

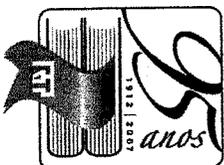
ISSN 1415-5400

  
**IBCCRIM**  
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

# Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

# 65

março-abril de 2007



**EDITORA**  
  
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

## 2. Processo Penal

### Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro<sup>1</sup>

Antonio Magalhães Gomes Filho

Professor Titular de Processo Penal da USP.

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Professor Doutor de Processo Penal da USP.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Dos meios de prova típicos no CPP Brasileiro – 3. Do procedimento probatório nas provas atípicas – 4. A substituição de um meio probatório por outro: 4.1. Das declarações escritas de testemunhas; 4.2. Do chamamento do co-réu; 4.3. Da testemunha de “ouvir dizer”; 4.4. Do reconhecimento fotográfico; 4.5. Do apontamento do acusado – 5. Dos elementos de informação produzidos na fase de investigação preliminar – 6. Das provas produzidas na fase intermediária do processo – 7. Do valor dos elementos de informação produzidos na fase da investigação preliminar – 8. Da prova por videoconferência – 9. Das testemunhas “sem rosto” – 10. Bibliografia.

**Resumo:** O presente texto analisa a distinção doutrinária entre *prova e sucedâneo de prova*. Há preocupação em distinguir os meios de provas típicos, para os quais são previstos um procedimento probatório, dos meios de provas atípicos, seja porque não previsto pelo legislador, seja porque, embora nominados em lei, não há

1. Relatório brasileiro para as XX Jornadas Ibero americanas de Direito Processual (Málaga, Espanha, 2006).

previsão de procedimento probatório específico. O texto também analisa as hipóteses em que, buscando superar óbices e vedações probatórias, se procura substituir um meio de prova típico por outro meio de prova atípico, bem como as situações em que se altera o rito probatório e se procura justificar a produção de tal prova irrisual, considerando-a, equivocadamente, uma prova atípica. A distinção entre elementos de informação colhidos durante a fase de investigação prévia, e meios de prova, que devem ser produzidos em contraditório e na presença do juiz é fundamental para a consideração do valor do inquérito policial e a consequência da sentença penal que se basear, exclusivamente, em tais elementos. Finalmente, há especial atenção para a prova por videoconferência e a denominada *testemunha “sem rosto”*.

**Abstract:** This present text analyzes the doctrine distinction between evidence and substitute evidence. There is a preoccupation in distinguishing the means of typical evidences, for which a probative proceeding is foreseen, of the means of atypical evidences, that is, because it is not foreseen by the legislator. Even though they are denominated in the law, a specific probative proceeding is not foreseen. The text also analyzes the hypotheses, seeking to overcome probative hindrances and bars. The tentative is to substitute a mean of typical evidence by another mean of typical evidence, as well as the situations in which the probative ritual is altered. The tentative is also to justify the production of such irrisual evidence, considering it, wrongly, an atypical evidence. The distinction between elements of gathered information during the prior investigation phase and means of evidence, which should be produced contradictory and in the presence of the judge, is fundamental for the consideration of the importance of police investigation and the consequence of the criminal sentence which are, exclusively, based on such elements. Finally, special attention is given to the evidence of videoconference and the denominated witness “without a face”.

**Palavras-chaves:** Meios de prova – Procedimento probatório – Provas atípicas – Valor do inquérito policial – Prova por videoconferência – Testemunhas “sem rosto”.

**Key words:** Means of evidence – Probative proceeding – Atypical evidence – Importance of police investigation – Videoconference evidence – Witnesses “without a face”.

## 1. Introdução

Tanto na linguagem comum, filosófica ou científica, como na terminologia jurídica, o termo *prova* é sabidamente polissêmico, designando aspectos diversos do vasto campo de operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro.

Disso resultam inúmeras confusões e desentendimentos, motivados muitas vezes pela falta de clareza com que o vocábulo é utilizado, sobretudo no âmbito do processo judicial, em que a atividade probatória tem como objetivo a persuasão do julgador sobre a realidade dos fatos em que se fundamentam as pretensões das partes. Daí a necessidade de se estabelecer, do modo mais preciso possível, o significado atribuído à expressão *prova* nas variadas situações em que é empregada no discurso jurídico.

Exemplo dessa preocupação é a distinção doutrinária entre *prova e sucedâneo de prova* usada para sublinhar que, em certos casos, diante da ausência ou insuficiência de elementos de informação resultantes da prática dos chamados *meios de prova* – instrumentos disciplinados pelo legislador para produção dos dados probatórios –, *conhecimentos outros*, obtidos de forma diversa, possam ser considerados na formação do convencimento judicial.

Não cabe aqui discutir a validade da apontada distinção, até porque isso demandaria uma análise mais aprofundada sobre o conceito e os limites do *prova conveniemento*, mas apenas trazer à consideração dos participantes das XX Jornadas de Iberoamericanas de Direito Processual algumas informações sobre as características e tendências atuais do sistema brasileiro, seguindo, na medida do possível, as diretrizes fixadas pelo Relator-Geral.

## 2. Dos meios de prova típicos no CPP Brasileiro

O Código de Processo Penal Brasileiro, editado em 1941, não disciplina de forma sistemática os meios de prova.

Com efeito, no seu título VII, que versa sobre a prova, após um capítulo dedicado às “disposições gerais” (cap. I, arts. 155 a 157), seguem-se capítulos sobre o “exame de corpo de delito e perícias em geral” (arts. 158 a 184), o “interrogatório do acusado” (arts. 185 a 196), a “confissão” (arts. 197 a 200), as “perguntas ao ofendido” (art. 201), as “testemunhas” (arts. 202 a 255), o “reconhecimento de pessoas ou coisas” (arts. 226 a 228), a “acareação” (arts. 229 e 230), os “documentos” (arts. 231 a 238), os “indícios” (art. 239) e a “busca e apreensão” (arts. 240 a 250). Não há, portanto, uma distinção entre “meios de prova”, “meios de investigação” e outros procedimentos probatórios.

Assim, por exemplo, o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), embora previsto no título da prova, em face da previsão constitucional do direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII), constitui, na verdade, meio de defesa.<sup>2</sup>

Do mesmo modo, a confissão. Embora seja tradicionalmente catalogada entre os meios de prova e assim seja considerada, de forma quase unânime, pela

2. A questão, contudo, não é pacífica na doutrina, havendo 3 posições: (1) o interrogatório é meio de prova, porque o Código de Processo Penal o coloca entre os meios de prova (cf.: Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72); (2) o interrogatório é um meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, diante do direito ao silêncio do acusado (cf.: Bento de Faria. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942, v. 1, p. 247; Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 96; Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, p. 267); (3) o interrogatório tem natureza mista, sendo tanto um meio de defesa, quanto um meio de prova (cf.: José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 2, p. 321; Hélio Tomaghi. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 1, p. 359; Romen Pires de Campos Barros. O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real. *Estudo de direito e de processo penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 107; Edgard de Magalhães Noronha. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 136; Damásio E. de Jesus. *Código de Processo Penal anotado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136; Julio Fabbrini Mirabete. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 297; Guilherme de Souza Nucci. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 165; Fernando de Almeida Pedroso. *Prova penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 34).

doutrina,<sup>3</sup> tal não nos parece. A confissão é o resultado de uma declaração de vontade que deve ser formalizada, podendo ser realizada dentro ou fora do processo. Assim, a confissão extrajudicial deverá ser consubstanciada em algum documento, e será este documento o meio de prova produzido no processo e não a própria confissão. Já a confissão judicial ocorre em sede de interrogatório, não sendo, portanto, um meio de prova, mas o resultado eventual do interrogatório. Neste caso, o meio de prova, para aqueles que assim o consideram, será o próprio interrogatório.<sup>4</sup>

