

11

SABERES DO DIREITO

Processo Penal II

Provas – Questões e processos incidentes

NESTOR TÁVORA
VINÍCIUS ASSUMPÇÃO

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI
LUIZ FLÁVIO GOMES

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.Net](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a
6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail: saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-
4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:
(71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax:
(14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone:
(61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ / AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ / SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO / PARAÍBA / R. G. DO NORTE / ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO / ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

Távora, Nestor
Processo penal II :
provas – questões e
processos incidentes
/ Nestor Távora, Vinícius
Assumpção. – São Paulo :
Saraiva, 2012. – (Coleção
saberes do direito ; 11)
1. Processo penal 2.
Processo penal - Brasil I.
Título.
II. Série.

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lúgia Alves
Editor Roberto Navarro
Assistente editorial Thiago Fraga
Produção editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Know-how Editorial
Serviços editoriais Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira
Capa Aero Comunicação
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Know-how Editorial

**Data de fechamento da
edição: 25-4-2012**

Dúvidas?

Acesse: www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



NESTOR TÁVORA

Mestre em Direito Público (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pelas Faculdades Jorge Amado. Professor da Escola de Magistrados da Bahia. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Bahia. Professor da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes. Professor da Faculdade Baiana de Direito nos cursos de graduação e pós-graduação. Professor da Rede de Ensino LFG. Advogado.

VINÍCIUS ASSUMPÇÃO

Advogado Criminalista. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduando em Direito do Estado pelo Curso JusPodivm. Professor de Processo Penal e Direito Penal do Curso JusPodivm. Professor da Escola Superior de Advocacia – OAB/BA.

Conheça os autores deste livro:
[http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?
ISBN=17178-7](http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=17178-7)

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC. Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Diretora do Instituto LivroeNet.

LUIZ FLÁVIO GOMES

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet:
[http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?
page_id=2445](http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?page_id=2445)



Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

Diálogo entre o livro e o




A união da tradição Saraiva com o novo conceito de **livro vivo**, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de)



No  você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  ¹ do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em www.livroenet.com.br.

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes
Coordenadores da Coleção Saberes do Direito
Diretores da LivroeNet

Saiba mais sobre a LivroeNet

<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

¹ O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse www.livroenet.com.br.



Sumário

PARTE I Prova

Capítulo 1 Teoria Geral da Prova

1. Conceito e finalidade

2. Prova e elementos informativos

3. Destinatários

4. Objeto

5. Classificação da prova

5.1 Quanto ao objeto

5.2 Quanto ao efeito ou valor

5.3 Quanto ao sujeito ou causa

5.4 Quanto à forma ou aparência

6. Meios de prova

7. Vedação probatória

8. Teorias sobre o tema “provas ilícitas”

8.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*)

8.1.1 Teorias decorrentes

8.2 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

8.3 Teoria da exclusão da ilicitude da prova

9. Prova emprestada

10. Ônus da prova

11. Iniciativa do juiz

12. Sistemas de apreciação da prova

12.1 Sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção

12.2 Sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada

12.3 Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional

13. Princípios da prova

13.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes

13.2 Princípio da audiência contraditória

13.3 Princípio da aquisição ou comunhão

13.4 Princípio da oralidade

13.5 Princípio da publicidade

13.6 Princípio do livre convencimento motivado

13.7 Princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo)

13.8 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

14. Procedimento probatório

Capítulo 2 Provas em Espécie

1. Exames periciais

1.1 Considerações gerais

1.1.1 Assistente técnico

1.2 Realização das perícias

1.3 Apreciação dos laudos periciais

1.4 Exame de corpo de delito

1.5 Necessidade do laudo

1.6 Outras perícias

1.6.1 Exame necroscópico

1.6.2 Exame de lesões corporais

1.6.3 Perícia em incêndio

1.6.4 Perícia laboratorial

1.6.5 Exame para reconhecimento de escritos

1.6.6 Exame nos instrumentos da infração

1.6.7 Exame na destruição ou rompimento de obstáculo e na escalada

1.6.8 Avaliação

1.6.9 Exame de embriaguez ao volante

2. Interrogatório do acusado

2.1 Conceito e natureza jurídica

2.2 Momento de realização do interrogatório

2.3 Necessidade de realização do interrogatório

2.4 Características do interrogatório

2.5 Local do interrogatório

2.6 Procedimento

2.6.1 Preliminares

2.6.2 Conteúdo

2.6.3 Formalidades

2.6.4 Interrogatório do réu menor de vinte e um anos

2.6.5 Compatibilidade com o inquérito policial

2.6.6 Interrogatório por videoconferência

3. Confissão

3.1 Conceito e objeto

3.2 Natureza jurídica

3.3 Espécies

3.4 Requisitos

3.5 Peculiaridades

3.6 Valor probatório

3.7 Delação e delação premiada

4. Perguntas ao ofendido

4.1 Considerações gerais: conceito e natureza

4.2 Repercussões processuais

4.3 Valor probatório das declarações do ofendido

4.4 Prerrogativas do ofendido

5. Testemunhas

5.1 Conceito e natureza

5.2 Características da prova testemunhal

5.3 Recusa e impedimento

5.4 Demais vedações

5.5 Deveres da testemunha

5.6 Número de testemunhas

5.7 Classificação

5.8 Lugar do depoimento e precatória

5.9 Testemunho dos militares e funcionários
públicos

5.10 Procedimento para tomar o depoimento

5.11 O depoimento

5.12 Falso testemunho e prisão em flagrante

5.13 Competência para julgamento do falso
testemunho

5.14 Proteção

5.15 Valor probatório

6. Reconhecimento de pessoas e coisas

6.1 Conceito e natureza jurídica

6.2 Reconhecimento de pessoas

6.2.1 Procedimento

6.2.2 Intimidação

6.3 Reconhecimento fotográfico e fonográfico

6.4 Reconhecimento de coisas

7. Acareação

7.1 Conceito e natureza

7.2 Pressupostos

7.3 Procedimento

7.4 Valor probatório

8. Documentos

8.1 Conceito

8.2 Espécies

8.3 Requisitos

8.4 Produção

8.5 Tradução

8.6 Restituição

9. Indícios e presunções

9.1 Conceito

9.2 Classificação

9.3 Valor probatório

10. Busca e apreensão

10.1 Conceito e natureza jurídica

10.2 Iniciativa

10.3 Objeto

10.4 Momento

10.5 Espécies

10.5.1 Busca domiciliar

10.5.2 Busca pessoal

Capítulo 1 Considerações Iniciais

Capítulo 2 Questões Prejudiciais

1. Classificação

1.1 Prejudicial homogênea e heterogênea

1.2 Prejudicial obrigatória e facultativa

1.3 Prejudicial total e parcial

1.4 Prejudicial devolutiva e não devolutiva (princípio da suficiência)

2. Natureza jurídica

3. Sistemas de solução

4. Processamento da prejudicial obrigatória e da facultativa

5. Recursos

6. Prescrição

Capítulo 3 Exceções

1. Conceito

2. As espécies de exceções e seus processamentos

2.1 Exceção de suspeição

2.2 Exceção de incompetência

2.3 Exceção de litispendência

2.4 Exceção de ilegitimidade de parte

2.5 Exceção de coisa julgada (*exceptio rei judicatae*)

Capítulo 4 Incompatibilidades e Impedimentos

1. Processamento

2. Efeitos

3. Recursos

Capítulo 5 Conflito de Jurisdição

1. Espécies e competência
2. Processamento
3. Recursos

Capítulo 6 Conflito de Atribuições

1. Competência para dirimir o conflito
2. Processamento

Capítulo 7 Restituição de Coisas Apreendidas

1. Introdução
2. Autoridade restituinte
3. Confisco
4. Procedimento da restituição
5. Recurso

Capítulo 8 Medidas Assecuratórias

1. Sequestro de bens imóveis
 - 1.1 Cabimento
 - 1.2 Embargos
 - 1.3 Recurso
 - 1.4 Levantamento
 - 1.5 Destinação ao final do processo
2. Sequestro de bens móveis
 - 2.1 Cabimento
 - 2.2 Embargos
 - 2.3 Recurso
 - 2.4 Levantamento
 - 2.5 Destinação ao final do processo

3. Hipoteca legal

3.1 Cabimento

3.2 Procedimento

3.3 Recurso

3.4 Levantamento

3.5 Destinação ao final do processo

4. Arresto de bens móveis (antigo sequestro definitivo)

4.1 Cabimento

4.2 Procedimento

4.3 Recurso

4.4 Levantamento

4.5 Destinação ao final do processo

5. Arresto de imóveis (antigo sequestro prévio)

5.1 Cabimento

5.2 Recurso

Capítulo 9 Incidente de Falsidade

1. Introdução

2. Espécies

3. Legitimidade

4. Procedimento do incidente

5. Efeitos

6. Recurso

Capítulo 10 Incidente de Insanidade Mental

1. Introdução

2. Procedimento

3. Sequência

4. Recurso

5. Insanidade que se manifesta no cumprimento da pena

6. Insanidade superveniente

Referências

PARTE I



Prova



[Teoria Geral
da Prova](#)



[Provas em
Espécie](#)



1. Conceito e finalidade

O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possam extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. A demonstração da “verdade” dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.

Intrínseca no conceito está a sua **finalidade**, o objetivo, que é a obtenção do convencimento do julgador, decidindo pela condenação ou absolvição do réu por meio da apreciação do manancial probatório carreado aos autos.

É possível falar em três acepções para o termo “prova”:

- (i) *prova como ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória);
- (ii) *prova como meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal);
- (iii) *prova como resultado*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato (NUCCI, 2007, p. 351).

Temos, a nosso ver, uma concepção estática, que é a prova em si mesma; uma expressão dinâmica, por intermédio da produção probatória, e uma feição dialética, com a submissão da prova à discussão processual e posterior valoração na sentença.

É de extrema importância uma produção probatória de qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é

obtida por meio de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um escorço probatório sólido.

2. Prova e elementos informativos

Prova e elementos informativos não se confundem. A prova é o elemento formador de convicção do órgão julgador produzido em contraditório judicial, enquanto os elementos informativos não estão submetidos à exigência do contraditório e da ampla defesa, assegurados no art. 5º, LV, da CF/88.

A distinção guarda importância, especialmente após a Lei n. 11.690/2008, que alterou o Código de Processo Penal. Com a mudança, o art. 155 passou a dispor que “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”. A regra, portanto, é que o juiz deve sentenciar valendo-se das provas colhidas na instrução, ainda que possa utilizar de forma acessória os elementos informativos obtidos. O que é vedado, por lei e pelos tribunais, é que o julgador se apoie unicamente nos elementos produzidos sem contraditório (STF – HC 96.356 – Rel. Min. Marco Aurélio – *DJe* 24-9-2010 e STJ – HC 11.829 – Rel. Min. Jorge Mussi – *DJe* 14-2-2011).

3. Destinatários

O destinatário direto da prova é o magistrado, que formará o seu convencimento pelo material que é trazido aos autos. As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão.

4. Objeto

É o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver a demanda. É o que de fundamental deve estar conhecido e demonstrado para viabilizar o julgamento. Crucial a distinção entre objeto **da** prova e objeto **de** prova:

- (i) *Objeto da prova*: são os **fatos relevantes**. Como o réu defende-se dos fatos – e não da tipificação jurídica dada a estes – é a coisa, o fato, 1 o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de

que possa emitir um juízo de valor.

(ii) **Objeto de prova:** diz respeito ao que exige apreciação judicial, sendo pertinente que seja provado. Nem tudo depende de comprovação, havendo dispensa nas seguintes hipóteses:

❖ o **direito**, como regra, não precisa ser provado. Eventualmente será necessário provar a existência e a vigência do direito estadual, municipal, consuetudinário e alienígena, se assim determinar o juiz (art. 337, CPC). Os regulamentos e portarias também deverão ser provados, salvo se constituírem complemento de norma penal em branco (ex.: Portaria n. 344 da Anvisa, complemento da Lei Antidrogas);

❖ os **fatos notórios** são aqueles de domínio de parcela significativa da população informada e por isso também não dependem de prova, por força do art. 334, inc. I, do CPC. Ex.: não se precisa provar que a capital nacional é Brasília;

Nota: os fatos incontrovertidos – aqueles que não foram refutados pela outra parte –, ao contrário do Processo Civil (art. 334, III, CPC), carecem de demonstração probatória. Por esse motivo, o magistrado deverá confrontar a confissão com outros meios de prova (art. 197, CPP).

❖ os fatos **axiomáticos** ou intuitivos são aqueles que se autodemonstram, têm força probatória própria e também não dependem de prova. Ex.: é dispensável o exame interno cadavérico quando as lesões externas permitirem identificar a causa da morte (art. 162, parágrafo único, CPP), como no caso de decapitação;

❖ os fatos **inúteis** também não carecem de prova, pois são irrelevantes para a persecução penal;

❖ as **presunções legais**, sendo conclusões extraídas da própria lei, ou dispensam a produção de prova, como acontece com as presunções absolutas (*juris et de jure*), ou invertem o ônus da prova, como acontece com as presunções meramente relativas (*juris tantum*). Ex.: existe presunção insuperável (art.

27, CP e art. 228, CF) acerca da imputabilidade do menor de 18 anos. Comprovado ser a pessoa menor de 18, a lei presume (de forma absoluta) a sua imputabilidade.

5. Classificação da prova

5.1 Quanto ao objeto

É a relação ou incidência que a prova tem com o fato a ser provado. Pode ser:

- (i) *Direta*: é a aquela que se refere diretamente ao fato probando, por si só, demonstrando-o. Ex.: testemunha ocular.
- (ii) *Indireta*: é aquela que se refere a outro acontecimento que, por dedução, nos leva ao fato principal. Ex.: um álibi.

5.2 Quanto ao efeito ou valor

É o grau de certeza gerado pela apreciação da prova.

- (i) *Plena*: é aquela suficiente para a fundamentação da decisão judicial, pois imprime no julgador um juízo de certeza quanto ao fato apreciado.
- (ii) *Não plena ou indiciária*: é a prova limitada quanto à profundidade, permitindo, por exemplo, a decretação de medidas cautelares. Ex.: indícios (art. 239, CPP).

5.3 Quanto ao sujeito ou causa

Trata da prova em si considerada, em que consiste o material produzido.

- (i) *Real*: é aquela emergente do fato. Ex.: fotografia, pegadas etc.
- (ii) *Pessoal*: é a que decorre do conhecimento de alguém em razão do *thema probandum*. Exs.: confissão, testemunha, declarações da vítima.

5.4 Quanto à forma ou aparência

É a maneira como a prova se revela no processo.

- (i) *Testemunhal*: é expressa pela afirmação de uma pessoa, independentemente, tecnicamente, de ser testemunha ou não. Ex.: interrogatório do réu.
- (ii) *Documental*: é o elemento que irá condensar graficamente a manifestação de um pensamento. Ex.: contrato.
- (iii) *Material*: simboliza qualquer elemento que corporifica a demonstração do fato. Exs.: exame de corpo de delito, instrumentos do crime etc.

6. Meios de prova

Os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo.

O CPP não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. É possível, desse modo, utilizar tanto as provas nominadas, disciplinadas nos arts. 158 a 250 do CPP, quanto as inominadas, é dizer, aquelas ainda não disciplinadas (atípicas). O princípio da verdade real (verdade processual, *rectius*), iluminando a persecução criminal, permite a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei, desde que sejam moralmente legítimos e não sejam contrários ao próprio ordenamento. O art. 155, parágrafo único, do CPP (redação dada pela Lei n. 11.690/2008) confirma a ausência de taxatividade dos meios de prova, ao prescrever que “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. A Súmula n. 74 do STJ, por exemplo, assevera que “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

7. Vedação probatória

O princípio da liberdade probatória não é absoluto. O intuito da busca da verdade real e a amplitude da produção probatória, fazendo-se aproveitar outros meios de prova que não os disciplinados no CPP, encontram limites. A Carta Magna, no seu art. 5º, inc. LVI, traz o principal obstáculo, consagrando a inadmissibilidade, no processo, “das provas obtidas por meios ilícitos”.

