

**CADERNOS
DA ESMESC**

Jeferson Osvaldo Vieira

PROCESSO PENAL

**Provas no Processo Penal
Prisão e Liberdade no Processo Penal**

coordenação

Eduardo Passold Reis
Jéssica Gonçalves

**CADERNOS
DA ESMESC**

Jeferson Osvaldo Vieira

**PROCESSO
PENAL**

Provas no Processo Penal
Prisão e Liberdade no Processo Penal

**CADERNOS
DA ESMESC**

Jeferson Osvaldo Vieira

PROCESSO PENAL

**Provas no Processo Penal
Prisão e Liberdade no Processo Penal**

coordenação

Eduardo Passold Reis

Jéssica Gonçalves

 **emais**
editora **ESMESC**

2024

Copyright © emais editora, 2024_

Todos os direitos reservados.

Editora-Chefe: Jéssica Gonçalves

Design Editorial: Laura Pra Baldi de Freitas

Preparação de Texto: Deborah Cristina Amorim

Coordenação da coleção: Eduardo Passold Reis e Jéssica Gonçalves

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

V715p

Vieira, Jeferson Osvaldo

Processo penal [recurso eletrônico] : provas no processo penal e prisão e liberdade no processo penal / Jeferson Osvaldo Vieira ; coordenação Eduardo Passold Reis, Jéssica Gonçalves. - 1. ed. - Florianópolis [SC] : Emais, 2024.
recurso digital ; 856 MB (Cadernos da ESMESC)

Formato: epdf

Requisitos do sistema: adobe acrobat reader

Modo de acesso: world wide web

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-65-85073-82-0 (recurso eletrônico)

1. Direito penal - Brasil. 2. Processo penal - Brasil. 3. Prova criminal - Brasil. 4. Prisão (Direito penal) - Brasil. 5. Livros eletrônicos. I. Reis, Eduardo Passold. II. Gonçalves, Jéssica. III. Título. IV. Série.

24-88153

CDU: 343.14/.15(81)



Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária - CRB-7/6439

Todos os direitos desta edição reservados à emais

www.emaiseditora.com.br

euquero@emaiseditora.com.br

Florianópolis/SC

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Caro aspirante à magistratura,

Recebi o honroso convite do Diretor de Ensino da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Dr. Eduardo Passold Reis, para contribuir com o acervo da coleção “Cadernos da Esmesc”, escrevendo uma obra que abordasse tópicos de direito processual penal, mais precisamente os institutos relacionados às provas e à prisão e liberdade.

Aceitei de pronto o desafio, não só pela predileção à matéria mas também porque acredito que os temas abordados merecem constante reflexão, já que o processo penal é instrumento que deve servir à garantia dos direitos fundamentais, mas sem olvidar seu dever de proteção à coletividade, pois é instrumento de aplicação da justiça penal, sem a qual é impossível a convivência social harmônica. O sistema de justiça criminal tem suas mazelas, como todos sabemos, as quais devem ser objeto de constante debate e enfrentamento. Mas dele não podemos prescindir e é indispensável que tenha um funcionamento efetivo, sob pena de agigantar-se a violência e a desagregação social. Daí a necessidade de que o processo penal seja a um só tempo a garantia de julgamentos justos e republicanos e também um método eficiente para a realização da justiça criminal. Não pode ser interpretado de forma a gerar injustificáveis entraves à aplicação da lei, visando atender a pensamentos ideológicos refratários à imposição da pena, pela descrença na sua função.

Inspirado por esses valores, elaborei a singela obra que ora lhes apresento, a qual é fruto da experiência angariada em 19 anos de magistratura (12 de judicatura em varas com competência criminal exclusiva) e também dos estudos voltados à docência em cursos de graduação em Direito.

Mais do que contribuir para a compreensão dos temas e do panorama jurisprudencial e doutrinário atual, temos a modesta pretensão de catalisar no leitor o entusiasmo na preparação ao concurso para ingresso na magistratura, atividade profissional que proporciona singular realização pessoal, por possibilitar o constante sentimento de contribuição à pacificação social e à construção de um mundo melhor. Cabe ao juiz criminal a grande responsabilidade de conduzir julgamentos justos, democráticos e efetivos e nesse mister o adequado conhecimento e manejo do direito processual penal constitui habilidade indispensável.

Ótimos estudos!

Jeferson Osvaldo Vieira

SUMÁRIO

Introdução	6
Parte 1	
PROVAS NO PROCESSO PENAL	13
1 Conceito	13
2 Objeto	14
3 Meios de prova	15
4 Ônus da prova	18
5 Poderes instrutórios do juiz	19
6 Princípios gerais das provas	22
7 Procedimento probatório	23
8 Sistemas de apreciação (ou avaliação) da prova	24
9 Prova emprestada	27
10 Prova Proibida	28
10.1 Princípio da proteção contra autoincriminação (<i>nemo tenetur se detegere</i>)	31
10.2 Prova ilícita por derivação (<i>fruits of the poisonous tree</i>)	35
10.3 Obtenção de provas por meios ilícitos e Teoria da Proporcionalidade	37
10.4 Outras teorias relacionadas à proibição da utilização de provas obtidas por meio ilícito	38
11 Encontro fortuito de provas, serendipidade ou “crime achado”	39
12 Prova ilícita e contaminação psicológica do juiz	40
13 Cadeia de Custódia das Provas	42

14	Do Exame de Corpo de Delito e das Perícias em Geral	46
15	Prova pericial	48
16	Interrogatório do acusado	50
16.1	Características do interrogatório:	51
17	Depoimento do ofendido	58
18	Prova testemunhal	60
18.1	Procedimento para coleta da prova testemunhal	63
19	Reconhecimento de pessoas e de coisas	70
20	Acareação	75
21	Documentos	77
22	Indícios	78
23	Busca e Apreensão	79
23.1	Busca domiciliar	81
23.2	Busca pessoal	86
23.3	Busca extradomiciliar	88
24	Interceptação de comunicações telefônicas	89
25	Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos - Gravações ambientais	93
26	Análise de dados armazenados em <i>smartphones</i> , <i>notebooks</i> e outros equipamentos eletrônicos similares	99

Parte 2

	PRISÃO E LIBERDADE NO PROCESSO PENAL	103
27	Conceito de prisão	103
28	Espécies de prisão	105
28.1	Prisão pena ou prisão-penal	105
28.2	Prisão sem pena ou prisão processual:	105
28.3	Prisão extrapenal	106
29	Aspectos diversos sobre a prisão	106

29.1	Execução da prisão em domicílio	106
29.2	Uso de algemas	107
29.3	Prisão em período eleitoral	108
29.4	Imunidades à prisão:	109
29.5	Prisão especial	111
29.6	Sala de Estado-maior	112
30	Prisão em Flagrante	112
30.1	Espécies	113
30.2	Situações diversas sobre a prisão em flagrante	115
30.3	Etapas do Auto de Prisão em Flagrante	121
30.4	Recebimento do Auto de Prisão em Flagrante pelo Poder Judiciário	124
31	Prisão Preventiva	128
32	Prisão Domiciliar	139
33	Prisão Temporária	141
34	Liberdade Provisória	144
35	Medidas cautelares	146
35.1	Medidas cautelares em espécie	150
36	Fiança	155
	Referências	161

INTRODUÇÃO

Esta obra consiste numa apresentação sintetizada do pensamento doutrinário e jurisprudencial dominante relativamente aos tópicos de direito processual penal que aborda. Conquanto promulgado nos anos 40 do século passado, o Código de Processo Penal vigente passou por intensas mudanças nas duas últimas décadas, notadamente nos capítulos pertinentes aos ritos procedimentais, às prisões e às provas processuais penais. Mais recentemente, a denominada “Lei Anticrime” (Lei n. 13.964/2019) implementou profundas modificações em nosso sistema penal e processual penal, ampliando a atuação da justiça penal negociada e criando mecanismos voltados a conferir eficiência à produção da prova e efetividade à execução da pena. Não se pode olvidar ainda a intensa produção jurisprudencial nos últimos anos, notadamente das cortes superiores, as quais revisitaram diversos institutos, quebrando paradigmas e conferindo uma feição mais democrática ao processo penal, em sintonia com os direitos fundamentais esculpidos na Constituição da República e que são objeto de constante elaboração e aperfeiçoamento pela leitura jurisdicional.

A obra se dedica a fazer uma análise descritiva do panorama delineado por tantas inovações legislativas e jurisprudenciais, com apresentação pontual da visão crítica do autor, quando pertinente, a fim de provocar a reflexão pelo leitor. Não tem a pretensão de originalidade e tampouco de esgotar o estudo de cada instituto. Busca condensar de forma didática e objetiva o conhecimento de base que se deve ter para o enfrentamento de concursos públicos, notadamente o da magistratura, servindo também para uma revisão da matéria em vésperas de certames, a fim de reavivar os temas

na memória. A exposição do entendimento contemporâneo das cortes superiores é abundante, porquanto imprescindível ao êxito em certames jurídicos, devendo-se ter o cuidado, porém, de observar a natural evolução que pode ter havido ao tempo da leitura da obra.

No capítulo inicial é examinada a teoria geral da prova processual penal e na sequência são expostos todos os meios de prova disciplinados no Código de Processo Penal, com suas peculiaridades, além da regulamentação sobre a interceptação de comunicações telefônicas e acerca da captação de ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. Meios de prova típicos da Lei de Organizações Criminosas, como a colaboração premiada e a infiltração de agentes, não são objeto de abordagem, porque demandariam uma análise contextual da lei de regência, o que não é o propósito da obra.

No segundo capítulo é feito o estudo sobre o regime de prisões processuais existente no país, com todo o regramento que lhe é pertinente, examinando-se os requisitos legais e hipóteses de cabimento. Trata-se ainda do instituto da liberdade provisória e das medidas cautelares que podem ser aplicadas ao acusado.

Parte I

PROVAS NO PROCESSO PENAL

Dentre os temas mais sensíveis no processo penal da atualidade se insere a teoria geral da prova, não só pela importância prática que tem no dia a dia das instâncias criminais, mas por ser tema umbilicalmente ligado aos direitos fundamentais sedimentados na Constituição da República e também porque amiúde tem sido objeto de inovações legislativas e de polêmicas doutrinárias. Bem por isso tem recebido especial atenção das cortes de justiça no país, cuja jurisprudência tem evoluído em diversos pontos e impactado significativamente as decisões nos processos penais.

1 Conceito

Para Norberto Avena “Prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quando a atos, fatos e circunstâncias” (2021, p. 472).

Segundo Fernando Capez, a prova é “todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação” (2016, p. 367).

Tem por finalidade formar a convicção do juiz acerca dos fatos relevantes para solução do processo. Obviamente não se restringe à convicção do juiz de primeiro grau, mas de todos os magistrados aos quais a causa possa vir a ser submetida em grau recursal.

A doutrina costuma distinguir prova de elemento de formação, especialmente após a redação dada ao artigo 155

do CPP pela reforma de 2008¹. Os elementos de informação são aqueles produzidos na fase investigatória, em procedimento sob condução da polícia judiciária ou do próprio Ministério Público, ao largo do contraditório. São voltados à formação da opinio delicti do órgão acusatório, constituindo a justa causa para a ação penal. Já a prova propriamente dita é aquela, de regra, constituída na fase judicializada, sob o crivo do contraditório e que servirá como principal fonte de convicção do julgador ao proferir a sentença, exatamente por ter sido edificada em procedimento dialético.

2 Objeto

O que deve ser provado no processo?

A prova incide sobre todas as circunstâncias fáticas discutidas no curso do processo, notadamente a materialidade do fato dito delituoso e a autoria da conduta atribuída ao acusado. Não se limita a isso, no entanto, pois todas as alegações produzidas pelas partes devem ser provadas, como o dolo específico nos crimes que o exigem, os requisitos fáticos de causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade (legítima defesa, estado de necessidade, inimputabilidade por doença mental, coação moral irresistível etc.), além de outras circunstâncias objetivas e subjetivas que podem influenciar na caracterização do crime e na dosimetria da pena.

Há, todavia, **fatos que independem de prova** no processo penal. São eles:

Fatos axiomáticos ou intuitivos: aqueles que são evidentes, como existência de luminosidade solar ao meio-dia ou que a gasolina é inflamável;

b) Fatos Notórios: aqueles cujo conhecimento faz parte da cultura de uma sociedade. Ex.: quem é o Presidente da República, dias em que é feriado nacional, futebol é um

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

esporte disputado por duas equipes, cujos jogadores utilizam os pés para chutar a bola objetivando que ela ultrapasse um arco no campo adversário;

c) Presunções legais: são conclusões decorrentes da própria lei. Podem ser absolutas ou relativas. Na primeira modalidade, temos como exemplo a inimputabilidade do menor de 18 anos no Brasil, o que torna inútil perquirir se a pessoa em tal condição tinha capacidade de compreender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. As presunções relativas são situações em que a lei estabelece uma premissa decorrente de um fato, mas que admite demonstração em sentido contrário, como é o caso da imputabilidade do maior de 18 anos. Quando a pessoa atinge tal idade, presume-se imputável, mas pode ser demonstrado o contrário, nas situações de inimputabilidade descritas no Código Penal².

d) Fatos inúteis: aqueles que não influenciam na solução da causa, como por exemplo, num processo de furto, provar se o carro furtado havia sido integralmente pago pela vítima ou se havia parcelas de financiamento pendentes.

Abstraídas tais situações, todos os demais fatos dependem de prova no processo penal, mesmo aqueles não refutados pela parte adversa. Na ação penal compete ao Ministério Público demonstrar a materialidade e autoria do delito de furto pelo acusado, ainda que este não negue, silenciando a respeito da acusação.

3 Meios de prova

Os meios de prova são os instrumentos postos à disposição das partes para demonstrar a veracidade de suas alegações. **Em regra**, não há limitação à prova no processo

2. Como exemplo, a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado prevista no artigo 26 do Código Penal: “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

penal, ao contrário, prepondera o **princípio da liberdade probatória**, sinalizado no parágrafo único do artigo 155 do CPP, que estatui que “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Corolário disso é que os meios de prova disciplinados no CPP e na legislação extravagante são meramente exemplificativos e não excluem a possibilidade de utilização de outros para demonstrar determinado fato no processo, ainda que não regulamentados, como a utilização de imagens captadas pelo sistema privado de videomonitoramento de um edifício que tenha filmado um homicídio ocorrido na via pública. Não há regulamentação no CPP, de igual modo, para a utilização de imagens colhidas por câmera instalada no uniforme de agente público como meio de prova, mas é indiscutível que tal meio pode ser utilizado, exceto se incidir em violação de direito fundamental no caso concreto.

Contudo, o princípio da liberdade probatória sofre restrições. Dentre elas, podemos citar:

» Art. 155, parágrafo único, do CPP: Prova acerca do estado da pessoa. Por vezes, é relevante demonstrar na ação penal a idade do sujeito ativo ou passivo do delito, ou eventual vínculo de parentesco entre ambos, pois isso pode influenciar na adequação típica do fato, na dosimetria da pena ou no prazo prescricional. Exemplificativamente, há isenção de pena no caso de delitos patrimoniais sem violência ou grave ameaça cometidos em prejuízo de ascendente ou descendente (art. 181 do CP); caracterização de estupro de vulnerável no caso de conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de 14 anos (art. 217-A do CP); causa de aumento de pena significativamente rigorosa no caso de crime contra a dignidade sexual de descendente (art. 226 do CP); atenuante no caso de crime cometido por menor de 21 anos (art. 65 do CP); redução do prazo prescricional pela metade para agente menor de 21 anos na data do fato

ou maior de 70 na data da sentença (art. 115 do CP). Em situações tais, pela dicção do artigo 155, parágrafo único, do CPP, a prova do vínculo de parentesco ou da idade do acusado ou da vítima deve ser feita na forma estabelecida na lei civil, isto é, por certidão de nascimento ou casamento ou outro documento equivalente. No entanto, não são poucos os precedentes na jurisprudência que relativizam essa regra, admitindo a demonstração por outros meios de prova³;

» Art. 158 do CPP: Exigência de corpo de delito para delitos que deixam vestígios. Ex.: lesões corporais; incêndio; crimes ambientais. Nessas situações, imprescindível a prova pericial, consoante tem orientado o STJ⁴;

» Art. 479 do CPP: Proíbe a leitura em plenário de documento que verse sobre a matéria fática debatida no processo, que não tenha sido juntado aos autos três dias antes do julgamento⁵;

» Art. 5º, inciso LVI, da CRFB: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” – Mais importante restrição à produção de provas, será objeto de estudo em tópico específico posteriormente, dada a amplitude e importância do tema.