O indício também não é, em si, um meio de prova.<sup>5</sup> Indício é um fato provado que permite, por um raciocínio indutivo-dedutivo, concluir pela existência de um outro fato.<sup>6</sup> O indício é o ponto de partida, do qual o juiz realiza um processo mental que permite concluir pela existência de outro fato. A partir do indício, isto é, do fato provado, passa-se ao *factum probandum*, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo.<sup>7</sup>

3. Cf.: Bento de Faria. *Código...*, v. 1, p. 250; Nucci. *O valor da confissão...*, p. 85.

4. A questão é analisada no processo civil por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 3, p. 100): “a própria confissão e os fatos confessados vêm ao conhecimento do juiz em declaração endereçada a ele (peritajes) ou através de algum meio de prova realizado no processo. Como declaração de conhecimento de fatos, ela pode ser prestada no *depoimento pessoal* do confiante, ou constar de *documento* trazido por ele ou seu adversário. (...) Ela não é portanto um meio de prova embora sua própria efetividade e a dos fatos confessados sejam suscetíveis de valer como elemento de convicção do juiz – desde que trazidos ao processo através de um dos meios de prova admitidos”.

5. Segundo José Carlos Barbosa Moreira (*As presunções e a prova. Temas de direito processual*. primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 58) é fácil perceber que “o lugar e a função do indício não se equiparam perfeitamente ao lugar e à função de um documento ou uma declaração de testemunha”, concluindo que “é impossível confundir o indício – *fato* provado – com a *prova* (documental, testemunhal, etc.) que proporcionou ao juiz o conhecimento desse fato”. Também Vicente Greco Filho (*A prova da culpa nos delitos de trânsito*. São Paulo. Tese ao concurso de Professor Titular no Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p. 66) nega que o indício seja um meio de prova.

6. Segundo Maria Theresza Rocha de Assis Moura (*A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38), indício é “todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”.

7. Há divergência na doutrina sobre a natureza do raciocínio judicial nos indícios. Segundo o Código de Processo Penal, trata-se de um raciocínio indutivo (art. 239). Diversamente, para Camargo Aranha (*Da prova...*, p. 163) “a prova indiciária não é indutiva, mas dedutiva”. Já para

Finalmente, a busca e apreensão não é um meio de prova, mas uma medida cautelar visando a assegurar a produção de prova.<sup>8</sup> Trata-se do que o CPP italiano de 1988 denominou de meio de investigação de prova.<sup>9</sup> O mesmo ocorre em relação à interceptação das comunicações telefônicas, disciplinada na Lei 9.296/96.<sup>10</sup>

Além do mais, o rol constante do referido título não é taxativo. Deve ser lembrado, ainda, que a chamada "reprodução simulada dos fatos" (CPP, art. 7.º), providência igualmente destinada a obter elementos de prova, que está tratada em outra sede.

### 3. Do procedimento probatório nas provas atípicas

A despeito da existência de um elenco de provas típicas no CPP, tal rol, como já observado, não é taxativo.

O art. 332 do CPC estabelece que "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 a defesa". Embora não haja um dispositivo semelhante no Código de Processo Penal,<sup>11</sup> há consenso de que

Maria Thereza Moura (*A prova...*, p. 38) "o indicio não pode concluir apenas a máxima de experiência, como ocorre na presunção, fazendo-se imprescindível a existência do elemento particular, que irá ligar-se à regra geral, para, depois, ser aplicada ao caso concreto. Em nossa opinião, a ligação indiciária não pode ser fruto apenas da dedução, isto é, de um silogismo autêntico e rigoroso, como entende parte da doutrina, pois, se assim fosse, a conclusão não passaria de uma declaração teórica, como se se tratasse de uma operação matemática. A ligação indiciária não é uma simples enunciação lógico-teórica: esta se completa pela lógica concreta, que é a lógica do provável".

8. Cf.: Camargo Aranha. *Da prova...*, p. 209.

9. Para uma distinção entre meios de provas e meios de *investigação* de prova, cf.: Antonio Magalhães Gomes Filho. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). Flávio Luiz Yashell e Maurício Zanoide Moraes (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Alda Pellegrini Grinover*. São Paulo: DJP, 2005, p. 308-309; Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. *Onus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 162 e ss., em especial, nota 50.

10. Sobre a interceptação telefônica, como medida cautelar de natureza probatória, cf.: Grinover, Gomes Filho, Fernandes, *Atipicidade...*, p. 211-222; Vicente Greco Filho. *Interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21; Luiz Flávio Gomes, Raul Cervine. *Interceptações telefônicas*. — Lei n. 9.296, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997, p. 121; Luiz Francisco Torquato Avolio. *Provas ilícitas* — Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 1999, p. 101-102.

11. O Código de Processo Penal Militar estabelece, em seu art. 295, que: "É *administrável* nos termos deste Código, *qualquer espécie de prova*, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares" (g.n.).

também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedidas determinadas restrições.<sup>12</sup> Aliás, ao menos por analogia (CPP, art. 3.º), a regra processual civil pode ser utilizada no campo penal.

Assim, tem sido lembrada como hipótese de prova atípica, no processo penal, a inspeção judicial (CPP, art. 3.º, c/c CPC, arts. 440 a 443). Todavia, parece mais adequado considerar tal meio de prova como sendo uma prova típica, embora prevista expressamente apenas no campo processual civil. Tanto que se, por força da analogia, for aplicada no processo penal, deverá seguir o procedimento probatório previsto na lei processual civil.

Por outro lado, com relação à prova pericial, há regras gerais para as perícias e, em especial, para o exame de corpo de delito (CPP, art. 158 a 161, art. 167, art. 170, e art. 176 a 184). Há, também, a previsão de algumas perícias específicas: autópsia (art. 162 a 166), exame de lesões corporais (art. 168), exame do local do crime (art. 169), perícia sobre destruição ou rompimento de obstáculo a subtração de coisa, ou por meio de escalada (art. 172), perícia no crime de incêndio (art. 173), exame para o reconhecimento de escritos (art. 174), exame dos instrumentos do crime (175). Nesses últimos casos, há regras genéricas sobre as perícias, em especial sobre seu objeto, sem que haja, contudo, uma disciplina específica do procedimento probatório a ser aplicado, seguindo-se a disciplina das perícias em geral.

No campo da prova pericial, em razão dos avanços dos meios tecnológicos, têm surgido diversas modalidades de perícias não previstas ou disciplinadas pelo CPP.

Um exemplo é a perícia de voz, para comprovação da autoria do diálogo objeto de interceptação telefônica, nos casos em que o interlocutor nega ter participado da conversa. Outra prova pericial que tem sido utilizada com frequência é o

12. Segundo Vicente Greco Filho (*Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 177), além dos meios legais, também se admitem outros "desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade". No mesmo sentido posiciona-se Tourinho Filho (*Processo penal*, v. 3, p. 228), lembrando, que "o veto às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, de modo geral, decorre de princípios constitucionais".

exame de DNA para a comparação de material genético do acusado, com material genético encontrado no corpo (p. ex: sêmen, nos crimes sexuais) ou nas vestes da vítima (p. ex.: sangue ou, até mesmo, pedaços de pele do agressor). Nos denominados "crimes de internet" costuma haver realização de perícias nos discos rígidos dos computadores, para comprovação da prática de delitos (como, por ex: ameaças cometidas por e-mail, ou invasões a computadores de instituições bancárias para realização de transferências de valores dos correntistas, ou ainda crimes sexuais, em especial, pedofilia, na rede mundial de computadores).