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, na qual os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as

garantias constitucionais e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

A prova é taxada de **proibida** ou **vedada** toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo. Temos assim, por classificação amplamente aceita (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 133), as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis, que é o gênero, do qual são espécies:

- (i) *As provas ilícitas*: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei n. 9.455/97); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10 da Lei n. 9.296/96).
- (ii) *As provas ilegítimas*: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, § 1º, CPP).
- (iii) *As provas irregulares*: para parte da doutrina, seriam irregulares as provas permitidas pela legislação processual, porém obtidas em desacordo com as formalidades por ela exigidas (RANGEL, 2003, p. 417). Ex.: busca e apreensão domiciliar em que, embora seja prova admitida, o mandado não atenda aos requisitos formais do art. 243 do CPP, quais sejam, mencionar os motivos e os fins da diligência, ser subscrito pelo escrivão e pela autoridade que o fez expedir etc. Desta maneira, seria uma prova irregular e, por sua vez, inválida. Entendemos que as provas irregulares estão enquadradas no conceito de provas ilegítimas.

A Constituição Federal não fez qualquer distinção entre provas ilícitas ou ilegítimas. O Código de Processo Penal também não a fez, rezando apenas serem ilícitas as provas obtidas em violação a normas de caráter constitucional ou infraconstitucional (art. 157, *caput*, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008). Estas provas, segundo o dispositivo, deverão ser desentranhadas dos autos, evitando-se a perpetuação no tempo dos efeitos deletérios que a prova ilícita pode causar. Detectando-se o vício na prova enquanto tal ou no procedimento de confecção, deve o magistrado, ouvindo as partes, determinar que ela seja desentranhada, e, uma vez preclusa a decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando-se às partes acompanhar tal expediente.

Deve-se interpretar tal medida com bastante cautela, não só porque a

destruição da prova ilícita pode implicar na eliminação da materialidade de algum crime cometido para realizá-la, como a falsificação de documento público ou uma falsa perícia, mas também, e não menos importante, porque com o ato, caso haja equívoco judicial na aferição da falsidade, corre-se o risco de perpetuar-se a injustiça, como na condenação de um inocente ou a absolvição de réu culpado, pela eliminação do material probatório reputado uivocadamente ilegal. Melhor seria que, uma vez preclusa a decisão declarando a falsidade probatória, houvesse remessa do feito ao Ministério Público, para empreender a responsabilidade pela prática de eventual infração perpetrada na produção, por analogia ao art. 145, inc. IV, do CPP, ao tratar do incidente de falsidade documental, ou então determinar o desentranhamento e a destruição após o trânsito em julgado da decisão final, deixando-se a prova ilícita em total sigilo, apartada dos autos.

Como não foi contemplado recurso específico para combater o desentranhamento, resta a utilização das ações autônomas de impugnação, seja o *habeas corpus*, seja o mandado de segurança. Nada impede, também, que a matéria seja discutida em preliminar de futura apelação, em razão de cerceamento do direito de defesa ou de acusação ocasionado pelo desentranhamento da prova supostamente ilícita.

A seu turno, não se pode ignorar que o magistrado que teve contato com a prova ilícita pode ter comprometido, direta ou indiretamente, a imparcialidade necessária para julgar a contenda. Antevendo este prejuízo ao processo, o legislador reformista previu, no § 4º do art. 157 do CPP, a incompatibilidade do magistrado que tivesse contato com o material ilícito e a necessidade de remessa para o seu substituto legal. Ocorre que, em meio à intensa discussão, o dispositivo foi vetado pela Presidência da República, não havendo mais vedação legal à permanência do juiz que teve contato com a prova ilegal. Resta, entretanto, como solução ao prejuízo à imparcialidade, a possibilidade do próprio magistrado declarar-se magistrado suspeito e afastar-se do caso, ao perceber que o acesso à prova o contaminou e inviabilizaria o correto exercício jurisdicional.

8. Teorias sobre o tema “provas ilícitas”

É de singular importância o enfrentamento das teorias que tratam do tema “provas ilícitas”, justificando ou não a sua utilização, e até mesmo estipulando os limites de contaminação de outras provas em face da produção

de uma prova ilícita. Vejamos as de maior destaque na doutrina e na jurisprudência.

8.1 Teoria dos frutos da árvore envenenada (“fruits of the poisonous tree”)

A produção de prova ilícita pode ser de extrema prejudicialidade ao processo. Os efeitos da ilicitude podem transcender a prova viciada, contaminando todo o material dela decorrente. Em um juízo de causa e efeito, tudo o que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos.

Por esta teoria, de origem na Suprema Corte norte-americana (UNITED STATES SUPREME COURT, 1920), a prova ilícita produzida (árvore) tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos). Desse modo, se da busca e apreensão ilícita são obtidos documentos que indiquem a existência de testemunha ocular do crime, a oitiva desta testemunha, embora formalmente íntegra, estará inegavelmente contaminada, pois decorreu de uma prova ilícita. Existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro, conforme entendimento também acolhido pelos Tribunais Superiores (STF – HC 93.050 – Rel. Min. Celso de Mello – *DJe* 1º-8-2008 e STJ – HC 191.378 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – *DJe* 5-12-2011).

Devemos registrar a divergência quanto ao tema, ainda que constitua corrente minoritária (RANGEL, 2003, p. 421). Para parte da doutrina, a Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. LVI, só vedou a admissibilidade das provas ilícitas, não dispondo acerca das provas ilícitas por derivação, de forma que não haveria o nexó necessário a contaminar as provas derivadas de uma ilícita. Esta omissão levaria ao afastamento da contaminação da prova derivada pela prova ilícita que lhe deu origem.

A rigidez de uma ou outra interpretação pode levar a consequências processuais desastrosas. Se é certo que as provas derivadas da ilícita sofrem o mesmo apelo de exclusão, já que também são imprestáveis, deve o magistrado dar os limites desta contaminação, identificando, no caso concreto, a extensão do dano, que está ligado ao grau de vínculo existente entre a prova antecedente e a consequente. Afastado o nexó, afastada estará a ilicitude. Estas regras de exclusão foram disciplinadas na jurisprudência norte-americana e passam a ter incidência na doutrina e jurisprudência brasileiras. Com a reforma, evidenciou-

se o tratamento da teoria da prova ilícita por derivação, até então ausente, sem descuidar das regras de exclusão. Esta é a nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008 ao art. 157 do CPP:

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.

Percebe-se claramente a intenção do novel legislador em albergar a teoria dos frutos da árvore envenenada, consolidando o entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito, caindo por terra as posições em sentido contrário. Por ora, limitamo-nos a dizer que com a adoção da referida teoria, se a contaminação probatória for ampla, faltará verdadeira justa causa para a deflagração da ação penal, de sorte que a inicial acusatória deve ser rejeitada caso os elementos informadores sejam contaminados pela extensão da prova ilícita, com arrimo no art. 395, em nova redação dada pela Lei n. 11.719/2008. Deflagrado o processo, e faltando-lhe lastro probatório mínimo, pois o coligido está contaminado, o remédio é o *habeas corpus*, com o fito de trancar o procedimento iniciado.

8.1.1 Teorias decorrentes

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, para que não soe como arbítrio. A sua incidência sofre várias limitações, “como a limitação da fonte independente (*‘independent source’ limitation*), a limitação da descoberta inevitável (*‘inevitable discovery’ limitation*) e a limitação da ‘contaminação expurgada’ (*‘purged taint’ limitation*) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada (*‘attenuated connection’ limitation*)” (PACHECO, 2006, p. 726-727).

Nessa ordem, temos:

- (i) *Prova absolutamente independente*: se existirem provas outras no processo, **independentes** de determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois, em não havendo vinculação nem relação de dependência, a prova ilícita não terá o condão de contaminar as demais.

A existência de prova ilícita no processo não levará, de forma inexorável, a declaração de nulidade. A prova ilícita, como já visto, não deve sequer ser admitida a entrar nos autos. Caso isso ocorra, deve ser desentranhada e posteriormente destruída, com acompanhamento facultativo das partes (art. 157, § 3º). O magistrado deve aferir os limites de interdependência do material probatório. Se a prova ilícita é isolada e se as demais provas obtidas independem da sua contribuição, não há de se falar em prejuízo. Desta forma, “não evidenciado o nexo” (art. 157, § 1º), a contaminação está eliminada.

A prova absolutamente independente, ou limitação da fonte independente (*independent source limitation*), não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita.

Nos Tribunais Superiores (STJ – Rcl 2.988 – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – *DJe* 30-5-2011), encontramos precedentes da presente teoria, tendo o Supremo Tribunal Federal admitido, inclusive, o aproveitamento de denúncia que estava lastreada em provas distintas e independentes da ilícita, que no caso tratava do cumprimento de busca e apreensão sem as formalidades legais (STF – HC 84.679 – Rel. Min. Eros Grau – *DJ* 30-9-2005).

- (ii) *Descoberta inevitável*: se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real com a violação legal. A prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la. Ex.: não se devem reconhecer como ilícita as declarações de testemunha que foi descoberta

mediante interceptação telefônica sem autorização judicial, se esta pessoa foi indicada por várias outras, não vinculadas à interceptação, como testemunha do fato. Mesmo que a interceptação não existisse, a testemunha seria revelada pelas declarações das demais. A interceptação acabou não sendo decisiva para o descobrimento desta pessoa, que inevitavelmente figuraria como testemunha, já que as demais a indicaram como tal.

Agrega-se, com a descoberta inevitável, outro ponto de vista quando em comparação com a teoria anterior. É que, na prova independente, não existe liame entre a prova ilícita e as demais. Na descoberta inevitável, o nexó existe, mas não é decisivo, pois a prova derivada, mesmo que a ilicitude não se operasse, ainda assim seria produzida dentro da lei. Era apenas uma questão de tempo.

Outra tese que, em consonância com a jurisprudência da Suprema Corte americana, serve para dar flexibilidade à teoria dos frutos da árvore envenenada é a doutrina do descobrimento inevitável (*inevitable discovery*). Tal ocorre quando, sem embargo do procedimento ilegal empregado para o descobrimento do fato, é possível obter-se a prova de forma lícita (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 505).

A evidente dificuldade é que caberá ao magistrado, analisando as circunstâncias do caso concreto, definir se realmente a inevitabilidade da descoberta existia, ou se a prova ilícita trouxe, de alguma maneira, um fator contributivo para descortinar as demais provas que surgiram. Se houve contribuição efetiva, o vínculo de contaminação estará integralizado. Ademais, não acreditamos que bastaria o simples fato de a prova derivada poder ser descoberta de outra maneira para a ilicitude estar afastada. Uma conclusão de tal ordem é por demais indeterminada, podendo levar a um aproveitamento da prova derivada de uma ilícita quase sempre, pois outras possibilidades para descobrir a prova quase sempre existem, e a discussão jurídica se resolveria em especulação. O que se deve demonstrar, de forma cabal, é que o encontro dos demais elementos probatórios era uma questão insofismável, em face da interligação entre outras provas, ou por fruto de investigações ou fontes de produção autônomas.

A reforma, inserindo o § 1º ao art. 157, reconhece a teoria da descoberta inevitável, incorrendo, entretanto, no vício de contentar-se com a

mera possibilidade das provas derivadas serem produzidas de outra maneira, por fontes independentes, para que a contaminação seja afastada, tornando frágil e por demais insegura a abrangência da mácula.

(iii) *Contaminação expurgada ou conexão atenuada*: é possível que o vínculo entre a prova ilícita e a derivada seja tão tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação. Esta seria expungida. Perceba-se que a ausência de vínculo não é absoluta. Ele existe, porém acaba sendo tão insólito que é irrelevante, preservando-se a licitude da prova derivada.

Nas exceções trazidas com a reforma (art. 157, § 1º, CPP), não vislumbramos guarida a esta teoria. Percebe-se claramente na jurisprudência estadunidense o esmero em excepcionar os rigores da teoria dos *fruits of the poisonous tree*, na visão do aproveitamento máximo da prova derivada, e na concepção empírica abre perigoso vértice de exceções, conferindo ao magistrado ferramentas de contenção dos efeitos da ilicitude. Tal gestão, administrada no Brasil, pode levar, por via oblíqua, a colocar em tábula rasa o mandamento constitucional de vedação das provas ilícitas, já que a prova derivada é espécie deste gênero.

(iv) *Boa-fé (good faith)*: objetiva-se aqui evitar o reconhecimento da ilicitude da prova, caso os agentes de polícia ou da persecução penal como um todo tenham atuado destituídos do dolo de infringir a lei, pautados verdadeiramente em situação de erro.

É o caso, por exemplo, da polícia que cumpre mandado de busca residencial para apreender animais silvestres mantidos irregularmente em cativeiro, mas acaba apreendendo computadores que poderiam revelar um esquema de sonegação fiscal. Os requisitos do mandado de busca e apreensão vêm previstos no art. 243 do CPP, definindo os limites intransponíveis da diligência.

Caso sejam encontrados elementos que caracterizem crime em situação de flagrância, como daquele que armazena em casa substância entorpecente para comercialização, estará constitucionalmente autorizada a intervenção, não em razão do mandado que tinha outro objetivo, e sim por força do art. 5º, XI, da Constituição Federal, que autoriza o ingresso domiciliar, a qualquer hora do dia ou da noite, para que se efetive a prisão em flagrante. Nos demais casos, entendemos, deve a autoridade envolvida na diligência provocar o juiz para que se obtenha uma ampliação do mandado, em razão dos novos

elementos eventualmente descobertos, possibilitando assim, com a ordem judicial expressa, captarem-se os demais elementos.

Sobre o tema, Walter Nunes lembra que “o assunto fez parte da discussão encetada no caso Collor. Com efeito, naquela oportunidade, discutiu-se, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a validade da degravação dos dados da memória de computadores que foram apreendidos em uma das empresas de Paulo César Farias. O problema ali sublinhado foi de que os computadores não haviam sido apreendidos em diligência dos agentes policiais acobertados por mandado de busca e apreensão. Em verdade, os equipamentos de informática foram recolhidos por agentes fiscais, sob suspeita de que eles tinham sido importados sem o devido pagamento do Imposto de Importação, o que, em tese, no nosso ordenamento jurídico, caracteriza o crime de descaminho. Essas máquinas, posteriormente, foram encaminhadas pelos agentes fiscais para os policiais federais, o que foi bastante para se entender que as provas derivadas da recuperação da memória dos equipamentos de informática eram ilícitas, posto que a autoridade policial, para dispor dos microcomputadores que estavam guardados em escritório profissional, teria de ter empreendido, antes, diligência no local com base em mandado de busca e apreensão” (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 511).

A boa-fé, como se conclui, não pode sozinha retirar a ilicitude da prova que foi produzida. A ausência de dolo por parte do agente não afasta a contaminação, posto que são imprescindíveis não só a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, que é o respeito à lei na produção do manancial probatório.

8.2 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade

A proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) ganhou desenvoltura e disciplina na jurisprudência e doutrina alemãs, adaptada ao Direito judicial estadunidense como teoria da proporcionalidade (*balancing test*), funcionando como regra de exclusão à inadmissibilidade das provas ilícitas, quando, sopesando o caso concreto, chegue-se à conclusão que a exclusão da prova ilícita levaria à absoluta perplexidade e evidente injustiça.

A noção de proporcionalidade é aplicável quando há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, impondo ao intérprete três exames essenciais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s)

direito(s) fundamental(is) afetado(s)?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (ÁVILA, 2007, p. 161).

Por sua vez, salienta Robert Alexy que “A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão” (ALEXY, 2008, p. 117).

