática estabelece, contudo, como uma faculdade, conforme preceitua o art. 502, par. ún. “O juiz poderá determinar que se proceda, novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal”.

⁽²⁰⁾ Como aponta Eduardo Espínola Filho, *Código...*, cit., vol. II, p. 556: “É dum importância extraordinária aferir a confiança ou o desânimo, que manifesta o interrogado, quanto à possibilidade de aniquilar essa prova”.

⁽²¹⁾ É triste constatar, no Brasil, o enraizamento de práticas culturais a despeito de estarem sepultadas, há muito, pela doutrina e pela legislação. Nesse sentido, José Antonio Pimenta Bueno, op. cit., analisando a legislação processual penal imperial, já rechaçava, com vigor, qualquer atitude desviada da imparcialidade por parte do julgador quando do interrogatório. “Do deduzido se manifesta que o juiz de direito não deve por modo algum dirigir perguntas insidiosas ao acusado, deixar entrever promessas de absolvição ou ameaças para seduzi-lo e arrancar confissão porventura falsa: não deve envolvê-lo em contraditões ou abusar do seu talento, gerando no espírito do jury prevenções nocivas à defesa. Pelo contrário, deve mostrar-se imparcial como a lei, de quem é órgão, e isento de ódio e compaixão” (p. 248). Aliás, no Anteprojeto do Código de Processo Penal de Hélio

6.4.3 Depoimentos de testemunhas²²

Embora esteja o juiz adstrito à oitiva das testemunhas arroladas pelos sujeitos parciais, tal não implica em proibição de proceder à inquirição de outras que lhe pareçam úteis ou mesmo necessárias para o esclarecimento de pontos relevantes na busca pelo melhor acerto fático.²³ Trata-se, conforme observado por Eduardo Espínola Filho, de prática natural em um sistema probatório que se opõe ao das provas legais (comum ao modelo inquisitório) e que foi substituído "pelo da liberdade da prova, [de forma que] um dos postulados do moderno processo penal é a iniciativa, que se reconhece ao juiz de, independentemente de qualquer alegação das partes, determinar as diligências, que entender necessárias à completa e real apuração da verdade".²⁴ São estes, aliás, os ideais que informam a regra prevista no art. 209 do CPP.²⁵

Entretanto, num processo democrático, em que a iniciativa instrutória do juiz não deve ser hipertrofiada e tampouco sobrepujar a atividade dos

Tomagni, válidas foram as propostas de se regular a natureza das perguntas efetuadas pelo juiz, cobrindo-se aquelas capciosas, bem como as promessas de recompensas. Com efeito, dispunha o art. 253: "O juiz não deve dirigir ao acusado perguntas vagas, obscuras, equívocas ou insidiosas; devem fluir um das outras em ordem natural. Há de ser evitada a feitura de perguntas em que se tomem como já admitidos fatos que ainda não o tenham sido ou que indiquem pelo nome ou qualquer outro meio os partícipes procurados". Na mesma linha dispunha o art. 254: "É vedada a promessa de recompensa de qualquer natureza, e bem assim o uso de ameaças, de meios coativos ou de processos de enfraquecimento da vontade do acusado".

⁽²²⁾ Regulado pelos arts. 202 *usque* 225 do CPP.

⁽²³⁾ E não há nada de extraordinário em medidas que tais, conforme têm decidido, reiteradamente, os nossos tribunais. "É que o procedimento *ex-officio* constitui corolário do princípio da verdade real, motivo pelo qual, na esteira das lições de doutorinares de porte e de manifestações expressivas dos tribunais, o ato judicial questionado não caracterizou cercamento de defesa, nem afronta ao curso legal do processo (...). Assim agindo, demonstrou o ilustre juiz que não é simples espectador da marcha processual, e da produção de provas, mas órgão dotado de poderes na direção do feito, preocupado com a apuração da verdade, no esgotamento das fontes de informação (...)" (TJSP, Correição parcial 134.888, rel. Márcio Bonilha, RT 511/351).

⁽²⁴⁾ *Código...*, cit., vol. 2, p. 78.