Em todas estas perícias sem procedimento probatório específico, seguem-se as regras gerais do CPP, em especial aquelas sobre o exame de corpo de delito. Assim, a perícia é realizada por peritos oficiais ou, no caso de peritos não oficiais, por pessoa idônea que presta compromisso (art. 159, §§ 1.º e 2.º), faz-se a apresentação do laudo com descrição minuciosa do objeto a ser periciado e respostas aos quesitos formulados pelo próprio juiz ou pelas partes (art. 160, *caput*), com a possibilidade de formulação de quesitos complementares e, até mesmo, de determinação de realização de nova perícia (art. 180), etc.

Passando a outro meio de prova, quanto ao reconhecimento de coisas há previsão de tal procedimento probatório no CPP, sem haver, contudo, uma disciplina específica. O art. 227 limita-se a prever que, "no reconhecimento de objetos, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável". Há um aproveitamento, parcial e adaptado, do procedimento probatório do reconhecimento pessoal.

Finalmente, um meio de prova atípico que costuma ser utilizado no processo penal é a chamada "reconstituição do crime". Em verdade, há um único dispositivo, na disciplina no inquérito policial, em que é prevista a possibilidade de a autoridade policial "proceder à reprodução simulada dos fatos" (art. 7.º). Ou seja, em relação a tal meio de prova há, apenas, sua nominação no CPP. Não há, porém, disciplina legal do procedimento probatório a ser adotado na realização da "reprodução simulada dos fatos". Nesse último sentido, pois, trata-se de uma prova atípica, ao menos quanto ao procedimento probatório.

Em suma, tanto em relação às perícias em espécie, quanto em relação ao reconhecimento de pessoas, há previsão do meio de prova, embora não haja uma disciplina específica do procedimento probatório a ser seguido, adaptando-se o procedimento de meios de provas semelhantes. Já quanto à "reconstituição do crime", há apenas a nominação de tal meio de prova, sem qualquer indicação do procedimento probatório.

Em se entendendo que o meio de prova atípico é aquele que não está previsto no ordenamento jurídico e para o qual não há um procedimento probatório específico, diante do quadro acima exposto, parece difícil mencionar um meio de prova atípico que possa ser utilizado no processo penal brasileiro. Até porque, como visto, no único caso em que se aponta omissão do CPP – o da inspeção judicial – é possível supri-la com a integração da previsão constante na legislação processual civil.

Por outro lado, também não está contemplado no Código de Processo Penal qualquer procedimento probatório genérico que possa ser aplicado para todos os casos em que não há uma disciplina expressa para a realização da prova.

Mas, se alvirada a hipótese de utilização de novos recursos técnicos e científicos para obtenção de elementos de prova, nada impede que sejam aplicados procedimentos já existentes, por analogia. Foi o que sucedeu, por exemplo, ao tempo em que não estava ainda disciplinada no Brasil a interceptação das comunicações telefônicas. Nos casos em que se podia entender como admissível a prova resultante desse recurso técnico, recorria-se ao procedimento da busca e apreensão, pois a interceptação nada mais visa do que a apreensão, não de uma carta ou documento, mas dos elementos fonéticos que formam a conversa telefônica. Depois, para a introdução da prova assim obtida ao processo, aplicava-se o procedimento relativo à prova documental, uma vez que as fitas gravadas constituem documento, em sentido amplo.<sup>13</sup>

13. Ada Pellegrini Grinover. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 63-65.

#### 4. A substituição de um meio de prova por outro

No que se refere à substituição de um meio de prova por outro, procuraremos destacar situações comuns na praxis forense brasileira, em que se utiliza o procedimento probatório de um meio de prova específico, substituindo-o por outro meio de prova diverso.

O primeiro caso, muito comum, é a substituição de depoimento oral de uma testemunha pela juntada de um documento em que se consubstanciam suas declarações prestadas anteriormente. Outra situação freqüente é o chamamento do co-réu feito extrajudicialmente, em que se procura substituir as declarações que deveriam ser prestadas oralmente, com possibilidade de submetê-las ao contraditório das partes, por uma simples juntada de documento. Finalmente, na chamada testemunha de “ouvir dizer” se pretende substituir a fonte primária da informação, por uma fonte secundária ou de segunda mão, que inviabiliza o exercício do contraditório, fundamental para a produção da prova oral. Neste caso, porém, há a substituição de um testemunho genuíno por um testemunho indireto.

Há também outras situações que trataremos como substituição de um meio de prova, que consistem, tecnicamente, na supressão de parte de um procedimento probatório típico ou na alteração de atos desse procedimento por outros atos semelhantes, sem que haja previsão ou autorização legal. São os casos do reconhecimento fotográfico e do apontamento do acusado em audiência, como deturpações do procedimento probatório do reconhecimento pessoal.

##### 4.1 Das declarações escritas de testemunhas

Sempre foi tradicional a juntada de declarações de possíveis testemunhas, na forma de prova documental. Tal expediente normalmente é utilizado pela defesa, principalmente, no que se refere às “testemunhas de antecedentes”, isto é, aquelas testemunhas que nada sabem sobre o fato, mas que prestam informações sobre

o caráter e a vida pregressa do acusado. Tal forma de agir tem sido aceita pelos magistrados e, por que não dizer, muitas vezes, até mesmo estimulada.

A situação é diferente quando a defesa junta aos autos uma declaração escrita de alguém que tem conhecimento sobre os fatos objeto do processo, mas não irá prestar depoimento como testemunha. Normalmente, tal prova é tida como de nenhum valor pelo juiz que se limita a desqualificá-la com afirmações como: “a declaração não tem valor como prova, vez que não foi produzida em contraditório”.<sup>14</sup>

Recentemente, a questão ganhou um colorido especial, na medida em que vem se tornando uma prática freqüente o representante do Ministério Público levar uma possível testemunha em seu gabinete, para “colher” as suas declarações e reduzi-las a termo, sendo que, em alguns casos, ainda, o faz na presença de um advogado que, certamente, não é o advogado do acusado. Tais declarações são, posteriormente, juntadas aos autos, para que sejam valoradas – quer como documento, quer como testemunho – pelo magistrado, na formação do seu convencimento sobre os fatos relevantes do processo.

Tecnicamente, nem sequer se trataria de uma prova atípica, mas sim de um meio de prova típico: o documento. Assim, a princípio, sua juntada ao processo estaria de acordo com o modelo legal de produção de prova documental, sujeita, pois, ao regime jurídico de tal meio de prova.<sup>15</sup> Ou seja, procura-se produzir uma prova típica, no caso a prova testemunhal, por meio de outra prova, qual seja, a prova documental, que não exige a observância do contraditório durante a sua

14. Assim, entre tantos outros, decidiu o TACrimSP, que é “inadmissível substituir a prova testemunhal de defesa por declarações escritas, sob pena de violação ao princípio do contraditório, eis que se exige que o depoimento seja prestado oralmente, assegurando-se ao Ministério Público o direito de fazer perguntas, preservando-se a disciplina cogente na produção desta espécie probatória” (HC 153.370/8, 11ª C., rel. Juiz Gonçalves Nogueira, j. 15.09.1986, v.u.).

15. Analisando tal situação, Gomes Filho (*Notas sobre a terminologia da prova...*, p. 315) destaca que “trata-se aqui de um verdadeiro *jogo de palavras* que levaria a se admitir a introdução, no processo, de elementos obtidos com violação da própria natureza da prova testemunhal”. E, conclui: tal prova “não pode ser admitida, sob pena de completa subversão do valor de garantia da legalidade probatória” (op. cit., p. 316).

realização, além de ter limites de admissibilidade muito mais amplos. Em regra, a prova documental pode ser produzida a qualquer momento.<sup>16</sup> De outro lado, a produção da prova testemunhal deve ser requerida já no início da fase postulatória. O Ministério Público ou o querelante deverá apresentar o rol de testemunhas ao oferecer a denúncia ou queixa (CPP, art. 46). Por sua vez, a defesa deve apresentar o rol de testemunhas por ocasião da apresentação da denominada “defesa prévia” (CPP, art. 395).