O conflito entre bens jurídicos tutelados pelo ordenamento leva o intérprete a dar prevalência àquele bem de maior relevância. Nesta linha, se de um lado estão o *jus puniendi* estatal e a legalidade na produção probatória, e do outro o *status libertatis* do réu, que objetiva demonstrar a inocência, este último bem deve prevalecer, sendo a prova utilizada, mesmo que ilícita, em seu benefício.

Como asseguram Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, “não deixa de ser, em última análise, manifestação da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros” (apud D’URSO, 2007, p. 124).

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve ser invocado, na sua essência, para preservar os interesses do acusado. Nesse sentido, não há discrepância doutrinária ou jurisprudencial (concepção da prova ilícita utilizada *pro reo*). Na ponderação axiológica, a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para manutenção do *status* de inocência. Sabe-se, contudo, que já se tem invocado o princípio em exame para tutelar os interesses da acusação (*pro societate*). A nosso ver, é uma contradição em termos, pois se é sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime.

A proteção da sociedade está mais bem amparada pela preservação do

núcleo básico de garantias de todos. Afinal, os criminosos integram o corpo social. Flexibilizar os direitos de alguns, como já acontece com o “bode expiatório” das organizações criminosas, que são invocadas toda vez que se quer justificar ilegalidade ou mitigação de direitos, é abrir caminho para o desrespeito à segurança de todos.

Dessa maneira, a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Devem-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão solar de que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para obtenção desta prova, bem como o prejuízo provocado por eles. Havendo desproporção, a prova não deve ser utilizada. Ademais, a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência, amparada pela proporcionalidade, não pode servir para prejudicar terceiros. Os efeitos são limitados à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova para demonstrar a culpa de outrem, no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas (LOPES JR., 2007, p. 568).

A ponderação de interesses dá vazão a uma ampla fluidez e instabilidade de garantias, podendo visivelmente albergar arbitrios na concepção utilitária e maniqueísta, já ressaltada, entre interesse social, contrapondo-se aos do réu.

A proporcionalidade invocada como capa da condenação acaba por remontar o discurso da possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, pelo grau de periculosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãos, e, portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais. É o pensamento de Jakobs, quando prega o Direito penal do inimigo como “reação de combate, do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos que nada significam” (JAKOBS; MELIÁ, 2005, p. 70-71).

8.3 Teoria da exclusão da ilicitude da prova

Informa que a prova, aparentemente ilícita, deve ser reputada como válida, quando a conduta do agente na sua captação está amparada pelo direito

(excludentes de ilicitude).

Percebe-se que a ilicitude é apenas aparente, ficta, pois a legítima defesa, o estado de necessidade etc. (causas justificantes) autorizariam a medida.

Imaginemos que o réu tenha que praticar conduta típica, como a violação de domicílio, prevista legalmente como crime (art. 150, CP), para produzir prova fundamental em favor de sua inocência. Estaria suprimindo um bem jurídico alheio (tutela domiciliar), para salvaguardar outro bem jurídico (liberdade), em face de um perigo atual (a existência de persecução penal), ao qual não deu causa, e cujo sacrifício não era razoável exigir. Está em verdadeiro estado de necessidade, que vai excluir a ilicitude da conduta. A prova produzida é lícita, válida, valorável em qualquer sentido (RANGEL, 2003, p. 423).

9. Prova emprestada

É aquela produzida em um processo e transportada documentalmente para outro. A prova pode assim ser importante a mais de um processo. A eficiência da instrução criminal e a colaboração da justiça levam à admissibilidade do empréstimo probatório. Compartilhar provas entre processos pode ser de grande utilidade, mas não pode se tornar um expediente de comodidade. Havendo justificativa plausível, o empréstimo será oportunizado. Pode ser patrocinado o empréstimo probatório, até mesmo de um processo cível a um criminal.

São requisitos para o empréstimo da prova:



mesmas partes: as partes devem ser as mesmas em ambos os processos, tanto no que empresta quanto naquele que vai recepcionar a prova emprestada;



mesmo fato probando: o fato demonstrado pela prova que se quer emprestar deve ser relevante aos dois processos. Ex.: uma fotografia do criminoso no local do fato pode ser importante tanto para o processo pelo homicídio quanto para outro processo por vilipêndio de cadáver. O fato provado, qual seja, a presença do indivíduo em determinado local, é importante para a demonstração dos dois crimes, apreciados em feitos distintos;

❖ *o contraditório no processo emprestante deve ter sido respeitado:* só pode haver o empréstimo da prova que foi produzida sob o crivo do contraditório. Logo, não há empréstimo de prova de um inquérito a um processo, afinal, o procedimento investigativo preliminar é regido pela inquisitorialidade. O empréstimo é entre processos;

❖ *os requisitos formais de produção probatória tenham sido atendidos no processo emprestante:* ou seja, a norma que rege a produção da prova deve ter sido rigorosamente respeitada para que se possa falar em empréstimo. Ex.: se o laudo pericial for subscrito por apenas um perito não oficial, por evidente violação à formalidade essencial na produção da prova técnica, que exige a participação de ao menos dois peritos juramentados, esta não poderá ser emprestada.

Questão interessante é saber quais os reflexos no processo que recepciona a prova emprestada, caso o processo emprestante seja declarado nulo. Basta indagar se a nulidade contaminou ou não a instrução do processo onde a prova foi produzida. Imaginemos que o processo cedente tenha sido anulado em razão de incompetência relativa do juízo. Por força do art. 567 do CPP, só os atos decisórios serão imprestáveis, aproveitando-se os atos instrutórios. Nesse cotejo, a prova emprestada será válida, e o processo que a recebeu estará intacto. Já se a nulidade do processo emprestante é absoluta, atingindo inclusive a instrução, a prova estará viciada, e os efeitos do vício podem se refletir ao processo emprestado, se a prova foi valorada e se refletiu na decisão (RANGEL, 2003, p. 433-434).

10. Ônus da prova

O ônus da prova é o encargo atribuído à parte de provar aquilo que alega. A demonstração probatória é uma **faculdade**, assumindo a parte omissa as consequências de sua inatividade, facilitando a atividade judicial no momento da decisão, já que aquele que não foi exitoso em provar, possivelmente não terá reconhecido o direito pretendido. O ônus, como se percebe, não se confunde com a noção de obrigação, já que a obrigação descumprida configura ato contrário ao direito, passível de imposição de penalidade (ex.: a testemunha tem a obrigação – e não o ônus – de dizer a verdade, respondendo pelo crime de

falso testemunho se mentir) (AVENA, 2011, p. 479).

A prova da alegação é incumbida a quem a fizer (art. 156, 1ª parte, CPP). No processo penal, a divisão do ônus da prova entre acusação e defesa conduz a que a acusação demonstre a autoria; materialidade (existência da infração); dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influam na exasperação da pena. Nesse sentido: “Em sua dialética, o processo penal supõe seja do Ministério Público o ônus de toda a prova de acusação, aí figurando, claro é, o ônus de provar a qualificadora” (STJ – REsp 1.111.665/SP – Rel. Min. Nilson Naves – *DJe* 23-11-2009).

Enquanto isso, a defesa deve preocupar-se em demonstrar eventuais excludentes de ilicitude; de culpabilidade; causas de extinção da punibilidade e circunstâncias que venham a mitigar a pena ou, sendo o caso, a própria inexistência do fato ou desclassificação para outra infração penal.

| | | |
|------------------------------|-----------------|--|
| ÔNUS DA PROVA | Acusação | Fatos constata da pretensão punitiva: aut materialidade de exasperação da pena, dolo e |
| | | Fatos extintivos impeditivos modificativos |

Defesa

pretensão
punitiva: ex
da ilicitude
culpabilida
extintivas
da punibilic
elementos c
mitigação d

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor rei. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incs. II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição.

Corrente minoritária (JARDIM, 2002, p. 211-214), com a qual compartilhamos, atribui o ônus da prova exclusivamente à acusação. Nesta linha de raciocínio, se da denúncia consta a imputação do crime de homicídio e a defesa alega que o fato foi cometido sob o amparo da legítima defesa, seria de responsabilidade do Ministério Público (e não da defesa, parte que suscitou a alegação) a comprovação de que a conduta fora ilícita. Apesar da posição aqui assumida ser a mais consentânea com a atual ordem constitucional, a posição em contrário tem prevalecido, distribuindo-se o ônus da prova entre acusação e

defesa.

Importante anotar que não há previsão, no ordenamento processual penal, da inversão do ônus da prova, como sói ocorrer no processo civil – especialmente no direito do consumidor. Assim, deve-se refutar plenamente a noção de que, recebida a inicial acusatória, ocorreria a inversão do ônus da prova para a defesa (STJ – RHC 22.982 – Rel. Min. Jane Silva (Des. Convocada do TJ/MG) – *DJe* 13-10-2008). Sendo princípio constitucional a presunção de inocência, a citada inversão sequer poderia ser criada pelo legislador infraconstitucional.

11. Iniciativa do juiz

A trajetória na busca da estabilidade faz do ser humano um signatário do ideal da verdade. Descortinar os fatos para que se demonstre, no processo, o que realmente aconteceu, materializa uma das finalidades da persecução penal em juízo. Entretanto, o conceito de verdade não é unívoco, e os limites do seu alcance perpassam pela atuação dos sujeitos processuais na produção probatória.

Deve-se avivar de pronto, como faz Maria Elizabeth Queijo, lembrando as lições de Sabatini, que a “certeza é a apreensão e a consciência da verdade. É um estado de ânimo, que se apresenta quando se forma o convencimento de se ter atingido a verdade. Desse modo, o convencimento relaciona-se à dinâmica psicológica, resolvendo-se em função do intelecto, enquanto a certeza, representação interna da verdade, reporta-se à estática psicológica, em estado de consciência. Assim, a certeza poderá existir sem que o indivíduo consiga declinar os motivos determinantes de seu convencimento” (QUEIJO, 2004, p. 29).

Por outro lado, a dicotomia entre verdade formal e verdade material deve ganhar nova roupagem. Enquanto a primeira, normalmente vinculada à esfera extrapenal, na qual são versados em regra direitos disponíveis, incorreria no reducionismo da atuação das partes em empreender esforço probatório na busca da demonstração fática e/ou jurídica, a segunda contaria com a proatividade do órgão julgador, que de mero espectador passaria a atuar, inclusive de ofício, no esforço conjunto de revelar o ocorrido, em homenagem ao princípio da livre investigação probatória. Em sede penal, portanto, na qual os interesses em jogo são indisponíveis, caberia ao julgador ser intransigente com meras especulações ou ilações quanto aos fatos, para que se reconstrua nos

autos o que realmente aconteceu quando da ocorrência do delito. Nessa lógica, a verdade formal seria a verdade dos autos, ao passo que a verdade material lhe seria antecedente, é a verdade empírica, vinculada aos fatos, à realidade.

Para Ferrajoli, a “impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal inalcançável’” (FERRAJOLI, 2006, p. 52). Após Einstein, de fato, tudo é relativo (LOPES JR., 2007), e a construção da verdade deve servir como expressão conjuntural do manancial probatório trazido aos autos e que permite, dentro do possível, a formatação do convencimento do julgador. Não se deve admitir que a verdade processual seja distanciada do conceito de verdade material, ou que esta não permeasse o processo. A verdade do processo, como conclui Ferrajoli, “pode ser concebida como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência” (FERRAJOLI, 2006, p. 53).

Não se deve descurar, entretanto, que a busca da verdade, processual ou material, assumindo este ponto aproximativo, não pode levar o magistrado a refugar o seu papel constitucional, travestindo-se em juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito. O tênue limite entre a busca da verdade e a fronteira de resguardo ao sistema acusatório e a repartição de poderes deve ser reavivado, a fim de evitar arbitrios e impedir que a prova produzida pelo juiz que perdeu os limites da fronteira venha transmutar-se em prova ilícita.

Nesse contexto, a reforma do CPP, trazida pela Lei n. 11.690/2008, dando nova redação ao art. 156, permitiu ao magistrado, ainda no curso do inquérito policial, determinar a produção antecipada das provas reputadas urgentes, em medida de cautelaridade extrema, na expectativa de que não haja perecimento, observando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O ato deve ser encarado de forma estrita, para que uma suposta busca incondicional da verdade não dispa o magistrado dos valores inerentes ao mister jurisdicional. Da mesma forma, no curso do processo, poderá o magistrado determinar a produção probatória de ofício, para dirimir eventual dúvida acerca de ponto relevante.

Trata-se de visível atuação secundária à das partes, na expectativa de consolidar a dinâmica do convencimento e que não pode olvidar a obrigatoriedade de submeter à apreciação do órgão acusador e da defesa o material colhido, fazendo valer o contraditório. Não poderá o juiz substituir-se à

atuação das partes na produção probatória. A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito. O sistema acusatório atribui ao titular da ação a diligência necessária na produção probatória. Se não pode o magistrado fechar os olhos à verdade, também não poderá, sob pena de estar maculado subjetivamente, construir por força própria todo o manancial probatório que é levado aos autos.

Nesse sentido, Geraldo Prado tece severa crítica ao dispositivo: “o art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro, em sua parte final, que contempla o juiz com poderes probatórios, na linha do art. 209 do mesmo código, é fruto do processo penal do Estado Novo, período autoritário em que a supressão das liberdades contava com o apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas” (PRADO, 2006, p. 140).

Se o fizer, deve ser afastado, em razão de impedimento (art. 254, IV, CPP) ou suspeição (art. 252, CPP). Não é necessário nem recomendado ao juiz, em prol do réu, atuar como verdadeiro defensor, tomando a frente da iniciativa probatória. Como na dúvida ele deve absolver o demandado, a debilidade probatória da acusação em demonstrar os elementos que caracterizam o crime, por si só, militará em favor da defesa. Nessa linha, a atividade do juiz na determinação da prova continua sendo complementar.

12. Sistemas de apreciação da prova

A gestão da prova e a respectiva apreciação pela autoridade judicial sofrem variações a depender do sistema adotado. As regras de valoração da prova demonstram a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento que deu ensejo ao provimento jurisdicional, funcionando como fator de conformação das partes e de fiscalização do órgão judicante. Vejamos os principais sistemas.

12.1 Sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção

O juiz está absolutamente livre para decidir, despido de quaisquer amarras, estando dispensado de motivar a decisão. Pode utilizar o que não está nos autos, trazendo ao processo os seus preconceitos e crenças pessoais. A lei não atribui valor às provas, cabendo ao magistrado total liberdade. É o sistema que preside, de certa forma, os julgamentos pelo Tribunal do Júri em sua segunda fase, na atuação dos jurados, pois estes votam os quesitos sigilosamente,

sem fundamentar.

12.2 Sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada

A lei estipula o valor de cada prova, estabelecendo inclusive hierarquia entre estas, aniquilando praticamente a margem de liberdade apreciativa do magistrado. Cabe à norma, previamente, aquilatar o grau de importância do manancial probatório, restando ao juiz, de forma vinculada, atender ao regramento. Por esse sistema, pode se estabelecer a prova adequada para demonstrar determinado fato ou ato, fazendo-se antecipada distinção qualitativa entre as provas. É o que ocorre com a previsão do art. 158 do CPP, ao exigir, nos crimes que deixam vestígios, que a materialidade seja provada com a realização de exame de corpo de delito, não servindo a confissão para suprir eventual omissão. A lei diz a prova adequada à demonstração da materialidade, rejeitando a confissão e elegendo a perícia como o meio a ser utilizado. Caso não seja possível a realização da perícia, as testemunhas podem ser utilizadas, a confissão jamais (art. 167, CPP). É sem dúvida um resquício do sistema da prova tarifada.

12.3 Sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional

É o sistema reitor no Brasil,² estando o juiz livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada (art. 93, IX, CF). É o que se extrai do art. 155, do CPP, *in verbis*:

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 (Redação trazida pela Lei n. 11.690/2008).