-
3. Vide, a propósito: AgRg no HC n. 498.847/RR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 17/2/2021.
 4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que é necessária a “realização de exame pericial em delitos não transientes, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente quando a infração não deixar vestígio ou se o corpo de delito houver desaparecido, a teor do disposto nos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal” (AgRg no AgRg no REsp 1.419.093/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe de 26/03/2015; sem grifos no original).
 5. Nos termos do art. 479 do Código de Processo Penal, durante o julgamento no tribunal do júri, só será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que tenha sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 dias úteis, prazo no qual deve ocorrer a ciência da parte contrária. (AgRg no HC n. 602.291/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 7/12/2020.

4 Ônus da prova

Primeiramente, é importante distinguir ônus de obrigação. Obrigação é o dever jurídico de fazer algo, cujo descumprimento acarreta ilicitude e sujeita o infrator a uma sanção. Diversamente, ônus é um encargo, cujo inadimplemento não configura atuação contrária ao direito, mas gera um prejuízo a quem dele não se desincumbiu, como no caso do acusado que é intimado da sentença condenatória, que não tem a obrigação de recorrer, mas sim o ônus, pois se não o fizer arcará com os efeitos que a condenação penal lhe impinge.

De acordo com o art. 156 do CPP, a prova da alegação cabe a quem a fizer, donde se extrai que a lei processual distribui tanto ao acusador quanto ao acusado o ônus da prova de suas alegações.

Em regra, o ônus da prova no processo penal é da acusação em relação à materialidade do fato e autoria da conduta atribuída ao réu, relação de causalidade e elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa). Discute-se se há ônus da parte acusadora de provar o dolo do acusado. De um modo geral, o dolo é presumido na prática de qualquer ação típica, de modo que incumbiria ao réu provar que não agiu dolosamente, caso apresente essa alegação. Há exceções, pois no crime de receptação (art. 180 do CP), por exemplo, é necessário provar que o réu sabia ser o bem oriundo de crime anterior e nos parece que essa prova incumbe à acusação.

Por outro lado, se o réu suscitar causa de exclusão da ilicitude, da culpabilidade, ou alibi, cabe a ele fazer a prova pertinente. Não é ônus do réu produzir prova de sua inocência. Porém, se arguir que agiu em legítima defesa, cumpre-lhe provar os requisitos do instituto, elencados no artigo 25 do Código Penal; se arguir alibi, isto é, que estava em local diverso no momento do crime, deve demonstrar

essa situação; se aventar renúncia tácita da vítima ao direito de queixa, deve provar o fator caracterizador da renúncia.

Observação: Renato Brasileiro de Lima (2021) afirma que a acusação deve provar de modo cabal suas alegações, ao passo que à defesa basta produzir prova que produza dúvida razoável. Fundamenta esse entendimento na parte final do art. 386, VI, do CPP⁶. Ex.: réu alegou legítima defesa, não precisa demonstrá-la cabalmente, mas sim produzir provas que gerem um estado de dúvida razoável sobre seus requisitos e isto ensejaria sua absolvição. Há posição doutrinária no sentido de que esse ônus é sempre da acusação, que deve provar a inexistência de excludentes arguidas pelo réu, mas este posicionamento é minoritário, pois conduz à necessidade da chamada “prova diabólica”, ou seja, ônus de demonstrar que um determinado fato não ocorreu, o que é deveras dificultoso. Ademais, tal entendimento acabaria por possibilitar ao acusado suscitar as mais diversas causas de exclusão do crime, ainda que sem qualquer plausibilidade, a fim de obrigar o órgão acusatório a demonstrar o contrário, tornando o cenário probatório tumultuado e complexo.

5 Poderes instrutórios do juiz

Permanecem vigentes diversos dispositivos do Código de Processo Penal que asseguram ao juiz a prerrogativa de ordenar a produção de provas para esclarecimento dos fatos⁷,

-
6. Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
[...]
VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
 7. Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

ainda que não tenha havido indicação ou requerimento das partes. Dado que o processo penal democrático é pautado no princípio acusatório, que tem na separação das funções de acusar e julgar um dos seus pontos mais importantes, discute-se na doutrina se tais disposições são constitucionais, na ótica de que, ao determinar a produção de provas, o juiz estaria assumindo uma função acusatória.

A denominada “Lei Anticrime” (Lei n. 13.964/2019), que criou o instituto do “Juiz das Garantias”, inseriu o artigo 3º-A no CPP, dispondo que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Tal redação está em conformidade com o pensamento da doutrina majoritária, no sentido de que não cabe ao juiz, em hipótese alguma, determinar a produção de provas em fase investigatória. Nesse particular, incide em inconstitucionalidade a previsão do inciso I do artigo 156 do CPP, que, em boa técnica legislativa, deveria ter sido revogado expressamente pela Lei n. 13.964/2019. Pensamos que, com a vigência do artigo 3º-A do CPP, restou derogado aquele inciso, dada a resolução da antinomia pelo critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*).

Ressalta-se que o art. 3º-A do CPP teve sua constitucionalidade questionada em ação direta perante o STF, que em julgamento concluído em 24.08.2023 entendeu por dar interpretação conforme ao dispositivo, “para assentar que o juiz, pontualmente, nos limites legalmente autorizados,

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

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais.

pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito”⁸.

Ficou sedimentado na jurisprudência pátria, na esteira da redação proposta na Lei Anticrime, que não há qualquer irregularidade na atuação supletiva do juiz na produção de provas, isto é, nunca substituindo a atuação das partes, mas sem impedimento a que determine a produção de alguma diligência que vise esclarecer algum ponto que lhe pareça obscuro, independentemente de o resultado favorecer ou prejudicar o acusado. Nem poderia ser diferente, pois não está o juiz em condição de mero expectante de uma disputa entre as partes, pois é o principal interessado num julgamento o mais próximo possível da realidade fática, enquanto agente político incumbido de prestar a jurisdição. Como tal, não pode ser obrigado a decidir com base em um cenário nebuloso, notadamente quando poderia ser perfeitamente clarificado por alguma singela diligência complementar, como a busca de algum documento ou oitiva de alguma testemunha.

A nosso ver, é completamente equivocada a ideia de que quando o juiz determina algum esclarecimento no processo, está abandonando a condição de imparcialidade e buscando confirmar a tese acusatória, pois é perfeitamente possível que esteja a buscar o saneamento da dúvida fática que é pressuposto para acolhimento de tese defensiva. Não há no ato de ordenar alguma prova complementar uma assunção de função acusatória. Tal só ocorre se o juiz toma para si a incumbência de ser o maior encarregado da produção de provas ante a inércia do sujeito processual que possui o ônus acusatório, o que é uma situação completamente diversa.

De todo modo, é importante destacar que o juiz tem a faculdade, mas não a obrigação de produzir provas para

8. STF, ADIs n. 6298, 6299, 6300 e 6305, j. em 24.08.2023.

instruir a ação penal, pois tal mister é das partes, a quem incumbe o ônus da prova das alegações.

6 Princípios gerais das provas

Não há um consenso doutrinário sobre o tema, porém costuma-se elencar como princípios que regem a prova no processo penal os seguintes:

» Autorresponsabilidade das partes: como é das partes a incumbência de produzir a prova, recai sobre elas as consequências de sua inatividade, erro ou atos intencionais;

» Audiência contraditória: toda a prova no curso da ação penal deve ser produzida com a fiscalização da parte adversa, facultando-se-lhe buscar esclarecer a autenticidade e credibilidade do que for produzido e produzir contraprovas;

» Aquisição ou comunhão da prova: As provas não pertencem à parte que a produziu, mas sim ao processo, servindo a ambos os litigantes;

» Imediação: coleta das provas diretamente pelo juiz, que não pode delegar essa função;

» Concentração: produção de todas as provas numa única audiência, a fim de reduzir o tempo de tramitação do processo.

» Publicidade: os atos judiciais, incluindo produção da prova, são públicos, excetuados os processos que tramitem em segredo de justiça.

Alguns autores, como Renato Brasileiro de Lima (2021), inserem dentre os princípios da prova a **identidade física do juiz**, antes existente no CPC e incorporado em 2008 no art. 399, § 2º, do CPP⁹. Porém, sua aplicação é abrandada pela jurisprudência¹⁰, nos casos de promoção ou afastamento

9. § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

10. Vide, a propósito: AgRg no HC 546.082/PR, Rel. Ministro RIBELIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020.

do juiz por qualquer meio. Penso que esse princípio não é propriamente da prova, pois é relacionado ao órgão julgador.

7 Procedimento probatório

O procedimento probatório se divide em três momentos:

1. **Proposição:** refere-se ao momento do processo em que as provas devem ser propostas. De regra, esse momento é a primeira oportunidade em que as partes se manifestam no processo. Para o Ministério Público, é na denúncia. Na ação privada, é na queixa-crime. Para a defesa, é na resposta à acusação. Não obstante, como o processo penal é orientado pelo princípio da liberdade probatória, as partes podem propor provas em outros momentos, especialmente se sua existência for descoberta depois (testemunhas referidas, por exemplo). Porém, não há um direito subjetivo das partes a produzir a prova que seja requerida serodidamente, pois a análise caberá ao magistrado condutor do processo, que preside da instrução, o qual poderá indeferir o requerimento em razão da preclusão, notadamente quando lhe parecer que a prova seja irrelevante, impertinente ou protelatória (art. 400, § 1º, do CPP)¹¹;

2. **Admissão:** é a deliberação do juiz que defere ou indefere a produção de provas, normalmente feita após a apresentação da resposta à acusação, mas que também pode ocorrer em outros momentos, como no recebimento da denúncia ou na fase do artigo 402 do CPP¹². O direito a produzir provas não é absoluto, deve ser exercido nos termos da lei processual. Cabe ao magistrado verificar a pertinência e necessidade da prova proposta e indeferir aquelas que se

11. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

12. Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.

mostrarem inúteis ou meramente protelatórias, conforme prevê o artigo 400, § 1º, do CPP. Outro exemplo expresso a respeito dessa discricionariedade do juiz que preside o processo é o art. 222-A do CPP, que trata das cartas rogatórias¹³;

3. Produção: é o conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção oferecidos pelas partes. Em regra, as provas orais são todas produzidas numa única audiência (art. 400, § 1º, do CPP). Porém, documentos e perícias podem ser juntados aos autos em momentos distintos.

8 Sistemas de apreciação (ou avaliação) da prova

Alguns doutrinadores tratam a avaliação da prova como uma quarta etapa do procedimento probatório. Na verdade, quando a prova é avaliada o procedimento probatório já se encerrou e isso é feito na sentença, quando a prestação jurisdicional é entregue.

A apreciação ou avaliação da prova no processo penal pode, no aspecto doutrinário, ser orientada em três sistemas distintos. São eles:

» Prova legal, certeza moral do legislador ou tarifado: é um sistema vetusto, abandonado nas legislações mais modernas, salvo exceções. Impõe ao juiz o dever de atribuir às provas o valor previamente estabelecido pela lei, ou seja, o legislador define o peso de cada prova ou estabelece qual o meio exclusivo para a prova de determinado fato. Em hipótese, seria como a lei prever que a prova pericial prepondera sobre a testemunhal, ou que é necessário número múltiplo de testemunhas para provar algo (*Testis unus testis nullus*). Ainda há resquícios desse sistema no CPP, como a previsão

13. Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

antes analisada de que o estado da pessoa deva ser provado pelos meios previstos na lei civil (art. 155, parágrafo único, do CPP). Outro dispositivo importante que adota esse sistema de prova é o artigo 158, que exige a prova pericial para os crimes que deixem vestígios, havendo exceção expressamente prevista no artigo 167, que autoriza a utilização da prova testemunhal no caso de desaparecimento dos vestígios¹⁴. Há ainda a previsão do artigo 62 do CPP¹⁵, que exige a certidão de óbito para comprovar a morte do acusado e possibilitar a extinção da punibilidade.

» Certeza moral do juiz ou livre convicção íntima: nesse sistema, o juiz possui extrema liberdade para julgar, não havendo regras para valoração das provas, tampouco necessidade de fundamentação. Vigora no Tribunal do Júri, na medida em que os jurados decidem a causa da forma que bem lhes aprouver, mediante votação secreta, sem necessidade de externar os motivos que os levaram a absolver ou condenar.

» Persuasão racional ou livre convencimento motivado: É o sistema adotado como referência no Código de Processo Penal, conforme previsão do artigo 155. O juiz tem liberdade para valorar as provas segundo seu raciocínio crítico, mas vinculado à fundamentação, isto é, o magistrado pode sopesar os elementos do elenco probatório para firmar suas conclusões, com o dever de expor os motivos que orientaram sua decisão. Assim, o juiz pode analisar a confiabilidade de cada elemento, cotejar as provas e concluir qual vertente probatória se mostra crível e correspondente à verdade.

Porém, há uma ressalva muito importante a ser feita em relação a essa liberdade do juiz para examinar a prova. É

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

15. Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

totalmente vedado ao juiz formar sua convicção **exclusivamente** com base em elementos de informação, isto é, aqueles colhidos na fase de investigação. Jamais pode o magistrado usar como base de suas conclusões somente o que consta do inquérito, desprezando a prova judicializada, pois assim estaria fazendo tábula rasa do princípio do contraditório. Essa é uma orientação que veio a ser incorporada ao CPP na reforma de 2008, com a nova redação dada ao artigo 155 do código¹⁶, mas que já era adotada na jurisprudência desde antes da reforma. A jurisprudência mais recente se consolidou no sentido de que nem mesmo a decisão de pronúncia, que admite a acusação para que o réu seja julgado pelo Tribunal do Júri, pode ser calcada somente em elementos informativos¹⁷.

Daí decorre que caso o órgão acusatório não logre produzir nenhuma prova na fase do contraditório, o réu necessariamente deverá ser absolvido ou impronunciado, já que interdita a condenação ou decisão de pronúncia amparada somente em elementos colhidos na fase inquisitiva. É preciso atentar, porém, que não é defeso ao juiz fundamentar em elementos informativos, desde que a eles se agreguem elementos de prova colhidos no contraditório, como, por exemplo, convicção condenatória fundada em depoimento colhido só na fase de inquérito respaldado por outro colhido na fase judicializada.

Necessário observar também que, de forma muito pertinente, o legislador excluiu dessa restrição três categorias de provas, por razões lógicas. Com efeito, é possível ao juiz

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

17. Vide, a propósito: TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0001907-22.2016.8.24.0061, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 29-09-2022. STJ: AgRg no HC n. 763.804/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022.

formar convicção nas provas **cautelares, não repetíveis e antecipadas**, independente de terem sido produzidas sem contraditório. Vejamos a natureza dessas provas:

» Provas cautelares: são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso de tempo, em relação às quais o contraditório é diferido. Podem ser produzidas no curso da fase investigatória ou durante a fase judicial, sendo que, em regra, dependem de autorização judicial. Ex.: interceptação telefônica (LIMA, 2021).

» Prova não repetível: é aquela que, uma vez produzida, não tem como ser novamente coletada ou produzida, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo que, em regra, não dependem de autorização judicial. Ex.: laudos periciais de lesão corporal, conjunção carnal etc. (LIMA, 2021).

» Prova antecipada: é aquela produzida com a observância do contraditório real, perante a autoridade judicial, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. Tais provas podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo, sendo indispensável prévia autorização judicial. Ex.: testemunha presencial do delito em estado grave de saúde, com risco de perecer; depoimento especial de criança ou adolescente vítima de abuso sexual; prova em processo suspenso após réu citado por edital (LIMA, 2021).