Em suma, a substituição da “prova testemunhal” pela “prova documental”, além de eliminar os “inconvenientes” da produção de uma prova em contraditório, também possibilita uma amplitude muito maior no que diz respeito ao momento de produção de tal prova.<sup>17</sup>

16. O art. 231 do CPP estabelece a regra geral de que “Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”. Por sua vez, o art. 400, ao disciplinar o procedimento comum ordinário dispõe que: “As partes poderão oferecer documentos em qualquer fase do processo”. De outro lado, há apenas duas restrições quanto ao momento de produção da prova documental, ambas relacionadas com o procedimento do tribunal do júri. A primeira delas, diz respeito ao término da primeira fase do procedimento, conhecida como *iudicium accusationis*. O art. 406, § 2.º, do CPP prevê a seguinte restrição: “Nenhum documento se juntará aos autos nesta fase do processo”. “Esta fase” do processo é, justamente, a fase das alegações finais. Por outro lado, já com relação à sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, o art. 475 prevê que: “Durante o julgamento não será permitida a produção ou leitura de documento que não tiver sido comunicado à parte contrária, com antecedência, pelo menos, de 3 (três) dias, compreendida nessa proibição a leitura de jornais ou qualquer escrito, cujo conteúdo versar sobre matéria de fato constante do processo”.

17. Em verdade, tal ato nem mesmo pode ser considerado como documento. São inconfundíveis o documento e a documentação de um ato processual. Analisando o tema, Badaró (“Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha”. In: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide Moraes (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 247-248), explica que “Ao se juntar aos autos a declaração de uma pessoa que tem ciência de um fato relevante para o processo (*fonte de prova*), valendo-se para tanto da disciplina legal da prova documental (*meio de prova*), está se pretendendo atingir a finalidade da prova testemunhal – alguém dar ciência ao juiz de um fato que teve conhecimento – com o emprego de prova documental. Ora, é lição sabida e repetida que a prova para ser válida deve ser produzida em contraditório, na presença das partes e perante o juiz natural da causa. A prova colhida sem a presença das partes e do juiz não é prova, não se submeteu ao contraditório, e não pode validamente integrar o acervo sobre o qual o Juiz – togado ou leigo – irá se debruçar para formar livremente seu convencimento. O ‘documento’ em que se consubstanciam as ‘declarações’ da pseudo testemunha, produzido no Gabinete do Promotor de Justiça, ou no escritório de advocacia, ou em qualquer outro local que não seja a sala de audiência, não foi produzido na presença do juiz e, em regra, a colheita das declarações e sua redução a termo é realizada na presença de apenas uma das partes, sem a participação da parte contra quem a declaração, normalmente, será utilizada”.

Todavia, tal forma de agir viola a própria natureza da prova testemunhal, que é uma prova oral e contraditória por excelência. Diante de uma simples documentação de uma declaração não haverá possibilidade de reperguntas. Em suma, há um total desrespeito ao procedimento típico para a produção da prova testemunhal, pelo que tem se manifestado a doutrina pela nulidade de tal “documento” que substitui a prova testemunhal,<sup>18</sup> havendo julgados, inclusive, que determinam seu desentranhamento.<sup>19</sup>

#### 4.2 Do chamamento do co-réu

No caso da “delação” ou “chamamento do co-réu” tem sido comum tentar substituir a prova a ser normalmente produzida, em interrogatório judicial, pela colheita de declarações, seja no próprio presídio, seja no gabinete do Ministério Público. Para a documentação de tal ato, as declarações são reduzidas a termo e, posteriormente, juntada aos autos, como se documento fossem.<sup>20</sup>

18. Cf.: Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1996, p. 169-170., Id., Notas sobre a terminologia da prova..., p. 316; Badaró, *Provas atípicas...*, p. 348.

19. Merecem ser transcritos passos de dois julgados significativos sobre o tema, ambos determinando o desentranhamento da prova. No primeiro deles, assentou-se que “não afasta a ilegalidade dizer-se que as partes podem juntar documentos em qualquer fase do processo; inquirição de testemunhas – e nisto se transformou, indiretamente, o co-réu ouvido – se faz em audiência pública, presentes as partes e sob a presidência do Juiz, que é quem dirige o processo; a se admitir a juntada de prova obtida *contra legem* e, por isso mesmo ilícita, desde que oferecida pela Promotoria, o que fazer quando a defesa pretender juntar aos autos provas produzidas no escritório do advogado, sem a presença de Juiz e a participação do Promotor? Estaria instaurada, com a instrução paralela, a desordem que, evidentemente, conduz ao tumulto; e não é isto o que se deseja, mas sim a descoberta da verdade real” (TJSP, HC 368.417-3/9-00, 4ª Câmara Criminal, rel. Des. Sinésio de Souza, j. 12.03.2002, m.v.). Noutro julgado anterior, do mesmo tribunal, decidiu-se que: “Se adotado esse procedimento de instrução paralela, na produção de prova e de ‘documentos’ em Gabinetes, o que será da instrução criminal ... o que se fez foi produzir prova testemunhal em Gabinete, em procedimento paralelo e juntar os mesmos como documentos, não se tirando a força de ‘documento’ como escrito, mas produzido não no contraditório e para produzir efeito como tal. É evidente que prova testemunhal que não seja legalmente constituída não deve ser lida em plenário, e o despacho que impede que isso aconteça não fere o disposto no art. 475 do Código de Processo Penal” (TJSP, Correição parcial 145.555-3/1, 2ª Câmara Criminal, rel. Des. Renato Talli, j. 22.08.1993, v.u.).

20. Uma vez mais, tal diferenciação foi feita em estudo específico sobre o tema (Badaró, *Provas atípicas...*, p. 350-351) em que se destaca “não se pode deixar de registrar a confusão entre os

Não se trata, porém, de documento, mas de documentação da realização de um ato unilateral e produzido sem o respeito ao contraditório. Cabe destacar que a nova redação do art. 188 do CPP, dada pela Lei 10.792, de 01.12.2003, passou a admitir que as partes formulem perguntas ao interrogando, após o interrogatório judicial. Hoje, portanto, o interrogatório não é mais um ato unilateral e isolado do juiz, mas um ato realizado em contraditório e com a participação dos sujeitos processuais.

Além disto, tem prevalecido o entendimento de que, no caso de delação, não só o advogado do acusado que está sendo interrogado, mas também o advogado do co-réu que foi delatado, poderá formular pergunta.<sup>21</sup> Aliás, somente se for instaurado o contraditório sobre tais declarações, é que as mesmas poderão ser valoradas pelo juiz para a formação do seu convencimento.

Não se pode, pois, admitir que os documentos que contêm declarações de um acusado incriminando outro co-réu, substituam a declaração que deve ser prestada em juízo, submetida ao contraditório das partes, com possibilidade de reperguntas da parte delatada

### 4.3 Da testemunha de "ouvir dizer"

Finalmente, quanto ao chamado "testemunho de ouvir dizer", infelizmente, esta prática tem sido comum no processo penal brasileiro. Até mesmo conceitos de *documento* e *documentação*. Documento é meio de prova pré-constituído, no qual se materializa a representação de um fato estranho e, normalmente, anterior ao processo. Outra coisa bem distinta é a documentação dos atos processuais, isto é, seu registro por meio de símbolos. Enquanto o documento representa algo que está fora do procedimento, sendo *extrajudicial*, a documentação representa um ato do próprio procedimento, sendo portanto *intraprocessual*. Assim, pois, tal declaração da possível testemunha é a *documentação* de um ato do procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público e não um *documento* propriamente dito<sup>22</sup>.

