



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO CEARÁ- ESMEC
PROCESSO PENAL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANTÔNIO FERREIRA JÚNIOR

PROVAS NO PROCESSO PENAL

FORTALEZA

2014

ANTÔNIO FERREIRA JÚNIOR

PROVAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Escola Superior da Magistratura - ESMEC como requisito para obtenção do Certificado de Especialização de Direito e Processo Penal.

Professor Orientador: Professor Andre Luis Tabosa de Oliveira - Ms

FORTALEZA

2014

J95p

Ferreira Júnior, Antônio.

Provas no Processo Penal/ Antônio Ferreira Júnior – 2013.
43f.; 30cm

Monografia (especialização) – Escola Superior de Magistratura do
Estado do Ceará

Curso de Especialização em Processo Penal, Fortaleza, 2014.

Área de Concentração: Direito Processual Penal.

Orientação: Prof. Ms. Andre Luis Tabosa de Oliveira

1. Prova. 2. Autoincriminação. 3. Ilegalidade.

CDD 341.43

ANTÔNIO FERREIRA JÚNIOR

PROVAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Escola Superior da Magistratura - ESMEC como requisito para obtenção do Certificado de Especialização de Direito e Processo Penal.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

André Luis Tabosa de Oliveira (Orientador) - Me

Edilson Baltazar Barreira Júnior - Dr

Francisco Eduardo Girão Braga - Esp

A todos os alunos que lutam
obstinadamente por seus objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Deus, nosso pai e criador.

Aos meus pais que contribuem de forma permanente e incondicional em meus estudos, desde o Jardim I até os dias de hoje.

Aos meus irmãos pelo apoio.

A minha filha, motivo de inspiração e orgulho, bem como, a meu filho que aguardo ansiosamente, desde logo.

A minha esposa que nunca mediu esforços diante das dificuldades da vida.

Aos meus orientadores: André Tabosa de Oliveira, Edilson Baltazar Barreira Júnior e Francisco Eduardo Girão Braga pelas orientações para a produção deste trabalho.

“Aprendi que um homem só tem o direito de olhar um outro de cima para baixo para ajudá-lo a levantar-se.”

(Gabriel Garcia Marques)

RESUMO

Objetiva-se identificar as e avaliar a importância da prova no processo penal, e em especial tendo como referência a Constituição Federal de 1988, haja vista que a Carta Magna veio a ser seguida como pressuposto para aplicação dos princípios em um Estado Democrático de Direito. O trabalho inicia-se pelos princípios da presunção da inocência, em seguida pelo princípio da busca da verdade, e por fim um dos princípios mais exaltados nos últimos anos, haja vista a sua grande aplicação prática, qual seja o do *nemo tenetur se deterege*, que é a não autoincriminação. Em seguida serão analisados diversos tipos de prova e suas teorias buscando identificar a diferença entre prova e elementos informativos colhidos na investigação policial, bem como os sujeitos a que a prova se destina, seu objeto, o ônus da prova e sua desincumbência. O sistema de provas no Brasil e as teorias adotadas, a saber: sistema da íntima convicção do magistrado, sistema da prova tarifada, sistema do livre convencimento motivado. As principais teorias que foram e estão sendo adotadas a fim de reduzir o efeito de possíveis ilegalidades ou ilegitimidades na produção e colheita de provas ao longo do processo, teorias muito novas as quais, ainda, estão em discussão nos Tribunais, entre elas, teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável, teoria do nexo causal atenuado, teoria do encontro fortuito de provas.

PALAVRAS-CHAVES: Prova. Autoincriminação. Ilegalidade. Ilegitimidade. Inquisidor. Acusatório, Interrogatório.

ABSTRACT

The objective is to identify and evaluate the importance of proof in criminal proceedings , and in particular with reference to the Federal Constitution of 1988 , given that the Magna Carta came to be followed as a prerequisite for application of the principles in a democratic state . The work begins with the principles of presumption of innocence , then the principle of seeking truth , and finally one of the principles exalted in recent years , given their wide practical application , namely the *nemo tenetur se deterege* , which is not self-incrimination . Then various types of evidence and its theories seeking to identify the difference between evidence and information items collected in the police investigation and the subject to which the evidence is intended , its object , the burden of proof and its exemption will be analyzed. The examination system in Brazil and theories adopted , namely: the intimate conviction of the magistrate system , system of legal proof , motivated system of free conviction The main theories that have been and are being taken to reduce the effect of possible illegality or illegitimacy in the production and harvesting of evidence throughout the process , very new theories which even then under discussion in the courts , among them , the theory of independent source , inevitable discovery theory , theory of attenuated causation , chance encounter theory of evidence .

KEYWORDS: Proof. Self-incrimination. Illegality. Illegitimacy. Inquisitive. Libelous. Interrogation

LISTA DE SIGLAS:

CF	Constituição Federal
LO	Lei Ordinária
LC	Lei Complementar
EC	Emenda Constitucional
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PROVA	15
2.1 Princípio da presunção da inocência	15
2.2 Princípio da Busca da Verdade Real	16
2.3 Princípio do Nemo tenetur se deterege	16
3. CONCEITO DE PROVA	19
3.1 Destinatário da prova	19
3.2 Objeto de prova	20
3.3 Prova direta e prova indireta	21
3.4 Prova emprestada	22
4. COMENTÁRIOS AO ART. 155 CPP	23
4.1 Sistema de valoração da prova	23
4.1.1 <i>Sistema da íntima convicção do juiz</i>	23
4.1.2 <i>Sistema da prova tarifada ou da certeza moral</i>	23
4.1.3 <i>Sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado</i>	23
4.2 Elemento informativo e prova	24
4.3 Ônus da prova	25
5. JUIZ INQUISIDOR	27
6. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	29
6.1 Prova ilícita por derivação	30
6.2 Teoria da fonte independente	30
6.3 Limitação da descoberta inevitável	31
6.4 Teoria ou limitação do nexo causal atenuado	32
6.5 Teoria do encontro fortuito de provas	32
6.6 Provas ilícitas pro réu e pro societate	33
6.7 Descontaminação do julgado	34
7. INTERROGATÓRIO	35
7.1 Direito de audiência	36
7.2 Direito de presença	37
7.3 Capacidade postulatória autônoma	37
7.4 Momento da realização do interrogatório	38
7.5 Características do interrogatório	39

8. CONDUÇÃO COERCITIVA	42
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	43

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca identificar e avaliar a importância da prova no processo penal, e em especial tendo como referência a Constituição Federal de 1988, haja vista que a Carta Magna veio a ser seguida como pressuposto para aplicação dos princípios em um Estado Democrático de Direito.