A liberdade do julgador lhe permite avaliar o conjunto probatório em sua magnitude e extrair da prova a sua essência, transcendendo ao formalismo castrador do sistema da certeza legal. Não existe hierarquia entre as provas, cabendo ao juiz imprimir na decisão o grau de importância das provas

produzidas. Quanto aos elementos informativos colhidos na fase preliminar, não devem ser valorados na sentença, afinal, não foram passíveis de contraditório nem ampla defesa e sequer estão no altiplano das provas. E não se diga que se trata só das decisões condenatórias, pois para absolver, como a dúvida milita em favor do réu, não seria necessário o magistrado socorrer-se àquilo que foi trazido pelo inquirido, e se o fizer, neste caso, não haverá prejuízo. A exceção se deve às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A peculiaridade da investigação e os efeitos deletérios que o decurso do tempo poderia causar autorizam, de forma excepcional, a realização de medidas cautelares como a busca e apreensão ou a interceptação telefônica, em razão da necessidade e urgência, para que os elementos não venham a se esvaír. Da mesma forma, as provas irrepetíveis, que não podem ser refeitas na fase processual por impossibilidade material, como a perícia em vestígios que facilmente irão desaparecer, serão transplantadas para o processo, sendo mais uma exceção da imprestabilidade dos elementos colhidos na fase preliminar. Advirta-se, mais uma vez, que tais elementos só ganham o *status* de prova quando submetidos, na fase processual, ao contraditório (diferido) e à manifestação da defesa. Busca-se ainda, por meio do incidente de produção antecipada de provas, evitar o perecimento probatório, sendo que tal incidente tramita perante o magistrado, com colaboração efetiva das futuras partes, resguardando-se, portanto, na realização do incidente, o contraditório e a ampla defesa, eliminado qualquer obstáculo para utilização dos frutos do incidente na fase processual. Afora essas hipóteses, não se deve aproveitar mais nada do inquirido na prolação da sentença, e a interpretação do art. 155, CPP, *caput*, não pode ser outra, sob pena de afronta cabal à Constituição Federal.

Essa liberdade, por sua vez, não é sinônimo de arbítrio, cabendo ao magistrado, alinhado às provas trazidas aos autos, fundamentar a decisão, revelando, com amparo no manancial probatório, o porquê do seu convencimento, assegurando o direito das partes e o interesse social.

13. Princípios da prova

13.1 Princípio da autorresponsabilidade das partes

As partes assumem as consequências de sua inação. A frustração ou o êxito estão ligados à conduta probatória do interessado no transcorrer da instrução. Assim, se a parte acusadora não diligenciar na produção das provas que conduzam à incriminação, naturalmente assistirá à absolvição do réu.

13.2 Princípio da audiência contraditória

Toda prova produzida deve ser submetida ao crivo do contraditório, com oportunidade de manifestação da parte contrária.

13.3 Princípio da aquisição ou comunhão

A prova não pertence à parte que a produziu, e sim ao processo. Se a parte deseja desistir de prova que tenha proposto, a parte contrária deve obrigatoriamente ser ouvida. Em havendo aquiescência, ainda assim o magistrado poderá determinar de ofício a realização da prova. Deve ser analisada com cautela a previsão do art. 401, § 2º, do CPP, autorizando que a parte desista de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvando apenas a possibilidade do magistrado determinar a oitiva de ofício. Apesar da omissão legal, se a parte contrária insistir na oitiva, a testemunha deve ser ouvida, em atenção ao princípio da comunhão.

13.4 Princípio da oralidade

Deve haver a predominância da palavra falada, produzida perante o juiz, a exemplo do interrogatório e da prova testemunhal – ou, eventualmente, do esclarecimento dos peritos. Inicialmente, a oralidade ganhou destaque por ser alçada à condição de critério reitor dos Juizados Especiais Criminais, *vide* art. 62 da Lei n. 9.099/95. Com a reforma do Código de Processo Penal, especialmente com a Lei n. 11.719/2008, a oralidade ganhou ainda maior relevância, devendo ser fracionada em dois subprincípios:

- (i) *subprincípio da concentração*: a produção das provas deve se concentrar em audiência única, ou no menor número delas (arts. 400, § 1º, 411 e 431 do CPP).³ Ao final da instrução, devem ser apresentadas as alegações finais também na forma oral, salvo situações excepcionais (art. 403 do CPP);
- (ii) *subprincípio da imediatidade ou imediação*: o magistrado deve estar próximo ao contexto probatório, tendo contato físico com as provas, o que permite valoração mais precisa para o momento do julgamento. O princípio da identidade física do juiz, insculpido no art. 399, § 2º, do CPP (também fruto da Lei n. 11.719/2008),

ratifica a necessidade do contato direto com a prova e a vinculação do magistrado que preside a instrução com o julgamento do processo, salvo as exceções legalmente contempladas, como promoção, aposentadoria, dentre outras.

13.5 Princípio da publicidade

A regra é a publicidade dos atos, havendo, entretanto, possibilidades excepcionais de sigilação. Prevê o § 1º do art. 792 do CPP: “Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”. Há semelhante previsão de restrição ao princípio da publicidade no art. 93, IX, da CF/88, no art. 201, § 6º, do CPP, e no art. 234-B, do Código Penal.

É o que ocorre, a título de exemplo, na realização da interceptação telefônica que, por previsão do art. 1º da Lei n. 9.296/96, atenderá ao segredo de justiça. Por sua vez, impende destacar, à luz da Súmula Vinculante n. 14 do STF, que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Havendo obstáculo, poderá se valer, de regra, do mandado de segurança e da reclamação constitucional.

13.6 Princípio do livre convencimento motivado

Reconhecido no item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, permite ao magistrado liberdade para decidir, desde que o faça de forma motivada. É princípio de força constitucional, estatuído no art. 93, IX, da CF/88.

13.7 Princípio do *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo)

Pelo princípio do *nemo tenetur se detegere* (também denominado princípio da “autodefesa” pelos tribunais), ninguém pode ser compelido a se autoincriminar. Assim, por mais relevante e fundamental que seja a prova para

o processo, o acusado não poderá se manter em silêncio se suas declarações implicarem em prejuízo à sua defesa.

É com base neste princípio que se torna inviável a configuração do tipo penal previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (redação dada pela Lei n. 11.705/2008, conhecida como “Lei Seca”), já que o delito exige a “concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas”. Caso o motorista não se disponha a soprar o etilômetro, a autoridade policial ou de trânsito não poderá obrigá-lo a fazê-lo, pela inexigibilidade da autoincriminação.

13.8 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

Como mencionado em tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 vedou as provas ilícitas de forma expressa, no art. 5º, inc. LVI. O Código de Processo Penal também repetiu a vedação, nos termos do art. 157.

14. Procedimento probatório

O passo a passo da produção probatória é composto das seguintes etapas:

- (i) *Proposição*: é o momento de requerer as provas que devem ser produzidas na instrução processual, ou para realizar o lançamento aos autos das provas pré-constituídas. Normalmente o requerimento de produção probatória é apresentado na inicial acusatória, para o Ministério Público ou o querelante, e na resposta preliminar (art. 396-A, CPP), para a defesa. Essa oportunidade, contudo, em regra não é preclusiva. Nada impede que no curso do processo as partes requeiram a produção de provas, ou o magistrado determine a sua realização de ofício. As limitações a essa liberdade são exceção, a exemplo do que ocorre com a prova testemunhal, que deve ser indicada na inicial ou na defesa preliminar, pois a omissão levaria à preclusão. Ainda assim, o magistrado, mesmo que a parte não tenha arrolado a testemunha oportunamente, pode optar por ouvi-la como testemunha do juízo. A demonstração da verdade e o bom senso acabam prevalecendo.
- (ii) *Admissão*: é nessa etapa do procedimento que a autoridade judicial autorizará a realização das provas requeridas, ou a introdução aos

autos das pré-constituídas. Cabe ao juiz, fundamentadamente, funcionar como filtro, verificando a admissibilidade das provas que almejam ingressar nos autos ou daquelas que ainda estão por ser produzidas.

- (iii) *Produção e contraditório*: essa é a etapa de confecção da prova que foi requerida. Nesse momento, a instrução começa a tomar concretude. Serão ouvidas as testemunhas, realizadas as acareações, perícias etc. À produção segue-se o contraditório, com as partes tomando contato e participando ativamente do que é produzido. Se a prova era pré-constituída, resta, com a admissão aos autos, a subsunção ao contraditório.
- (iv) *Valoração*: caberá ao magistrado no *decisum* manifestar-se acerca de todas as provas produzidas, revelando o porquê do seu convencimento. Se valorar mal, de regra, dará ensejo à reforma da decisão na fase recursal, caracterizando o *error in iudicando*.

Deverá ainda afastar as provas ilícitas ou ilegítimas, determinado o desentranhamento (art. 157, § 3º, CPP). Caso venha a amparar a decisão em prova que contraria a lei, haverá nulidade manifesta, em evidente *error in procedendo*.

1 Para Renato Brasileiro de Lima, a atividade probatória não recai sobre os fatos, mas, sim, sobre a veracidade (ou não) da narrativa constante da peça acusatória (2011, p. 847).

2 O item VII da Exposição de Motivos do CPP assim indica: “o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*. (...) nem é prefixada uma *hierarquia* de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, *prova plena* de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência”.

3 Essa forma de condução da instrução já encontrava previsão legal na Lei dos Juizados Especiais (art. 81).

Capítulo 2



Provas em Espécie

1. Exames periciais

1.1 Considerações gerais

É o exame procedido por pessoa que tenha conhecimentos técnicos, científicos ou domínio específicos em determinada área do conhecimento. A prova pericial assume papel de destaque na persecução penal, justamente pelo tratamento dado por nossa legislação à figura do perito, estando este sujeito à disciplina judiciária.

As perícias, como regra, passam a ser realizadas por um perito oficial, isto é, pessoa que integra os quadros do próprio Estado e que seja portadora de diploma de curso superior, sendo-lhe assegurada a autonomia técnica, científica e funcional (art. 2º, Lei n. 12.030/2009). É fundamental o nível universitário, sendo pré-requisito necessário para aqueles que almejam ingressar nos quadros da polícia técnica. Aos que já são peritos oficiais e não atendem a tal requisito, continuarão a atuar nas respectivas áreas, ressalvada a hipótese de perícia médica, em que a necessidade de diploma superior é insuperável (art. 2º da Lei n. 11.690/2008). Por sua vez, o leque de técnicos é assim distribuído: peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontologistas.

Sendo perito oficial, é necessário apenas um profissional para análise do caso e elaboração do laudo, e a exigência de dois peritos fica suprimida. Sendo a perícia complexa, abrangendo mais de uma área do conhecimento, é possível a atuação de mais de um perito oficial, cada um em sua respectiva especialidade, de sorte que na concepção macro teremos mais de um perito, contudo cada um atuando individualmente na sua zona de domínio (art. 159, § 7º, CPP). Mesmo sendo desnecessário, nada impede que atuem dois peritos oficiais em conjunto

para elaboração do laudo, ocasionando mera irregularidade.

Na perícia oficial, a investidura do *expert* é dada por lei e independe da nomeação pela autoridade policial ou judiciária, sendo o exame requisitado ao diretor da repartição, juntando-se ao processo o laudo assinado pelo perito. O perito oficial também não será compromissado pela autoridade, afinal, a assunção do compromisso se deu quando foi empossado no cargo.

Na ausência de perito oficial, a autoridade pode valer-se dos peritos não oficiais ou juramentados, é dizer, pessoas idôneas, portadoras de curso superior, leia-se, terceiro grau completo e preferencialmente na área específica, com habilitação técnica relacionada à natureza do exame, que serão, no caso concreto, nomeadas e compromissadas a bem e fielmente desempenharem o seu encargo. A ausência da colheita do compromisso é mera irregularidade, não tendo o condão de macular o laudo. Na atuação dos peritos leigos, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos e, se presente ao exame, também pela autoridade. Eles continuam sendo em número de dois.

Quanto ao número de peritos participantes, o STF editou a Súmula n. 361, aduzindo que “no processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedido o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência de apreensão”. Vale destacar que a referida nulidade assume caráter meramente relativo, aplicando-se apenas às perícias não oficiais. A parte que se sentir prejudicada deve argui-la oportunamente, devendo demonstrar a ocorrência de prejuízo.

A Lei n. 11.343/2006, Lei de Tóxicos, nos §§ 1º e 2º, do art. 50, prevê a flexibilização legal quanto ao número de peritos e quanto ao impedimento daquele que tenha atuado na fase pré-processual, ao disciplinar a elaboração do laudo preliminar ou de constatação, afirmando que, nessa hipótese, o laudo será firmado por um só perito, oficial ou não, e este não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo. O laudo preliminar serve para dar viabilidade ao início da persecução penal. Para que ocorra condenação, entretanto, será necessária a realização do laudo definitivo, com a participação de dois peritos. Mesmo se tratando de lei especial, entendemos que pela nova disposição do art. 159 do CPP, aduzindo que o perito oficial atuará isoladamente, caso o laudo preliminar já seja elaborado por perito oficial, com apuração técnica necessária para identificação da substância entorpecente, dispensa-se a elaboração de um novo laudo (definitivo).

Exige-se dos peritos ainda a imparcialidade, sendo-lhes extensíveis as

PARTE II



Questões e Processos Incidentes



[Considerações Iniciais](#)



[Questões Prejudiciais](#)



[Exceções](#)



[Incompatibilidade e Impedimentos](#)



[Conflito de Jurisdição](#)



[Conflito de Atribuições](#)



[Restituição de Coisas Apreendidas](#)



[Medidas Assecuratórias](#)



[Incidente de Falsidade](#)



Incidente de
Insanidade
Mental



Questão incidente é o fato que pode acontecer no curso do processo (procedimento) e que deve ser decidido pelo juiz antes de adentrar no mérito da causa principal. Em face da necessidade lógica de ser apreciada em primeiro lugar, diz-se que a questão incidente é previa, eis que o exame da causa, via de regra, dependerá do seu desfecho. É com esse sentido que Magalhães Noronha explica as questões incidentes como aquelas “que podem incidir, isto é, sobrevir, apresentar-se, implicando a ideia de eventualidade e não obrigatoriedade. É incidente o que é eventual” (NORONHA, 2002, p. 72).

Os incidentes podem ser subdivididos em questões prejudiciais e processos incidentes. As questões prejudiciais são as que “devem ser resolvidas previamente porque se ligam ao mérito da questão principal, ou seja, há uma dependência lógica entre as duas questões”, ao passo que os processos incidentes, *stricto sensu*, “dizem respeito ao processo”, podendo “ser resolvidos pelo próprio juiz criminal” (MIRABETE, 2003, p. 200).

Além dessa distinção, outra se faz precisa, qual seja, a existente entre questão prejudicial e questão preliminar. Enquanto “a questão prejudicial é autônoma”, existindo “independentemente da questão principal”, com a possibilidade de “ser objeto de processo distinto” (como se dá com o julgamento do furto de forma autônoma em relação ao do crime de receptação), “a questão preliminar, ou simplesmente preliminar, é o fato, processual ou de mérito, que impede que o juiz aprecie o fato principal ou a questão principal (a infração penal)”, não sendo “autônoma, dependendo da existência da questão principal e devendo sempre ser decidida no mesmo processo ou procedimento onde é julgada a questão principal” (PACHECO, 2006, p. 485).

Com o intuito de não criar tumulto na lide, as questões incidentes serão apreciadas em autos apartados, normalmente apensos ao principal. São elas as

prejudiciais, as exceções, as incompatibilidades, os impedimentos, o conflito de jurisdição, a restituição de coisas apreendidas, as medidas assecuratórias, o incidente de falsidade documental e o incidente de insanidade mental, previstos nos arts. 92 a 154, CPP.

A propósito, Hélio Tornaghi pontifica que “as questões relativas ao processo, aos pressupostos processuais”, a exemplo da incompetência e da falta de jurisdição, “são questões preliminares”. Já as que se referem ao exercício da ação, tal como a legitimidade para a causa, “são questões que devem ser examinadas depois das preliminares, mas antes do mérito”, pelo que “poderiam ser chamadas questões intermédias ou intermediárias”. Por derradeiro, “as questões sobre o mérito, inclusive as prejudiciais – note-se bem – são questões finais” (TORNAGHI, 1990, v. 2, p. 506).