⁽²⁵⁾ Art. 209: "O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes". § 1.º: "Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem".

sujeitos parciais, a permissão legal deve ser empregada em caráter complementar, sendo cabível somente quando um quadro já tiver sido por aqueles apresentado. E será sobre tal quadro, então, que deverá recair uma análise acerca da necessidade e da pertinência de maiores acertos fáticos. Sem acerto, o caminho para a antecipação estaria aberto e a iniciativa do juiz, este freio, o caminho para a complementação, evidenciaria longe de atropelo da marcha processual imprimida pelos sujeitos parciais.²⁶ Verdadeiro atropelo da marcha processual instrutória, a determinação de oitiva E como toda e qualquer iniciativa instrutória, a determinação de oitiva de nova testemunha — ou mesmo a reinquirição daquela já ouvida — deve estar cercada por motivos suficientemente razoáveis para a sua realização. Em outras palavras, cumprirá ao juiz indicar os fatos cujos esclarecimentos se façam necessários e, obviamente, no que a testemunha, em tese, poderia contribuir para tanto. Somente assim, estariam os sujeitos parciais devidamente munidos para o exercício de um contraditório efetivo por ocasião da audiência.

Mas há de ser repensada a forma de inquirição das testemunhas, não havendo mais espaço, em um processo penal inspirado pelo espírito democrático, para o festejado e culturalmente enraizado sistema presidencial.²⁷ Nesse sentido, mais lógica apresenta-se a experiência "adversarial" com as correções de rota que a tornem mais adequada a um processo cooperatório desenvolvido por todos os sujeitos, sem que ao juiz caiba, apenas, um imobilismo de todo inaceitável.

Assim, a cada sujeito parcial, incumbiria, inicialmente, a inquirição da testemunha por ele arrolada, o que seria realizado diretamente, ou seja, sem a interferência prévia do juiz, a quem, de qualquer forma e por óbvio, caberia o poder-dever de fiscalizar e interferir, sempre que necessário, para o bom andamento dos trabalhos. Nesses termos, a formulação "adversarial" traz inegáveis benefícios justamente por abrir espaço para que a plotação da prova seja efetuada, inicialmente, pelo sujeito parcial respon-

⁽²⁶⁾ Eduardo Espínola Filho. *Código...*, cit., vol. II, p. 78.

⁽²⁷⁾ Conforme preceituado pelo art. 212: "As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem em repetição de outra já respondida". Não consideramos adequada a caracterização da forma presidencial de inquirição de testemunhas como manifestação inerte à iniciativa instrutória do juiz. Esta toma corpo quando o juiz, espontaneamente, busca novas fontes de prova. A inquirição, nos moldes abraçados pelo Código de Processo Penal, aproxima-se da inquisitorialidade que, embora possa informar, a iniciativa instrutória com ela não se confunde.

sável pela introdução daquela fonte no processo. Conhecedor, a princípio em tese, do conteúdo daquilo que será exposto pela testemunha, nada mais natural que o sujeito parcial explore a fonte, obtendo, assim, as provas que lhe pareçam necessárias e suficientes para reforço de sua(s) tese(s). E, após assistir a tal embate – interferindo quando a preservação do equilíbrio essencial ao processo assim o exigir –, poderá o juiz efetuar as perguntas essenciais ainda, úteis ou necessárias.²⁸ Evitam-se, com isto, inaceitáveis hipotrofnas de qualquer um dos sujeitos processuais. Ou seja, se, por um lado, não ficam as partes subordinadas integralmente à atuação do julgador, por outro, não ficará este refém de eventuais táticas elaboradas sob os auspícios da parcialidade, e inegavelmente perniciosas ao melhor acerto fático possível.

E, nessa linha de raciocínio, é importante ressaltar que, na hipótese de inquirição da testemunha cuja oitiva fora determinada, de ofício, pelo julgador, incumbirá a este, por óbvio, a exploração inicial da fonte probatória, abrindo, assim, espaço para que os sujeitos parciais tenham melhor ciência sobre os pontos que se pretendem ver esclarecidos ou complementados.

6.4.4 Oitiva do ofendido

Em um processo estruturado para servir de instrumento de atuação da vontade estatal representada pela aplicação do direito penal na solução de conflitos de interesses de alta relevância social, é natural que a oitiva da vítima assumam papel de vital importância.²⁹

²⁸ Há uma certa resistência a mudanças drásticas no processo penal, o que é absolutamente natural, notadamente quando a repetição de certas formas assume proporções de enraizamento cultural. Mesmo assim, na reforma do Código de Processo Penal, proposta pela comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, houve um aceno a mudanças – embora não no grau aqui delineado – no que se refere à forma de inquirição das testemunhas, cristalizado que foi na nova proposta de redação do art. 212 do CPP: “As perguntas da parte serão formuladas diretamente à testemunha, indeliberando o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

²⁹ É por isso que o legislador determina, no art. 201, *caput*, do CPP, que, “sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações”, ideal este complementado pelo disposto no parágrafo único: “Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade do Supremo Tribunal Federal, todavia, tem considerado ser facultativa a oitiva do ofendido (STF, RTJ 62/532)”.
 191

191
 Todavia, caso não tenha esta sido ouvida, quer por desídia dos sujeitos parciais, quer mesmo por outros fatores, possível será ao juiz intervir na marcha processual com o fito de concretizar o ato. Aliás, mesmo após a oitiva do ofendido, nada obstará que o juiz, reconhecendo a necessidade de maiores esclarecimentos, ordene a sua repetição. De qualquer modo, a ausência de determinação legal referentemente a estas situações não impede, por óbvio, a aplicação da regra geral prevista no art. 156 do CPP.