O tema provas não é um assunto novo, muito pelo contrário, já na antiguidade deu-se importância a esse tema, pois conforme Deuteronômio 17:6, “Por boca de duas testemunhas, ou três testemunhas, será morto o que houver de morrer; por boca de uma só testemunha não morrerá”. Ou seja, desde aquela época a prova já desempenhava uma função importante nas relações entre os povos, haja vista que constitui o cerne, o fundamento a fim de que se possa haver um processo justo e devido. Desta forma, não há que se falar em contraditório, ampla defesa, devido processo legal, se não houver uma dogmática rica, conhecida de ambas as partes sobre a teoria geral da prova, pois representa à cima de tudo a regra inicial e básica do direito.

Desta forma, no plano concreto esse trabalho analisa diversos tipos de prova e suas teorias buscando identificar a diferença entre prova e elementos informativos colhidos na investigação policial, bem como os sujeitos a que a prova se destina, seu objeto, o ônus da prova e sua desincumbência. O sistema de provas no Brasil e as teorias adotadas, a saber: sistema da íntima convicção do magistrado, sistema da prova tarifada, sistema do livre convencimento motivado.

Também será feito um levantamento das teorias que foram e estão sendo adotadas a fim de reduzir o efeito de possíveis ilegalidades ou ilegitimidades na produção e colheita de provas ao longo do processo, teorias muito novas as quais, ainda, estão em discussão nos Tribunais, entre elas, teoria da fonte independente, teoria da descoberta inevitável, teoria do nexo causal atenuado, teoria do encontro fortuito de provas.

Outro ponto de suma importância que será discutido é o interrogatório do acusado, e a passagem de meio exclusivo de prova para passar a ser também, meio de defesa, um dos momentos mais importantes, pois é quando é realizada a autodefesa.

E por fim será analisada uma das leis muito polêmicas dos últimos tempos que é a lei da vídeo conferência, seus pontos positivos e negativos, e sua aplicação no caso concreto.

2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PROVA

2.1 Princípio da Presunção de inocência

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 11.1, declara¹:

Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo publico no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa.

Desta forma, pelo exposto fica claro que a Declaração Universal assegura a inocência até que se comprove sua culpabilidade, já em nossa Constituição Federal de 1988, esse princípio passou a figurar de maneira expressa no artigo 5º, inciso LVII, no qual: “*Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Consiste desta forma, em um direito de não ser declarado culpado, exceto com a sentença transitada em julgado. Em virtude, dessa diferenciação entre a Declaração de Direitos que usou a expressão presunção de inocência e a Constituição de 1988, que utilizou o termo não será considerado culpado, alguns utilizam o expressão presunção de não culpabilidade. Apesar dessa diferenciação terminológica a uma equivalência entre os termos empregados.²

Tendo por base os dois enunciados, nota-se que o texto constitucional é mais amplo, pois, a presunção vai até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao passo que a Declaração de Direitos vai só até a comprovação da culpa, o que poderia ocorrer com o acórdão condenatório com o julgamento do recurso, pois é assegurado o duplo grau de jurisdição, de acordo com o artigo 8º, §2º, h. A Constituição Federal a não culpabilidade somente é afastada com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, assim sendo a Constituição deve prevalecer sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos. Haja vista, que na própria convenção há dispositivo expresso no sentido de que os direitos nela estabelecidos não poderão ser utilizados para restringir direitos, normas mais amplas que existiam no âmbito dos países signatários, conforme artigo 29, b.

¹ Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 11.1.

² BADARÓ, Gustavo Henrique. ônus da prova no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 283.

2.2 Princípio da busca da verdade

No Processo Penal, por estar em jogo um direito individual indisponível, pode o juiz atuar subsidiariamente na busca de provas. Hoje, tal princípio é cada vez mais questionado pela doutrina.

A doutrina mais tradicional trabalha com ele como se fosse o princípio da verdade material, ou da verdade real. E esse princípio da verdade material teria como oposto o chamado princípio da verdade formal. E essa doutrina mais antiga e bem conservadora faz essa distinção em relação ao processo penal e ao processo civil, afirmando que a verdade material informa o processo penal e a verdade formal o processo civil. O processo civil, sobretudo porque trata de direitos disponíveis, o comportamento do juiz é passivo. O juiz assiste ao que é produzido pelas partes.

No processo penal, em virtude do direito individual indisponível em disputa (que é exatamente a liberdade de locomoção), cabe ao juiz a busca da verdade durante o curso do processo.

O Brasil adota o sistema acusatório, desta forma a atividade acusatória pertence ao Ministério Público. Em prol da busca pela verdade, várias atrocidades foram cometidas, como a tortura. O juiz produzia provas porque estava procurando a verdade. Hoje o magistrado desempenha uma função complementar na produção da prova. Conforme a nova redação do art. 212, que reforça isso:

“Art. 212 As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.”