21. Cf.: Grinover, Gomes Filho, Fernandes, *As nulidades...*, p. 112. Merece destaque o seguinte julgado do TJPSP: "sendo a delação prova de acusação, tem que ser produzida sob o manto do contraditório, sob pena de se violar o princípio da ampla defesa. A obediência ao princípio do contraditório, sob pena de não se dar validade à prova produzida, exige que a prova seja produzida dando oportunidade para que os delatados possam questionar as informações que o delator está fazendo" (TJSP, HC 964.366-3/0-00, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Almeida Braga, j. 28.08.2006, v.u.).

similar a delação

nos casos de prisões em flagrante, em que o preso se vale do direito constitucional de permanecer calado, admite-se que o policial que figura como testemunha ou condutor relate o que lhe teria sido dito pelo investigado que, formalmente, preferiu permanecer calado. Mais do que isto, muita vezes, estas "testemunhas de ouvir dizer" relatam até mesmo delações que lhes teriam sido feitas, ainda que o delator tenha permanecido calado.

Tal posicionamento não deveria ser aceito. Uma das características da prova testemunhal é a imediatidade. A testemunha deve manifestar percepções sensoriais recebidas imediatamente por ela em relação a um fato passado, que no presente deve ser provado. Em outras palavras, é necessário que a testemunha reproduza uma percepção originária e direta do fato a ser provado, isto é, por ela imediatamente recebido. No testemunho indireto há uma cognição reflexa, que não fornece elementos seguros de informação, até mesmo porque a testemunha direta não terá qualquer responsabilidade pelo que a testemunha indireta tenha dito.

Por tudo isso, a testemunha "de ouvir dizer" é uma "prova de segunda mão",<sup>22</sup> devendo ser considerada como elemento de informação indigno, sem o caráter de testemunho.<sup>23</sup> Tal elemento de informação pode ser válido para que se descubra a fonte de prova originária, isto é, a testemunha presencial, e se produza esta prova em juízo. Mas a testemunha indireta, por si mesmo, não pode ser considerada como prova válida para o juiz formar o seu convencimento.<sup>24</sup>

22. Wálter P. Acosta (*O processo penal*, 9. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1973, p. 232) refere-se a tais como "testemunhas de segundo grau".

23. Bento de Faria, *Código...*, v. 1, p. 268. Em sentido contrário, admitindo tal testemunho, cf.: Camargo Aranha, *Da prova no...*, p. 117. Há, ainda, posições intermediárias, como a de Fragozo (*Instituições criminais*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 523) que, sem excluir *a priori*, o valor do testemunho de ouvir dizer, ressalta "as suas imensas limitações e os graves riscos que oferece", lembrando, ainda, que "são numerosos os casos de graves erros judiciais, cometidos com base em testemunhos de ouvir dizer".

24. Cf. Osvaldo Figueiro do Valle Filho, *A ilicitude da prova*. Teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: RT, 2004, p. 357-358.

Infelizmente, contudo, como já ressaltado, não é este o posicionamento que tem prevalecido na praxe forense.

#### 4.4 Do reconhecimento fotográfico

Outra situação em que é muito comum a substituição de um meio de prova por outro, ou melhor, de inobservância de uma fase do procedimento probatório de um meio de prova típico, é o reconhecimento pessoal.

O reconhecimento pessoal é um meio de prova regulado pelo CPP, com disciplina específica do procedimento probatório para sua produção. Trata-se de uma prova em que alguém é chamado para descrever uma pessoa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade, em situação na qual é comparado com outras pessoas semelhantes. Trata-se de ato eminentemente formal, para cuja validade é rigorosamente necessária a observância do procedimento previsto no art. 226 do CPP.<sup>25</sup> A despeito disto, tem sido aceito o reconhecimento fotográfico como meio de prova válido, desde que não seja possível a realização do reconhecimento pessoal.<sup>26</sup> O principal argumento para a aceitação do reconhecimento fotográfico é, justamente, que se trataria de um “meio de prova atípico”.

Não parece ser esta a melhor orientação. O reconhecimento fotográfico é um meio de prova irritual, isto é, uma prova típica produzida sem a observância de seu procedimento probatório.<sup>27</sup> O reconhecimento fotográfico vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase

25. Camargo Aranha, *Da prova no...*, p. 177.

26. Mirabete, *Processo penal*, p. 336. Em sentido contrário, negando o valor do reconhecimento fotográfico: Eduardo Espinola Filho, *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 6. ed. Rio de Janeiro: Borsari, 1965, v. 3, p. 143; Heleno Cláudio Fragoso, *Jurisprudência criminal*, p. 520; Noronha, *Curso...*, p. 124; Camargo Aranha, *Da prova no...*, p. 182.

27. Para uma análise da prova irritual, cf. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró. “Provas atípicas e provas anômalas...” cit., p. 344.

de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida, pela comparação fotográfica.<sup>28</sup> Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial.<sup>29</sup> As formalidades do procedimento probatório do reconhecimento pessoal são a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova,<sup>30</sup> visando à obtenção de um elemento mais confiável de convencimento.<sup>31</sup>

No reconhecimento fotográfico, os dados disponíveis serão muito menos precisos, pois, por exemplo, se a fotografia for apenas do rosto, dados como peso e altura anteriormente descritos não poderão ser conferidos. É inegável que as fotografias se prestam a confusões e erros, muito maiores do que o reconhecimento pessoal, porque a imagem não proporciona os elementos do exame físico, como por exemplo, o gesto, o andar, a mudança da expressão.<sup>32</sup>

28. François Gorphe (*La critica del testimonio*, 2. ed. Trad. de Mariano Ruiz-Funes Madrid: Reus, 1949, p. 236) lembra que “é recomendável que sejam apresentadas várias fotografias e, se possível, mostrar várias fotografias do indivíduo em posições diferentes. E, mesmo assim, não se evita toda possibilidade de erro”.

29. No sentido da admissibilidade do reconhecimento fotográfico, cf.: Frederico Marques, *Elementos...*, v. 2, p. 334; Mirabete, *Processo...*, p. 335. De se destacar a posição de Gomes Filho (Notas sobre a terminologia da prova... p. 316) que, embora considere o reconhecimento fotográfico com uma prova atípica, entende que se trata de prova inadmissível, por haver “uma atipicidade ligada do próprio meio de prova, pois o canal de informação utilizado é diverso do estipulado em lei”.

30. Heleno Cláudio Fragoso, *Jurisprudência criminal*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 520.

31. Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova... p. 316.

32. Cf.: Bento de Faria, *Código...*, v. 1, p. 282; Espinola Filho, *Código...*, v. 3, p. 143; Enrico Altavilla (*Psicologia judiciária*, 3. ed. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1981, v. 1, p. 407) já destacava que: “a recordação da estatura é completada com a da corporatura, podendo, muitas vezes, uma semelhança de quadratura de ombros, de obesidade, levar a um falso reconhecimento. Assim, como também pode ter importância aquilo que se chama fisionomia motora, isto é, a maneira como uma pessoa caminha, se move, gesticular”. Todos estes dados relevantes para o reconhecimento da pessoa não são retratados na fotografia. Artigo julgado lembra, com razão, que “a fotografia já era conhecida quando da promulgação do Código de Processo Penal e se ele não a incorporou entre os meios de prova é porque entendeu não ser, como não é, muito segura” (TACrimSP, Ap 104.667, 3ª C., rel. Juiz Chiaradia Netto, j. 15.05.1975, v.u., RT 476/388).