6.4.5 Acarreação³⁰

Conforme pontuado por Eduardo Espínola Filho, denomina-se acarreação, ou “carreação, o ato processual, pelo qual são submetidas a confronto pessoas que, no processo, prestaram declarações em choque, sobre fatos ou circunstâncias relevantes, visando, com a explicação dos pontos em desarmonia, pôr termo à divergência”.³¹

É certo que um confronto – constrangedor por essência e de duvidosa eficácia – somente deve ser levado a efeito quando as divergências constatadas versarem sobre aspectos relevantes para o deslinde da causa, justamente por ser a desarmonia nos relatos sobre acontecimentos pretéritos circunstância natural e previsível, causada, fundamentalmente, pela notória diversidade das percepções humanas diante do mesmo acontecimento.

De qualquer modo, trata-se de evidente medida destinada ao esclarecimento de ponto(s) surgido(s) como obscuro(s) ou contraditório(s) em face da prova oral colhida. E, nesse sentido, a sua finalidade coincide com a necessidade de melhor acerto fático, justamente por abrir espaço para possíveis esclarecimentos acerca das divergências constatadas, permitindo, ainda, observação e análise sobre as reações dos acarreados.³² Dessa forma, além de ser requerida pelos sujeitos parciais, poderá ser determinada de ofício em uma evidente manifestação da iniciativa instrutória que é

³⁰ Regulada pelos arts. 229 e 230 do CPP.

³¹ Código..., cit., vol. III, p. 112.

³² Aliás, o Anteprojeto de Código de Processo Penal apresentado por Hélio Tomaghi continha dispositivo que impunha ao juiz o dever de observar e analisar as diferentes reações apresentadas pelos acarreados, deixando consignada, inclusive, a sua impressão especialmente quanto à sinceridade deles. Com efeito, fixava o art. 297: “A autoridade fará lavar ata de tudo quanto se houver passado durante a acarreação, consignando as perguntas e respostas, descrevendo a atitude de cada um dos acarreados e fazendo constar a impressão colhida quanto à sinceridade deles”.

reconhecida ao julgador.³³ Ora, “visando a acareação dirimir divergências para obter-se o esclarecimento da verdade, é ao juiz que compete, predominantemente, o respectivo contrôlo, devendo ordená-la, de ofício, toda vez que achar conveniente ou necessária a sua realização”.³⁴

6.4.6 Reconhecimento de pessoas e coisas³⁵

Embora desvirtuado na prática, sobretudo em juízo onde prevalece o mero apontamento, imaginou o legislador processual, nos idos de quarenta, um reconhecimento de pessoas e coisas cercado de formalidades, desrespeito importaria, senão em sua invalidação, ao menos na fragilidade do valor da prova obtida. E, no campo destas formalidades, a obrigatoriedade de inserção da pessoa a ser reconhecida juntamente com outros a ela fisicamente assemelhadas acabaria por reforçar a importância do resultado alcançado, notadamente quando positivo. Mas, por certo, as constantes dificuldades materiais de realização impeliram a jurisprudência a sustentar a validade das soluções cotidianas, equiparando, assim, o apontamento e o reconhecimento, ao menos quanto à eficácia jurídica decorrente.³⁶

De qualquer modo, emerge com naturalidade a possibilidade do juiz determinar, no corpo das iniciativas instrutórias a ele permitidas, a realização de reconhecimentos, tanto de pessoas, como de coisas. Obviamente, a determinação haverá de estar fundada na necessidade de busca por maiores esclarecimentos fáticos, não havendo espaço para meros caprichos. E a concretização, por sua vez, deverá estar cercada por formalidades respeitadoras do devido processo penal, das quais defluem, como requisitos indispensáveis da validade do próprio ato, o acampanhamen-

⁽³³⁾ No Anteprojeto de José Frederico Marques, foi contemplada, expressamente, a possibilidade de o juiz ordenar, de ofício, a realização de acareação, conforme preceituava o art. 363: “O juiz ordenará a acareação, de ofício, ou a requerimento da parte, a qual se processará na audiência de instrução”.