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

2.3 Princípio do nemo tenetur se detegere

O acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos – art. 8º, Item 2, “g”. Pacto San José que é mais amplo que a própria Constituição:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

O direito ao silêncio está previsto na CF – art. 5º, LXIII, da CF: o *preso* será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Por *preso*, deve ser compreendido não apenas quem está preso, mas também o cidadão suspeito, indiciado, acusado ou mesmo condenado. A testemunha, enquanto testemunha, tem o dever de depor. Mas se da resposta da testemunha puder resultar uma autoincriminação, ela estará protegida pelo direito ao silêncio. Este princípio abrange, também, os seguintes direitos: direito ao silêncio, que é a manifestação passiva da defesa; No tribunal do júri não é obrigatória a presença do acusado; direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo: não se pode obrigar o acusado a fazer a reconstituição do crime; fornecer material para o exame grafotécnico. No entanto, o reconhecimento de pessoas, não é abrangido por este princípio, pois como o reconhecimento não demanda nenhum comportamento ativo é possível a sua realização e não viola o direito ao silêncio. O Supremo Tribunal Federal entende que o direito ao silêncio não abrange o direito de falsear a identidade. Direito de não produzir nenhuma prova incriminadora que envolva o corpo humano do acusado, ou seja, prova invasiva é a prova que envolve o corpo humano e implica a utilização ou extração de alguma parte dele, já a prova não invasiva, consiste numa inspeção ou verificação corporal, não implicando a extração de nenhuma parte do corpo humano.

Uma coisa é a produção forçada de prova contra o acusado, outra coisa bem diferente é a prova produzida de maneira voluntária ou involuntária pelo acusado para outra finalidade, ex.: coleta da placenta da cantora chilena Glória Trevi - o STF, neste caso, entendeu que a coleta da placenta era lícita, não se trata de uma prova invasiva já que a placenta foi jogada fora, expelida do corpo da parturiente. Gravação feita pelo Delegado onde o acusado confessa espontaneamente a autoria do crime, gravação de confissão feita pelo o acusado à imprensa, ou gravação informal de conversa do preso com policiais sem a formal advertência ao direito ao silêncio, torna a prova ilícita por violação ao art. 5º, LXIII, da CF.

O direito ao silêncio está previsto na Constituição Federal, artigo. 5º, LXIII:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

3 CONCEITO DE PROVA

A palavra prova pode ser usada em diversos sentidos, surgindo, assim vários conceitos, tais como: prova como atividade probatória é o ato que tende a formar a convicção da entidade e que tem a legitimidade de decidir sobre a existência ou não de uma situação fática.

A Constituição Federal assegura o direito de ação, o qual é um pressuposto lógico a produção de prova, é um desdobramento do direito de ação. Não haveria utilidade em poder ingressar em juízo e não produzir provas. O direito à prova é um desdobramento, seja do direito de ação, seja do direito de defesa.

Outra aceção que pode ser utilizado o conceito de prova, é no que diz respeito à prova como resultado, a qual consiste na convicção quanto à existência ou não de uma situação fática, formada no processo.

E por fim há também o conceito de prova como meio, que é a utilização de instrumentos capazes de formar a convicção do órgão julgador quanto à existência de uma situação fática.

3.1 Destinatários e fonte de prova

No processo penal, o destinatário da prova é o órgão jurisdicional, podendo ser juiz, desembargador ou ministro.

A doutrina costuma dividir a fonte de prova, no sentido de prova como tudo àquilo que indica algum fato ou afirmação que necessita de prova. Um segundo sentido de fonte de prova são as pessoas ou coisas das quais pode ser conseguir a prova.

No que se refere aos meios de prova são os instrumentos aptos a formar a convicção do juiz quanto à existência ou não de uma situação fática. No processo penal, como regra, vigora a liberdade dos meios de prova, ainda que não especificados na lei, desde que não sejam inconstitucionais, ilegais ou imorais. Há, também, exceções à liberdade de provas, no que se refere ao estado civil das pessoas, a prova deve observar as restrições estabelecidas na lei civil.

Art. 155, CPP: Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

STJ Súmula nº 74 - Efeitos Penais - Reconhecimento da Menoridade - Prova Documental: Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil.

Algumas pessoas são proibidas de depor:

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

O Exame de corpo de delito nos crimes matérias cujos vestígios não tenham desaparecido, tal como se pode perceber na leitura do art. 158 do CPP:

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

Caso a infração deixe vestígios, a prova da materialidade não pode ser suprida com o depoimento de testemunha. O Código, neste ponto, é taxativo. Exige a realização do exame pericial. Se o vestígio desaparecer pode-se usar a prova testemunhal.

3.2 Objeto de prova

O objeto de prova são os fatos que interessam à decisão da causa. Deve ser provado o fato narrado pela acusação ou pela defesa. Quando o Ministério Público imputa a alguém a prática de um crime, deve provar que o agente é o autor do delito.

Os costumes, em alguns casos, devem ser provados e são importantes, para a interpretação de alguns tipos penais. Por exemplo: furto durante o repouso noturno.

O direito estrangeiro, estadual e municipal devem ser provados, de acordo com o artigo 337, do CPC, que diz o seguinte:

Art. 337 - A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

O entendimento jurisprudencial é que o juiz deve conhecer o direito municipal e estadual da localidade onde exerce sua função.

No processo penal não existe confissão ficta, se o acusado vem a confessar, mesmo assim, é necessário que o Ministério Público prove a autoria e a materialidade.

Há fatos que não necessitam de prova, tais como: fatos notórios, que são fatos de conhecimento público e geral não precisam ser provados; fatos axiomáticos que são fatos intuitivos, evidentes, não precisam ser provados. Não é preciso provar que cocaína causa dependência; fatos inúteis não precisam ser provados; não precisam ser provados; presunções legais não precisam ser provadas. Presunção é a afirmação da lei de que um fato é existente ou verdadeiro, independentemente de prova. As presunções subdividem-se em presunção absoluta (*iuris et de iuris*) e em presunção relativa (*iuris tantum*).

Presunção absoluta é aquela presunção que não admite prova em sentido contrário. Exemplo de presunção absoluta é a inimputabilidade do menor de 18 anos. O menor de 18 anos é presumido pela própria Constituição como inimputável.

Presunção relativa admite prova em sentido contrário. O que acontece aqui é uma inversão do ônus da prova. Como o fato é presumido, cabe à inversão do ônus para aquele a quem cabe provar que o fato não teria ocorrido.

3.3 Prova direta e prova indireta

A prova direta é aquela que incide diretamente sobre o fato objeto da prova. Já no que se refere à prova indireta, essa consiste no mecanismo de que provada a existência de um fato, chega-se à conclusão acerca da existência de outro por meio de indução ou raciocínio lógico.