Por todos estes motivos, mesmo aqueles que admitem o reconhecimento fotográfico<sup>33</sup> entendem que ele não pode, isoladamente, fundamentar uma decisão condenatória,<sup>34</sup> que deverá estar amparada em outros meios de prova.<sup>35</sup>

#### 4.5 Do apontamento do acusado

Também tem sido admitido como prova atípica o “apontamento do acusado na audiência”, pela vítima ou pelas testemunhas, dando-lhe o mesmo valor probatório do reconhecimento pessoal formal.<sup>36</sup>

A indicação do acusado é prova irrisória, não podendo ser admitida no processo.<sup>37</sup>

O reconhecimento pessoal, tal qual disciplinado no CPP, envolve uma percepção presente e uma pretérita. Há, também, um ato de memória, invocando percepções guardadas na memória, para compará-la como percepções atuais. A única forma de se conferir a percepção pretérita bem como a correspondência entre o confronto das percepções é com a descrição da percepção pretérita, o que não ocorre na simples indicação ou apontamento do acusado. Ao mais, mormente no caso em que o acusado está algemado na sala de audiência, há um forte componente de sugestibilidade no apontamento, retirando-lhe qualquer valor probatório.

33. Negando qualquer valor ao reconhecimento fotográfico, por não preencher o requisito da tipicidade da prova, cf.: Gomes Filho, Notas sobre a terminologia da prova..., p. 316.

34. Mirabete, *Processo...*, p. 336. Na jurisprudência: STF, HC 70.038-1, 2ª T., rel. Min. Francisco Rezek, j. 31.08.1993, v.u., RT 706/417, TACrimSP, Ap 705.825/1, 3ª Câm. rel. Juiz Carlos Bueno, j. 21.06.1994, v.u., RJDTACRIM 28/214; TACrimSP, Ap 1.011.215/7, 10ª Câm. rel. Juiz Márcio Bártoli, j. 29.05.1996, v.u., RJDTACRIM 31/247.

35. Pedroso, *Prova penal*, p. 140. Na jurisprudência: STF, HC 73.488-0, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.03.1996, v.u., RT 736/545; TACrimSP, Ap 1.299.509/5, 10ª C., rel. Juiz Márcio Bártoli, j. 06.03.2002, v.u., RT 799/614; TACrimSP, RvCr 299.156/1, 6º Gr. Câm., rel. Juiz Walter Guilherme, j. 17.03.1997, v.u., RT 741/627.

36. Mirabete, *Processo...*, p. 335.

37. Negando valor a este “ato de apontar simplesmente *tête-à-tête*” o acusado do delito, cf. STF, voto vista do Min. Marco Aurélio, no HC 77.576/RG, 2ª T., rel. Min. Nelson Jobim, j. 02.02.1999, v.u., RTJ 179/1.065.

### 5. Dos elementos de informação produzidos na fase de investigação preliminar

Para que se compreenda o sistema brasileiro, é necessário ressaltar, nesse aspecto, que a tarefa de investigação criminal é realizada de regra por uma organização vinculada ao Poder Executivo, denominada *Polícia Judiciária*, por meio de um procedimento de caráter inquisitório denominado *inquérito policial* (art. 4.º e ss. do CPP). Trata-se, portanto, de atividade administrativa, que se desenvolve sem a participação da acusação e da defesa.

Conquanto, em tese, essa atividade esteja sujeita ao controle externo do Ministério Público (CF/88, art. 129, VII) e também em princípio possa ser acompanhada pelo advogado do investigado, como decorrência de garantia inscrita no Estatuto da OAB (Lei 8.906, de 04.07.1994, art. 7.º, XIV), o que sucede na prática é que a investigação é realizada sem a participação da acusação e da defesa.

Daí entender-se que os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, *provas* no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o Juiz ou, ainda, servir de fundamento para a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar.<sup>38</sup>

Embora não haja vedação legal, no plano infra-constitucional, à utilização no julgamento das “provas” (*rectius*: elementos de informação) produzidas no inquérito policial, a doutrina tem se insurgido contra tal utilização, posto que tais elementos de convicção, colhidos na fase de investigação, sequer podem ser considerados como prova, em sentido estrito.

José Frederico Marques já ensinava que “em face da Constituição, não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente”.<sup>39</sup>

38. Cf.: Antonio Magalhães Gomes Filho. *Direito à prova...*, p. 144 (com ampla citação jurisprudencial na nota 34); Aury Lopes Jr. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 204-205.

39. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. v.1, p. 194. Conseqüentemente, conclui Pedroso (*Prova penal*, p. 143): os elementos instrutórios colhidos no inquérito, “quando

haverá, sempre,  
uma menor força  
probatória das  
provas atípicas,  
incluindo as  
iniciais ?

A violação de tais regras, mais especificamente, do contraditório e da ampla defesa, acarretam a invalidade do elemento de convicção, que não poderá ser valorado com prova legítima. “Em última análise, tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, com o ser a prova colhida pelo juiz, sem a presença das partes. (...) Dessa afirmação básica decorre a inarredável consequência de que não são provas, que o juiz possa utilizar para a formação do seu convencimento, as que forem produzidas em procedimentos administrativos prévios ou mesmo em outros processos jurisdicionais”.<sup>40</sup>

Por isso, ainda que não exista uma regra expressa de exclusão dos elementos de informação colhidos no inquérito policial, tais dados não poderiam servir para o julgamento da causa. Mas também aqui é preciso considerar que na prática judiciária as coisas se passam de forma diversa. Domina na jurisprudência dos tribunais, com efeito, o entendimento de que as informações da fase investigatória não constituem base suficiente para uma condenação, mas podem ser levadas em conta se forem confirmadas, ainda que parcialmente, por provas colhidas em contraditório.

Os inconvenientes dessa prática são ainda mais evidentes nas causas de competência do Tribunal do Júri, uma vez que nos debates perante os jurados tais informações podem ser mencionadas livremente pelas partes e, assim, levadas em consideração pelos juízes leigos, que não estão obrigados a motivar suas decisões sobre os fatos.

Há, também, posição intermediária, no sentido de que as “provas”, ou melhor, os elementos de informação produzidos no inquérito policial somente poderão fundamentar uma sentença condenatória se forem confirmadas por outras provas produzidas em contraditório ou se forem confirmados em juízo. Todavia, não se pode deixar de observar que, bem analisada tal corrente, o valor de tais “elementos de informação” é nenhum. Se há outras provas, o que o juiz valora são estas “outras provas”, e não os

não renovados em Juízo sob o crivo do contraditório, não podem servir como supedâneo de uma condenação”.

40. Ada Pellegrini Grinover. O conteúdo da garantia do contraditório. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 22.

elementos produzidos durante o inquérito. Da mesma forma, se a “prova” produzida durante o inquérito é “confirmada” em juízo, o que o juiz irá valorar é a prova judicial que “confirmou” os elementos do inquérito, e não estes elementos em si.

De qualquer forma, é preciso ressaltar que a documentação dos atos do inquérito policial permanece nos autos da ação penal (CPP, art. 12), e sempre pode ter alguma influência, ainda que não expressamente declarada, no convencimento judicial.