⁽³⁴⁾ Eduardo Espinola Filho. *Código...*, cit., vol. 3, p. 117.

⁽³⁵⁾ Regulado pelo CPP nos arts. 226 *usque* 228.

⁽³⁶⁾ Nesse sentido, já se pronunciou o STF: “Se as vítimas ou as testemunhas do evento delituoso apontam, com segurança, em audiência judicial, o acusado presente como o autor do ilícito penal praticado, essa prova possui eficácia jurídica por si mesma idêntica àquela que emerge do reconhecimento efetuado com as formalidades prescritas pelo art. 226 do CPP. Esse meio probatório, cuja validade é inquestionável, reveste-se de aptidão jurídica suficiente para legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção, a prolação de um decreto condenatório” (STF, HC, rel. Celso de Melo, RT 691/390).

to e a fiscalização pelos sujeitos processuais parciais, de modo que o reconhecimento possa revestir-se, principalmente, de utilidade para a estruturação da convicção do julgador.

Nesse campo, não vislumbramos antagonismo entre a realização do reconhecimento pessoal e o resguardo dos direitos fundamentais que militam a favor do acusado. Na verdade, o que se procura afastar do processo penal é a compulsoriedade, por parte do réu, das afirmações confirmatórias de culpa, ou mesmo que possam resultar em prejuízos, direitos ou indícios, aos seus interesses no âmbito do processo. Ou seja, o que não mais se condana com a índole de um processo penal democrático são as admissões forçadas de responsabilidade penal sobre o fato posto a julgamento.

Trata-se, é certo, de direito inculpidado no Pacto de São José da Costa Rica³⁷ que buscou inspiração, por sua vez, na declaração de direitos inserta na Constituição americana.³⁸ Mas os dispositivos em questão não possuem a extensão que costumemente se lhes quer emprestar no sentido de impedir quaisquer meios de prova que possam eventualmente demonstrar a responsabilidade penal do réu, como é o caso do reconhecimento pessoal. Ou seja, a tentativa, que por vezes é encontrada na doutrina, no sentido de vincular o reconhecimento pessoal à garantia da proibição da auto-incriminação incorre em vício de lógica, justamente por partir da premissa, nem sempre verdadeira, de que a prova obtida seria sempre desfavorável ao réu.³⁹

Portanto, a determinação de realização de reconhecimento pessoal não pode ser inserta naquele rol das proibições resultantes da impossibilidade

⁽³⁷⁾ Com efeito, o art. 8.1, g, assegura ao réu o direito de não ser obrigado a declarar-se culpado: “(...) derecho a no ser obligado a declarar contra si mesmo ni a declarar-se culpable”.

⁽³⁸⁾ Introduzido em 1791 pela Emenda V que assim dispõe: “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

⁽³⁹⁾ A Suprema Corte americana já foi palco de calorosos embates entre exegeses restritivas e ampliativas do direito à não auto-incriminação, o que resultou na consagração das primeiras. De fato, por ocasião do julgamento do famoso caso *Miranda vol. Arizona*, a Suprema Corte consagrou o princípio de respeito à inviolabilidade da personalidade humana, impondo, por conseguinte, ao Estado o dever de produzir, com seus próprios esforços, prova contra o réu. Tais assertivas acabaram por alimentar irrisignações contra toda e qualquer medida que compelissem a participação do réu em qualquer produção probatória. Assim é que, no caso *Schmerber vol. California* (384 U.S. 757, 86 S.Ct. 1826, 16 L. Ed. 2d. 908 – 1966), entendeu a Suprema Corte que a realização de exame de sangue do acusado de embriaguez na condução de veículo automotor não desrespeitava a Emenda V que, na verdade, teria objetivado impedir o

de auto-incriminação. Na verdade, o que a garantia visa a expurgar do processo penal são as lamentáveis práticas – que historicamente foram empregadas em larga escala – tendentes à obtenção de confissões que nada mais representavam do que o aniquilamento de qualquer esfera jurídica autônoma do indivíduo. Não há na determinação do reconhecimento pessoal qualquer declaração auto-incriminatória, mas apenas um meio de prova, cujo resultado que porventura possa ser obtido é desconhecido por todos.