Prova indireta, desde que formada por um conjunto coeso e coerente, autoriza uma sentença condenatória. Uma única prova indireta, talvez não seja suficiente para flexibilizar o princípio da presunção de inocência, mas quando junta vários elementos, autorizaria a condenação do agente.

Já no que se refere ao indício, geralmente, é usado pela doutrina como sinônimo de prova indireta. No entanto, a palavra indício pode ser usada em dois sentidos distintos:

Pode usar a palavra indício como prova indireta, conceito do art. 239, do CPP.

Art. 239 - Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Indício também pode ser usado como prova semiplena, que é aquela prova de menor valor persuasivo.

Art. 312 - A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

3.4 Prova emprestada

É o mecanismo pelo qual se utiliza a prova em um processo que foi produzido em outro processo. É possível a utilização da prova emprestada, desde que aquele contra quem ela será utilizada tenha participado do processo onde a prova foi produzida, com o respeito ao contraditório, ou seja, o importante é que na origem haja dado a possibilidade do contraditório e da ampla defesa. O valor da prova emprestada é o mesmo da prova originariamente produzida, apesar de ingressar no processo pela forma documental.

4 COMENTÁRIOS AO ART. 155, CPP

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

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

4.1 Sistema de valoração da prova

4.1.1 Sistema da íntima convicção do juiz

Permite que o magistrado avalie a prova com ampla liberdade, porém, sem a obrigação de fundamentar sua convicção. Esse sistema possui por vantagem a liberdade. O juiz pode emprestar o valor que entender devido a qualquer prova. O senão é a desnecessidade de fundamentação. Esse sistema não é adotado no Brasil, mas é o sistema em vigor no tribunal do júri, onde os jurados não são obrigados a fundamentar seu voto.

4.1.2 Sistema da prova tarifada ou da certeza moral

A lei atribui o valor a cada prova, cabendo ao juiz simplesmente obedecer ao mandamento legal. Nesse sistema o juiz não tem liberdade de apreciar a prova. Em alguns casos, é adotado esse sistema, como exemplo a prova pericial de crime material que deixa vestígio.

4.1.3 Sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado

É o sistema adotado pelo constituinte originário, conforme se depreende do art. 93, IX. O juiz pode usar qualquer prova, mas tem que fundamentar o seu convencimento. Desta forma, tem como consequência: Não existe prova com valor absoluto. Toda prova tem valor relativo, mesmo a confissão; o juiz deve valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para rechaçá-las. O juiz é obrigado a valorar a prova.

4.2 Elemento informativo e prova

Esses elementos informativos são aqueles colhidos na fase investigatória, são colhidos sem a participação dialética das partes. Desta forma, não há contraditório.

Em relação à prova, que vai ser, em regra, colhida na fase judicial colhida na presença do juiz e, com a adoção do princípio da identidade física do juiz. Esse princípio, era exclusivo do processo civil, agora também passa a ser adotado no processo penal.

A prova tem como elemento fundamental, pressuposto inafastável, a observância do contraditório. Há a participação dialética das partes. Residindo aí, a diferença entre elementos informativos e prova. Essa distinção foi colocada na própria lei pelo legislador, no art. 155.

Elementos informativos, isoladamente considerados, não são aptos a fundamentar uma sentença condenatória. Esse é um pressuposto básico. Não pode só usar o inquérito para fundamentar uma sentença. No entanto, não devem ser completamente ignorados, podendo se somar à prova produzida em juízo, servindo como mais um elemento na formação da convicção do juiz. Por consequência o advérbio, colocado no art. 155, caput, deixando bastante claro o termo exclusivamente.

Devem-se analisar os conceitos de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas do art. 155 do CPP.

Provas cautelares são aquelas em que existe um risco do desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo. Caso não seja feita nesse momento, é possível que depois não se consiga mais produzi-la. Exemplo: interceptação telefônica. Nesse tipo de prova, por razões óbvias, o contraditório não se dá no momento de produção da prova, o contraditório é diferido, ou seja, é um contraditório que se dá a posteriormente.

Provas não repetíveis são aquelas em que não tem como ser novamente coletadas ou produzidas, em virtude do desaparecimento ou destruição da fonte probatória. Os dois conceitos se assemelham só que, em regra, a prova cautelar depende de autorização do juiz. Já a prova não repetível, não. Exemplo: perícia num crime de lesões corporais, perícia num crime de estupro. Não é necessário solicitar autorização judicial.

Prova antecipada são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante o juiz, antes de ser o momento processual oportuno e até mesmo antes de iniciado o processo, em razão de sua relevância e urgência. Esse conceito talvez seja o mais importante dos três porque a prova antecipada é a mais diferente. Aqui o contraditório não é diferido. Aqui, ele é real. Acontece no momento da produção da prova. Ela é produzida na presença do juiz, com as partes, acusação e defesa. E é produzida de maneira antecipada por conta da urgência. Exemplo de prova antecipada que vem sendo citada pela doutrina é o art. 225, do CPP, conhecido como depoimento ad perpetuum rei memorium:

Art. 225 - Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

4.3 Ônus da prova

Ônus da prova, ou ônus probandi, é o encargo que recai sobre a parte de provar a veracidade do fato por ela alegado. Caso não se consiga desincumbir do ônus de provar, o pedido será julgado improcedente.

De acordo com a corrente majoritária, a acusação tem que provar a existência de fato típico e também a autoria, materialidade e a relação de causalidade, bem como, deve também comprovar o elemento subjetivo.

Em relação à prova do elemento subjetivo, a conduta ou é dolosa ou é culposa. A culpa deve ser provada pela acusação. Dolo é à vontade e a consciência de praticar fato tipificado. A prova do dolo é feita a partir da análise dos elementos objetivos do caso concreto.