Tem-se então que, pela própria natureza dessas provas, não há cogitar da necessidade de repetição, o que as valida para fundamentação pelo juiz.

9 Prova emprestada

Relativamente frequente no processo penal é o emprego da chamada “prova emprestada, principalmente pelo Minis-

tério Público. Trata-se da prova produzida em determinado processo e que depois se afigura pertinente a outro, suscitando a possibilidade de que a parte interessada a utilize no processo subsequente. Cabe então à parte interessada requerer ao juiz que a prova seja transportada ao processo indicado, por traslado, certidão ou qualquer outro meio autenticatório, para nele produzir efeito. Normalmente o objeto da prova emprestada são documentos, perícias ou depoimentos, que na maior parte dos casos são gravados em meio audiovisual, de modo que basta à parte postular o compartilhamento.

A admissão dessa modalidade de prova depende da observância do contraditório na produção, isto é, a participação daquele contra quem foi produzida. Nessa linha de raciocínio, o STJ editou em 2017 o enunciado 591 de sua súmula, pertinente à prova emprestada no processo administrativo, com o seguinte teor: “É permitida a ‘prova emprestada’ no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.”

Como exemplo, imagine-se que o sujeito seja preso em flagrante por porte ilegal de arma de fogo, e no processo respectivo sejam produzidas provas, como depoimentos dos agentes públicos que efetuaram a prisão. Posteriormente, o mesmo réu vem a ser denunciado por delito de roubo ocorrido em data próxima, em que supostamente tenha utilizado a mesma arma. Há possibilidade de o órgão acusatório pugnar a utilização das provas produzidas no processo relativo ao porte ilegal de arma no processo pertinente ao roubo, já que o contraditório foi observado, pois na ação penal anterior o acusado era o mesmo.

10 Prova Proibida

Estabelece o artigo 5º, inciso LVI, da CRFB que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

ritos”. A mesma regra foi incorporada ao CPP pela lei n. 11.690/2008, que deu ao artigo 157 a redação até então vigente, no sentido de que devem ser desentranhadas das provas obtidas com violação às normas constitucionais ou legais. Trata-se de mais importante restrição à produção de provas no processo penal e que possui diversos desdobramentos, além de estar em constante evolução, consoante a exegese dos direitos fundamentais pelos tribunais superiores.

Embora para grande parte da população soe avesso ao sentimento de justiça absolver um “criminoso culpado” por conta da ilicitude das provas obtidas, deve se ter em vista que há todo um sistema de proteção aos direitos fundamentais que depende de comprometimento do Poder Judiciário com a Constituição e as Leis, de forma efetiva e não meramente retórica. O cumprimento desse mister pode eventualmente ser indigesto em situações casuísticas, mas é imprescindível para assegurar os direitos e garantias individuais e coletivos.

Quando se admite a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, está se estimulando os órgãos de persecução penal a praticar ilegalidades para obtê-las, numa lógica de que “os fins justificam os meios”, o que invariavelmente vai resultar em graves violações aos direitos humanos, como é o caso da tortura.

Então é de suma importância compreender a importância dessa teoria, porque jamais se pode compactuar com o paradoxo de o Estado descumprir a lei a pretexto de impor punição a quem descumpriu a lei. É preferível assim absolver autores de infrações penais cujas condutas tenham sido provadas por meios ilícitos, como mediante violação de domicílio, a deixar toda a população sem nenhuma garantia de respeito aos seus direitos fundamentais, como não ser torturado, não ter o domicílio violado, não ter a privacidade devassada a todo tempo por agentes estatais.

A prova proibida se subdivide em duas categorias: prova ilícita e prova ilegítima:

» **Prova ilegítima:** Quando a norma afrontada tiver natureza processual. São aquelas situações em que a produção da prova é feita com desrespeito a alguma regra prevista no Código de Processo Penal ou legislação esparsa que preveja rito procedimental. Ex.: em ação penal que apura delito de lesão corporal grave, fato que deixa vestígios e por isso depende de prova pericial (CPP, art. 158), a vítima não atende requisição da autoridade policial para se submeter ao exame pericial e o juiz aceita a prova do fato somente pelo seu próprio depoimento. Há na hipótese nulidade expressa cominada pelo artigo 564 do CPP¹⁸. De igual modo, será ilegítima a prova consistente na exibição no plenário do Júri de documento relativo à matéria de fato debatida no processo, não anunciado à parte contrária com três dias de antecedência¹⁹, ou a inquirição de testemunhas em procedimento ordinário diretamente pelo juiz, adotando o sistema presidencialista, em subversão ao sistema de inquirição direta atualmente vigente²⁰.

» **Prova ilícita:** Quando a norma afrontada tiver natureza material. Ocorre quando a prova é produzida com violação de regras ou princípios constitucionais ou violação a norma de direito penal material. Ex.: Confissão obtida mediante tortura²¹; apreensão de instrumentos de crime

18. Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

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

19. Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

20. Nesse sentido, há precedente do STF: HC 161.658/SP, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 02.06.2020.

21. III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

realizada mediante violação de domicílio²²; demonstração de autoria de tráfico mediante interceptação de comunicações não autorizada²³.

Há uma **importante polêmica na doutrina** sobre a correta interpretação do artigo 157, caput, do CPP, na parte em que determina o desentranhamento das provas ilícitas, ou seja, se devem ser desentranhadas as provas proibidas de qualquer espécie (provas ilícitas e ilegítimas), ou se o dispositivo se refere apenas às provas ilícitas (obtidas com violação à norma de direito material).

Para a corrente da doutrina que entende que abrange ambas, qualquer violação à norma processual, como um singelo não comprometimento de testemunha, implicaria retirar o depoimento do processo. Para a corrente que entende que artigo só se refere às normas de direito material, as provas produzidas com violação a normas processuais devem ser tratadas na forma do capítulo das nulidades do CPP, ou seja, podem ser convalidadas se não houver prejuízo e se a nulidade não for arguida em tempo oportuno. Essa última posição é a mais aceita na jurisprudência. A tendência é sempre tratar como “mera irregularidade” o descumprimento de regras processuais quando não for demonstrado prejuízo por alguma das partes e não houver violação, ainda que de forma reflexa, a direito fundamental do acusado.

10.1 Princípio da proteção contra autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)

Quando se estuda o tema da prova proibida, é sempre lembrado o direito de “não produzir prova contra si”, isto é,

22. XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;
23. XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

a proteção contra autoincriminação. Trata-se de um direito que não é expresso em nosso ordenamento jurídico, mas cuja existência é admitida de forma irrestrita pela doutrina e jurisprudência, que o atribuem como decorrência ao direito ao silêncio preconizado no art. 5º, inciso LXIII, da CRFB²⁴.

Há quem diga que há base convencional ao referido direito, já que estaria previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário (Decreto 678/92). Porém, a previsão que lá consta é similar à previsão da CRFB: “g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”; (art. 8º, § 2º, ‘g’). Do mesmo modo, no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (Decreto 592/92), que prevê o direito: “g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

O que se entende, entretanto, é que o direito ao silêncio é uma das várias decorrências do “nemo tenetur se detegere”, que alcançaria o direito de não ser constrangido a confessar o ilícito penal, não ser exigível ao réu que diga a verdade ao ser ouvido (poder mentir no interrogatório), não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminar-lhe e não produzir qualquer prova incriminadora invasiva.

Segundo Renato Brasileiro de Lima, tal direito “consiste na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação” (2021, p. 70).

Nesse contexto, quando houver produção de prova que viole o direito à não autoincriminação, estar-se-á tratando de prova proibida, pois se trata de princípio constitucional. Entretanto, é muito importante saber entender qual é a ex-

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

tensão da proteção que esse direito outorga ao cidadão, pois não alcança amplitude equivalente a obstar que o Estado produza a prova de ilícitos penais.

Tem-se que o direito à não autoincriminação protege o investigado contra o Estado, no sentido de que as autoridades não possam obrigá-lo a **um comportamento ativo** que possa resultar na produção de prova contra si. Não lhe confere o direito a não participar passivamente da produção de provas, como ser submetido a procedimento de reconhecimento por vítima ou testemunhas de um crime. De igual modo, a proteção contra autoincriminação de forma alguma impede o Estado de produzir a prova pretendida por outros meios, sem contar com a colaboração do suspeito. Se, por exemplo, o investigado se recusar a produzir escritos para perícia grafotécnica, a autoridade policial pode buscar em bancos de dados de órgãos públicos documentos que contenham escrita comprovadamente produzida por ele, como por exemplo, assinaturas em formulários de obtenção de documentos ou prova escrita realizada em testes para obter CNH.

São exemplos de comportamentos a que o indivíduo não está obrigado com base nesse princípio: soprar o etilômetro para averiguar ingestão de álcool antes da condução de veículo automotor; emitir padrão gráfico ou vocal para realização de prova pericial de comparação com documento ou gravação existente nos autos; submeter-se à intervenção corporal **invasiva** para prova de determinado fato.

Intervenção corporal é qualquer medida probatória que se realize sobre o corpo humano, como exame de sangue, ginecológico, endoscopia, exame de saliva, DNA, identificação datiloscópica, radiografia etc. É necessário distinguir as invasivas das não invasivas, pois disso depende a análise da incidência do direito à não autoincriminação.

As intervenções corporais invasivas são aquelas que pressupõem penetração no corpo humano, por instrumentos ou

substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização ou extração de alguma parte dele ou invasão física do corpo. Ex.: exame de sangue, ginecológico, endoscopia (a fim de localizar drogas, celulares etc.).

As não invasivas consistem numa inspeção ou verificação corporal sem penetração no corpo humano, como as perícias de DNA a partir de fios de cabelo encontrados num veículo, ponta de cigarro etc.

Assim, a coleta de saliva para um exame de DNA pode ser feita de forma invasiva ou não invasiva. Se for colhida diretamente na boca do investigado, será invasiva. Mas se o material for colhido num chiclete, ponta de cigarro ou copo utilizado pelo suspeito para beber água, não será invasiva.

A radiografia também é uma modalidade de intervenção corporal não invasiva, assim como a identificação datiloscópica, das impressões dos pés e palmar, que podem ser utilizadas para comparação com marcas encontradas no local do crime, por exemplo.

Quando houver anuência do investigado à realização da intervenção corporal, seja invasiva ou não invasiva, pode ser plenamente realizada, independente de ordem judicial (pois não exigida), de modo que pode ser requisitada pela autoridade policial encarregada da investigação à Polícia Científica ou ao perito nomeado, intimando-se o investigado a comparecer para dela participar, se necessário.

Quando não houver anuência do investigado à intervenção corporal, será necessário distinguir se a prova pretendida é invasiva ou não invasiva. Se for não invasiva, poderá ser realizada normalmente mesmo que o investigado não concorde. Diversamente, se for invasiva e o investigado não quiser colaborar (ceder sangue ou saliva para exame pericial, por exemplo), não poderá ser compelido, por força do *nemo tenetur se detegere*. Restará aos órgãos de persecução penal buscar a prova por outros meios, como obter seu DNA por outros meios.

IMPORTANTE: não confundir as consequências da recusa à produção da prova no âmbito cível e no penal. No âmbito cível, as presunções são plenamente válidas, tanto que o art. 232 do CC/2002 prevê que a recusa ao exame médico pode suprir a falta que se pretende com o exame, como presumir uma paternidade investigada. A questão resolve-se pelas regras de ônus da prova. No âmbito penal, contrariamente, não se pode extrair esse tipo de presunção, pois o ônus da prova continua sendo do Estado. Se o investigado por estupro não fornecer material para comparação de DNA com sêmen colhido no corpo da vítima, não se poderá por isso presumi-lo culpado.

10.2 Prova ilícita por derivação (*fruits of the poisonous tree*)

Provém do preceito bíblico de que “a árvore envenenada não pode dar bons frutos”, e foi criada pela Suprema Corte Americana em 1920. Segundo tal teoria, todas as provas descobertas a partir de outra cuja obtenção foi ilícita também devem ser consideradas ilícitas. Esta teoria vinha sendo sistematicamente aceita pela jurisprudência do STF e do STJ, até ser positivada por meio da Lei n. 11.690/2008, que a inseriu no CPP com a seguinte redação: “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” (art. 157, § 1º). Em consequência, as provas descobertas a partir de outra ilicitamente obtida não podem sustentar condenação. É deveras importante essa previsão, pois do contrário o mandamento da proibição da utilização de provas ilícitas poderia ser burlado, já que os órgãos de investigação poderiam deixar de introduzir no procedimento a prova ilícita e apenas apresentar outros elementos obtidos a partir dela. Exemplos: Descoberta do local onde estavam

produtos furtados em razão de confissão obtida por meio de tortura; apreensão de entorpecentes e prisão em flagrante de traficantes em razão de interceptação telefônica deferida pelo Judiciário sem atendimento aos requisitos legais.

Importante observar, porém, que há ressalvas à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que são a ausência do nexo de causalidade e a fonte independente (ou descoberta inevitável), conforme expressamente previsto na segunda parte do § 1º do artigo 157 do CPP.

Em relação à ausência de nexo de causalidade, a nosso ver, não seria propriamente uma exceção à teoria da prova ilícita por derivação, mas a própria não incidência da teoria, pois, se não há nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada, não há falar em derivação. Ex.: embora uma interceptação telefônica ilegal dê indícios do local de ocultação do produto de um roubo, a localização é obtida porque um dos envolvidos, ao ser interrogado, revela o esconderijo, de modo que a apreensão dos bens não deriva da interceptação telefônica, mas sim da confissão.

No que tange à fonte independente, também chamada de “descoberta inevitável”, ressalva assentada no artigo 157, § 2º, do CPP²⁵, a razão é de que a prova obtida seria produzida por meio legítimo. Exemplo: Na situação hipotética de a polícia apreender documentos bancários mediante violação de domicílio, já havia requisição judicial para o banco solicitando extratos de todas as operações daquele investigado. Assim, ainda que não tivesse havido a apreensão dos documentos de forma irregular, as provas chegariam ao processo por outro método. É farta a jurisprudência do STJ sobre a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação e suas limitações no processo penal brasileiro²⁶.

25. § 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.

26. HC 222.652/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 03/10/2014; EDcl no RHC 72.074/MG,

10.3 Obtenção de provas por meios ilícitos e Teoria da Proporcionalidade

Trata-se de teoria desenvolvida na suprema corte da Alemanha, muito debatida na temática dos direitos fundamentais e que na atualidade tem como um de seus maiores expoentes o jusfilósofo Robert Alexy. Preconiza o balizamento, caso a caso, da preponderância dos interesses em jogo. Numa adaptação ao processo penal, nenhuma prova obtida por meios ilícitos deveria ser descartada de antemão. A inadmissibilidade dependeria de haver um grau de violação aos direitos fundamentais do investigado não justificado pela gravidade/repercussão do fato delituoso em tese cometido. Se constatada violação de alta intensidade (ex.: tortura), não se admitiria a prova; se de baixa intensidade (ex.: violação de domicílio durante o dia), que obtivesse provas de um crime grave (vídeos de exploração sexual de diversas crianças), justificar-se-ia o aproveitamento das provas.