Com Eugênio Pacelli de Oliveira, podem-se classificar os processos incidentes consoante se discuta em:

- 1) “questões tipicamente preliminares (exceções de suspeição, incompatibilidade ou impedimento, exceções de incompetência do juízo, de litispendência, de ilegitimidade de parte e de coisa julgada, bem como o conflito de jurisdição), que devam ser resolvidas antes do exame do mérito da ação penal”;
- 2) “questões de natureza acautelatória de cunho patrimonial, sem maiores interferências na solução do caso penal (restituição de coisas apreendidas, medidas assecuratórias – sequestro, arresto e inscrição de hipoteca)”;
- 3) “questões tipicamente probatórias, seja no âmbito da aferição da culpabilidade (incidente de insanidade mental), seja na da materialidade do delito (incidente de falsidade documental)” (OLIVEIRA, 2004, p. 285).

Interessa, portanto, no presente capítulo, o estudo pormenorizado de cada uma delas.



“Prejudicial” significa aquilo que deve ser julgado antecipadamente. Reclama uma decisão prévia e está ligado ao *meritum causae*. “A questão prejudicial se caracteriza por ser um antecedente lógico e necessário da prejudicada, cuja solução condiciona o teor do julgamento desta, trazendo ainda consigo a possibilidade de se constituir em objeto de processo autônomo” (FERNANDES, 1988, p. 11).

Assim, distinguem-se das preliminares, que tratam de aspectos processuais, e, uma vez reconhecidas, impedem a apreciação do mérito. As prejudiciais caracterizam-se também por sua autonomia e pela possibilidade ou não de serem julgadas pelo juízo criminal, enquanto as preliminares são absolutamente dependentes e sempre serão julgadas pelo juízo criminal. Nesse compasso, a validade do casamento anterior é prejudicial ao reconhecimento do crime de bigamia (art. 235, CP), pois está umbilicalmente ligada ao mérito da causa, ao passo que a suspeição do juiz é mera preliminar, relacionada a um pressuposto processual.

É o art. 92 do Código de Processo Penal que explicita a ideia de questão prejudicial, ao avivar que “se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”.

1. Classificação

1.1 Prejudicial homogênea e heterogênea

A classificação em tela concentra seu interesse na jurisdição, sem

atentar para o rigor da sua indivisibilidade, mas com a atenção volvida para a necessária divisão do aparelho judicial do Estado, de molde a evidenciar seu poder-dever de prestação jurisdicional, o que nos permite falar, para efeitos didáticos, em jurisdição penal e jurisdição cível.

São ditas **homogêneas, comuns** ou **imperfeitas** as questões prejudiciais que pertencem e podem ser resolvidas na mesma jurisdição, ou no mesmo ramo do Direito, a exemplo da investigação de paternidade em relação ao inventário. No processo penal, podemos citar como exemplo a exceção da verdade em relação ao crime de calúnia (art. 138, § 3º, CP), eis que as duas matérias pertencem ao âmbito penal. Em tal caso, o desfecho do processo-crime por calúnia dependerá da resolução da exceção da verdade, que é prejudicial homogênea em relação àquele.

As questões prejudiciais **heterogêneas, jurisdicionais** ou **perfeitas** são aquelas que transbordam os limites da jurisdição da causa prejudicada (causa principal) e vão produzir efeitos em outras esferas do Direito, como o faz a repercussão no espólio (jurisdição cível) daquele que, em virtude de sentença penal condenatória (jurisdição penal), tem o dever de indenizar a vítima. A questão prejudicial heterogênea “é a relação jurídica civil que condiciona a existência da infração penal que o juiz está julgando” (PACHECO, 2006, p. 486).

É heterogênea, por exemplo, a prejudicial disposta no art. 93 do CPP, ao assentar que, “se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão” afeta ao juízo cível, que não se refira ao estado civil das pessoas, “e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo”, depois da oitiva “das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente”.

QUESTÃO PREJUDICIAL

Homogênea

Heterogênea

São solucionadas no mesmo ramo do direito.

Ex.: exceção da verdade em relação ao crime de calúnia (art. 138, § 3º, CP).

São solucionadas em outro ramo do direito.

Ex.: acusado de furto de coisa comum fungível (art. 156, CP) alega, em sua defesa, que a subtração não excedeu a sua cota parte, o que tornaria impunível

impunível
(art. 156, §
2º, CP) o
fato.

1.2 Prejudicial obrigatória e facultativa

Tendo em vista a faculdade ou o dever do juiz de suspender o processo principal (prejudicado), em face da presença da prejudicial, esta se classifica em obrigatória e facultativa.

Será obrigatória se o juiz, considerando a questão prejudicial séria e fundada, necessariamente tiver que suspender o processo prejudicado até o deslinde da questão prejudicial, situação que ocorre diante de questão **atinentes ao estado civil das pessoas**, a teor do art. 92, CPP. Diante de tal hipótese, o processo criminal ficará suspenso, juntamente com o curso do prazo prescricional (art. 116, I, CP), até o trânsito em julgado da decisão no cível, sem prejuízo, na esfera criminal, da realização de providências urgentes.

A prejudicial facultativa ganha forma quando o reconhecimento do crime depende de solução de questão **diversa** do estado civil das pessoas. A suspensão não é obrigatória, cabendo ao juiz decidir se suspende ou não o processo. É o que estatui, de certo modo, o art. 93, CPP. É o que ocorre, a título de exemplo, na discussão sobre a titularidade do bem no delito de furto, quando o réu afirma que a coisa lhe pertence, em tese defensiva que almeja o reconhecimento da atipicidade do fato alegado na denúncia. Por se tratar de discussão sobre propriedade, caberá ao juiz criminal decidir se suspende ou não o processo, para que a matéria fique esclarecida no cível (art. 93, CPP).

QUESTÃO

PREJUDICIAL

Obrigatória

Questão
atinente ao
estado civil
das pessoas

Facultativa

Questão
diversa do
estado civil
das pessoas

O juiz está obrigado a suspender o processo prejudicado até o deslinde da questão prejudicial.
Ex.:

Caberá ao magistrado decidir sobre a suspensão

denunciado por homicídio doloso com a agravante de ter sido praticado contra ascendente (art. 121 c/c art. 61, e, CP) alega que a vítima não era seu pai, o que demandará discussão no juízo cível

do processo. Ex.: acusado de furto (art. 155, CP) alega, em sua defesa, que a coisa lhe pertence, não sendo, portanto, “coisa alheia móvel”.

1.3 Prejudicial total e parcial

A classificação concentra o foco no grau de influência que a prejudicial terá sobre a decisão final a respeito do crime, objeto da ação principal, portanto, a questão prejudicada. Com efeito, a prejudicial interferirá na existência, ou não, do crime e de outros aspectos peculiares deste. Destarte, será total se a solução da questão prejudicial tiver o condão de fulminar a existência do crime, por exemplo, o reconhecimento da invalidade do casamento anterior fará com o crime de bigamia. Ao passo que, limitando-se a questão prejudicial ao reconhecimento de circunstâncias (agravantes, atenuantes, qualificadoras etc.), deixando incólume a existência do crime, ela é dita parcial.

QUESTÃO PREJUDICIAL

Total

Parcial

A solução
da questão

A solução da
questão
prejudicial não
fulmina a
existência do

prejudicial
fulmina a
existência
do crime.

Ex.:
denunciado
pelo crime
de bigamia
alega a
invalidade
do
casamento
anterior.

crime.

Ex.: o
reconhecimento
de que a vítima
do crime de
homicídio não
é ascendente
do acusado
exclui a
circunstância
da agravante,
mas não a
infração
imputada (*vide*
art. 121 c/c art.
61, e, CP).

1.4 Prejudicial devolutiva e não devolutiva (princípio da suficiência)

Mantendo estreita relação com a classificação homogênea e heterogênea da questão prejudicial, esta classificação leva em conta a jurisdição, ou o ramo do Direito. Em assim sendo, são devolutivas as questões prejudiciais que transbordem os limites da jurisdição da questão prejudicada, portanto, são enviadas para conhecimento e solução em outra esfera jurídica. Não devolutivas são aquelas que são conhecidas e solucionadas no mesmo ramo do Direito que trata da questão principal, a questão prejudicada.

Portanto, de regra, o juiz criminal é competente para solucionar a questão principal e eventualmente as prejudiciais que surjam ao longo do processo, isto é, a ação penal é suficiente para tanto. O nosso Código de Processo Penal não prevê expressamente a ideia de suficiência da ação penal. Entretanto, esse princípio (**da suficiência**) decorre do sistema, significando dizer que a ação penal é apta para, por si só, prestar a tutela jurisdicional, sem a necessidade de propositura de outras demandas para resolução de questões prejudiciais que surjam no curso do processo penal.

Como exceção ao princípio da suficiência da ação penal, existe a possibilidade de uma ação penal ser suspensa até que seja resolvida uma questão prejudicial no juízo cível (questão prejudicial heterogênea), tal como pode ocorrer diante da necessidade de se aguardar o julgamento de ação de nulidade de casamento, por se tratar de questão prejudicial para o exame de ação penal por crime de bigamia (art. 92, CPP).

As questões devolutivas são bipartidas em devolutivas absolutas (ou obrigatórias – art. 92, CPP) e em devolutivas relativas (ou facultativas – art. 93, CPP).

As questões devolutivas absolutas ou obrigatórias “são questões que devem ser julgadas, necessariamente, por outro juízo, que não o criminal. Mais precisamente, as que versam sobre o **estado civil das pessoas**. O juiz criminal não decidirá sobre o estado civil das pessoas”, tal como se dá com os casos de nulidade de casamento e de nulidade de filiação. As questões devolutivas relativas ou facultativas “são questões civis distintas do estado civil das pessoas, que podem ou não ser julgadas no âmbito criminal”, a exemplo, como já dito, da alegação do acusado de crime de furto, de ser proprietário da suposta *res furtiva* (GOMES, 2005, p. 154-155).

2. Natureza jurídica

Apesar da divergência doutrinária, há de se reconhecer que as prejudiciais são uma forma de conexão, dada a existência de uma dependência lógica e necessária entre a questão prejudicial e a questão prejudicada (MIRABETE, 2003, p. 201).

3. Sistemas de solução

Vistos o significado, a classificação e a natureza jurídica, vejamos onde e como deve ser julgada a prejudicial. São conhecidos quatro sistemas, cujas características marcantes estão a seguir:

- (i) *Predomínio da jurisdição penal*: aqui se argumenta que quem conhece da ação conhece da exceção. Logo, o juiz criminal seria o competente para decidir a prejudicial.
- (ii) *Separação absoluta ou prejudicialidade obrigatória*: nessa linha de pensamento, mister se faz que a questão seja remetida ao juiz especializado, haja vista que, utilizando-se o juiz criminal da decisão do cível, estaria evitando decisões contraditórias. Os que criticam esta solução o fazem sob o argumento de que, adotando-se tal proposição, restringe-se o livre convencimento do juiz criminal (CAPEZ, 2005, p. 344), além de revitalizarem-se, indiretamente, as limitações à prova e presunções existentes na seara cível.
- (iii) *Prejudicialidade facultativa*: os defensores dessa solução propõem que a remessa ou não da prejudicial ao juízo cível deve levar em conta a prevalência cível ou criminal sobre a questão sob apreciação.
- (iv) *Misto ou eclético*: adotado no Brasil, orienta que a decisão sobre as prejudiciais pode caber tanto ao juízo cível quanto ao criminal. Depende, tão somente, do disciplinamento legal aplicável à situação posta para o magistrado (arts. 92 e 93, CPP) (MIRABETE, 2003, p. 203).

4. Processamento da prejudicial obrigatória e da facultativa

Em face da prejudicial obrigatória, o juiz suspenderá o curso do processo criminal, se esta for séria e fundada, juntamente com o curso do prazo prescricional (art. 116, I, CP), até o trânsito em julgado da decisão no cível, sem prejuízo, na esfera criminal, da realização de providências urgentes,

destacando-se que **não precisa ter havido o início da ação cível para que ocorra a suspensão do processo criminal**. Sendo o crime de ação penal pública, haverá intervenção do MP na esfera cível, se a ação já estiver iniciada, para dar celeridade ao feito, ou, em não havendo ação em trâmite, o próprio MP poderá propô-la.

Já quanto à **prejudicial facultativa**, esta só poderá ser suscitada se já existir no cível ação discutindo a matéria. O juiz criminal poderá suspender o processo (sendo a matéria de difícil solução), fixando prazo em que aguardará o advento de sentença cível dirimindo a prejudicial (não é necessário o trânsito em julgado). Como a lei não estabelece qual o prazo de suspensão, ficará ao prudente arbítrio do juiz criminal indicar o quanto pretende aguardar.

Findo o prazo sem que advenha sentença (cível), admite-se a prorrogação, ou o juiz criminal pode entender por bem dar andamento ao processo, decidindo toda a matéria (princípio da suficiência da ação penal). Corre-se o risco, sobrevindo sentença cível, que esta seja contraditória à decisão criminal, o que merece apreciação na fase recursal ou eventualmente no âmbito da ação de revisão criminal.

Sendo o crime de ação penal pública, o MP deve intervir na seara cível, com o propósito de imprimir maior rapidez. Note-se que não poderá propô-la, eis que a ação já deve estar tramitando no cível.

Ademais, é importante destacar que: a) a suspensão pode ser decretada de ofício ou a requerimento das partes (art. 94, CPP); b) a suspensão não poderá ocorrer nos casos em que a lei civil limite a prova (prejudicial facultativa); c) não cabe prejudicial no inquérito policial; d) vinculação temática: ocorrendo a suspensão do processo em virtude da prejudicial, o juiz criminal estará vinculado ao que foi decidido na esfera cível, sendo indiferente tratar-se de prejudicial obrigatória ou facultativa.

5. Recursos

O despacho que nega a suspensão do processo criminal para a solução da prejudicial na esfera extrapenal é irrecorrível. Vislumbramos no *habeas corpus* ou na correição parcial a forma de combater o ato do magistrado. Nada impede o manejo do mandado de segurança, notadamente quando os interesses da acusação forem preteridos. Da decisão que determina a suspensão do processo (interlocutória simples) cabe recurso em sentido estrito (art. 581, XVI,

CPP).

6. Prescrição

O art. 116, inc. I, do Código Penal prevê como causa suspensiva do curso da prescrição a questão prejudicial cuja resolução, em outro processo, faça depender o conhecimento da existência de crime. A suspensão indica que, depois de cessado o motivo que a determinou, a prescrição deve recomeçar.

Capítulo 3



Exceções

1. Conceito

É uma forma de defesa por meio da qual o acusado objetiva a extinção do processo sem o julgamento do mérito, ou apenas a procrastinação do feito. Nada impede que a ferramenta seja também utilizada pela acusação, já que as exceções levantam questões atinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação. Segundo o art. 95 do CPP, são cinco as exceções, que podem ser classificadas em (a) peremptórias, assim consideradas as que extinguem o processo sem julgamento do mérito, e (b) dilatórias, exceções que prorrogam o curso do processo, postergando a sua apreciação.

(i) suspeição;

(ii)

incompetência;

(iii)

ilegitimidade

de parte;¹

(iv)

litispêndência;

(v) coisa julgada.

} Exceções
peremptórias

} Exceções
dilatatórias

2. As espécies de exceções e seus processamentos

2.1 Exceção de suspeição

A exceção de suspeição tem por objetivo afastar do processo magistrado cuja imparcialidade resta de alguma maneira afetada. Como a imparcialidade é premissa básica da jurisdição, caso sejam reconhecidos fato



É necessário não misturar as noções de suspeição, incompatibilidades e impedimentos. Importa distinguir que, “enquanto a suspeição advém do vínculo ou relação do juiz com as partes do processo, o impedimento revela o interesse do juiz em relação ao objeto da demanda, e a incompatibilidade”, geralmente, “encontra guarida nas Leis de Organização Judiciária, e suas causas estão amparadas em razões de conveniência” (LIMA, 2002, v. 2, p. 21).