Registre-se, contudo, que há atualmente um Projeto de Reforma do Código de Processo Penal em discussão no Congresso Nacional, estabelecendo, de forma expressa, tal vedação.<sup>41</sup>

De outro lado, especialmente, para a prova pericial produzida durante o inquérito policial, tem sido aceito, com tranquilidade, a possibilidade de o juiz valorá-la no momento da sentença. A razão é que se trata de uma prova cautelar, produzida antecipadamente, tendo em vista que, na maioria dos casos, deve ser realizada desde logo, diante do risco de perecimento dos objetos a serem examinados. Exemplo mais evidente desta situação é o exame de corpo de delito, ou outras formas de exame pericial, como a perícia para avaliação do valor da coisa furtada ou da potencialidade lesiva da arma utilizada como instrumento do crime de roubo.

Nesse caso, é comum a realização de perícias, em especial do exame de corpo de delito, na fase policial, embora tal prova seja utilizada, posteriormente, pelo juiz, para fundamentar o seu convencimento. Tal entendimento é correto somente nos casos em que a perícia tenha natureza cautelar, de produção antecipada de prova, não podendo ser realizada em momento posterior. Neste caso, na fase judicial, a perícia será submetida ao contraditório diferido.

De outro lado, se não se estiver diante de uma perícia determinada cautelarmente, a prova técnica deverá ser realizada em juízo, com a possibilidade de

41. O Projeto de Lei 4.209/2001, que altera o CPP, na parte em que disciplina o inquérito policial, não utiliza o termo “prova”, mas “informações” (art. 6.º, § 3.º) e “elementos informativos” (art. 7.º e art. 8.º), explicitando, ainda, que “esses elementos não poderão constituir fundamento da sentença (art. 399), ressalvadas as provas produzidas cautelarmente ou irrepetíveis, que serão submetidas a posterior contraditório” (art. 7.º, parágrafo único).

contraditório prévio, especialmente pela faculdade das partes formularem quesitos, inclusive com a possibilidade de acompanhamento da própria realização dos exames pelos interessados.<sup>42</sup> Se não há urgência na prova, não deve ser aceita a perícia produzida na fase de investigação, sem o prévio contraditório e sem mesmo a participação judicial. Em tal caso, a perícia deve ser realizada somente em juízo e não na fase de investigação preliminar.

## 6. Das provas produzidas na fase intermediária do processo

Com relação às provas produzidas na *fase intermediária*, é preciso observar, de início, que no Brasil não existe a previsão dessa etapa procedimental. Como mencionado, o juiz utiliza-se normalmente dos elementos do inquérito policial para decidir sobre a admissibilidade da acusação e também para determinar alguma medida cautelar.

Apenas em alguns procedimentos especiais (crimes funcionais e crimes contra a propriedade imaterial, por exemplo) é que se poderia identificar uma eventual fase intermediária, com produção de provas. O procedimento em que é mais evidente a existência dessa etapa é o relativo aos crimes de competência do Tribunal do Júri, em que há uma *instrução preparatória*, perante o Juiz e em contraditório, destinada à produção de provas para posterior decisão sobre a admissibilidade da acusação a ser levada aos jurados. Em todas essas situações, não há nenhuma restrição a que essas provas sejam utilizadas no julgamento da causa.

Nos poucos procedimentos especiais em que há previsão de apresentação de defesa antes do recebimento da denúncia, institui-se, um contraditório sobre a peça acusatória e os elementos de informação que lhe dão suporte. Todavia, tal contraditório é apenas argumentativo, não havendo espaço para a produção de provas. Somente no procedimento do Tribunal do Júri é que existe uma verdadeira fase intermediária, com

42. Cf.: Grinover, Gomes Filho, Fernandes, *As nulidades...*, p. 183; Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 77.

ampla atividade probatória, antes do julgamento. Neste caso, as provas produzidas na primeira fase do procedimento, poderão ser validamente utilizadas pelos jurados para o seu convencimento. De se destacar, contudo, que nesta fase intermediária tais provas já são produzidas em contraditório e na presença do juiz.

Finalmente, é de se observar que, no processo penal brasileiro, o julgamento em primeiro grau é, em regra, monocrático.<sup>43</sup> Não há, pois, diferença quanto ao tratamento dado aos elementos colhidos na fase intermediária, em razão da composição do órgão jurisdicional que atua em tal fase.

## 7. Do valor dos elementos de informação produzidos na fase da investigação preliminar

Não há regra expressa considerando a ilicitude das provas produzidas na fase de investigação ou na fase intermediária. Aliás, como não há exclusão física dos autos da fase de investigação, não haveria propriamente ilicitude de tais provas, mas sim nulidade da sentença que nelas se fundamentar.

43. Ressalve-se, apenas, o processo penal militar, que possui regras e organização judiciária próprias. No procedimento comum previsto no CPPM, uma vez recebida a denúncia, o auditor providenciará, conforme o caso, o sorteio do Conselho Especial de Justiça, ou a convocação do Conselho Permanente de Justiça (CPPM, art. 399, *a*), e designará dia e hora para a sua instalação (*b*). O Conselho Especial de Justiça é constituído pelo Juiz-Auditor e mais 4 juizes militares, todos oficiais superiores, sob a presidência do juiz militar de posto mais elevado (LOJM, art. 16, *a*), competindo-lhe o processo e julgamento dos oficiais, exceto os oficiais-generais (LOJM, art. 6.º, I, *a*), por crimes militares (LOJM, art. 27, I). Ressalte-se que, os oficiais-generais, por serem oficiais gerais das Forças Armadas, gozam de foro por prerrogativa de função e são julgados pelo Superior Tribunal Militar. De outro lado, o Conselho Permanente de Justiça é constituído pelo Juiz-Auditor, por 1 oficial superior, que será o seu presidente, e 3 oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão (LOJM, art. 16, *b*), competindo-lhe o julgamento dos acusados que não sejam oficiais (LOJM, art. 27, II), isto é, praças e civis. De qualquer forma, o CPPM tem regra expressa, sobre a finalidade do inquérito policial militar: "Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal" (art. 9.º, *caput*). Excepcionalmente, contudo, "os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades", poderão ser utilizados como provas na ação penal. Em suma, os elementos de informação colhidos no inquérito policial não servirão para o Conselho de Justiça formar a sua convicção, mas apenas para que o Auditor receba ou rejeite a denúncia.

Na doutrina nacional, Ada Pellegrini Grinover, adotando a conceituação de Nuvolone, distingue as provas ilícitas das provas ilegítimas e explica: “a prova será ilegal toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegalmente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius*, à fonte de prova será ilicitamente colhida). Será nesse sentido mais estrito que nos referiremos às ‘provas ilícitas’. É necessário, ainda, observar que determinadas provas, ilícitas porque constituídas mediante a violação de leis materiais ou de princípios gerais de direito, podem ao mesmo tempo ser ilegítimas, se a lei processual também impede a produção do meio em juízo”.<sup>44</sup> Tecnicamente, portanto, não parece correto qualificar tais provas com sendo provas ilícitas. Inicialmente, os elementos de informação produzidos no inquérito policial, não podem ser considerados com “prova”, no sentido estrito do termo.

De outro lado, como sua valoração no momento da sentença representa um desrespeito à garantia constitucional do contraditório, não parece que a questão seja propriamente de ilicitude da prova. Tratar-se-ia, portanto, de “prova” ilegítima, por violação de uma regra processual, segundo a qual toda prova deve ser produzida em contraditório.

44. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 98-99. Tal posicionamento foi expressamente adotado no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. O PL 4.205/2001, altera a redação do *caput* do art. 157, que assim passará a dispor: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais”. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também adotou tal distinção, em famoso precedente no qual se discutia o tema das provas ilícitas, merecendo destacar o seguinte passo do voto do Ministro Celso de Mello: “Impõe-se destacar, como expressiva conquista dos direitos assegurados àqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas (aquelas que se produzem com vulneração das normas de direito processual) e às provas ilícitas (aquelas que se colidem com transgressão das regras do direito material). A Constituição do Brasil, ao repelir a doutrina do *male captum, bene retentum*, sancionou, com a inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude” (STF, HC 69.912-0/RS, Pleno, rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, m.v., j. 30.06.1993, *LEX-STF* 183/320)

Ao mais, considere-se que não existe regra processual que imponha a exclusão física de tais elementos dos autos do processo, após o recebimento da denúncia. Há, contudo, conforme já considerado,<sup>45</sup> forte posicionamento no sentido de que tais “provas” (*rectius*: elementos de informação), por si só, não poderão ser utilizadas pelo juiz para a formação do seu convencimento, no momento de sentenciar o processo.

A questão, contudo, se coloca sob o ponto de vista da validade ou nulidade do ato final, no caso, a sentença. Se na sentença o juiz se utilizar, exclusivamente, de elementos de informação produzidos no inquérito policial, haverá um erro de julgamento. Em grau de recurso, o Tribunal poderá modificar tal decisão, absolvendo o acusado. Não há, portanto, uma ilicitude de tais provas e, muito menos, nulidade pelo fato destas terem permanecido nos autos. Todo o controle será feito pela motivação da sentença.

Justamente porque a questão se coloca no plano da motivação, o problema deveria ter uma solução diversa no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, que são submetidos ao Júri Popular. Como os jurados decidem de forma não motivada, não há como controlar se os elementos de informação produzidos no inquérito policial, e que permanecem nos autos, podendo ser lidos pelo Ministério Público e pelo Advogado, na sessão de julgamento, foram utilizados ou não pelos jurados, até mesmo em caráter de exclusividade, para a formação da convicção pessoal de cada jurado.

No caso do Tribunal do Júri, portanto, diante dessa impossibilidade de controle da formação do convencimento dos jurados,<sup>46</sup> a única forma de se assegurar o respeito ao contraditório seria a determinação de exclusão do processo dos elementos de informação produzidos durante o inquérito policial. Todavia,

45. Cf., *supra*, item 5.

46. Justamente por isso, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (*As nulidades...*, p. 171) defendem que, se houve a utilização de provas ilícitas perante o Tribunal do Júri, “o veredicto dos jurados, porém, será irremediavelmente nulo, até porque a ausência de motivação impede o conhecimento das razões de julgar”.

na prática, tais elementos do inquérito policial permanecem nos autos e são lidos na sessão de julgamento, sem que se tenha notícia da anulação de qualquer julgamento por tal motivo.

## 8. Da prova por videoconferência

A questão da possibilidade de realização de atos processuais à distância, ou por videoconferência, não é nova, tendo sido objeto de polêmicas há, pelo menos, uma década.

Inicialmente, a questão surgiu com o chamado interrogatório *on-line*. A doutrina majoritária, desde o primeiro momento, manifestou-se contrariamente à realização de tal forma de interrogatório.<sup>47</sup> Diversamente, na jurisprudência, tem prevalecido, atualmente, o entendimento de que tais interrogatórios são válidos, desde que asseguradas determinadas condições que garantam a publicidade do ato, a ampla defesa, e a comunicação reservada do acusado com seu defensor, tudo isso mediante recursos audiovisuais em tempo real.<sup>48</sup>

47. Ana Sofia Schmidt de Oliveira. Resolução 05/02: interrogatório on-line [Parecer]. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 10, n. 120, p. 2-4, nov. 2002; Paulo Sérgio Leite Fernandes. A falácia dos interrogatórios virtuais. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 10, n. 120, p. 1-2, nov. 2002; Carlos Weis. Manifestação do conselheiro Carlos Weiss referente à realização de interrogatório on-line para presos perigosos. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 10, n. 120, p. 4-5, nov. 2002.

48. Ainda não há muitos julgados sobre o tema, sendo insipiente a jurisprudência. Em julgado mais antigo, talvez pioneiro, o STJ negou a ordem de *habeas corpus*, por considerar que inexistia demonstração de prejuízo na realização do "interrogatório feito via sistema conferência em *real time*", mas destacou que "Embora no interrogatório por vídeo conferência o Juiz de Direito possa avistar-se com o réu, ver suas reações, ou mesmo se tuteie em responder, o ambiente em que é feito o interrogatório é outro e, portanto, outra será a postura do acusado em relação a isso. A frieza da imagem digitalizada, em nada auxilia o Juiz na captura da verdade real, que se espera seja o escopo fundamental da justiça Penal, sob pena de termos em nossas mãos, não mais a perseguição, mas a 'perseguição'. Por essas razões entendo que é nulo o interrogatório realizado por vídeo conferência, ressalvado, contudo possa ele ser feito quando evidente o perigo à ordem pública e à segurança das pessoas encarregadas da administração da Justiça Penal, com a saída do réu da unidade prisional, conforme exceção prevista no próprio art. 792 do CPP" (STJ, RHC 6.272/SP, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 03.04.1997, v.u., DJ 05.05.1997). Posteriormente, contudo, o STJ, em julgamento recente, entendeu que: "a percepção cognitiva obtida no sistema de teleaudiência é a mesma auferida na forma usual de realização de audiência com a presença

Atualmente, é de se destacar que o interrogatório pode ser realizado no próprio estabelecimento penitenciário em que o acusado se encontre. O novo § 1.º do art. 185, com a redação dada pela Lei 10.792, de 01.12.2003, passou a admitir o interrogatório fora da sala de audiência, desde que observados as seguintes condições: (1) existência de sala própria; (2) condições de segurança do juiz e dos auxiliares; (3) presença do defensor; (4) publicidade do ato. Ausente qualquer delas, o interrogatório deverá ser realizado, nos moldes normais, isto é, no fórum, em sala de audiência.

Outro problema diz respeito à oitiva de testemunhas. Interpretando-se estritamente os princípios processuais, a prova testemunhal deve ser produzida na presença das partes e do juiz natural, instituindo-se um verdadeiro contraditório, com o contato direto do juiz com as provas, em respeito à imediação. Nada disto estaria presente, pelo menos nos moldes tradicionais que se interpretam tais princípios, na oitiva de testemunha por videoconferência.

A legislação brasileira não prevê a realização de qualquer ato probatório à distância e sem o contato *direto* das partes e do juiz com a prova que está sendo produzida. Especificamente com relação à oitiva de testemunhas, o CPP determina que o ato seja realizado, em regra, entre presentes. A testemunha depõe na sala de audiência, na presença do juiz (CPP, art. 792, *caput*).<sup>49</sup>

física das partes. Ademais, o juízo recorrido cercou-se de cautelas concretas para a realização dessa modalidade de audiência, assegurando ao defensor a possibilidade de se comunicar com o acusado a qualquer momento (por meio de linha telefônica privativa), bem como permitindo a presença de um defensor na sala de audiência e outro, na sala do presídio.... Bem a rigor, o paciente e os co-réus encontravam-se numa verdadeira extensão da própria sala de audiências, de tudo participando e acompanhando, com a mais completa possibilidade de contato verbal com seus advogados. Não existe, portanto, nenhuma nulidade. Finalmente, encontrou-se um sistema de teleaudiência ou videoconferência que harmonizou as exigências da ampla defesa e do contraditório com celeridade, segurança e presteza na produção da prova e com a prolação das sentenças" (STJ, RHC 15.558/SP, 5ª T., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 14.09.2004, v.u., DJ 11.10.2004, p. 351).

49. A única exceção prevista no CPP é no caso de pessoas egrégias, que não precisam comparecer a juízo, prestando seu depoimento por escrito (art. 221, § 1.º). Mesmo assim, tem se apontado a inconstitucionalidade de tal dispositivo, por impedir o exercício efetivo do contraditório e da