Via de regra, os tribunais resistem a reconhecer a validade de provas ilícitas em detrimento do acusado, como forma de assegurar o mandamento constitucional. A questão de utilizar prova ilícita para a condenação é muito delicada, em razão do subjetivismo na ponderação dos valores em conflito e do estímulo à busca de provas a qualquer custo. Há quem defenda que seria eticamente aceitável a apreensão de documentos em residência em que a polícia tenha adentrado de forma ilegal, quando motivada a obter a prova do desvio de milhares de reais dos cofres públicos por uma organização criminosa. Porém, não se sabe de antemão o que será encontrado e os agentes policiais poderão se sentir incentivados a sempre buscar meios de prova, mesmo mediante violação dos direitos individuais, na expectativa de que se encontre provas valiosas passíveis de serem aceitas em

Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 04/12/2017.

razão da gravidade do fato apurado. Renato Brasileiro de Lima bem resume o entendimento aplicável:

Prevalece o entendimento de que admitir-se a possibilidade de o direito à prova prevalecer sobre as liberdades públicas, indiscriminadamente, é criar um perigoso precedente em detrimento da preservação de direitos e garantias individuais; não seria mais possível estabelecer-se qualquer vedação probatória, pois todas as provas, mesmo que ilícitas, poderiam ser admitidas no processo, em prol da busca da verdade e do combate à criminalidade, tornando letra morta o disposto no art. 5º, LVI, da Constituição Federal.²⁷

Contudo, a teoria da proporcionalidade na verificação da prova ilícita no processo penal vem sendo **aceita na jurisprudência pátria quando a prova for utilizada em benefício do réu**, com base no argumento de que o direito do réu à liberdade é valor mais importante que o mandamento da proibição de obtenção de provas por meios ilícitos, bem como porque a própria Constituição repudia o erro judiciário. Eugenio Pacelli de Oliveira apresenta um argumento robusto para o aproveitamento nesses casos: “O princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular” (2015, p. 376).

10.4 Outras teorias relacionadas à proibição da utilização de provas obtidas por meio ilícito

No campo doutrinário e do direito comparado, existem outras teorias que flexibilizam a proibição de utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos. A **teoria da limitação da mancha purgada (vícios sanados ou tinta diluída)**, também criada pela Suprema Corte Americana,

27. Lima, obra citada, p. 616.

defende que não se aplica a teoria da prova ilícita por derivação se o nexu causal entre a prova primária e secundária for atenuado pelo decurso de tempo, menor relevância da ilegalidade ou vontade dos envolvidos de colaborar com a investigação. A **teoria da exceção da boa-fé**, também reconhecida pela Suprema Corte dos EUA em 1984, orienta que deve ser admitida a prova ilícita produzida de boa-fé pelo agente público, nas situações em que este ignorar estar agindo de forma ilegal, como no caso de estar cumprindo um mandado de busca expedido por juiz competente, mas que depois se verificou não ter sido emitido com o atendimento dos requisitos legais. A **teoria do risco**, também desenvolvida no direito norte-americano, visa validar provas obtidas com violação à intimidade, por meio de escutas telefônicas, filmagens e fotografias clandestinas, quando o interessado espontaneamente revelar o cometimento de condutas ilícitas. A base é o raciocínio de que a pessoa que faz revelações desse gênero a alguém cuja profissão não exija guardar sigilo (advogados, psicológicos, ministros religiosos) se expõe ao risco de que sejam registradas e utilizadas contra si. Não há registro de aplicação expressa dessas teorias pelas cortes superiores no Brasil.

II Encontro fortuito de provas, serendipidade ou “crime achado”

Essa teoria aplica-se na situação em que há uma investigação sendo desenvolvida de forma perfeitamente legal acerca de determinado crime e no seu curso se descobrem provas da prática de crime diverso. Ex.: interceptação telefônica por tráfico de drogas, se descobre que os traficantes foram os mandantes de um homicídio ocorrido na cidade; em cumprimento de mandado de busca e apreensão para recolher documentos comprobatórios de fraude em licitação, se encontra documentos que comprovam crime de extorsão.

Daí o nome “crime achado”. Veja-se que quando se deferiu a interceptação ou se expediu o mandado de busca, não se analisou se havia indícios do crime que se descobriu, então por isso se poderia, hipoteticamente, alegar que a prova é ilícita. Essa teoria é amplamente aceita no Brasil²⁸.

Portanto, tem-se como válida a descoberta de provas de forma casual, as quais podem ser aproveitadas na investigação que venha a ser deflagrada para apurar o fato. É muito comum, inclusive, o compartilhamento de provas entre investigações diversas com base nessa teoria.

12 Prova ilícita e contaminação psicológica do juiz

A regra legal, em se tratando de prova reconhecida como ilícita, é o desentranhamento dos autos, a fim de que não possa ser utilizada como elemento de convicção pelo julgador, conforme determina o caput do artigo 157 do CPP. A doutrina mais garantista defende, para além disso, que haja substituição do magistrado que irá proferir a sentença, a fim de se assegurar que não utilize a prova ilícita como base de sua convicção, ainda que de forma não expressa na decisão. Imagine-se que, hipoteticamente, numa ação penal um ex-empregado de uma empresa seja denunciado por apropriação indébita (CP, art. 168), por ter supostamente se apoderado de valores do caixa que administrava; o réu negue o fato e não haja testemunhas que respaldem a declaração do empregador. Porém, ao receber o inquérito, o promotor de justiça requisita extratos bancários da conta do empregado, os quais são enviados pelo banco, sem ordem judicial, e comprovam o depósito dos valores desviados. Ao receber a denúncia, juiz reconhece a ilicitude da prova, por ter havido acesso a dados bancários sem quebra de sigilo determinada pelo Poder Judiciário, e manda desentranhá-

28. Vide, a propósito: RHC 117.113/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019.

-la. Porém, teve contato com a prova e pode verificar que comprova a denúncia. Então, na sentença, ainda que fundamentalmente a condenação em outros elementos, terá a certeza moral, advinda da prova ilícita desentranhada, de que o réu efetivamente praticou o fato.

O projeto de lei da reforma de 2008, aprovado pelo Congresso Nacional, inseria o § 4º no artigo 157 do CPP, para determinar a substituição do magistrado, mas o então Presidente da República vetou o dispositivo motivando que isso prejudicaria a celeridade do processo. Ressalta Aury Lopes Júnior:

A desconsideração de que se opera uma grave contaminação psicológica (consciente ou inconsciente) do julgador faz com que a discussão seja ainda mais reducionista. Esse conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar deveria merecer atenção muito maior por parte dos juristas, especialmente dos tribunais, cuja postura até agora tem-se pautado por uma visão positivista, cartesiana até, na medida em que separa emoção e razão, [...] o que se revela absolutamente equivocado no atual nível de evolução do processo. Daí porque não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o julgador do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo) que ele fez. Não é crível de se pensar que um mesmo juiz, após julgar e ter sua sentença anulada pela ilicitude da prova (que ele admitiu e, muitas vezes até valorou), possa julgar novamente o mesmo caso com imparcialidade e independência.²⁹

Todavia, a “Lei Anticrime” (Lei n. 13.964/2019) resuscitou esse dispositivo, consignando-o no § 5º do artigo

29. Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 278, destaques nossos. 2008, p. 546.

157: “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Sua vigência, porém, foi suspensa ainda durante o período de *vacatio legis* por medida liminar concedida pelo Min. Luiz Fux, em razão da falta de clareza da norma e da imprecisão na sua aplicação³⁰. De fato, muitos problemas poderiam surgir na execução dessa regra, especialmente quando a ilicitude da prova viesse a ser reconhecida na sentença. O que fazer nesse caso? Deve o juiz apenas proferir uma decisão somente sobre a nulidade da prova? Haveria então direito a recurso pela parte interessada e como ficaria o andamento do processo? De forma acertada, em julgamento final da ADI, concluído em 24.08.2023, o plenário do STF entendeu por declarar a inconstitucionalidade dessa regra, extirpando-a do ordenamento jurídico³¹.

13 Cadeia de Custódia das Provas

A Lei n. 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) inseriu no CPP os artigos 158-A a 158-F, visando disciplinar a chamada “cadeia de custódia das provas”, nome que também foi inserido no título do capítulo, que passou a se chamar “Do Exame de Corpo de Delito, da Cadeia de Custódia e das Perícias em Geral”.

Tal tópico não constava do projeto da lei enviado ao Congresso pelo então Ministro da Justiça, Sergio Moro, e foi inserido no processo legislativo, que basicamente copiou as disposições de uma portaria que disciplinava o assunto no âmbito federal (Portaria n. 82/2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública do MJ).

Segundo Geraldo Prado, “cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de

30. STF, MC na ADI 6.299. Rel. Min. Luiz Fux.

31. STF, ADIs n. 6298, 6299, 6300 e 6305, j. em 24.08.2023.

interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória” (2014, p. 86).

A própria lei, no entanto, optou por uma definição legal, no sentido de que “Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. (CPP, art. 158-A), assim como também definiu o vestígio como “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal” (CPP, art. 158-A, § 3º).

O propósito da cadeia de custódia, portanto, é assegurar que não haja adulteração nos elementos de prova colhidos na cena do crime ou durante a investigação, a fim de que eles possam ser avaliados na ação penal de forma segura, sem prejuízos ao acusado ou ao órgão acusatório. Tudo aquilo que desde o início da atuação estatal relacionada a uma situação em tese criminosa aparentar ser um vestígio deve ser tratado na forma disciplinada pelo instituto da cadeia de custódia, pois futuramente poderá ser considerado elemento de prova no processo. Se, por exemplo, uma arma é encontrada próxima ao corpo da vítima, é de suma importância a cautela no recolhimento do artefato, pois poderá ser submetida a exame papiloscópico para verificar eventuais impressões digitais de quem a manuseou, sendo uma prova decisiva para indicar se houve autoeliminação ou homicídio e indicar a respectiva autoria.

Por isso a preocupação da lei em que o local seja preservado³² e que a coleta seja feita “preferencialmente” por

32. § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

perito, que detém conhecimento técnico para esse mister³³. Foi feliz a lei em colocar o termo “preferencialmente”, pois nem sempre será possível aguardar a chegada do aludido servidor, como quando a PM chega ao local e a arma está ao lado da vítima, podendo estar carregada, com uma multidão no entorno.

Em outros países a questão da cadeia de custódia das provas é levada muito a sério, enquanto no Brasil o tema nunca mereceu muito atenção. Mostra-se oportuna, portanto, a regulamentação dada nos artigos 158-A a 158-C. Porém, a partir do artigo 158-D, a novel legislação merece crítica, pois desceu a detalhismos que não necessitariam ser objeto de previsão legal, já que se tratam de procedimentos internos de cada órgão de polícia técnica e poderiam ser disciplinados em tal âmbito.

A maior polêmica que deve surgir a partir da regulamentação da cadeia de custódia de provas é sobre qual a consequência que advirá ao processo no caso de ela não ser respeitada. Em hipótese, se um projétil de arma de fogo for encontrado ao lado do corpo da vítima e for recolhido por agente policial antes da chegada da perito criminalista, sem utilização de luvas ou qualquer outra cautela; na sequência, tal projétil não for armazenado na forma determinada no CPP, isto é, não for acondicionado em recipiente adequado, lacrado e numerado e identificado; no curso da investigação, for apreendida uma arma na casa de um suspeito e o teste de comparação balística apontar que foi tal arma que expeliu o projétil apreendido. Surge então a indagação: essa prova pericial deverá ser validada no processo, a despeito de não ter sido observada a cadeia de custódia do projétil apreendido?

A questão é tormentosa e há três posições em relação a isso:

33. Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

A primeira entende que a violação na cadeia de custódia implica total ilicitude da prova produzida e sua inadmissibilidade no processo. Segundo Carlos Edinger a prova deve ser anulada:

A quebra da cadeia de custódia leva à quebra da rastreabilidade da prova. Isso, por sua vez, leva à perda de credibilidade daquele elemento probatório. Afinal, se eu desconheço a proveniência daquela prova, se eu desconheço por quem aquela prova passou e o que foi feito com ela, nada impede que ela seja objeto da manipulação e seleção unilateral das provas, realizada por agentes do Estado ou até por eventuais corréus que apresentem acusações recíprocas e versões divergentes.³⁴

Outra corrente sustenta que eventual vício na cadeia de custódia não acarreta, de imediato, a invalidação da prova, de modo que sua idoneidade deve ser avaliada no momento da valoração da prova pelo juiz, que poderá atribuir maior ou menor valor àquela prova, segundo o sistema de apreciação da persuasão racional.

Por fim, há uma corrente que entende que a validade ou invalidade da prova é atrelada aos conceitos de prova ilícita e prova ilegítima. Nesse raciocínio, a prova ilícita deve ser desentranhada, por violar normas de direito material. Já as provas ilegítimas, que violam normas de direito processual, estão sujeitas ao regime das nulidades e princípios que regem o tema no CPP: não há nulidade sem prejuízo³⁵; a parte não pode arguir nulidade a que tenha dado causa ou cuja declaração só interesse à parte contrária³⁶; não se decreta nulidade

34. EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, Rastreabilidade probatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 120. ano 24. P. 237-257. São Paulo: Ed. RT, maio-jun-2016.

35. Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

36. Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

que não tenha influenciado na apuração da verdade ou na decisão da causa³⁷; as nulidades estão sujeitas à preclusão se não arguidas oportunamente, conforme prazos estipulados no artigo 571 do CPP.

No âmbito jurisprudencial, as primeiras decisões do STJ têm sido no sentido de relativizar a nulidade por quebra da cadeia de custódia³⁸ e há acórdão adotando expressamente a segunda posição³⁹.

14 Do Exame de Corpo de Delito e das Perícias em Geral

Segundo Fernando Capez, Corpo de Delito “É o conjunto de vestígios materiais (elementos sensíveis) deixados pela infração penal, ou seja, representa a materialidade do crime. Os elementos sensíveis são os vestígios corpóreos perceptíveis por qualquer dos sentidos humanos”. (2016, p. 417). Deste modo, num homicídio o corpo de delito é constituído pelo cadáver, pelas cápsulas (estojos) da munição empregada, pelos vestígios deixados no local do fato; num delito de aborto, é o feto expulso, a embalagem do medicamento utilizado; num incêndio, os vestígios deixados no local, o recipiente do líquido inflamável utilizado etc.

O Exame de Corpo de delito é o Auto ou Laudo através do qual os peritos descrevem elementos do corpo de delito, destinado a comprovar a materialidade. É uma espécie de perícia, portanto. Exemplo: Auto Necroscópico ou Laudo

37. Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

38. Vide, a propósito: O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade (AgRg no RHC n. 147.885/SP, relator Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 13/12/2021).

39. HC 653.515/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 01/02/2022.

de Exame Cadavérico; Laudo de Lesões Corporais; Laudo de arrombamento etc.

O Exame de corpo de delito por ser feito de modo direto ou indireto. É feito de modo direto quando o perito analisa o próprio cadáver, o local do incêndio ou dano ambiental, o local do arrombamento. E é feito de modo indireto quando os peritos não dispõem do conjunto de vestígios deixados pelo crime e então emitem seu parecer com base em imagens, fotografias, documentos ou declarações. Quando, num aborto, o feto é ocultado, o perito emite um laudo atestando que houve a interrupção da gravidez por relatórios das enfermeiras que atenderam a vítima com hemorragia e que ouviram o relato da gestante admitindo a ingestão de erva abortiva, trata-se de um exame de corpo de delito indireto.

Em regra, o Código de Processo Penal tem como indispensável o exame de corpo de delito nos crimes não transeuntes, isto é, aqueles que deixam vestígios, conforme expressa em seu artigo 158⁴⁰. Num crime de tráfico, é imprescindível o exame laboratorial para comprovar a natureza da substância, não servindo o depoimento dos policiais de que tinha aparência e odor característico de substância entorpecente. No delito de lesão corporal, é imprescindível o laudo emitido por perito médico-legista, que não pode ser substituído por declarações do ofendido no sentido de ter sofrido agressões. Não realizada a prova exigida, exsurge nulidade, nos termos do artigo 564, inciso III, alínea “b”, do CPP⁴¹.

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

41. Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
[...]
III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
[...]
b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

Há uma importante ressalva, entretanto, preconizada no artigo 167 do CPP: “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. Esta exceção é necessária para não deixar impunes delitos em que o próprio autor da infração adota medidas para evitar sua prova, como num homicídio em que o autor joga o cadáver num rio ou o destrói completamente com utilização de fogo. Nesses casos, a prova da materialidade é admitida por outros meios, como relatos de testemunhas.