Há uma teoria que vem ganhando força nos últimos tempos, que é a Teoria da Cegueira Deliberada, conhecida também, como Instruções da Avestruz. Essa teoria surge no direito norte americano chama a Teoria da Cegueira Deliberada de Willful Blindness. A Lei de Lavagem de Capitais estabelece que algumas pessoas que mexem com dinheiro em espécie, têm certas obrigações, entre as quais de comunicar essas movimentações suspeitas. No entanto, quando esses agentes, ao invés de comunicarem ao Banco Central, CADE, e Órgãos de Investigação preferem permanecer com essa ignorância, com dolo eventual. Quando se assume o risco de

produzir o resultado. Pois, no momento em que ele enfia a cabeça no buraco, como o avestruz, assume-se o risco de concorrer pelo resultado lavagem. Então, haveria de responder a título de dolo eventual.

A defesa tem que provar eventuais fatos modificativos, impeditivos ou extintivos. Tais como, excludentes da ilicitude, excludentes da culpabilidade, causas extintivas da punibilidade.

O Ministério Público prova a tipicidade e a defesa prova uma excludente de ilicitude e culpabilidade. No entanto, há teorias que ligam a tipicidade à ilicitude.

Pela teoria da *ratio cognoscendi* ou da indiciariedade, se o fato é típico, presume-se que seja ilícito. É em virtude disto que o Ministério Público só prova a tipicidade. E haveria uma presunção, relativa, que caberia à defesa provar uma causa excludente da ilicitude ou culpabilidade.

Há uma corrente que invoca, sobretudo, o princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Desse princípio deriva a regra probatória, ou seja, o Ministério Público tem que provar tudo porque, na dúvida, deve prevalecer a absolvição. De acordo com essa corrente, basicamente, o ônus da prova, no processo penal, seria exclusivo da acusação, devendo a acusação provar, não só a tipicidade, mas também provar a ilicitude e a culpabilidade do agente. Defensores Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Badaró.

Art. 386 - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; ([Alterado pela L-011.690-2008](#))

O juiz absolve o acusado quando estiver convencido de uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Se ao final do processo, o juiz tiver dúvida quanto a uma excludente da ilicitude, quanto a uma excludente da culpabilidade, deve prevalecer à absolvição, em razão do in *dúbio pro reo*. Se essa dúvida está gerando a absolvição, não há o ônus da prova da defesa. Porque se a defesa tivesse um ônus, ela deveria provar de maneira cabal e ela não é obrigada a provar à excludente porque a simples dúvida já autoriza a absolvição.

5 JUIZ INQUISIDOR

Art. 156. *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Alterado pela L-011.690-2008)*

I - *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Acréscitado pela L-011.690-2008)*

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

Em virtude do princípio da inércia o juiz não pode agir, em regra, de ofício, a grande questão é quando se permite que o juiz, como regra atue de ofício, com a nova redação do art. 156, o juiz vai poder agir de ofício, mesmo antes do início da ação penal e durante o curso do processo.

A Constituição Federal de 1988 quando deixou a titularidade da ação penal com o Ministério Público adotou o sistema acusatório, conforme art. 129, I. Da leitura desse artigo, chega-se a essa conclusão. A partir do momento que a Constituição dá a competência para o MP, a titularidade da ação, ela está claramente adotando um sistema acusatório.

O juiz inquisidor investiga, defende e julga, há extrema concentração de poder nas mãos do órgão jurisdicional, que acumula essas funções, caracteriza-se por não haver publicidade, o acusado é considerado mero objeto de investigação, não é titular de direitos perante o Estado-Juiz.

No sistema acusatório, o Ministério Público, com o auxílio da polícia, investiga e acusa, há separação das funções de acusar, defender e julgar, há publicidade, contraditório e ampla defesa. Aqui, o acusado é sujeito de direitos. Passa a ser titular de direitos perante o Estado-Juiz. O juiz é excluído dessa função investigatória e preserva nele o que há de mais importante, que é exatamente a imparcialidade. Ao separar as funções, visa-se preservar a imparcialidade do juiz.

Quando o juiz produz prova de ofício antes do início do processo estará atuando como verdadeiro juiz inquisidor, violando o sistema acusatório, e prejudicando sua imparcialidade. Durante o curso do processo é considerado válido a atuação de maneira subsidiária, com base no princípio da busca da verdade. Desde que não haja uma substituição às partes.

Quanto a esse juiz inquisidor, a essa iniciativa acusatória, é muito importante lembrar o art. 3º, da Lei 9.034/95, Lei das Organizações Criminosas.

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei (de quebras sigilo bancário, financeiro, fiscal e eleitoral), ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

Esse artigo 3º dizia que o juiz, pessoalmente, ia ser responsável pela quebra desses sigilos. Isso foi questionado na ADI 1570.

Ação Direta de Inconstitucionalidade 1570: Em relação aos sigilos bancário e financeiro, o STF entendeu que o art. 3º teria sido revogado pelo advento da Lei Complementar 105/01 a qual passou a regulamentar a quebra do sigilo bancário e financeiro. Por isso o Supremo entendeu que em relação a esses dois sigilos (bancário e financeiro), o art. 3º teria sido revogado. Sobrou somente o fiscal e o eleitoral. E o Supremo Tribunal Federal em relação aos sigilos fiscal e eleitoral, concluiu o pela inconstitucionalidade do art. 3º por violação do princípio da imparcialidade e do sistema acusatório.

6 PROVA ILEGAL

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

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

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

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

A prova é ilegal quando a sua obtenção se caracteriza por violação as normas legais ou de princípios gerais do ordenamento. Deve ser entendida como o gênero, do qual há duas espécies: a prova ilícita, alguns preferem chamá-la de prova obtida por meio ilícito e também a prova ilegítima. Na prova ilícita há violação de uma regra de direito material. Já a prova ilegítima caracteriza-se pela violação de direito processual.

Uma prova ilegítima teria como exemplo a exibição ou leitura de documento no plenário do júri que não tenha sido juntado aos autos com três dias de antecedência.