6.4.7 Documentos⁴⁰

Reconhecendo a importância também de uma iniciativa instrutória do juiz na busca por informações constantes em documentos, estabeleceu o

emprego de expedientes condenáveis tendentes à obtenção de confissões, dentre os quais não se incluíria a realização daquele exame. Seguiram-se, então, inúmeras outras decisões convergentes, em maior ou menor grau, para o mesmo sentido. Assim é que a Suprema Corte, no caso *United States vol. Wada* (388, U.S. 218, 87 S.Ct. 1926, 18L.Ed. 1149-1967), considerou legítima a diligência que determinara a permanência do réu em pé, anunciando, em voz alta, o crime de roubo e admitiu, no caso *Gilbert vol. California* (388U.S. 261, 87 S.Ct. 1951, 18L.Ed. 2d. 1178-1967). No sentido do aqui exposto, ver Wayne R. LaFave e Jerold H. Israel, *Criminal...*, cit., p. 355, mercendo destaque o seguinte trecho: "In the case of *Schmerber vol. California*, the Supreme Court upheld the taking of blood sample by a physician at a police direction from the defendant over his objection after his arrest for drunken driver (...). The majority in *Schmerber* then declared: 'It is clear that the protection of the privilege reaches an accused's communications, whatever form they might take, and the compulsion of responses which are also communications; for example, compliance with subpoena to produce one's papers'. (...) On the other hand, both federal and state courts have usually held that it offers no protection against compulsion to submit to fingerprinting, photographing, or measurements, to write or speak for identification, to appear in court, to stand, to assume a stance, to walk, or to make a particular gesture. The distinction which has emerged, often expressed in different ways, is that the privilege is a bar against compelling communications or testimony, but the compulsion which makes a suspect or accused the source of real or physical evidence does not violate it".

⁴⁰ A matéria encontra-se regulada pelos arts. 231 *usque* 238 do CPP. O legislador processual, no intuito de evitar possíveis controvérsias, optou por incorporar no texto legal, um conceito de documento, conforme inserto no art. 232: "Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares", Parágrafo único. "A fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original". A técnica de se incorporar no texto legal definições foi mantida por Hélio Tornaghi quando da apresentação do

legislador processual a possibilidade de se determinar, independentemente de provocação dos sujeitos parciais, a vinda, aos autos, de qualquer documento, quer referente a pontos relevantes da acusação, quer da defesa.⁴¹

Trata-se, como anota Eduardo Espínola Filho, de relevante medida para a busca de um melhor acerto fático e, por consequência, de uma melhor prestação jurisdicional. Afinal, "a facilidade de trazer para os autos tão importante elemento de prova, esteja em que pé estiver a causa, corresponde ao sistema dominante no processo penal atual, notado no sentido da apuração mais completa e mais perfeita da verdade, por todos os meios e a todo o tempo, sob a única condição de haver uma utilidade real para o esclarecimento da causa. Esse *desideratum* não poderia, evidentemente, ser alcançado de modo integral, se se deixasse à exclusiva iniciativa da parte interessada a juntada de documentos, que sirvam ao seu ponto de vista, com o que, segundo a diligência, o discortino, a clarividência dos patronos, as posses e

Anteprojeto de Código de Processo Penal, tendo especificado, ainda mais, os conceitos. Nesse sentido, previa o art. 300: "Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. Instrumentos, ou documentos originais são os escritos feitos com a finalidade de servir de prova no futuro. Papéis, ou documentos eventuais são os escritos que, embora não redigidos para servir de prova, podem eventualmente provar um fato. Público é o documento escrito por servidor do Estado, em razão do ofício. Particular é o documento escrito por pessoa privada". Na proposta de reforma do Código de Processo Penal elaborada pela Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, não houve indicação de alteração do art. 232.

Art. 234. "Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível". O dispositivo foi mantido no Anteprojeto do Código de Processo Penal da lavra de Hélio Tornaghi, tendo sido, especificadas, contudo, as medidas que poderiam ser adotadas pelo magistrado na busca dos documentos. Era o que dispunha o art. 305, § 3.º: "O juiz, a requerimento ou *ex-officio*, poderá requisitar às repartições públicas ou estabelecimentos de caráter público as certidões necessárias à prova de alegações das partes. Se, dentro do prazo fixado, não for atendida a requisição, nem justificada a impossibilidade do seu cumprimento, o juiz representará à autoridade competente contra o funcionário responsável". Os dispositivos também foram incorporados no Anteprojeto do Código de Processo Penal do Prof. José Frederico Marques (arts. 334 e 335), tendo sido estabelecida, ainda, a possibilidade de busca e apreensão na hipótese de desatendimento das requisições judiciais (par. ún. do art. 335). Na reforma do Código de Processo Penal proposta pela Comissão presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover, não houve indicação de alteração da redação do atual art. 234.