Não é possível, no entanto, transformar esta exceção em regra, adotando-se-a em todo e qualquer caso, mesmo quando o exame pericial é frustrado por desídia da autoridade incumbida de requisitá-lo ou do cidadão em comparecer ao órgão de perícia para se submeter ao exame. Do contrário, estar-se-ia transformando em letra morta a previsão legal, facultando-se sempre a prova da materialidade do delito não transeunte por qualquer meio, o que contraria o espírito da lei. Conclui-se então que esta exceção deve ser aplicada somente nos casos de absoluta impossibilidade de exame de corpo de delito, direto ou indireto, por haverem desaparecido os vestígios em decorrência de ação do próprio investigado ou por motivo de força maior.

15 Prova pericial

A prova pericial é o meio de prova produzido por profissional com conhecimento técnico em determinada área do conhecimento, que examina o corpo de delito e emite um laudo apontando as conclusões que a partir dele podem ser inferidas.

É a modalidade de prova por meio da qual se constitui o exame de corpo de delito. São diversas as modalidades de perícia que podem ser determinadas pela autoridade policial ou pelo juiz, no curso da investigação ou do processo. As

mais comuns são a necroscópica, de lesões corporais, de análise de identificação de substância de interesse forense (entorpecentes), de conjunção carnal, de verificação em local de arrombamento, de funcionabilidade de arma de fogo, perícia em local de ação violenta, em local de dano ambiental, para verificar eventual inimputabilidade do acusado por doença mental ou dependência toxicológica.

De acordo com o CPP, em regra a prova pericial deve ser feita por perito oficial, servidor público ocupante do cargo de perito na estrutura do órgão de polícia científica, mas na falta do referido servidor admite-se a realização por dois profissionais portadores de habilitação na área do exame, que são chamados de peritos “louvados”⁴², e que são designados em cada inquérito ou processo.

Importa observar que a Lei n. 11.690/2008 criou a possibilidade de participação mais ativa das partes na prova pericial, notadamente quando esta é realizada na fase contraditória. Em tal caso, as partes podem apresentar quesitos e indicar assistentes técnicos para acompanhar a realização do exame e emitir pareceres. Ademais, é facultado às partes requerer a oitiva dos peritos em juízo, na audiência de instrução e julgamento, para esclarecer a perícia.

Exatamente por ser uma modalidade de prova realizada de forma técnica, por profissionais isentos, sem qualquer vinculação direta com os fatos e com base em conhecimento científico, a perícia de regra tem grande relevância no processo. Todavia, é importante salientar que o juiz não é vinculado às conclusões do perito, podendo ou não acatá-las, pois julga conforme o sistema de avaliação da persuasão racional ou livre convencimento motivado, examinando toda a conjuntura probatória. Aliás, há previsão expressa sobre isso no art.

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

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

182 do CPP⁴³. É necessária essa regra pois, embora técnica, a prova pericial é falível, pela própria natureza humana de quem a elabora e até porque pode ocorrer de divergirem os dois peritos incumbidos do exame⁴⁴.

Por fim, em relação à prova pericial, é importante observar que a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06), em seu artigo 12, § 3º, facilitou a demonstração das lesões corporais sofridas pela vítima⁴⁵, entendendo a jurisprudência não ser necessário o laudo pericial. Nesse sentido há precedentes do TJSC e do STJ⁴⁶.

16 Interrogatório do acusado

O interrogatório é o ato processual em que o acusado tem a oportunidade de se manifestar sobre a acusação que lhe é imputada na denúncia, no qual pode exercer sua autodefesa ou confessar o crime, se lhe aprouver, ou então optar pelo exercício do direito fundamental a permanecer em silêncio.

Há divergência na doutrina se o interrogatório é exclusivamente meio de defesa ou também meio de prova. Não há dúvida que é meio de defesa, pois no processo penal moderno a defesa do denunciado se subdivide em defesa técnica – promovida por defensor habilitado –, e em autodefesa – exercida pessoalmente pelo réu – a qual não é constituída apenas pelo direito de audiência, mas também pelo direito

43. Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

44. Art. 180. Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.

45. § 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

46. TJSC, Apelação Criminal n. 2015.039016-3, de Papanduva, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 04-08-2015; (AgRg no AREsp 1141808/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018)

de presença nos atos instrutórios (que excepcionalmente pode ser afastado, nos termos do art. 217 do CPP⁴⁷).

A defesa técnica é irrenunciável, sua ausência acarreta nulidade absoluta do processo por ausência de contraditório. Ainda que o réu diga “sou culpado, não quero ser defendido”, é obrigatório que o juiz garanta a promoção de sua defesa técnica, acionando a Defensoria Pública ou nomeando defensor dativo, caso o réu não constitua advogado. Já a autodefesa é renunciável, pois o réu pode preferir ficar em silêncio.

O interrogatório é promovido tanto na fase de investigação, quando é presidido pelo delegado de polícia (art. 6º, inciso V, do CPP⁴⁸), quanto na fase contraditória, quando é presidido pelo juiz e de regra é o último ato da instrução, conforme procedimento ordinário disciplinado no CPP. Embora alguns diplomas legais prevejam o interrogatório ao início da instrução, como a Lei de Drogas e o CPPM, o princípio do contraditório e ampla defesa recomenda que seja realizado como último ato, no entendimento do STF⁴⁹.

16.1 Características do interrogatório:

» Ato processual personalíssimo: somente o réu pode ser interrogado, ato não pode ser feito na pessoa do advogado ou por procurador;

47. Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

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

[...]

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

49. Vide, a propósito: STF, HC 127.900. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 03.03.2016.

» Ato privativo do juiz: somente o magistrado pode interrogar o réu, não o promotor, querelante ou defensor. Estes têm meramente o direito de pedir esclarecimentos, de acordo com o art. 188 do CPP⁵⁰, cujo deferimento é faculdade do juiz, se entender pertinente e relevante;

» Presença obrigatória do defensor: corolário do direito ao contraditório e ampla defesa. Também é requisito de validade que seja assegurado o direito de entrevista reservada do interrogando com seu defensor antes da realização do ato (art. 185, caput e § 5º, do CPP⁵¹). Importante notar que no interrogatório feito durante a fase de investigação não é imprescindível a presença de defensor, pois se trata de procedimento inquisitivo⁵². Porém, se o investigado estiver acompanhado de advogado, o direito de entrevista prévia deve ser resguardado;

» Ato oral: não pode o juiz apresentar perguntas por escrito ou o réu preferir responder por escrito. A exceção fica por conta de ser o réu surdo ou mudo, conforme artigo 192 do CPP⁵³. Também por isso é vedado ao réu a consulta

50. Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

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

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

52. Nesse sentido: TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5015305-90.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 04-04-2023.

53. Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito:

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

a anotações durante o interrogatório (réu traz uma minuta feita pelo advogado sobre o que deve dizer);

» Ato não preclusivo: o interrogatório é, em regra, realizado ao final do procedimento, como último ato instrutório. Porém, pode ser determinado posteriormente, conforme prevê o artigo 196 do CPP⁵⁴, por determinação do juiz ou a requerimento das partes. Uma situação em que a preclusão pode ser afastada é quando o réu esteve ausente na audiência, mas posteriormente é localizado, de modo que pode o juiz possibilitar o interrogatório em momento posterior para lhe assegurar o exercício da autodefesa. De igual forma, concluso o processo para sentença após alegações finais, o juiz pode deliberar por novo interrogatório, para possibilitar ao réu que esclareça algo, ou a defesa pode pedir a renovação quando, por exemplo, o réu deseje confessar a infração antes negada, ou mesmo retratar uma confissão feita por coação. Porém, não há um direito absoluto do réu a ser reinterrogado sempre que desejar, pois o acolhimento do pedido para repetição do ato constitui discricionariedade do juiz.

No que tange à característica de ser o interrogatório ato privativo do juiz, é necessário observar que há importante polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre o assim denominado “direito ao silêncio seletivo” ou “silêncio parcial”. A questão que se põe é se pode o acusado optar por responder apenas às perguntas feitas por seu defensor, negando-se a responder a questionamentos feitos pelo magistrado e pelo membro do Ministério Público. Essa sistemática aparentemente viola a disciplina legal do interrogatório, pois este é tratado no CPP como um ato processual regido pelo sistema presidencialista, ou seja, realizado pelo juiz, que é o condutor do processo e presidente da instrução. Caso se possibilite ao réu responder apenas a perguntas de seu defensor, na prática este se tornaria o presidente e condutor do interrogatório.

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

Importante lembrar que a rigor sequer há direito das partes a formular perguntas diretamente ao interrogando, pois o artigo 188 estabelece que, após o interrogatório feito pelo juiz, as partes podem pedir esclarecimentos por meio do magistrado, que inclusive tem a prerrogativa de avaliar a pertinência e relevância de fazer os questionamentos⁵⁵. Na praxe forense, no entanto, é comum que após interrogar o réu o juiz passe a palavra ao promotor e ao defensor para perguntas diretas ao interrogando. Assim, pela disciplina legal, se o réu optar por silenciar ante às perguntas feitas pelo magistrado, o interrogatório deve ser imediatamente encerrado, até porque constitui crime de abuso de autoridade prosseguir no ato quando o réu tenha manifestado o desejo de exercer o direito ao silêncio (art. 15, parágrafo único, inciso II, da Lei n. 13.869⁵⁶).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já negou a existência do suposto direito ao silêncio parcial ou seletivo⁵⁷. Não obstante, a tese sobre a existência de um direito do réu a responder somente a perguntas de seu defensor já foi acolhida em precedente do STJ⁵⁸, de modo que a questão ainda não está pacificada na jurisprudência.

55. Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

56. Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:

I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou

II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

57. TJSJC, Habeas Corpus Criminal n. 5032552-84.2023.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 07-06-2023.

58. HC n. 703.978/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 7/4/2022.

Acerca do local em que se realiza o interrogatório, no caso de réu preso, a regra seria no estabelecimento prisional, de acordo com o artigo 185, § 1º do CPP. A intenção da lei é evitar a retirada do detento do interior do estabelecimento prisional, ante os riscos e custos inerentes. Porém, esse procedimento é impraticável na maioria das comarcas, seja pela ausência da sala apropriada no estabelecimento prisional, seja porque se tornaria totalmente contraproducente o deslocamento do juiz, promotor e defensor até o presídio ao final de cada instrução, já que a audiência é una. Normalmente as varas criminais colocam em pauta várias instruções num único dia, o que torna impossível o deslocamento pretendido pelo legislador ao final de cada solenidade. Ainda de acordo com o CPP, de modo “excepcional”, mediante decisão fundamentada, o juiz pode substituir o deslocamento ao presídio pela adoção de videoconferência, nas hipóteses elencadas nos incisos do § 2º do artigo 185 do CPP, ou então requisitar a apresentação do preso em juízo. Como a realidade se impõe perante o que é fantasioso, estas últimas modalidades invariavelmente são adotadas, especialmente a videoconferência, cuja efetividade se mostrou inequívoca durante as restrições decorrentes da pandemia de COVID-19.

Cumprе assinalar que o interrogatório é constituído por duas etapas, isto é, o interrogatório de identificação (ou qualificação) e o interrogatório de mérito. Na primeira delas, regulada no artigo 187, § 1º, do CPP⁵⁹ e na qual não há direito ao silêncio, o juiz indaga ao réu seus dados pessoais e outras informações úteis para o conhecimento de sua condição pessoal e social, as quais poderão influenciar na dosimetria da pena.

59. § 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida progressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

Na segunda etapa, previamente incumbe ao magistrado cientificar o acusado sobre o teor da acusação, o que não se confunde com uma obrigação de ler integralmente a denúncia; é plenamente possível que esta seja sintetizada de forma objetiva, notadamente se for muito extensa. Ainda, é dever do magistrado cientificar o denunciado sobre seu direito de permanecer calado⁶⁰. Na sequência são feitos os questionamentos relacionados ao mérito da imputação, com irrestrito respeito ao direito do acusado em permanecer em silêncio, se assim optar, sob pena de acarretar a nulidade do fato. Embora o § 1º do artigo 187 do CPP preveja um rol de perguntas que devem ser formuladas, é comum a primazia pela dialeticidade, com questionamentos feitos de forma livre, formulando-se as perguntas subsequentes a partir das respostas que sejam apresentadas pelo acusado.

Caso o denunciado opte pelo direito de permanecer em silêncio, o ato deve ser imediatamente encerrado e logicamente deste silêncio não se poderá extrair qualquer presunção de confissão. Isso é evidente porque o exercício de um direito fundamental não pode acarretar prejuízos ao seu titular. É regra expressa no parágrafo único do artigo 186 do CPP e que se sobrepõe à vetusta redação da parte final do artigo 198⁶¹, que nitidamente não está recepcionada pela CRFB/88.

Discute-se se há direito de o acusado foragido participar da audiência instrutória, especialmente quando é realizada por videoconferência, a fim de se assegurar o direito ao contraditório. Em nossa ótica não existe tal possibilidade, já que o art. 185 do CPP preconiza que o acusado que “comparecer” perante o juiz será interrogado, ao passo que

60. Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

61. Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

o art. 367 estabelece que o réu que deixa de comparecer ao ato sem motivo justificado deve ser considerado revel. Para além disso, nos parece esdrúxula a hipótese de se assegurar ao réu a prerrogativa de participar do processo à distância, quiçá homiziado em razão da pendência de ordem de prisão, sem falar nas dificuldades técnicas para operacionalização da participação, com risco de sucessivas interrupções do ato no caso de quedas de conexão. O acusado, conquanto titular de direitos, também possui deveres processuais e não pode obter benefícios ao se esquivar deles, assim como não deve o Poder Judiciário se reduzir à condição de se adequar às escolhas do acusado sobre quando e como participará de atos processuais. Sem embargo, a questão ainda é tormentosa na jurisprudência, havendo precedente do STJ em sentido contrário⁶² e do STF em sentido favorável à participação do réu à distância⁶³.

Insta ressaltar a total impossibilidade de que o acusado seja conduzido para interrogatório. Embora tal prática fosse eventualmente empregada, até porque amparada no artigo 260 do Código de Processo Penal, há decisão de caráter vinculante do STF que a proíbe, proferida em 14.06.2018 no julgamento da ADPF n. 444. Por conseguinte, caso o acusado não compareça na audiência em que seria interrogado, deve se presumir que optou pelo direito de permanecer em silêncio, sem prejuízo da decretação de sua revelia, com a consequência prevista no art. 367 do CPP⁶⁴.

Há também outra restrição, surgida a partir do advento da atual Lei de Abuso de Autoridade (lei n. 13.869/2019): ficou vedada a realização de interrogatórios policiais durante

62. RHC n. 148.983/AL, relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.

63. Medida Cautelar no HC n. 227671, relator Min. Edson Fachin, julgado em sessão virtual de 30.6.2023 a 7.8.2023.

64. Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

o período noturno, salvo em situação de prisão em flagrante delito ou se o preso, devidamente assistido, consentir⁶⁵.

17 Depoimento do ofendido

Para o Código de Processo Penal, o ofendido (sujeito passivo da infração penal) não é testemunha. No entanto, suas declarações são valiosas e plenamente úteis como meio de prova. Não se computa no número de testemunhas que as partes podem arrolar, de modo que se determinado crime tiver várias vítimas, todas devem ser inquiridas. Embora seja comum ser indicado na denúncia no rol de pessoas que o Ministério Público pretende ouvir, a rigor é dever do juiz determinar de ofício sua intimação para comparecimento na audiência instrutória.

Ainda que não tenha interesse pessoal na instauração ou prosseguimento do processo, o ofendido tem o dever de colaborar com o Poder Judiciário na apuração do fato, notadamente em se tratando de crime cuja ação penal seja pública incondicionada, daí porque, caso não compareça na audiência, estará sujeito à condução coercitiva, conforme prevê o artigo 201, § 1º, do CPP⁶⁶.

Exatamente por não ser testemunha, ao ser qualificado não lhe é tomado o compromisso de dizer a verdade, tal qual ocorre com aquelas, porém, caso preste declarações falsas, poderá incorrer no crime de denunciação caluniosa⁶⁷ e ficar sujeito à responsabilização penal.