Com o intuito de obstar a atuação no processo do juiz, do membro do MP, dos servidores da justiça e dos peritos ou intérpretes, o art. 112 do CPP reza que, quando sobre esses recair “incompatibilidade ou impedimento legal”, impõe-se o dever de exarar declaração nos autos. Contudo, caso não se dê espontaneamente “a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição”.

Averbe-se, ainda, que o art. 112 do CPP é aplicável “também aos juízes e tribunais de instâncias superiores, ainda que tenham a designação de desembargadores ou ministros”. O reconhecimento do impedimento tem efeito retro-operante, haja vista que, por impedir a jurisdição, os atos praticados pelo magistrado serão invalidados, via de regra, sem possibilidade de serem sanados (MIRABETE, 2006, p. 394).

1. Processamento

A exceção de impedimento ou de incompatibilidade segue o mesmo procedimento da exceção de suspeição, de acordo com o que determina o art. 112 do CPP. Desse modo, a par da exceção de suspeição, a exceção de incompatibilidade ou de impedimento precederá a qualquer outra, salvo se fundada em motivo ulterior (art. 96, CPP).

O juiz pode se averbar impedido ou afirmar a incompatibilidade,

mediante despacho escrito nos autos, com a indicação do motivo legal, remetendo o processo a seu substituto e ordenando a intimação das partes (arts. 97 e 99, CPP). Todavia, caso não haja reconhecimento espontâneo por parte do magistrado, a parte poderá arguir a incompatibilidade ou o impedimento, por “petição assinada por ela própria ou por procurador com poderes especiais”, com “suas razões acompanhadas de prova documental ou do rol de testemunhas” (art. 98, CPP).

Se o juiz não aceitar o impedimento ou a incompatibilidade, ordenará a autuação da petição em apartado e dará sua resposta no prazo de três dias. Nessa oportunidade, poderá instruir documentalmente suas informações e oferecer testemunhas, para, seguidamente, determinar a remessa dos autos da exceção ao juiz ou ao tribunal a quem competir o julgamento, no lapso de vinte e quatro horas (art. 100, *caput*, CPP).

As partes deverão ser intimadas da arguição. O juiz ou o tribunal, se reconhecer preliminarmente a relevância do incidente, marcará dia e hora para oitiva de testemunhas e, ato contínuo, julgará a exceção independentemente de outras alegações. Por outro lado, se a exceção de impedimento ou de incompatibilidade for manifestamente improcedente, o juiz ou o relator proferirá decisão liminar de rejeição (art. 100, §§ 1º e 2º, CPP).

Outrossim, nos termos do art. 102, CPP, “quando a parte contrária reconhecer a procedência da arguição, poderá ser sustado, a seu requerimento, o processo principal, até que se julgue o incidente” de impedimento ou de incompatibilidade.

No âmbito dos tribunais, sem prejuízo do disposto nos respectivos regimentos internos, o juiz “que se julgar suspeito deverá declará-lo nos autos e, se for revisor, passar o feito ao seu substituto na ordem da precedência, ou, se for relator, apresentar os autos em mesa para nova distribuição” (art. 103, *caput*, CPP). Não sendo “relator nem revisor, o juiz que houver de dar-se por” impedido ou incompatível, “deverá fazê-lo verbalmente, na sessão de julgamento, registrando-se na ata a declaração”. Se se tratar de presidente de tribunal, “competirá ao seu substituto designar dia para o julgamento e presidilo”. O incidente, por sua vez, não sendo reconhecido o impedimento ou a incompatibilidade, “será julgada pelo tribunal pleno, funcionando como relator o presidente” (art. 103 e §§, CPP).

Por derradeiro, registre-se que a incompatibilidade e o impedimento podem ser suscitados em face do membro do Ministério Público. Nesse caso, o

juiz, depois de ouvi-lo, “decidirá, sem recurso, podendo antes admitir produção de provas no prazo de três dias” (art. 104, CPP). No que toca à autoridade policial, não é cabível a arguição, embora deva ela, quando presente motivo legal, reconhecer o impedimento ou a incompatibilidade (art. 107, CPP). O impedimento ou a incompatibilidade dos jurados, a seu turno, deve ser pronunciado em plenário, cuja decisão será tomada pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, de tudo consignando em ata (art. 106, CPP). Sublinhe-se, ainda, que podem as partes levantar a incompatibilidade ou o impedimento dos peritos, dos intérpretes e dos “funcionários da justiça, decidindo o juiz de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata” (art. 105, CPP).

2. Efeitos

Se a incompatibilidade ou o impedimento for acolhido, o CPP, em seu art. 101, prevê a nulidade dos atos do processo principal, com a imposição de pagamento das custas ao juiz, se o fundamento era evidente, caracterizando-se erro indesculpável por parte do magistrado. Se houver rejeição do pleito, evidenciando-se a malícia do excipiente, a este será imposta multa, que, por falta de atualização da moeda prevista na legislação, encontra-se sem eficácia (art. 101, CPP).

3. Recursos

Contra a decisão que julgar a exceção de impedimento ou incompatibilidade não cabe recurso. De todo modo, é admissível a impetração do mandado de segurança como sucedâneo recursal, ou de *habeas corpus*, a depender do interesse versado na alegação.



O conflito de jurisdição, que está disciplinado nos arts. 113 a 117 do CPP, ocorre quando dois ou mais juízes se consideram, contemporaneamente, competentes ou incompetentes para tomar conhecimento do fato delituoso. Também se manifesta o conflito se existe controvérsia sobre a unidade de juízo, junção ou separação de processos, nas hipóteses de conexão e continência.

Fala-se em **conflito de jurisdição** quando a divergência se estabelece entre órgãos de categorias jurisdicionais distintas, como entre juiz estadual e outro federal, ao passo que o **conflito de competência** seria aquele firmado entre juízes pertencentes à mesma jurisdição (TOURINHO FILHO, 2003b, v. 2, p. 607). Entendemos ser cabível a utilização de ambas as expressões, embora se deva registrar a opinião de Guilherme Nucci quando reputa equivocada a expressão conflito de jurisdição, “uma vez que não se trata de confronto de jurisdição, já que esta é inerente à função de qualquer magistrado”. O adequado, para o magistrado paulista, seria falar-se apenas em conflito de competência (NUCCI, 2008, p. 352).

1. Espécies e competência

O conflito de jurisdição pode ser positivo ou negativo. Na primeira espécie, temos dois ou mais juízes que se julgam competentes para conhecer do fato. Na segunda, o conflito negativo, os magistrados julgam-se incompetentes. Nos termos do art. 115, CPP, têm legitimidade para suscitar o conflito: (1) a parte interessada; (2) os órgãos do Ministério Público junto a qualquer dos juízos em dissídio; e, (3) os juízes ou tribunais em causa.

Situações de aparente conflito já foram pacificadas no STJ por meio das Súmulas ns. 22 e 59. Esta assenta o entendimento de que “não há conflito de competência se já existe sentença com trânsito em julgado, proferida por um dos juízos conflitantes”. Por seu turno, a primeira assevera que “não há conflito

de competência entre Tribunal de Justiça e Tribunal de Alçada do mesmo Estado-membro”. Todavia, com a supressão dos Tribunais de Alçada pelo advento da EC n. 45, o último entendimento sumular perdeu a importância.

Para identificar o órgão competente para apreciar o conflito, é fundamental ter por referência a própria Constituição Federal, sem prejuízo do que dispõe a Constituição dos estados. Vejamos as principais regras:

- a) Compete ao STF julgar o conflito existente entre o STJ e quaisquer tribunais, entre os Tribunais Superiores, e entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, *o*, CF).
- b) Cabe ao STJ julgar o conflito entre quaisquer tribunais, ressalvada a competência do STF, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados (TRF e juiz estadual), e entre juízes vinculados a tribunais diversos (juiz estadual e federal), de acordo com o art. 105, I, *d*, CF.
- c) Compete ao TRF apreciar o conflito entre juízes federais da mesma região (art. 108, I, *e*, CF).
- d) Cabe ao Tribunal de Justiça apreciar o conflito entre juízes estaduais de primeiro grau que lhe sejam vinculados.

De outra banda, o STJ editou a Súmula n. 348, entendendo competir ao “Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária”. O fundamento era o de que o Juizado Especial Federal não possuía vínculo jurisdicional com o respectivo Tribunal Regional Federal (em que pese administrativamente ele existir), de sorte que o conflito entre o juizado e juiz federal, ainda que da mesma seção, caracterizar-se-ia como sendo de juízos que não estão vinculados ao mesmo tribunal, competindo ao STJ dirimi-lo. Este mesmo raciocínio acabaria sendo aplicado ao conflito entre o Juizado Estadual e magistrado do mesmo estado, de sorte que, ao invés do TJ, resvalaria na competência do Superior Tribunal de Justiça.

O STF, por sua vez, manteve entendimento contrário ao do STJ, de forma que o conflito entre o Juizado Especial Federal e juiz federal, para a Corte Suprema, seria dirimido pelo TRF, órgão a que estariam afetos os magistrados (RE 590.409/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Isso deu margem ao cancelamento da Súmula n. 348 e consequente edição pelo STJ de súmula substituta, pacificando a matéria. Assim, a atual regência é da Súmula n. 428, coadunando-se ao entendimento esboçado pelo STF, *in verbis*: “Compete ao

Tribunal Regional Federal decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal da mesma seção judiciária”.

2. Processamento

O processamento está disciplinado no art. 116, CPP. De tal forma, a arguição é feita mediante representação dos juízes em conflito ou requerimento das partes, podendo o conflito negativo ser suscitado nos próprios autos. Tratando-se de conflito positivo, o relator pode determinar que seja suspenso o processo. Em seguida, o relator requisita informações que serão prestadas pelas autoridades em conflito nos prazos fixados por ele. Uma vez recebidas as informações, o relator, se não precisar instruir o feito, ouve o órgão do MP, e a questão é decidida na primeira sessão. Dessa decisão serão enviadas cópias, para sua execução, às autoridades envolvidas.

3. Recursos

É possível que o conflito seja resolvido ainda em primeiro grau, pelo reconhecimento da incompetência por um dos magistrados envolvidos, que pode se dar de ofício, ou pelo julgamento da exceção específica. Desta forma, contra a decisão que concluir pela incompetência do juízo, em primeiro grau de jurisdição, é cabível o recurso em sentido estrito, *ex vi* do art. 581, II, CPP. Sem embargo, cabível também o recurso em sentido estrito contra a decisão que julga a exceção, nos termos do art. 581, III, CPP.

Se a decisão rejeitar a exceção de incompetência, não cabe recurso, sem prejuízo da possibilidade de impetração de *habeas corpus* (se envolver crime com pena privativa de liberdade) ou de mandado de segurança (se o delito não contiver abstratamente pena privativa de liberdade), como sucedâneo recursal.

Em segunda instância, o acórdão que julgar conflito de competência estará sujeito aos recursos especial ou extraordinário previstos constitucionalmente. De todo modo, as ações autônomas de impugnação referidas poderão ter lugar sempre que não houver previsão de recurso específico.

Por sua vez, o art. 117 do CPP prevê que o STF poderá se valer do incidente da advocatária, para restabelecer sua competência, sempre que exercida por qualquer outro órgão jurisdicional. A Constituição Federal, a seu

turno, faz previsão de outra ferramenta (art. 102, I, CF), denominada reclamação, que também pode ser utilizada pelo STJ, tendo disciplina na Lei n. 8.038/90.



É o conflito “que se estabelece entre o órgão do Poder Judiciário e o órgão de outros Poderes (Executivo e Legislativo), dirimido por aquele, ou entre órgãos não jurisdicionais, resolvidos, ao menos de início, sem a intervenção da autoridade judiciária” (MIRABETE, 2003, p. 227).

Como se depreende, o conflito de atribuições não se confunde com o conflito de competência. Decerto, enquanto “o conflito de competência se dá entre dois ou mais juízes”, “o conflito de atribuições se dá, por exemplo, entre dois promotores” (GOMES, 2005, p. 163). A distinção recai sobre a existência ou não da nota de jurisdicionalidade de ambos os órgãos envolvidos.

1. Competência para dirimir o conflito

A primeira fonte de verificação da competência para julgar o conflito de atribuições é a Constituição do Brasil. É assim que o seu art. 105, I, g, estabelece a competência do STJ para processar e julgar originariamente “os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”.

Além da Constituição Federal, a competência para processamento e julgamento dos conflitos de atribuições entre os diversos órgãos dos Poderes públicos tem regulação nas Constituições estaduais e nas leis de organização judiciária. Todavia, diante do grande leque de possibilidade de conflitos entre órgãos públicos, subsistem lacunas legislativas que requerem atividade hermenêutica.

É assim que Afrânio Silva Jardim – relativamente “à atribuição para dirimir conflito de atribuições entre órgãos de Ministérios Públicos diversos (União e Estado ou mais de uma Unidade da Federação)” – observa que existem duas alternativas possíveis para resolução, podendo ser conferida aos

seguintes órgãos: “a) Supremo Tribunal Federal; b) curador-Geral da República”. Já “se a controvérsia surgir no âmbito de um mesmo Ministério Público, será ela resolvida pelo respectivo Procurador-Geral”, com amparo na Lei n. 8.625/93. O entendimento concernente a ser do STF a competência para dirimir o conflito “decorre da interpretação extensiva” (JARDIM, 2002, p. 223), com base na “teoria do órgão”, a ser conferida ao art. 102, I, *f*, da Constituição de 1988, ao assentar que ao Pretório Excelso compete processar e julgar originariamente “as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”.

A matéria não é pacífica. Constatando a divergência, Luiz Flávio Gomes aduz que “no conflito entre MP estadual e MP federal, a competência para dirimir o conflito é muito controvertida. Divide-se entre: 1) STF; 2) STJ; 3) Procurador-Geral da República (GOMES, 2005, p. 163). O entendimento anterior do STF, assentado na Pet. 1.503/MG, indicava que a competência era do Superior Tribunal de Justiça” (STF – Pleno – Rel. Min. Maurício Corrêa – *DJ* 14-11-2002, p. 14). Não foi essa a direção que seguiram os Tribunais Superiores (STF – Pleno – Pet. 3.631/SP – Rel. Min. Cezar Peluso – *DJ* 7-3-2008, p. 245. Cf. também: STF – Pleno – ACO 853/RJ – Rel. Min. Cezar Peluso – *DJ* 27-42007, p. 56 e STJ – Primeira Seção – CAAt 163/ES – Rel. Des. Fed. Conv. Carlos Fernando Mathias (TRF 1ª Região) – *DJ* 23-6-2008). Sagrou-se vencedora a tese de que o conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministérios Públicos dos Estados, bem como entre Ministérios Públicos Estaduais, é de competência do Supremo Tribunal Federal.

2. Processamento

O processamento do conflito de atribuições segue, no que for compatível, a forma de processamento utilizada no conflito de jurisdição, cuja disciplina está disposta no art. 116, CPP. Desse modo, os órgãos envolvidos, sob a forma de representação, e a parte interessada, sob a de requerimento, comunicarão circunstanciadamente o conflito ao órgão com competência para processá-lo e julgá-lo, fazendo juntar documentos.

Se o conflito for negativo, cabe suscitá-lo nos próprios autos (art. 116, § 1º, CPP). Se positivo, o relator pode determinar que seja suspenso o processo (art. 116, § 2º, CPP). Seguidamente, o relator requisita informações que serão prestadas pelas autoridades em conflito nos prazos fixados por ele (art. 116, §§ 3º

e 4º, CPP). Uma vez recebidas as informações, o relator, se não precisar instruir o feito, ouve o órgão do MP e decide a questão na primeira sessão (art. 116, § 5º, CPP). Dessa decisão serão enviadas cópias, para sua execução, às autoridades envolvidas (art. 116, § 6º, CPP).