Tema bastante discutível é a relativização da imoralidade e da ilegalidade da tortura ante o cenário da Teoria da Bomba Relógio (Ticking Bomb Scenario) no qual há argumentos que defendem a necessidade de relativizar a proibição de tortura pós o advento de 11 de setembro de 2001, pois haveria a concepção de que a tortura seria uma das únicas formas de lidar com casos extremos. Partindo-se dos seguintes pressupostos: o suspeito é realmente culpado; ele sabe onde está o explosivo; o perigo da explosão é iminente; as autoridades acreditam que ele irá falar; a tortura se limita a este caso específico.

6.1 Prova ilícita por derivação

Meios probatórios que, não obstante produzidos validamente em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite causando por efeito a repercussão causal. Essa teoria surge no direito norte americano, com o julgado *Silvertown County vs. USA*, 1920. E um segundo julgado, caso *Nardoni*, 1939 – A partir desse segundo julgado é que é usada a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

No Brasil, ao julgar o Habeas Corpus 80949, o STF considerou ilícita uma gravação feita por policiais de confissão do acusado sem que houvesse advertência formal quanto ao direito ao silêncio.

Essa teoria dos frutos da árvore envenenada até então só era resultado de julgados do Supremo. Passando a ser texto de lei em 2008:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. ([Acrescentado pela L-011.690-2008](#))

Num primeiro momento, a prova ilegal deveria ser banida. Então, em um segundo momento a própria Corte começou a apresentar algumas exceções a essa questão.

Algumas teorias em que a prova começou a ser considerada válida foram sendo criadas, ou seja, limitações ou exceções à prova ilícita por derivação.

6.2 Teoria ou exceção da fonte independente

Se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve legitimamente novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, pois não estão contaminados pelo vício da ilicitude originária.

Essa teoria da fonte de independente tem origem no direito norte americano no caso *Byron vs. EUA*, que é um precedente de 1970. Esse cidadão, o Byron, foi preso de maneira ilegal e, com isso, obtiveram sua identificação

datiloscópica. Sendo que essas mesmas impressões digitais já constavam do arquivo do FBI que foram consideradas independentes.

Essa teoria já era adotada pelo STF no RHC 90376. Agora, foi inserida no art. 157, § 1º. Agora, esta teoria é texto de lei:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. ([Acrescentado pela L-011.690-2008](#))

Quando não há nexo causal, ou seja, fonte independente, está relacionada a teoria.

6.3 Limitação da descoberta inevitável

Essa teoria será aplicável caso se demonstre que a prova seria produzida de qualquer maneira, independentemente da prova ilícita originária.

Esta limitação da descoberta inevitável tem origem no direito norte americano sendo conhecida como Inevitable Discovery. O julgado em que foi adotada é conhecido como Nix vs. Williams II, do ano de 1984. O cidadão era suspeito de ter matado alguém, só que o cadáver não era localizado, então o acusado foi constrangido, e obrigado a indicar a localização do cadáver. Com base nesse constrangimento e na confissão, o cadáver é localizado. Da confissão, prova ilícita, resultou a localização do cadáver. É prova ilícita por derivação. No caso, o cadáver foi localizado pelas informações fornecidas, mas no caso concreto, 200 moradores da cidade, já estavam nas imediações, fazendo uma varredura, procurando pelo cadáver. A Suprema Corte entendeu: que pesar da identificação do cadáver ter advindo por causa da confissão obtida por meio ilícito. Porém, na situação concreta, como esses 200 moradores já estavam nas imediações, a descoberta dessa prova, seria inevitável, portanto, essa apreensão deveria ser considerada lícita. Não é possível fazer um juízo hipotético.

Não é possível ser valer dessa teoria com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável à existência de dados concretos que demonstrem que a descoberta seria inevitável.

Essa teoria não pode ser levada ao extremo, pois se houver exagero na aplicação, é sempre possível imaginar, que o crime poderá ser descoberto. A teoria só pode ser aplicada com base em dados concretos.

Essa teoria, ainda, não foi aplicada no Brasil pelo STF. Não há julgados do STF e do STJ adotando essa teoria. No entanto, há doutrinadores que defendem que essa teoria teria sido colocada pelo legislador no art. 157, § 2º:

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

Para a maioria da doutrina quando o art. 157, § 2º, faz menção à fonte independente, quando quis, na verdade, trazer o conceito da limitação da descoberta inevitável. E o conceito dado aí não é o da fonte independente, mas o da descoberta inevitável.

6.4 Teoria ou limitação do nexa causal atenuado

Essa teoria tem origem no direito norte americano , sendo que nos Estados Unidos ganhou o nome de burt paint, ou seja, Teoria da Tinta Diluída, ou da Mancha Purgada. Ocorre quando um ato posterior totalmente independente afasta a ilicitude originária. O vício da ilicitude originária é atenuado em virtude do espaço temporal decorrido entre a prova primária e a secundária, ou por conta de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória.

Essa teoria, ainda, não foi adotada pelo STJ e pelo Supremo. No entanto, para muitos doutrinadores, essa teoria ou limitação foi colocada no art. 157, § 1º:

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

6.5 Teoria do encontro fortuito de provas

Ocorre quando a autoridade policial, no cumprimento de uma diligência, casualmente encontra provas que não estão na linha de desdobramento

natural da investigação. Essa teoria é importante porque é muito usada, inclusive no Brasil.

Se houver desvio de finalidade, a prova será considerada ilícita. Se não houver, a prova é considerada válida.

Nos casos de interceptação telefônica essa teoria é muito usada, exemplo, claro, é nos casos de investigação de tráfico de drogas, crime punido com reclusão. Durante a investigação, acaba-se obtendo elementos de outros delitos. Se, no curso de interceptação telefônica autorizada pelo Poder Judiciário, for possível a descoberta de elementos probatórios em relação a crimes conexos, O Supremo tem permitido essa prova, desde que o crime seja conexo, sendo que, tais dados probatórios deverão funcionar como *notitia criminis* desses delitos.

No que diz respeito à busca e apreensão em escritório de advocacia, esse é um tema bastante atual, sobretudo, com a participação de alguns advogados em delitos. É possível cumprir mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia, desde que cumpra alguns requisitos, tais, como: deve ser acompanhado por um representante da OAB ou, pelo menos, o órgão deve ser notificada.