65. Art. 18. Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

66. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

67. Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Vale ressaltar que caso o ofendido sinta temor, constrangimento ou humilhação em depor na presença do réu, pode solicitar ao juiz o afastamento deste da sala de audiência, conforme prevê o artigo 217 do CPP.

Com a reforma do CPP de 2008, o ofendido passou a receber um pouco mais de atenção da legislação processual penal, restando determinado que ele seja intimado sobre a entrada ou saída do réu da prisão e sobre a sentença e acórdãos proferidos no processo. Ademais, passou a ser prevista a possibilidade de que o juiz encaminhe o ofendido para atendimento pelo Estado em diversas áreas e determinada a adoção de providências para preservação de seus direitos da personalidade⁶⁸.

A Lei n. 13.964/2019 estabeleceu uma inovação importante no que concerne à participação da vítima no processo penal, qual seja, sua cientificação no caso de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público e possibilidade de interpor recurso em instância de revisão no âmbito ministerial⁶⁹. Tal dispositivo teve sua constitucionalidade questionada perante o STF e chegou a ficar com a vigência suspensa em razão de liminar concedida na ADI n. 6.299. Porém, em julgamento concluído em 24.08.2023, a suprema corte entendeu por dar interpretação conforme ao dispositivo, “para assentar que,

68. § 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

69. Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

além da vítima ou de seu representante legal, a autoridade policial competente também poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, caso verifique patente ilegalidade ou teratologia no ato de arquivamento⁷⁰. É um importante reconhecimento no sentido de que não só o autor do crime, mas também a vítima é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado.

18 Prova testemunhal

A prova testemunhal é sem dúvida a modalidade de prova mais utilizada no processo penal e raros são os casos em que as partes não recorrem a esse meio de prova. Não por acaso, o CPP enuncia que “toda pessoa poderá ser testemunha” (art. 203) e que ninguém poderá se eximir da obrigação de depor (art. 206). A testemunha auxilia a Justiça no sentido de contribuir para a reconstrução histórica do fato apurado no processo e, como tal, é sujeito de direitos e obrigações estatuídos no CPP. Para Guilherme de Souza Nucci, a testemunha é “a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade” (2016, p. 417).

A produção desse meio de prova é detalhadamente regulada no CPP e, segundo a doutrina, possui algumas características muito peculiares. São elas:

» Judicialidade: a prova testemunhal deve ser produzida em juízo; não se aceita como **prova testemunhal na fase contraditória** depoimentos colhidos diretamente pelas partes (pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou advogado), exatamente pela necessidade de que o depoimento seja sujeito à fiscalização de sua autenticidade pela parte que por ele é desfavorecida;

70. STF, ADIs n. 6298, 6299, 6300 e 6305, j. em 24.08.2023.

» Oralidade: regra prevista no artigo 204⁷¹, a prova testemunhal deve ser produzida por meio de relato verbalizado na presença (física ou virtual) do juiz e das partes. Não se admite que a testemunha traga por escrito o depoimento, pois isso impediria o magistrado, órgão do Ministério Público e defensor de avaliar a autenticidade das declarações. É permitido breve consulta a apontamentos, como no caso de um fiscal de tributos que traga consigo o auto de infração para recordar alguns detalhes da fiscalização. Por outro lado, é tecnicamente incorreto que na produção da prova testemunhal as partes se dirijam à testemunha pedindo-lhes confirmação da denúncia, de depoimento prestado na fase investigativa ou sobre fato afirmado no questionamento, pois essa metodologia acaba por induzir a resposta e prejudica a verificação da credibilidade das declarações. É dever do juiz atuar para impedir esse tipo de artifício, enquanto presidente da instrução do processo. No entanto, algumas poucas autoridades do país possuem a prerrogativa de prestar depoimento por escrito, conforme artigo 221, § 1º, do CPP⁷²;

» Objetividade: regra prevista no art. 213 do CPP⁷³, a testemunha deve depor sobre os fatos sem externar opiniões ou emitir juízos valorativos, como dizer se acredita que o réu agiu em legítima defesa ou não. Com efeito, a testemunha não é convocada para dizer o que “acha” sobre os fatos apurados ou emitir impressões subjetivas, pois estas não têm valor probatório algum e sequer poderão ser consideradas na sentença. Essa característica é o oposto da subjetividade,

71. Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

72. § 1º O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

73. Art. 213. O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

que deve ser a todo custo evitada na coleta da prova testemunhal. Bem por isso, todas as perguntas feitas pelas partes, que exijam da testemunha uma avaliação pessoal, devem ser indeferidas pelo juiz, pois cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a definição jurídica dos fatos a partir das provas produzidas, e não levando em conta a opinião pessoal das testemunhas. No entanto, muitas vezes é indissociável do relato uma certa dose de valoração pela testemunha, como quando, num atropelamento ocorrido na frente de escola, afirma que o veículo transitava em velocidade manifestamente elevada para o local. A testemunha não tem como precisar a velocidade do veículo, mas lhe é possível apontar sua inadequação ao local pelo senso comum de segurança viária que todo cidadão tem. Mas isto, repita-se, é a exceção. O ideal é que a coleta do depoimento se restrinja a solicitar ao testigo que preste um relato de fatos que tenha presenciado;

» Retrospectividade: o testemunho se dá sobre fatos passados, e não futuros. É comum as partes fazerem perguntas em hipótese, como “Você acha que se o réu tivesse desviado o veículo, teria evitado o atropelamento?”. Perguntas elaboradas desta forma violam as características da objetividade e da retrospectividade, pois a resposta requer juízo de valor pela testemunha e prognóstico do que poderia hipoteticamente ter ocorrido;

» Imediação: a testemunha deve dizer aquilo que captou imediatamente através dos sentidos. Em que pese num primeiro momento isso pareça óbvio, a ideia é que a testemunha se limite a relatar aquilo que tenha pessoalmente verificado, e não aquilo que soube por informações de terceiros, o chamado testemunho “de ouvir dizer” (hearsay testimony) ou testemunho indireto. Declarações desse gênero não possuem valor probatório relevante haja vista a impossibilidade de se

aferir se o fato relatado é autêntico ou mero boato que circulou a partir de má-fé de alguém ou informações truncadas;

» Individualidade: cada testemunha presta o seu depoimento separadamente, sem que possa ser ouvida pelas demais, que devem aguardar em espaços separados e permanecer incomunicáveis, conforme previsto no artigo 210 do CPP⁷⁴. Tal regra destina-se a evitar que as testemunhas sejam influenciadas pelos relatos das outras, afirmando como de próprio conhecimento algo que ouviram de terceiro.

18.1 Procedimento para coleta da prova testemunhal

A coleta da prova testemunhal segue o seguinte procedimento:

1. Qualificação: Inicialmente, a testemunha é qualificada, para que seja perfeitamente identificada no processo e para que o juiz e as partes possam verificar eventual caso de impedimento ou suspeição. O ideal é a testemunha apresentar documento de identificação civil, mas se não tiver, o juiz poderá avaliar e deferir sua inquirição se não houver dúvidas sobre quem seja a pessoa.

Após a qualificação, as partes poderão contraditar a testemunha, isto é, impugnar sua oitiva em razão de alguma situação de impedimento ou suspeição prevista em lei, conforme disciplinada dada no art. 214 do CPP⁷⁵. O artigo

74. Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

75. Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

206⁷⁶ trata das pessoas dispensadas de depor, em face dos mais elementares princípios de solidariedade humana. Assim como não há crime de favorecimento pessoal (art. 348 do CP) quando um parente auxilia outro a se homiziar das autoridades, os parentes mais próximos não são obrigados a depor, já que poderiam se ver conflitados entre prestar um falso testemunho ou prejudicar a pessoa com quem possui vínculos familiares. Porém, em determinados casos, quando só os parentes tiverem conhecimento sobre o que pode ter ocorrido, são obrigados a depor. A situação mais frequente é a de crimes contra a dignidade sexual, que num grande percentual dos casos ocorre no recesso do lar.

Já no artigo 207⁷⁷ o CPP trata das “testemunhas proibidas”, que não devem prestar o depoimento em razão da ética relacionada à sua função religiosa ou profissão. São desobrigadas por lei como forma de proteção a essas funções, pois do contrário haveria um conflito entre o dever legal de testemunhar e o vínculo de lealdade assumido com o pretense autor de crime. É natural que alguém que, por exemplo, procure um religioso buscando auxílio espiritual ou um advogado buscando orientação jurídica tenha a expectativa de que não será delatado às autoridades. Bem por isso, constitui abuso de autoridade compelir pessoa nesta condição a prestar depoimento⁷⁸. Não obstante, pode ocorrer de o próprio denunciado ter interesse no depoimento e por isso autorizar o profissional a informar aspectos de

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

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

78. Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

sua vida privada, como nos casos em que o acusado tenta demonstrar ser portador de alguma doença psíquica que propulsione as práticas delitivas.

Depreende-se que são bem restritas as hipóteses em que poderá ser obstada a coleta do depoimento da testemunha indicada por alguma das partes. Mesmo nas situações de parentesco, o CPP confere ao juiz discricionariedade para mesmo assim colher o depoimento, relegando à sentença a avaliação da credibilidade que as declarações mereçam.

Há divergência entre juízes sobre compromissar os parentes do ofendido. Entendemos que devem ser compromissados, pois o art. 203 fala em “parentesco com as partes”, no que abrange só o réu ou querelante na ação privada, mas não a vítima do crime de ação pública, que não é parte na ação penal, em regra (salvo se habilitado como assistente do Ministério Público). Nesse sentido é a orientação do STJ⁷⁹.

Portanto, caso o órgão acusatório ou a defesa arguam alguma causa de impedimento ou suspeição, o juiz decidirá se rejeita a alegação ou se dispensará a testemunha, ou ainda se procederá à inquirição sem compromissar o depoente, isto é, sem colher a promessa de dizer a verdade, caso em que ele será ouvido na condição de “informante”.

De fato, a oitiva de pessoas com alguma vinculação com as partes na condição de “informante” é a situação mais frequente. Do ponto de vista prático, há pouca diferença pois, ante o sistema de persuasão racional do juiz que rege a apreciação da prova, pode ser atribuído mais credibilidade ao depoimento de um informante que ao de uma testemunha compromissada.

2. Não havendo causa de impedimento ou suspeição, a testemunha presta o compromisso de dizer a verdade e será advertida sobre as penas do falso testemunho. Embora

79. AgRg no RHC 117.506/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 18/10/2019.

a previsão do CPP no sentido de que o depoente faça uma espécie de juramento, na praxe forense é comum o magistrado informar que o depoimento será colhido sob esse compromisso e advirta o depoente sob a incidência em crime de falso testemunho no caso de omissão de informações ou declarações inverídicas. São dispensados deste dever as pessoas indicadas no artigo 208, quais sejam: doentes (logicamente se for doença que possa comprometer a capacidade cognitiva); deficientes mentais; menores de 14 anos (de modo que as pessoas entre 14 e 18 prestam o compromisso de dizer a verdade, sob pena de ato infracional); pessoas indicadas no art. 203, isto é, aqueles que possuem parentesco próximo com alguma das partes.

3. A parte que arrolou e em seguida a outra farão as perguntas diretamente à testemunha. Por fim, o juiz poderá pedir outros esclarecimentos⁸⁰. Com a reforma de 2008 foi abolido o sistema presidencialista e adotado o sistema de “exame direto” – direct examination e cross-examination (inquirição direta por quem arrolou e cruzada pela parte adversa). A nova metodologia veio inspirada em assegurar a imparcialidade do magistrado, prestigiando o sistema acusatório. Não obstante, é válido salientar que o juiz continua sendo o presidente do ato e é seu dever exercer o controle sobre as perguntas para evitar indagações sugestivas, por exemplo: Você confirma que o réu viajou contigo para tal cidade em tal data? Você viu a vítima atacando o réu com uma faca antes de ele sacar a arma de fogo? As perguntas às testemunhas devem ser abertas, isto é, sem indução da resposta e cabe ao juiz advertir as partes sobre isso.

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

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

Também não deve o juiz permitir que as partes tratem a testemunha de maneira ofensiva ou acintosa, pois o membro do Ministério Público, da Defensoria Pública e os advogados têm o dever de tratar as partes e testemunhas com urbanidade.

Como já dito, toda pessoa, uma vez arrolada, tem o dever de comparecer em juízo para prestar depoimento, ainda que nada ou pouco saiba sobre o fato apurado. Caso não atenda à intimação, ficará sujeita a responder processo por crime de desobediência, ser conduzida a juízo e arcará com as custas da diligência.

Por outro lado, embora a regra seja a pessoa prestar depoimento na presença do acusado, a testemunha que se sinta constrangida ou receosa de fazê-lo pode solicitar ao juiz que o acusado não acompanhe diretamente o depoimento⁸¹, cabendo ao juiz avaliar os motivos alegados pelo depoente.

Também é direito da testemunha ser inquirida no local de sua residência. Embora as provas sejam produzidas em regra no foro em que a ação penal tramita, caso a testemunha resida em comarca diversa ela não pode ser obrigada a se deslocar para prestar o depoimento. Hodiernamente, em tais situações, a inquirição é feita por videoconferência ou outro recurso tecnológico. Caso não seja possível, a inquirição deve ser feita por carta precatória enviada à comarca de residência da testemunha, tudo conforme determina o artigo 222 do CPP⁸². No caso de testemunha residente no

81. Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

82. Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.
§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.
§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

exterior, a inquirição pode ser feita por carta rogatória, o que é um procedimento essencialmente burocrático e demorado. Vale ressaltar que não há um direito subjetivo das partes a de forma livre indicar testemunhas residentes no estrangeiro, pois o juiz tem a prerrogativa de indeferir a expedição se não demonstrada de forma suficiente a imprescindibilidade da prova.

Por fim, sobre a prova testemunhal, o art. 7º, inciso IV, da Lei n. 9.807/99, que criou medidas para proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, prevê a possibilidade de preservação da identidade, imagem e dados pessoais da pessoa em tal situação. No âmbito do Judiciário catarinense, a Corregedoria-Geral da Justiça possui ato normativo que assegura a possibilidade de inquirição de vítimas e testemunhas sem a respectiva identificação nos autos, quando tal providência seja necessária para resguardar a segurança do depoente. Dada a importância do tema, convém reproduzir o capítulo do Código de Normas da CGJ/SC que prevê essa regulamentação:

Seção IV – Proteção de Vítimas e Testemunhas ameaçadas

Art. 349. A distribuição comunicará ao chefe de cartório os processos protocolizados com pedido de proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, para a imediata conclusão dos autos ao juiz, a fim de que este adote as medidas adequadas à efetivação da solicitada proteção.

Parágrafo único. O distribuidor, antes de remetê-los ao cartório, verificará se estão acompanhados do envelope lacrado, fazendo referência aos documentos protegidos e à sua origem.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Art. 350. Nos autos em que tal proteção for necessária, deverá ser destacada a circunstância de existirem dados sigilosos.

Art. 351. As anotações dos dados das pessoas que estiverem sob o amparo desse ato administrativo no sistema informatizado deverão ser efetuadas de acordo com as regras referentes ao segredo de justiça.

Parágrafo único. Os dados pessoais da vítima ou testemunha ameaçada não constarão dos termos de depoimento e ficarão anotados em impressos distintos e arquivados em pasta própria, sob a responsabilidade do chefe de cartório.

Art. 352. O acesso à pasta destinada ao arquivo dos dados de vítimas ou testemunhas fica garantido ao Ministério Público e ao defensor do réu, com controle de vista pelo chefe de cartório, vedada a reprodução dos documentos.

Parágrafo único. O defensor assinará termo de compromisso judicial, comprometendo-se a não divulgar os dados a que tiver acesso, sob as penas da legislação.

Art. 353. O mandado de intimação de vítimas ou testemunhas ameaçadas será individualizado, de modo a impedir a visualização dos seus dados pessoais.

§ 1º O chefe de cartório deverá emitir o mandado de intimação para uma única pessoa, em 3 (três) vias, e atentar para a correta indicação da zona a que o endereço estiver vinculado.