1. Introdução

Para instruir o inquérito policial, a autoridade policial deve apreender os instrumentos do crime e objetos outros que tenham relação com o fato criminoso. Os objetos que podem ser apreendidos são os declinados nas alíneas do art. 240, CPP. A apreensão pode ocorrer durante a busca pessoal ou domiciliar, que, por seu turno, de regra, depende de mandado judicial (art. 5º, XI, CF). As coisas apreendidas, segundo o art. 118, CPP, enquanto interessarem ao processo, não poderão ser devolvidas antes de transitar em julgado a sentença final.

2. Autoridade restituinte

O *caput* do art. 120 do CPP trata da autoridade que poderá deliberar acerca da restituição, quais sejam: o delegado ou o juiz. A deliberação do delegado de polícia está circunscrita aos casos de direito indubitado e quando a coisa não for apreendida em poder de terceiro de boa-fé (art. 120, §§ 1º e 2º, CPP).

3. Confisco

O Código Penal prevê hipótese de confisco, em dispositivo que encontra respaldo na Constituição. Deveras, o art. 91, II, afirma que são efeitos da condenação “a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé”: (a) “dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito”; e, (b) “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

Uma vez confiscados, os objetos poderão ser destruídos, vendidos em leilão, ou recolhidos ao museu (art. 124, CPP). Tratando-se de **objetos não reclamados** (art. 123, CPP), que não sejam passíveis de confisco, serão eles leiloados, e o valor, depositado em favor do juízo de ausentes.

Por sua vez, o art. 20, da Lei n. 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, prevê o **confisco de produtos que utilizem a suástica**.

No que tange ao **crime de reprodução de obra com violação de direito autoral** (art. 184, §§ 1º, 2º e 3º, CP, e art. 530-G, CPP, trazidos pela Lei n. 10.695/2003), o juiz determina, na sentença, a destruição dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, bem como o perdimento em favor da Fazenda Nacional dos equipamentos apreendidos que se destinem à prática do ilícito.

4. Procedimento da restituição

O pedido de restituição poderá ser acolhido de imediato, mediante termo nos autos do inquérito policial ou do processo penal. A restituição, nesse caso, será efetivada pela autoridade policial ou pelo juiz sem necessidade de instauração do incidente (art. 120, *caput*, CPP).

Porém, se duvidoso o direito alegado pelo reclamante, “o pedido de restituição autuar-se-á em apartado, assinando-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Em tal caso, só o juiz criminal poderá decidir o incidente” (art. 120, § 1º, CPP). A autuação do incidente também ocorrerá “em apartado e só a autoridade judicial o resolverá, se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar” (art. 120, § 2º, CPP).

Requerida a restituição de bem apreendido no contexto do delito objeto de inquérito policial ou de processo penal, o juiz, ao receber e mandar autuar o incidente, também ordenará a notificação do Ministério Público para falar nos autos (art. 120, § 3º, CPP).

Havendo “dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono” – que dependa de dilação probatória não comportável perante o juízo criminal, o magistrado “remeterá as partes para o juízo cível, ordenando o depósito das coisas em mãos de depositário ou do próprio terceiro que as detinha, se for pessoa idônea” (art. 120, § 4º, CPP).

Por fim, conforme o § 5º do art. 120 do CPP, em se cuidando “de coisas facilmente deterioráveis”, elas “serão avaliadas e levadas a leilão público, depositando-se o dinheiro apurado, ou entregues ao terceiro que as detinha, se este for pessoa idônea e assinar termo de responsabilidade”.

5. Recurso

Da decisão acerca do pedido de restituição, cabe apelação, além da possibilidade de impetração de mandado de segurança (MIRABETE, 2006, p. 413-414).



As medidas assecuratórias visam garantir o ressarcimento pecuniário da vítima em face do ilícito ocorrido, além de obstar o locupletamento ilícito do infrator. Servem também para pagamento de custas e de eventual multa. Têm caráter de instrumentalidade e se destinam a evitar o prejuízo que adviria da demora na conclusão da ação penal. São elas: o sequestro, a hipoteca legal e o arresto.

1. Sequestro de bens imóveis

1.1 Cabimento

O sequestro de bens imóveis pode ser determinado tanto no inquérito quanto no processo, recaindo sobre imóveis adquiridos, pelo indiciado ou acusado, “com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro” (art. 125, CPP).

Nos termos do art. 126, CPP, “para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens”. No entanto, a ordem de sequestro deve permitir conhecer o motivo pelo qual o objeto ou os objetos que carecem da cautela estão vinculados à atividade ilícita, sua importância como prova, bem como indicar precisamente qual o alcance do sequestro, porquanto, como afirma Claus Roxin, “la orden global de secuestro ‘de todos los objetos encontrados’” não se compraz “con el principio del Estado de Derecho” (2003, p. 300).

Outrossim, a ordem de sequestro – que tem cabimento em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa – pode ser proferida pelo juiz, “de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial” (art. 127, CPP).

O art. 128 do CPP estatui que, uma vez “realizado o sequestro, o juiz

ordenará a sua **inscrição no Registro de Imóveis**” (grifamos). Cuida-se de uma forma de tornar pública a restrição, assegurando a eficácia do provimento condenatório final, bem como protegendo direito de terceiros contra eventual evicção.

1.2 Embargos

Em compasso com os ditames da Constituição do Brasil, a medida cautelar de sequestro admite procedimento contraditório por meio de uma ação autônoma, que são os embargos. Com efeito, de um lado permite-se ao acusado provar que o bem não foi adquirido com os proventos da infração; de outro, autoriza-se o terceiro a demonstrar que o bem foi adquirido onerosamente e de boa-fé.

Com esse intuito, o art. 129, CPP, preconiza que “o sequestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro”, assim como o art. 130, CPP, verbera que “o sequestro poderá ainda ser embargado”: (I) “pelo acusado, sob o fundamento de não terem os bens sido adquiridos com os proventos da infração”; e, (II) “pelo terceiro, a quem houverem os bens sido transferidos a título oneroso, sob o fundamento de tê-los adquirido de boa-fé”. Têm, portanto, fundamentação vinculada aos limites legais.

Na forma estabelecida pelo parágrafo único, do art. 130, do CPP, “não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória”. Em outras palavras, esses embargos serão julgados pelo juízo criminal, após o trânsito em julgado do processo principal.

1.3 Recurso

Da decisão que concede ou nega o pedido de sequestro, cabe apelação.

1.4 Levantamento

Por ser medida de constrição patrimonial extrema, que retira o suposto titular do bem de sua administração, a sua subsistência deve estar pautada na estrita necessidade. Portanto, se a ação criminal não for intentada em 60 dias, contados da data em que for concluída a diligência (e não do efetivo registro no cartório imobiliário); ou se o terceiro prestar caução, assegurando o ressarcimento dos danos causados pelo delito; ou ainda se houver sentença absolutória ou extintiva da punibilidade transitada em julgado, o instituto deve ser

levantado, o que significa a desoneração do bem, que fica livre de qualquer impedimento (art. 131, CPP).

1.5 Destinação ao final do processo

Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, existindo o sequestro de bens imóveis, deverá o próprio juiz da causa criminal valer-se do art. 133 do CPP, determinando a avaliação e venda dos bens em leilão público, sendo a quantia arrecadada, no que não couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, recolhida ao Tesouro Nacional.

2. Sequestro de bens móveis

Quando o bem móvel é **produto direto do crime**, é passível de busca e apreensão (art. 240 e ss., CPP). Todavia, se é considerado **provento do delito**, leia-se bem obtido com a especialização do produto da infração, estará sujeito a sequestro. Assim, o dinheiro tomado em assalto é objeto de busca e apreensão (produto do crime). Já o bem móvel adquirido com os valores é o proveito, sendo passível de sequestro, e sua disciplina, no que for compatível, é a mesma do sequestro de imóveis (art. 132, CPP).

2.1 Cabimento

Pode ser determinado tanto no inquérito quanto no processo, tendo larga aplicação ao longo de toda a persecução penal.

2.2 Embargos

São cabíveis, sob os mesmos argumentos do cabimento de embargos para combater a decretação de sequestro de bens imóveis.

2.3 Recurso

Da decisão que concede ou nega o pedido de sequestro, cabe apelação.

2.4 Levantamento

O sequestro não subsiste se a ação criminal não for intentada em sessenta dias, ou se o terceiro prestar caução, ou ainda se houver sentença

absolutória ou extintiva da punibilidade. Ocorrendo a hipótese, o sequestro será levantado (art. 131, CPP).

2.5 Destinação ao final do processo

Da mesma forma que no sequestro de imóveis, uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, existindo o sequestro de bens móveis, cabe ao juiz criminal valer-se do art. 133 do CPP, determinando a avaliação e venda em leilão público, e a quantia arrecadada, no que não couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, será recolhida ao Tesouro Nacional.

3. Hipoteca legal

3.1 Cabimento

A hipoteca legal é medida assecuratória que recai sobre **imóveis de origem lícita**, de propriedade do acusado. Sua decretação só é cabível durante o processo. É com essa ideia que o art. 134 do CPP dispõe que “a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria”. Há uma impropriedade terminológica no texto legal, que se refere a indiciado, quando em verdade o adequado seria réu, afinal, a medida é típica da fase processual.

Decerto, a hipoteca legal tem o fito de viabilizar a reparação do dano causado pelo crime (art. 91, I, CP), eis que se trata de “direito real instituído sobre imóvel alheio para garantir uma obrigação de ordem econômica, sem que haja transferência da posse do bem gravado para o credor” (MIRABETE, 2006, p. 428).

3.2 Procedimento

O procedimento da inscrição de hipoteca legal é o estabelecido no art. 135, CPP. Com efeito, a especialização de hipoteca legal ocorre “mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados”. Recebido o pedido, “o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis” (art. 135, *caput*, CPP).

A petição da medida assecuratória de hipoteca legal deve estar acompanhada das provas ou da “indicação das provas em que se fundar a estimação da responsabilidade, com a relação dos imóveis que o responsável possuir, se outros tiver, além dos indicados no requerimento, e com os documentos comprobatórios do domínio” (art. 135, § 1º, CPP). É o lastro probatório mínimo, essencial para a decretação da medida (justa causa).

O juiz ouvirá as partes no prazo de dois dias, e em que pese a previsão de que o curso deste ocorrerá em cartório (art. 135, § 3º, CPP), entendemos que a intimação é de rigor. Pode ainda corrigir o valor estipulado da responsabilidade, se reputar deficiente ou excessivo o *quantum* fixado pelas partes ou pelo perito por ele nomeado (caso não haja avaliador judicial), a teor dos §§ 2º e 3º do art. 135, CPP.

Ao final, será proferida decisão, autorizando “somente a inscrição da hipoteca do imóvel ou imóveis necessários à garantia da responsabilidade” (art. 135, § 4º, CPP).

Como se infere, a destinação dos bens hipotecados é para ressarcimento do dano causado pelo ilícito penal.

Sem embargo, “o valor da responsabilidade será liquidado definitivamente após a condenação, podendo ser requerido novo arbitramento se qualquer das partes não se conformar com o arbitramento anterior à sentença condenatória” (art. 135, § 5º, CPP).

3.3 Recurso

Da decisão do juiz de primeiro grau que determina ou nega a inscrição da hipoteca legal, cabe apelação ao tribunal *ad quem*, nos termos do art. 593, II, CPP.

3.4 Levantamento

Conforme o art. 141, CPP, a hipoteca legal será cancelada “se, por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade”. A dicção do enunciado normativo está imbricada com a finalidade do instituto que é, ao cabo, ressarcir o ofendido e adimplir despesas processuais. Daí que, quando não sobrevier título executivo judicial, porém sentença transitada em julgado desprovida daquela natureza, a restrição real de hipoteca não subsistirá.

Por fim, calha observar que, antes do trânsito em julgado da sentença

condenatória, a hipoteca legal cuja inscrição tenha se consumado pode ser cancelada no caso de oferecimento de caução pelo acusado, mediante autorização judicial, haja vista que o § 6º, do art. 135, prevê que a caução suficiente oferecida pelo réu poderá ser fundamento para a não efetivação da inscrição da hipoteca legal.

3.5 Destinação ao final do processo

Os autos de hipoteca legal devem ser remetidos ao juiz cível (art. 143, CPP). A hipoteca legal objetiva assegurar o ressarcimento do dano, alcançando “também as despesas processuais e as penas pecuniárias”, com “preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido” (art. 140, CPP). Como a sentença condenatória penal é título executivo judicial na esfera cível, as pretensões de ressarcimento serão resolvidas nesse juízo.

4. Arresto de bens móveis (antigo sequestro definitivo)

Antes da Lei n. 11.435/2006, o arresto de bens móveis era impropriamente chamado de sequestro pelo Código de Processo Penal. Com a nova redação dada ao art. 137 do CPP, a falta de técnica foi sanada pelo legislador, pontificando que, “se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser arrestados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos imóveis”. O § 2º, do art. 137, do CPP, de outro lado, possibilita que “das rendas dos bens móveis poderão ser fornecidos recursos arbitrados pelo juiz, para a manutenção do indiciado e de sua família”.

Sem embargo, caso esses bens móveis sejam “coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, proceder-se-á na forma do § 5º do art. 120” do CPP, ou seja, podem ser de pronto vendidos em leilão, depositando-se o valor apurado à disposição do juízo, ou podem ser restituídos a quem os detinha mediante lavratura de termo nos autos, sendo esta pessoa idônea e assumindo a responsabilidade (art. 137, § 1º, CPP).

4.1 Cabimento

O arresto de bens móveis do art. 137 será admissível na forma como “é facultada a hipoteca legal”, mormente quando: (1) tiver o objetivo de “garantir a satisfação de indenização futura”; (2) o acusado não dispuser de “imóveis

suficientes para garantir a indenização”, razão pela qual este arresto é “subsidiário e complementar”, sendo prioridade a “hipoteca legal (sobre bens imóveis)”; e (3) haja “prova do crime e indícios de autoria” (GOMES, 2005, p. 169).

Dessa forma, o arresto de móveis é medida residual, sendo invocado quando não existam bens imóveis de origem lícita, ou, em havendo, sejam insuficientes para viabilizar a indenização dos danos causados pela infração.

4.2 Procedimento

A medida deve ser requerida pela parte interessada. Nas localidades onde existir Defensoria Pública estruturada, não terá incidência o art. 142, CPP, que preconiza que “caberá ao Ministério Público promover as medidas estabelecidas nos arts. 134 e 137, se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer”. Perlustre-se, de mais a mais, que não tem mais aplicação a parte do enunciado que atribui ao *Parquet* o papel de representante da Fazenda Pública, haja vista que atualmente os entes federativos contam com órgãos de advocacia pública e que a Constituição Federal de 1988 traçou nova postura funcional para o Ministério Público (art. 127, CF).

O processo de arresto de bem móvel correrá em auto apartado, de acordo com a nova redação do art. 138 do CPP, conferida pela Lei n. 11.435/2006. Uma vez arrestados os bens, serão eles entregues a um depositário, sujeitando-se ao regime do Código de Processo Civil (art. 139, CPP).

4.3 Recurso

Da decisão que decreta ou denega o arresto não cabe recurso específico, razão pela qual é plausível admitir a impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal.

4.4 Levantamento

A teor do art. 141 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.435/2006, “o arresto será levantado” quando, “por sentença irrecurável, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade”.

4.5 Destinação ao final do processo

Os autos do arresto devem ser remetidos ao juiz cível (art. 143, c/c art. 63, CPP), “diversamente do que ocorre com o sequestro, que é resolvido no próprio juízo penal” (PACHECO, 2006, p. 736). Ao cabo, a medida cautelar de arresto objetiva garantir o ressarcimento do dano, alcançando “também as despesas processuais e as penas pecuniárias”, com “preferência sobre estas a reparação do dano ao ofendido” (art. 140, CPP). Como a sentença condenatória penal é título executivo judicial na esfera cível, as pretensões de ressarcimento serão resolvidas nesse juízo.