De acordo com a Lei 8.906/94, com redação dada pela Lei 11.767/08, o mandado de busca e apreensão deve ser específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representantes da OAB, sendo vedada, a utilização de documentos e objetos pertencentes a clientes do advogado investigado, salvo se tais clientes também estiverem sendo investigados como coautores ou partícipes do advogado.

6.6 Provas ilícitas pro réu e pro societate

A vedação da prova ilícita existe para proteger os direitos fundamentais, o cidadão; seria um contra senso muito grande condenar alguém sabendo que ela é inocente com base numa prova ilícita. Se um indivíduo está sendo acusado de um crime e é possível gravar uma confissão numa interceptação, ela não poderia servir para condenar, mas serve para absolver. Prova ilícita *pro reo*, é possível. Ada Pellegrini chega a dizer que quando o acusado produz uma prova ilícita estaria agindo amparado por excludente da ilicitude, não havendo ilicitude nessa prova. Estaria em estado de necessidade, em legítima defesa.

Há alguns doutrinadores que admitem o uso da prova ilícita *pro societate* pelo princípio da proporcionalidade, sobretudo quando em jogo organizações criminosas. Diante da gravidade dos delitos, poderia admitir a prova ilícita *pro societate*. Barbosa Moreira, Eugênio Pacelli de Oliveira são doutrinadores que tentam discorrer sobre o tema admitindo essa possibilidade sempre em situações excepcionais. O Supremo não admite o uso.

6.7 Descontaminação do julgado

O juiz que teve contato com a prova ilícita não pode julgar o caso concreto. Essa ideia foi aprovada pelo Congresso no art. 157, § 4º, o qual foi vetado pelo Presidente da República. Foi criado esse mecanismo, pois por mais que a prova seja desentranhada, não vai conseguir afastar da memória do julgador os fatos existentes, deste modo será pouco provável absolver o acusado, porque é sabido que ele foi o autor do delito. O § 4º dizia que o juiz que teve contato com a prova ilícita não poderá exercer a jurisdição no processo. A razão do veto consistiu em evitar a manipulação do princípio do juiz natural, uma vez que poderia ser plantada no processo uma prova ilícita só para afastar o juiz.

7 INTERROGATÓRIO

Interrogatório é o ato pelo qual o juiz ouve o acusado sobre a imputação que lhe é feita, como também em relação à pessoa, para que o juiz possa aferir de forma mais precisa as circunstâncias judiciais, o que levou o agente a praticar o delito.

De acordo com o Código Processo Penal da década de 40, com inspiração do código italiano, o interrogatório é previsto como meio de prova. Porém, a partir do ano de 2003, quando o interrogatório sofreu alteração, o interrogatório tem natureza mista porque serve de meio de prova, mas também não deixa de ser um meio de defesa.

É meio de defesa por vários motivos. O acusado no interrogatório tem direito ao silêncio. Desta forma, se fosse só um meio de prova, ele estaria obrigado a falar. Outro ponto que reforça, esse pensamento é a presença indispensável de defesa técnica, assistência de advogado, não há dúvida de que se trata de meio de defesa.

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

Quando se fala em ampla defesa, deve-se lembrar de que, no processo penal, ela é composta pela defesa técnica e, também, pela autodefesa. A defesa técnica é aquela patrocinada por advogado, regularmente inscrito nos quadros da OAB. Mesmo que o acusado tenha conhecimento em direito para a realização da defesa técnica. Não é possível a sua dispensa, haja vista que a defesa técnica é irrenunciável. O acusado tem o direito de constituir seu advogado, somente diante de sua inércia será possível a nomeação de defensor dativo ou defensor público.

Caso o advogado abandone o processo, ele irá responder além da sanção disciplinar, pela Ordem dos Advogados do Brasil, também pode resultar na imposição de multa, de acordo com o artigo 265, do CPP:

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. ([Alterado pela L-011.719-2008](#))

É possível que dois acusados sejam defendidos pelo mesmo advogado, desde que não haja colidência de teses defensivas entre os acusados, caso contrário deverá a defesa técnica ser patrocinada por advogados distintos.

No processo administrativo não há necessária participação de advogado, pois a súmula vinculante sobre nº 5 é expressa, no sentido de que:

Súmula Vinculante 05 - "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição"

No processo administrativo disciplinar existe ampla defesa, só que ela não precisa ser feita por advogado.

A autodefesa, como o próprio nome já sugere, é a defesa feita pelo próprio acusado. É claro que se acusado é, também, advogado, pode patrocinar sua própria defesa técnica.

O acusado pode abrir mão da autodefesa. O direito ao silêncio é um bom exemplo. A autodefesa é renunciável. O cidadão pode, sim, abrir mão do direito de se defender.

A autodefesa se manifesta de três formas:

7.1 Direito de audiência

O acusado tem o direito de ser ouvido pelo juiz, de modo a tentar formar a convicção do magistrado no sentido de sua absolvição. Por isso, o interrogatório é um meio de defesa. A partir do momento que o acusado tem o direito de ser ouvido o qual se concretiza por meio do interrogatório, conclui-se que o interrogatório é também um meio de defesa.

O princípio da identidade física do juiz reza que o juiz que presidiu a instrução é o que deverá sentenciar. Esse princípio não inviabiliza o interrogatório por precatória, pois, não significa que o acusado tem que estar na frente do próprio magistrado. Porque caso se impeça que seja expedida precatória estaria impedindo que o sujeito seja ouvido.

A novidade é que o interrogatório por precatória poderá ser substituído pela videoconferência. A própria lei, de certa forma, traz uma norma genérica em que se pode encaixar isso, artigo. 185, § 2º, do CPP:

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: ([Alterado pela L-011.900-2009](#))□

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

Nesse caso, ao invés de fazer por precatória, faz-se por videoconferência. O segundo desdobramento do direito da autodefesa é:

7.2 Direito de presença

O acusado tem o direito de acompanhar os atos da instrução ao lado de seu defensor. Não é possível restringir o direito de presença por razões de ineficiência do Estado, o próprio Supremo Tribunal Federal tem vários julgados no sentido de que não é possível querer suprimir o direito de presença por conta da ineficiência do aparato estatal.