§ 2º O juiz poderá indicar oficial de justiça para cumprir esse tipo de mandado, independentemente da zona a que estiver vinculado, vedada sua distribuição pelas centrais de mandados compartilhadas.

Art. 354. O oficial de justiça, após o cumprimento do mandado, certificará no sistema informatizado,

sem identificação de dados pessoais da vítima ou testemunha ameaçada, e entregará o original da ordem judicial ao chefe de cartório.

Art. 355. A audiência para ouvir a vítima ou testemunha ameaçada deverá ser realizada de modo a preservar a sua segurança.

Parágrafo único. Ao final da audiência, o juiz deverá tomar medida que evite o encontro da testemunha ou vítima ameaçada com o réu.

Art. 356. O juiz diretor do foro deverá ser comunicado, com antecedência, para a adoção de providências, com a finalidade de assegurar a integridade física do depoente, devendo, até mesmo, haver controle de acesso ao andar ou setor em que se realizará o ato.⁸³

Tem-se então uma importante medida para salvaguarda da integridade das pessoas que se dispõem a colaborar com a Justiça. No entanto, esse mecanismo deve ser utilizado com parcimônia e não de forma abusiva, pois o conhecimento sobre a qualificação da testemunha é a regra no processo penal. Deve ser reservado, idealmente, para situações de maior gravidade, notadamente no caso de crimes cometidos por integrantes de facções criminosas, as quais possuem como método a imposição da “lei do silêncio” e dispõem de meios para praticar retaliações contra testemunhas de seus atos.

19 Reconhecimento de pessoas e de coisas

O reconhecimento de pessoas e de coisas, segundo Capez, “é o meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é apresentada com outra que viu no passado” (2016, p. 456).

83. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/corregedoria-geral-da-justica/codigo-de-normas-da-cgj> Acesso em 12.jun.2023.

Obviamente, trata-se de um meio de prova que deve ser empregado quando o fato apurado tenha sido cometido por pessoa desconhecida da vítima e testemunhas. Não há sentido algum em se realizar tal procedimento quando o autor do crime seja alguém cuja identidade é conhecida daqueles que informam a autoria ao delegado de polícia.

Tal meio de prova encontra disciplina em três artigos do CPP, os quais merecem transcrição:

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

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

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

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

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

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

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto,

cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Distingue-se reconhecimento formal do informal. O formal se verifica quando são observados os parâmetros do artigo 226 do CPP. O informal é quando não se observam tais formalidades, como nas situações em que o suspeito é reconhecido por meio de fotografias ou é detido pela Polícia Militar logo após o fato e exibido à vítima para que esta aponte se é ele o autor da infração penal.

Durante muito tempo vigorou na jurisprudência o entendimento de que o reconhecimento informal constitui prova inominada, que serve à formação da convicção do julgador, ante o princípio da liberdade probatória e a própria regra do art. 155 do CPP, de que somente quanto à lei civil se observarão as restrições à prova. O STJ endossava essa posição e entendia que o artigo 226 continha mera recomendação⁸⁴.

Porém, um julgamento de notável importância proferido em outubro de 2020 pela Sexta Turma do STJ rompeu esse paradigma e passou a determinar a fiel observância das formalidades previstas no artigo 226 do CPP nos procedimentos de reconhecimento de pessoas. Trata-se do Habeas Corpus n. 598.886/SC, relatado pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz, o qual firmou quatro premissas aplicáveis ao meio de prova sob enfoque:

12 Conclusões:

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

84. Vide, a propósito: AgRg no AREsp 610.535/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016; HC 495.055/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019.

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo (grifamos).

Em nossa compreensão, andou bem o STJ ao adotar essa mudança de posicionamento, pois a jurisprudência anterior, que considerava o art. 226 do CPP uma “mera recomendação”, permitia que os órgãos de investigação não levassem a sério a necessidade de cumprir as formalidades legais. Muitas vezes por mera comodidade, as investigações eram concluídas com identificação de autoria resumida ao reconhecimento fotográfico, sem a dinamicidade do reconhecimento pessoal que, inexoravelmente, transmite uma confiança muito maior a respeito da identificação da autoria. Não raro o reconhecimento fotográfico era realizado por meio de show up, isto é, com a exibição unicamente de fotografia do suspeito ao reconhecedor, método que a psicologia jurídica critica severamente por ter elevado grau de falibilidade e que pode induzir a um falso reconhecimento, já que a vítima, em geral pessoa leiga, pode partir da íntima premissa de que se aquela pessoa foi apontada como suspeita

é porque as autoridades já possuem outros elementos que o vinculam ao crime que sofreu ou a outro delitos.

É evidente que o procedimento formal do artigo 226 do CPP não elimina totalmente a possibilidade de reconhecimentos falhos derivados de falsas memórias do reconhecedor, mas ao menos mitiga o risco de que isso ocorra e contribui para que não ocorram erros judiciários.

Porém, é importante observar que o julgado do STJ não proíbe a utilização de fotografias de suspeitos em investigações, até porque muitas vezes este é o único meio de que a autoridade policial dispõe para dar início à apuração do fato. Continua sendo possível a realização de reconhecimento fotográfico, contudo, este deve ser tido como uma etapa antecedente, que não dispensa o ulterior reconhecimento formal, que pode ser realizado inclusive na fase de instrução em juízo. A rigor, o ideal é que seja promovido na fase de investigação, quando a memória da vítima ou testemunha está mais preservada pela recenticidade do fato, e então assumirá o caráter de prova não repetível, que não necessitará ser renovada em juízo.

De mais a mais, mesmo nos casos em que não tenha sido providenciado um reconhecimento pessoal válido, é certo que a sentença condenatória pode se lastrear em outros elementos de convicção, como a abordagem do suspeito em local próximo ao fato, portando arma e de posse dos bens subtraídos na ação delituosa. É dizer, a falta de reconhecimento pessoal não torna impositiva a absolvição do réu, pois a convicção do juiz pode ser livremente embasada em outros elementos, desde que não exclusivamente no reconhecimento fotográfico.

Cumprе salientar ainda que o CPP autoriza o uso, nos procedimentos de reconhecimento, de uma sala especial, composta por dois ambientes separados por uma vidraça refletiva numa das faces, a permitir que o reconhecedor visualize as pessoas perfiladas para reconhecimento sem que

possa ser visto por estas, a fim de se evitar inibição ou constrangimento. A nosso ver sem nenhuma razão plausível, o parágrafo único do art. 226 do CPP prevê que esse mecanismo não terá lugar caso o reconhecimento seja promovido na instrução em juízo. Na nossa compreensão, nada impede que o equipamento seja utilizado também na fase contraditória, pois há amparo legal no artigo 217 do mesmo diploma, já estudado anteriormente. Não por acaso, é comum que os Fóruns estejam equipados com sala de reconhecimento.

O reconhecimento de objetos, como arma utilizada em ação delitiva, vestimenta ou acessório utilizado pelo agente, também pode ser uma medida probatória útil, devendo ser observada metodologia idêntica ao do reconhecimento de pessoa, no que se mostrar cabível.

Em nossa ótica, deve ser aceita ainda a possibilidade de o magistrado realizar procedimento de reconhecimento de voz, ante os princípios da liberdade probatória e persuasão racional do juiz. Ocorre que em determinadas ações delituosas, como no caso de roubos a residência em que as vítimas ficam por bastante tempo rendidas por agentes encapuzados, é possível que estes se comuniquem durante a ação e logicamente que o timbre da voz pode ser lembrado a posteriori por alguém que tenha uma memória mais privilegiada, especialmente se houver algum sotaque ou cacoete de fala que não seja comum. Ante a impossibilidade de reconhecimento pessoal derivado do uso de máscaras e/ou toucas, essa forma de indicação de autoria pode ser um importante indício, a ser agregado a outros elementos de convicção.

20 Acareação

A acareação é o meio de prova previsto no artigo 229 do CPP⁸⁵, em que duas ou mais pessoas que prestaram declarações divergentes no processo são colocadas face a face, no

85. Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa

escopo de se tentar esclarecer a divergência ou descobrir qual delas está faltando com a verdade. Na compreensão de Eugênio Pacelli, a acareação é “típico procedimento intimidatório [...] presta-se apenas a revelar um maior ou menor grau de temor de uma testemunha em relação a outra (2015, p. 436).

De fato, a experiência mostra que é um meio de prova de baixíssima efetividade, que em geral não traz qualquer resultado efetivo. Mesmo nas situações em que se evidencia que um dos depoentes está faltando com a verdade, a acareação não tem o condão de fazer tal pessoa retroceder na sua conduta. De regra, cada depoente sustenta sua versão, mesmo ao ser confrontado com a divergência apontada por outra pessoa, de sorte que o emprego da acareação só retarda a instrução e nada esclarece no cenário probatório. Bem por isso, entende o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que o juiz não é obrigado a deferir tal modalidade probatória⁸⁶.

Em tese, a acareação pode ser realizada tanto na fase de investigação quanto na instrução contraditória e pode envolver todas as pessoas que falam no processo, ou seja, vítimas, testemunhas e acusados. Porém, não há sentido algum em se submeter o acusado a acareação com alguma vítima ou testemunha, e menos ainda em submeter acusados a acareação entre si, pois possuem o direito fundamental a permanecer em silêncio e não são obrigados a esclarecer qualquer divergência relacionada às declarações de outrem. Nesse particular, quer nos crer que o artigo 229 do CPP não está recepcionado pela CRFB/88.

Os pressupostos da acareação são dois: que as pessoas a serem acareadas já tenham sido ouvidas e que exista uma

ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados, para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

86. TJSC, Correição Parcial Criminal n. 5021490-18.2021.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 15-07-2021.

controvérsia, ponto objetivo de discordância entre as declarações, que seja relevante para o processo.

21 Documentos

Relativamente à prova documental o CPP confere a mais ampla liberdade à atuação das partes, ao estabelecer no artigo 231 que de regra podem ser juntados em qualquer fase do processo. A exceção fica por conta do artigo 479 do CPP, que exige a juntada e ciência à parte adversa pelo menos três dias antes da sessão do júri no caso de documento que verse sobre o fato a ser debatido perante o conselho de sentença. No mais, não ocorre qualquer preclusão e a prova documental pode ser apresentada no momento que melhor aprouver à parte, inclusive em fase recursal. A única ressalva é que deve ser garantido o contraditório, ou seja, a possibilidade de a parte adversa examinar e eventualmente impugnar a prova documental juntada, ou ainda tecer considerações sobre ela. Deste modo, se a defesa junta documentos com as alegações finais, antes de proferir sentença o juiz deve converter o julgamento em diligência, a fim de que o Ministério Público se manifeste.

Digno de nota que o artigo 233 do CPP veda a utilização de cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos⁸⁷. Com efeito, tal previsão legal seria até mesmo desnecessária, pois o sigilo de correspondência é um direito assegurado no artigo 5º da Constituição da República⁸⁸, que só pode ser afastado no caso de quebra de sigilo previamente determinada pelo Poder Judiciário. Não obstante, conforme visto em tópico anterior, a jurisprudência do STF inclina-se

87. Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

88. XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

a aceitar a prova obtida ilicitamente quando necessária para a defesa do acusado.

Cumpra assinalar ainda que no julgado do Tema 1.041 do sistema de precedentes de repercussão geral, o STF fixou a seguinte tese: “sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo”⁸⁹. Posteriormente, em julgamento realizado em 30.11.2023 para analisar Embargos de Declaração opostos pela PGR, o STF melhor explicitou o alcance da regra fixada, alterando a tese nos seguintes termos:

(1) Sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo, salvo se ocorrida em estabelecimento penitenciário, quando houver fundados indícios da prática de atividades ilícitas; (2) Em relação a abertura de encomenda postada nos Correios, a prova obtida somente será lícita quando houver fundados indícios da prática de atividade ilícita, formalizando-se as providências adotadas para fins de controle administrativo ou judicial.

22 Indícios

Num capítulo constituído por um único artigo, o CPP define indício da seguinte forma: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

No entanto, Renato Brasileiro de Lima (2021) esclarece que o CPP adota o termo “indício” ora como sinônimo de prova indireta, ora como sinônimo de prova semiplena. No sentido de **prova indireta**, os indícios são circunstâncias que

89. RE 1116949, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 01-10-2020 PUBLIC 02-10-2020.

não provam diretamente um fato, mas servem como indicativo de sua existência. Havendo um fato provado, chega-se por raciocínio dedutivo a uma conclusão sobre outro fato. São exemplos: encontrar alguém com roupa suja de sangue nas proximidades do local de um homicídio, é um indício de que se trata do autor do fato; encontrar alguém de posse da coisa furtada pouco tempo após a subtração é um indício do furto. Não é uma prova de que a pessoa subtraiu, mas um indício disso, que pode ou não ser derruído, mediante prova de que adquiriu a coisa de terceiro ou a recebeu de outro modo. Os indícios não permitem uma conclusão segura, especialmente se isolados, pois são deduções, mas um conjunto de indícios pode constituir uma prova convincente sobre determinado fato.

Por outro lado, quando o CPP estabelece a necessidade de indícios como pressuposto para decretação de medidas cautelares e medidas assecuratórias, como a prisão preventiva ou o sequestro de bens, está tratando de **prova semiplena**, isto é, a existência de elementos que apontem para a probabilidade de autoria do fato, ainda que sem a envergadura de prova inequívoca.

23 Busca e Apreensão

Segundo Norberto Avena, “por busca compreendem-se as diligências realizadas com o objetivo de investigação e descoberta de materiais que possam ser utilizados no inquérito policial ou no processo criminal, assim como de pessoas em relação às quais exista ordem judicial de prisão ou que sejam vítimas de crimes” (2021, p. 637). E complementa o mesmo autor que apreensão é “o ato de retirar alguma coisa que se encontre em poder de uma pessoa ou em determinado lugar, a fim de que possa ser utilizada com caráter probatório ou assecuratório de direitos (2021, p. 637).

Tecnicamente a busca e apreensão não é um meio de prova, mas um meio de obtenção de prova, pois é um mero procedimento, cujo resultado é que constituirá a prova (como o documento ou arma apreendidos). Pode haver busca sem apreensão, assim como apreensão sem busca, quando, por exemplo, a coisa é apresentada à autoridade policial pelo investigado e aquela procede à apreensão para custodiá-la ao processo.

O artigo 240 do CPP elenca as hipóteses em que pode ser promovida a busca e apreensão⁹⁰. A enumeração é taxativa, de acordo com Capez (2016), e exemplificativa, para Renato Brasileiro de Lima (2021). Porém, diante da previsão no último inciso de que é cabível para “colher qualquer elemento de convicção”, o que é uma cláusula aberta, a discussão é meramente acadêmica, pois é difícil encontrar alguma restrição em termos práticos.

Espécies de busca:

» Domiciliar: é feita em domicílio, assim considerado não só o local de residência da pessoa, mas o local privado em que exerça sua profissão ou aposento ocupado de habitação coletiva, conforme art. 150, § 4º, do CP⁹¹. Exemplos:

90. Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

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

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

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

91. § 4º - A expressão «casa» compreende:
I - qualquer compartimento habitado;

escritório de algum profissional liberal, empresa, consultório médico, quarto de hotel ou motel que esteja, ainda que temporariamente, sendo ocupado por alguém. Não é necessário que a “casa” seja fixa ao solo, daí o conceito abranger também motorhome e barco-residência, desde que ocupados com o ânimo de habitualidade. Discute-se se o pátio da casa é alcançado pelo conceito de domicílio. Norberto Avena defende que se o local for cercado ou houver evidências de que “integra o ambiente da residência”, é abrangido no conceito (2021), porém, esse entendimento é minoritário, até porque não há “privacidade” a ser tutelada nesse local.

» Extradomiciliar: conceito dado por exclusão, é a busca que ocorre em qualquer outro local que não seja considerado domicílio;

» Pessoal: é aquela realizada na própria pessoa, compreendendo suas vestes e objetos que portar, ou seja, tudo quanto esteja junto ao seu corpo.