5. Arresto de imóveis (antigo sequestro prévio)

O arresto é medida assecuratória que recai sobre imóveis de **origem lícita**, a serem submetidos, em momento ulterior, à hipoteca legal. Cuida-se de uma providência puramente cautelar dos direitos do lesado, em face do perigo da demora na especialização da hipoteca legal. Caso não seja promovido o procedimento de especialização da hipoteca no prazo de quinze dias da determinação do arresto, será ele revogado (art. 136, CPP).

Cabe destacar que a Lei n. 11.435/2006 deu nova redação ao art. 136 do CPP. Antes dessa modificação, a doutrina criticava a denominação da medida em tela de sequestro (sequestro prévio), eis que o bem objeto da cautela não estaria em litígio, tal como preconiza o art. 813, CPC. Com a alteração, o legislador conferiu mais técnica ao art. 136 do CPP, ao estatuir que “o arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal”.

Em se tratando de bens de origem lícita submetidos às medidas assecuratórias, passada em julgado a sentença condenatória no juízo criminal, os autos da hipoteca legal e do arresto serão remetidos ao **juízo cível**, para que lá se torne efetivo o ressarcimento em face dos danos causados pelo ilícito criminal.

5.1 Cabimento

Nos termos da primeira parte do art. 136, CPP, com a redação dada pela Lei n. 11.435/2006, “o arresto do imóvel poderá ser decretado de início”. Cuida-se de medida cautelar preparatória de especialização de hipoteca legal superveniente. Por tal razão, para ser cabível o arresto do imóvel, deve este ser de **origem lícita** e de propriedade do acusado.

Enquanto a inscrição de hipoteca legal deve ser proposta durante o processo, a cautelar preparatória dela – o arresto – pode ser movida também durante o inquérito policial. Todavia, em face da exiguidade do prazo para o manejo do processo de inscrição de hipoteca legal (quinze dias), se o arresto de imóvel for requerido durante a fase investigativa, haverá maior risco de incidir hipótese para sua revogação (art. 136, CPP).

Para a viabilidade do arresto de imóvel, é mister que se demonstre a existência da infração penal e indícios suficientes de autoria, tal como se exige para a hipoteca legal (art. 134, CPP). De mais a mais, deve ficar evidenciada a existência de dano causado pelo crime, a demandar reparação (art. 91, I, CP).

5.2 Recurso

Da decisão que decreta ou denega o arresto não cabe recurso específico, razão pela qual é plausível admitir a impetração de mandado de segurança como sucedâneo recursal.



1. Introdução

O documento objeto do incidente de falsidade “pode ser conceituado de forma ampla ou de modo restrito. Em sentido amplo é o objeto idôneo a servir de prova, que inclui não só o escrito, mas também objetos outros”, tal como uma fotografia. É o conceito que adotamos para efeito do incidente em estudo. Tomado em seu sentido estrito, documento é “toda peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de significação ou relevância jurídica” (MIRABETE, 2003, p. 245).

Havendo dúvidas acerca da idoneidade de determinado documento, o meio hábil para desentranhá-lo dos autos é a instauração do incidente de falsidade. Tem ele a finalidade de retirar dos autos o documento sob o qual recai suspeita quanto a sua seriedade e sinceridade – evitando que o juiz seja levado “a cometer erro, com graves prejuízos para a administração da Justiça” – e, para tanto, será instaurado “um processo especialmente estabelecido para a averiguação da pretendida falsidade” para resolver tal questão incidental (TOURINHO FILHO, 1999, v. 1, p. 336).

O art. 148 do CPP dispõe que, no incidente de falsidade, “qualquer que seja a decisão, não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil”. Para Eugênio Pacelli de Oliveira, esse enunciado normativo evidencia “a inutilidade de tal modalidade de incidente”, que não é autêntica questão prejudicial (2004, p. 319).

Entretanto, considerando que o cabimento do incidente está atrelado à relevância jurídica da arguição, mais adequado é compreender que os efeitos da declaração devem se referir ao processo penal aludido na petição do incidente. O documento – ou parte dele – pode ser mais ou menos relevante a

depende do conteúdo da ação penal principal. Daí que reputar inútil o incidente se cuida de uma ilação excessiva, até porque, como pontifica Afrânio Silva Jardim, “a busca da verdade real ou material, consagrada na segunda parte do art. 156 do Código de Processo Penal, é uma decorrência da própria natureza do bem da vida e valores que justificam a existência mesmo do processo penal”, qual seja: “o interesse do Estado em tutelar a liberdade individual” (JARDIM, 2002, p. 200).

2. Espécies

Os documentos são classificados segundo duas espécies, a saber: **originário** ou **instrumento** e **eventual**. É originário o documento gerado com o propósito de provar, a exemplo do contrato. Eventual é aquele que, embora possa servir como prova, não foi produzido para tal fim. De todo modo, a “característica essencial do documento, ainda, é a relevância jurídica do escrito, ou seja, é necessário que a expressão do pensamento nele contido tenha possibilidade de gerar consequências no plano jurídico” (MIRABETE, 2003, p. 245-246).

3. Legitimidade

O incidente de falsidade documental pode ser suscitado pelas partes (Ministério Público, querelante ou acusado). O art. 146 do CPP deixa gizado que “a arguição de falsidade, feita por procurador, exige poderes especiais”, especialmente porque o incidente pode evidenciar indícios de crime de quem apresentou o documento e, *a contrario sensu*, se improcedente, pode indicar delito cometido pelo arguente. Entendemos que também o assistente de acusação tem legitimidade para ingressar com a arguição de falsidade. Ademais, o juiz pode reconhecer de ofício a falsidade documental, a teor do art. 147 do Código de Processo Penal.

4. Procedimento do incidente

A arguição do incidente deve ser dirigida ao juiz na forma escrita. O magistrado coleta a oitiva da parte contrária, concedendo-lhe prazo de 48 horas para manifestação. Em seguida, abre prazo de três dias, sucessivamente, para alegações das partes. Havendo necessidade, o juiz determinará diligências, para, ao cabo, serem os autos conclusos para decisão.

Deveras, nos termos do art. 145 do CPP, “arguida, por escrito, a falsidade de documento constante dos autos”, o juiz: (1) ordenará a autuação da impugnação, em apartado; (2) determinará a intimação da parte contrária para, no prazo de 48 horas, oferecer resposta; (3) assinará o lapso de três dias, de forma sucessiva, a cada uma das partes, com a finalidade de apresentação de prova de suas alegações; (4) mesmo depois de conclusos os autos para decisão, poderá converter o julgamento em diligência, se entender necessário; e (5) prolatará decisão, rejeitando ou acolhendo a alegação de falsidade, mandando, neste último caso, assim que se tornar irrecorrível tal decisão, “desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público”.

Anote-se, ademais, que o processo incidente de falsidade guarda algumas peculiaridades. Com efeito, em face do interesse que permeia a arguição, a confissão da parte contrária não é capaz de impedir que o juiz determine diligências de ofício, se entender necessário. É que pode estar em jogo a presença de crime de falso ideológico ou material, a compelir o magistrado a enviar cópia dos autos ao *Parquet*, seja pelo teor do art. 40, CPP, seja pela disposição específica do art. 145, IV, CPP.

A seu turno, é importante destacar que o documento reconhecidamente falso não deixa de ser enquadrado no conceito de prova ilícita, e o seu desentranhamento, com posterior remessa ao MP para apurar eventual infração perpetrada, é de todo salutar. Dessa forma, não entendemos aplicável a previsão do § 3º do art. 157 do CPP, ao determinar que a prova ilícita, uma vez retirada dos autos, deve ser destruída. A posição aqui assumida se deve não só pelo princípio da especialidade, já que para os documentos temos regra própria, estampada no art. 145, inc. IV, CPP, mas também pelo fato de que a destruição da prova ilícita acabaria por eliminar a própria materialidade que demonstra a ilegalidade na sua produção, correndo-se o risco de não ter como responsabilizar aquele que produziu o documento material ou ideologicamente falso.

5. Efeitos

O incidente de falsidade só produzirá seus efeitos no âmbito do processo penal relativo ao documento questionado. A arguição não implica coisa julgada material, mas tão somente formal, tal como se depreende do art. 148, CPP. Uma vez reconhecida a falsidade, o documento é retirado do processo, com a remessa dos autos do incidente ao Ministério Público, eis que é o órgão que

detém eventual *opinio delicti*.

Frise-se, pois, que essa decisão não fará coisa julgada em futuro processo cível ou criminal. Com Magalhães Noronha, pode-se dizer que, em essência, “o único efeito da decisão, no processo incidente, é manter o documento nos autos principais ou deles desentranhá-lo” (2002, p. 108).

6. Recurso

A decisão que resolve, em primeira instância, o incidente de falsidade desafia recurso em sentido estrito (art. 581, XVIII, CPP). Esse recurso não é dotado de efeito suspensivo (art. 584, CPP), subindo ao tribunal de segunda instância “nos próprios autos do incidente” (NORONHA, 2002, p. 107).



1. Introdução

Pairando dúvidas sobre a higidez mental do autor do ilícito, deve ser instaurado o incidente de insanidade mental, podendo ocorrer durante o inquérito ou no processo. Decerto, constatando situação de dúvida sobre a integridade mental do acusado, “o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal” (art. 149, CPP).

A instauração do incidente pode ter lugar também em virtude de “representação da autoridade policial” (art. 149, § 1º, CPP), além dos legitimados acima, desde que haja “fundada dúvida sobre a sanidade mental de um acusado (ou indiciado)” (GOMES, 2005, p. 170). Se o juiz determinar a instauração do incidente na fase do inquérito, este não é suspenso. Por outro lado, nos termos do § 2º, do art. 149, do CPP, na fase processual, “o juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento”.

A relevância do incidente de insanidade mental recai especialmente sobre a culpabilidade do agente, notadamente pela possibilidade de prolação de sentença absolutória imprópria tendente a não impor pena, porém aplicar medida de segurança. Na prática, o acusado é submetido à “perícia psiquiátrica. O reconhecimento da irresponsabilidade do imputável”, no dizer de Magalhães Noronha, “é exigência de estrita justiça”, mercê de não dispor de capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de querê-lo (2002, p. 110).

2. Procedimento

Em conformidade com os arts. 149 e seguintes do CPP, o procedimento para aferição da insanidade mental do acusado é iniciado quando o juiz determina a instauração do incidente por meio de portaria, com a nomeação de curador, suspendendo o curso da ação principal, ressalvando-se a realização de atos urgentes. Não há suspensão ou interrupção do prazo prescricional, que **continua a correr**.

Em seguida, as partes são intimadas para ofertar quesitos, dispondo o perito de quarenta e cinco dias para conclusão do laudo, prorrogáveis, a critério do juiz, por decisão fundamentada. O laudo apresentado é acostado aos autos do incidente que, por sua vez, devem ser apensados aos autos principais. Entendemos que na fase do inquérito ao advogado do indiciado deve ser admitido apresentar quesitos, mesmo ao reconhecimento que nesta etapa impera a inquisitorialidade. Como é o magistrado que tem legitimidade para determinar o incidente, ainda que na fase pré-processual, deve determinar a intimação do advogado do suspeito para que apresente os quesitos que entender pertinentes.

3. Sequência

- 1º) o juiz baixa portaria, instaurando o incidente;
- 2º) o curador é nomeado;
- 3º) o processo principal é suspenso e a prescrição corre normalmente, sem prejuízo da realização de diligências urgentes;
- 4º) as partes ofertam quesitos;
- 5º) o(s) perito(s) se manifesta(m) em até quarenta e cinco dias, prorrogáveis a critério do juiz. Com a nova redação imprimida ao art. 159 do CPP (Lei n. 11.690/2008), se o perito é oficial, atuará sozinho. Já os peritos nomeados pelo magistrado, na falta de perito oficial, são em número de dois;
- 6º) os autos, que corriam em apartado, são apensados aos principais.

4. Recurso

A decisão que determina a instauração do incidente é irrecorrível. Todavia, é possível o ajuizamento de mandado de segurança como sucedâneo recursal. Já no que concerne à decisão que rejeita o incidente de insanidade,

cabível é a impetração de *habeas corpus* contra ela. Salvo ilegalidade manifesta, na qual seria aventável o mandado de segurança, o agente não pode negar-se a se submeter ao incidente, isto porque o expediente objetiva a detecção da higidez mental que irá refletir na postura a ser assumida em razão da sanção cabível, se pena, ou medida de segurança, não havendo contrariedade ao art. 5º, inc. LXIII, ao asseverar que ninguém pode ser obrigado a autoincriminar-se.

5. Insanidade que se manifesta no cumprimento da pena

Advindo a inimputabilidade na fase da execução da pena, o juízo das execuções poderá valer-se do art. 41 do Código Penal, para determinar o recolhimento do acometido em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou na sua falta, em outro estabelecimento adequado. Neste caso, a expectativa é de que o transtorno seja apenas provisório. Tanto é verdade, que durante a internação o indivíduo continua cumprindo pena e se esta chegar ao seu final, ele deve ser libertado.

Contudo, se estiver seguro de que o transtorno mental do condenado é definitivo, deve agir segundo o art. 183 da Lei de Execuções Penais, que determina que, “quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança”. Neste caso, o tratamento agora passa a ser o das medidas de segurança, que não possuem prazo máximo, perdurando até o agente recobrar a sanidade.

6. Insanidade superveniente

Questão tormentosa é o advento de insanidade mental após o crime, no transcurso do inquérito ou do processo, mas antes do trânsito em julgado da sentença final. Se à época do fato o infrator era imputável, a expectativa é que seja processado para que ao final ocorra a condenação, imprimindo-lhe pena. Se no transcorrer da persecução lhe sobrevém a inimputabilidade, o processo ficará suspenso, aguardando que ele recobre a sanidade, pois só assim poderá defender-se, exercendo plenamente a autodefesa, e só então o processo poderá prosseguir (art. 152, *caput*, CPP). É um caso típico de crise de instância, em que o processo fica paralisado, sem ser extinto.

Se houver a necessidade de produção de provas de natureza urgente,

como a oitiva de testemunha que irá viajar, haverá a realização do ato com a presença do curador, assegurando-se ao réu a possibilidade de reinquiri-las, assim que recobrar a sanidade.

No período da suspensão, a prescrição continuará correndo normalmente. Prevê o § 1º do art. 152, CPP, que, enquanto isso, o magistrado poderia determinar a internação do acusado em manicômio ou estabelecimento congêneres. Acreditamos que esta previsão fere a presunção de inocência, afinal, haveria antecipação da medida que só pode ser estabelecida com a sentença definitiva. Havendo periculosidade, nada impede, notadamente quando exista intervenção familiar, que o demandado seja submetido a tratamento psiquiátrico, interditado e até mesmo internado em medida extrapenal. Em sentido contrário, Guilherme Nucci é partidário da constitucionalidade da medida (art. 152, § 1º, CPP), não só como forma de proteção social, mas também do próprio imputado, que sofre das faculdades mentais (NUCCI, 2007, p. 323).



Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- D'URSO, Flavia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. v. 2.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies judiciais*. São Paulo: RT, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008*. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de (Coord.). *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal*. São Paulo: RT, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo: RT, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.
- JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo. Noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LIMA, Marcellus Polastri. *A tutela cautelar no processo penal*. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LIMA, Marcellus Polastrí. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 2.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói: Impetus, 2011. v. 1.

LOPES JR., Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOSSIN, Heráclito. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Manole, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PITOMBO, Cleonice Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *Estudos em processo penal*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen

Juris, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003b. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003c. v. 3.

UNITED STATES SUPREME COURT – *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* – 251 U.S. 385 (1920) – Justice Holmes – Argued Dec. 12, 1919 – Decided Jan. 26, 1920.