Sendo que a presença do acusado poderá ser direta, ou seja, é ele fisicamente presente; ou direito de presença remota, isto é por videoconferência. De dentro do presídio pelo sistema de videoconferência, ele estará presente. Não vai estar fisicamente na sala de audiência, mas estará remotamente.

O art. 185, § 8º do Código de Processo Penal declara o seguinte:

Art. 185 § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º (que é a videoconferência) deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

7.3 Capacidade postulatória autônoma

A autodefesa também se manifesta por meio de uma capacidade postulatória autônoma, ou seja, independentemente de seu advogado, o acusado pode praticar determinados atos processuais, tamanha é a importância da liberdade de locomoção, que o acusado, em alguns momentos não precisa de advogado. Tais, como impetrar habeas corpus; interpor recursos, mas é o advogado que apresenta

as razões; provocar incidentes à execução. São, pois três hipóteses em que o acusado tem a capacidade postulatória, independentemente de advogado.

7.4 Momento da realização do interrogatório

O interrogatório era o primeiro ato da instrução. Iniciava a instrução processual, ouvindo o acusado. No entanto, houve uma grande mudança, pois de acordo com o artigo 400, do CPP, em regra, o interrogatório deve ser o último ato da instrução processual, salvo se houver pedido de diligência.

Mesmo que o interrogatório não ocorra no momento processual devido, acusado foragido, por exemplo, e não foi possível realizar, enquanto não transitar em julgado, poderá ser realizado o interrogatório.

Isso se depreende da redação do art. 185, do CPP, que fala “no curso do processo” e do art. 196:

Art. 185 - O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Art. 196 - A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

O art. 616 diz o seguinte:

Art. 616 - No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

A regra é que o interrogatório seja o último ato. Não obstante o que diz o § 2º, do art. 394, do CPP:

§ 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

Ou seja, por mais que seja a regra, fato é que a própria lei diz que se houver alguma disposição estabelecendo que o interrogatório não é o último ato, é isso que vai prevalecer. Exceções ao interrogatório como primeiro ato da instrução: lei de drogas, Código Penal Militar, competência originária dos tribunais, em todas elas, o interrogatório ocorre no início da instrução.

7.5 Características do interrogatório

Ato personalíssimo

Não é possível passar uma procuração para alguém ser interrogado no seu nome. No caso de interrogatório da pessoa jurídica, se dá na pessoa de seu representante legal. Isso excepciona a regra, ato personalíssimo por razões óbvias.

Ato privativo do juiz

É um ato presidido pelo juiz. Hoje, as testemunhas são inquiridas primeiro pelas partes e depois pelo juiz. No interrogatório, quem pergunta primeiro é o juiz e depois as partes complementam a inquirição.

Quem começa formulando as perguntas no interrogatório é o Ministério Público, e depois o advogado ou defensor. É o que pensa a doutrina majoritária. Há uma posição isolada que troca essa ordem.

Ato sujeito ao contraditório

Há alguns anos, o interrogatório, não contava com a presença do advogado e do MP. Era somente o juiz, o escrivão e o acusado.

Art. 188 - Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. ([Alterado pela L-010.792-2003](#))

Ato assistido tecnicamente

A partir de 2003, desde Lei 10.798/03, torna-se obrigatória a presença de defensor, ou seja, não é possível mais realizar o interrogatório sem a presença de defensor. Hoje, com as alterações trazidas o interrogatório é o último ato da instrução. Antigamente, havia uma audiência única, isolada para o interrogatório e, às vezes o advogado não estava presente. Art. 185 trata disso:

Art. 185 - O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. ([Alterado pela L-010.792-2003](#))

Esse artigo é muito claro. A presença do advogado é obrigatória no interrogatório judicial. A presença do advogado, somente é obrigatória na fase judicial, não sendo imprescindível na fase policial.

Além de obrigatória a presença do defensor que garante a defesa técnica, há, também, o chamado direito de entrevista prévia e reservada com o defensor.

Art. 185. § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

Caso o advogado não esteja presente ao interrogatório, ocorrerá nulidade absoluta. Já a ausência do Ministério Público ao interrogatório, conforme entendimento dos tribunais caracteriza nulidade relativa. Isto é, o prejuízo tem que ser comprovado.

Ato oral

O interrogatório de uma pessoa surda é realizado, conforme o artigo 192, do CPP:

Art. 192 - O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte: **I** - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; **II** - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; **III** - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas. ([Alterados pela L-010.792-2003](#))

Ato individual

O corréu não pode estar presente ao interrogatório do outro, no que se refere ao direito do corréu de fazer reperguntas, é manifestado, é direito de seu advogado. Os advogados, sim, podem estar presentes. O art. 191 do Código de Processo Penal:

Art. 191 - Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.

8 CONDUÇÃO COERCITIVA

Devemos observar o que diz o artigo 260, do Código de Processo Penal:

Art. 260 - Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Diante da Constituição esse artigo 260 continuaria válido, já que o ele tem direito ao silêncio. A maioria da doutrina declara que esse artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal, direito ao silêncio, salvo na hipótese de reconhecimento pessoal.

Não é possível obrigar o acusado, conduzi-lo coercitivamente para ser interrogado, pois o interrogatório é um desdobramento da autodefesa. Se o acusado não comparece, é porque está abrindo mão de sua autodefesa. Exceto se o reconhecimento for necessário. E como reconhecimento não envolve nenhum comportamento ativo, ele não está protegido pelo direito ao silêncio.

O interrogatório deve ocorrer perante o juiz da causa, pois há adoção do princípio da identidade física do juiz. Há pouco tempo, era exclusivo do processo civil, agora também existe no processo penal. Art. 399, §2º:

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

A adoção do princípio da identidade física do juiz não impede a realização do interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem. Não é necessário contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado para a realização do seu interrogatório.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BADARÓ, Gustavo Henrique. **As reformas no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1980.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 14ª ed: São Paulo, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, 5ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1988.

CANOTILHO, J. J. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.