Cada modalidade de busca é sujeita a uma disciplina própria no ordenamento jurídico, conforme veremos abaixo.

23.1 Busca domiciliar

A busca em domicílio é a medida de obtenção de prova sujeita a maior rigor e formalidade, pois interfere em direito fundamental esculpido no artigo 5º da CRFB, qual seja, a inviolabilidade de domicílio⁹². Daí estar ela sujeita à reserva de jurisdição, isto é, somente por meio de mandado judicial é que pode ser executada. Esse é o primeiro pressuposto para o cumprimento da diligência, de modo que o órgão

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

92. XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

incumbido da investigação deve convencer o juiz competente sobre o cabimento e necessidade da medida, para que este a autorize.

Para expedir o mandado de busca e domiciliar, o juiz deve verificar a presença de fundadas razões, ou seja, constatar elementos de informação que indiquem a necessidade da diligência para alguma das finalidades previstas no artigo 240 do CPP. Logicamente, não é necessária uma prova exauriente, uma demonstração cabal de que a residência está sendo utilizada para práticas ilícitas, como o armazenamento de armas ou de drogas, pois a produção da prova é exatamente o que se pretende com a busca. Basta a existência de indícios para a medida ser justificada, como o depoimento de alguma testemunha, imagens de monitoramento ou mesmo um relatório confeccionado por agentes da investigação documentando campanas ou outras diligências prévias que apontem para a necessidade da medida. Autorizada a medida por decisão judicial, o mandado a ser expedido deverá conter os requisitos do artigo 243 do CPP⁹³.

Outra ressalva extremamente importante relacionada à busca domiciliar é a necessidade de que seja cumprida durante o dia, consoante o mandamento constitucional. A doutrina divergia a respeito do conceito, havendo três posições:

1. Dia é o período entre às 06 e 20h, por interpretação analógica do CPC/15 (Avena, 2021);
2. Dia é o período entre 6 e 18 horas, visando preservar a intimidade e vida privada – divide 12/12h (Lima, 2021);

93. Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

3. Critério Físico Astronômico – dia é o período em que houver iluminação solar, isto é, da aurora ao crepúsculo (Nucci, 2016).

Na jurisprudência, preponderava a terceira corrente. Porém, a recente lei 13.869/2019 prevê no seu artigo 22 que constitui abuso de autoridade cumprir mandado de busca domiciliar após as 21 e antes das 5 horas⁹⁴. Quer nos crer que a partir do advento desta lei a discussão ficou superada, pois o próprio legislador estabeleceu um critério objetivo acerca do período em que a busca domiciliar pode ser executada.

É importante observar que se houver consentimento do morador, é possível a entrada de agentes policiais em domicílio, mesmo no período noturno, pois trata-se de uma proteção que a Carta Magna lhe outorga e da qual pode dispor, se lhe aprouver. Porém, o ônus da prova acerca desta autorização incumbe inteiramente ao Estado. O Superior Tribunal de Justiça tem adotado posição bastante rigorosa em relação à forma de comprovação desse consentimento, notadamente após o julgamento do Habeas Corpus n. 598.051⁹⁵, entendendo que deve ser exigida documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado) e totalmente registrada em vídeo e áudio.

Insta acentuar que é tipificado como abuso de autoridade tanto o ingresso em domicílio por agente público sem observância das formalidades legais quanto a coação ao fornecimento de autorização para entrada.⁹⁶

94. § 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

[...]

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinete e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

95. Habeas Corpus n. 598.051/SP. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Sexta Turma. Julgado em 02.03.2021.

96. Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Relativamente à busca em escritório de advogado, é importante observar a correta interpretação do § 2º do art. 243 do CPP, que prevê que “não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”. Inexiste, em absoluto, vedação ao cumprimento de busca em escritório de advocacia, pois do contrário tal local estaria acobertado por uma espécie de imunidade, tal qual ocorre com as embaixadas de outros países, o que afrontaria completamente o Estado Democrático de Direito. Tem-se então que é viável a expedição de mandado quando o próprio advogado for investigado por prática criminosa ou quando se constatar fundadas razões de que no escritório do advogado esteja armazenado algo que constitua diretamente a prova do fato investigado, como a arma utilizada no homicídio e entregue ao profissional pelo cliente, bens subtraídos num roubo ou documentos falsificados. Porém, não é possível emitir a ordem de busca quando o propósito seja provar o crime por meio de anotações ou arquivos do profissional da advocacia, pois aí haveria uma intervenção indevida na sua inviolabilidade profissional. Em todo caso, no cumprimento do mandado de busca deve ser observada a necessidade de um representante da OAB presente na diligência e diversas outras formalidades previstas no artigo 7º, § 6º, do Estatuto da Advocacia⁹⁷.

Um aspecto importante da busca domiciliar a ser estudado é o que envolve a existência de uma situação de crime permanente. A CRFB é expressa no sentido de que, no caso de flagrante delito, não se necessita de ordem judicial para ingresso em residência. Porém, a jurisprudência atual das

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

97. Lei n. 8.906/94.

cortes superiores faz algumas ressalvas acerca da validação do ingresso em domicílio nesses casos.

Vamos recordar que crimes instantâneos são aqueles cuja consumação se verifica em um momento determinado, sem continuidade no tempo. É o caso do furto, que se consuma no momento em que o bem subtraído é retirado da esfera de disponibilidade da vítima, e do homicídio, que se consuma quando a vítima vem a óbito. Já os crimes permanentes são aqueles cuja consumação se prolonga no tempo, por vontade do agente. O ordenamento jurídico permanece sendo violado enquanto a ação típica é praticada, razão pela qual a situação flagrancial se mantém. No caso dos crimes de sequestro ou extorsão mediante sequestro, enquanto a vítima permanecer privada de sua liberdade, o crime continua ocorrendo, não há uma consumação que se esgota no momento em que a vítima é arrebatada pelo sequestrador. Da mesma forma, nos crimes de tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo, enquanto o material entorpecente ou bélico é mantido armazenado no interior de residência sem autorização legal, o crime permanece ocorrendo a todo o tempo.

Durante muito tempo se entendeu que em situações tais os agentes policiais poderiam a qualquer momento adentrar no domicílio e efetuar a prisão em flagrante, independentemente de qualquer circunstância, e a atuação estatal seria legítima. Houve uma quebra de paradigma com o julgamento do Tema 280 do sistema de precedentes de Repercussão Geral pelo STF em 05.11.2015, no qual foi fixada a seguinte tese:

A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e

penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.⁹⁸

A partir de tal decisão, a prisão em flagrante realizada mediante ingresso em domicílio sem ordem judicial, mesmo no caso de crime permanente, somente pode ser convalidada se evidenciado que antes da entrada os agentes tinham ciência de circunstância fática objetiva que apontasse para a situação delituosa que se desenvolvia. Ou seja, após a ação os agentes devem demonstrar que havia fundadas razões prévias à entrada na residência que justificavam a violação. Isso não ocorre no caso de denúncia anônima ou mera suposição do agente policial, por exemplo. Se o ingresso forçado no domicílio ocorre a partir dessas motivações, a prova do crime que for obtida deverá ser considerada ilícita. Essa interpretação constitucional conduz invariavelmente a situações “indigestas” ao senso comum da população, pois impõe ao Judiciário invalidar a obtenção de provas materiais sobre a prática de crime grave, como quando a entrada forçada na residência, sem justa causa prévia, resulta na apreensão de grande quantidade de drogas ou armas. Porém, o propósito desse controle jurisdicional é a salvaguarda de todo o arcabouço de direitos fundamentais, os quais exigem uma postura rigorosa em sua defesa, sem concessões casuísticas. Se assim não fosse, não haveria qualquer desestímulo a que as forças policiais invadissem residências com base em suposições subjetivas, pois no caso de êxito na localização de ilícitos a ação seria convalidada e no caso de malogro dificilmente a violação seria levada a conhecimento das instâncias competentes para apuração.

23.2 Busca pessoal

Na seara processual penal, a busca pessoal é medida de averiguação realizada diretamente no corpo da pessoa por

98. STF, Recurso Extraordinário n. 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 05.11.2015.

agente público, para alguma das finalidades previstas no artigo 240 do CPP. Não se pode confundi-la com a busca pessoal que por vezes é realizada por medida de segurança, como as averiguações feitas em aeroportos, eventos culturais, esportivos ou festas. Nesses locais, embora inexista qualquer suspeita da prática de crime pelo cidadão, a medida é realizada em caráter preventivo, para garantir que não haja risco à segurança de todos os demais usuários do serviço ou participantes do evento.

Para a realização da busca e apreensão de natureza processual penal, é necessária a constatação de **fundada suspeita** de que o destinatário oculte consigo arma ou coisa proibida, conforme § 2º do art. 240⁹⁹. Não depende de mandado judicial, de modo que pode ser realizada por qualquer agente público investido em função relacionada à atividade policial. O STJ tem entendido que a guarda municipal não tem atribuição para realizar buscas pessoais, se não houver relação com a tutela de bens, serviços e instalações municipais¹⁰⁰. Por outro lado, a realização da abordagem desprovida de qualquer suspeita fundada, praticada com finalidade vexatória, pode caracterizar ação ilícita do agente que a realizou e sujeitá-lo a responder por prevaricação.

Não há, obviamente, restrição de horário para cumprimento da busca pessoal, exceto se o destinatário da medida estiver abrigado no interior de sua residência, quando incidirá a proteção constitucional.

A busca em mulher deve, preferencialmente, ser feita por outra mulher¹⁰¹, mas não há proibição legal a que agente do gênero masculino a realize se as circunstâncias tornarem ne-

99. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *b* do parágrafo anterior.

100. Vide, a propósito: AgRg no HC n. 799.117/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 31/5/2023.

101. Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência.

cessária tal atuação. É o caso, exemplificativamente, de uma guarnição policial composta somente por homens deparar com uma mulher próxima a local de homicídio em atitude suspeita (objeto de volume aparente na cintura), e não houver possibilidade de chegada breve de policial feminina para executar a busca. Logicamente que se houver desvio de finalidade ou conduta indevida durante a execução da busca o responsável ficará sujeito à responsabilização.

A jurisprudência do STJ equipara à busca pessoal a busca realizada em veículo em deslocamento e tem exigido a indicação de circunstâncias concretas que apontem para a fundada suspeita da prática de crime para legitimar a prova obtida em eventual abordagem policial¹⁰². É importante recordar, porém, que a legislação de trânsito, especialmente o CTB – Lei 9.503/97 – confere a possibilidade de órgãos policiais realizarem a fiscalização de veículos automotores em circulação, visando verificar a regularidade do veículo e da documentação pertinente. Não é razoável, a nosso ver, que se anule a prova de crime obtida em fiscalização de trânsito, pois pensar o contrário equivale a obrigar os agentes públicos a uma omissão, como na situação corriqueira de uma barreira policial para fiscalização de rotina que revela o transporte de elevada quantidade de drogas no porta-malas do veículo.

23.3 Busca extradomiciliar

Conforme pontuamos acima, a busca extradomiciliar é aquela que ocorre em local não equiparado a domicílio e que por isso não é albergada pela proteção constitucional. É o caso da busca realizada em salão comunitário, ginásio esportivo, espaço não privativo de algum estabelecimento

102. Vide, à propósito: A busca pessoal pode ser equiparada à busca veicular quando há fundada suspeita, conforme o artigo 244 do CPP. AgRg no HC n. 812.798/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 23/6/2023.

comercial e também da busca em veículo estacionado, já que o veículo não é considerado extensão de domicílio.

Para a busca extradomiciliar, não é exigida autorização judicial prévia e tampouco há restrição de horário para seu cumprimento, porém, é imprescindível a fundada suspeita de alguma das situações elencadas no artigo 240 do CPP.

24 Intercepção de comunicações telefônicas

A intercepção de comunicações telefônicas de pessoas investigadas é submetida a uma rígida disciplina legal, pois interfere em direito fundamental albergado na Constituição da República. Nessa esteira, o inciso XII do artigo 5º da CRFB preconiza que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. O inciso sob enfoque foi regulamentado pela Lei 9.296/96, cujo art. 1º, parágrafo único¹⁰³, estende a intercepção ao fluxo de comunicações em quaisquer sistemas de informática e telemática, que é a ciência que estuda a comunicação associada à informática, como é o caso do correio eletrônico (e-mail).

Há posicionamentos na doutrina no sentido de que a intercepção de comunicações telemáticas é inconstitucional, já que o preceito autoriza o monitoramento “no último caso”, no que estaria se referindo apenas às comunicações telefônicas, enquanto que a telemática é uma comunicação de dados. Porém, é uníssona a doutrina dos direitos

103. Art. 1º A intercepção de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à intercepção do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

fundamentais no sentido de que não há direito absoluto, pois a inevitável colisão entre direitos antagônicos impõe a necessidade de balizamento e esse também é o posicionamento já externado pelo STF em diversas oportunidades. Ninguém pode ter direito a sigilo de dados para cometer crimes. Então, preenchidos os requisitos legais, pode haver interceptação das comunicações telemáticas.

No estudo desse meio de obtenção de prova, a doutrina costuma distinguir três categorias, a saber, **interceptação telefônica**, **escuta telefônica** e **gravação clandestina**.

A **Interceptação telefônica** (*stricto sensu*) é a captação de conversação por terceiro, que grava ou não o diálogo, sem o conhecimento dos interlocutores. É a mais usual forma de emprego desse meio de obtenção de prova, ocorrendo quando órgãos de investigação monitoram diálogos de investigados. Difere da **Escuta telefônica**, que é a captação por terceiro com o consentimento de um dos interlocutores, como no caso da extorsão mediante sequestro, em que a polícia monitora os telefonemas feitos pelos sequestradores à família da vítima, com a anuência desta. Ambas se submetem à regulamentação da Lei 9.296/96, já que compreendidas no termo “interceptação” previsto no art. 5º, XII, da CRFB, uma vez que há a participação de terceiro, alheio aos interlocutores, monitorando o diálogo. Por outro lado, a **Gravação telefônica (gravação clandestina)** é a gravação (registro) da conversa por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, não havendo um terceiro envolvido. Não está abarcada no termo “interceptação” prevista na CRFB e por isso não se submete ao regime da Lei n. 9.296/96. A gravação telefônica clandestina sempre foi validada como meio de prova, como no caso em que a vítima da extorsão ou estelionato grava a conversa com o agente, até porque seria absurdo considerar a ação delituosa perpetrada pelo agente protegida pelo direito ao sigilo ou privacidade perante aquele contra quem o crime é praticado.

De acordo com a disciplina da Lei n. 9.296/96, a interceptação telefônica propriamente dita e a escuta telefônica têm como requisitos: 1) existência de uma ordem judicial fundamentada; 2) finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal relativa a crime punido com pena de reclusão; 3) existência de indícios razoáveis de autoria ou participação do investigado; 4) a impossibilidade de se produzir a prova por outros meios.

Com efeito, a interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova essencialmente subsidiário, isto é, não deve ser empregado como instrumento inicial na investigação quando houver a possibilidade de se apurar os fatos por outros meios. Somada a esta restrição, a lei estabeleceu um prazo de validade exíguo, de apenas 15 dias, na lógica de que se trata de uma intervenção excepcional no direito fundamental ao sigilo das comunicações, exigindo nova avaliação judicial sempre que houver necessidade de renovação. Outrossim, a renovação dos períodos de interceptação pode ser realizada sucessivas vezes, enquanto persistir a necessidade e os requisitos legais estiverem atendidos. Nesse sentido foi a definição dada pelo STF no julgamento do Tema 661 do sistema de precedentes em Repercussão Geral, fixando-se a seguinte tese:

São lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a decisão judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto¹⁰⁴.

104. RE 625263, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2022,

Ao postular ao Judiciário a utilização da interceptação telefônica, a autoridade que conduz a investigação deve demonstrar que há indício suficiente do envolvimento do alvo da medida com o delito investigado, consoante elemento de informação já obtido no curso da investigação. Logicamente, não pode embasar a representação meramente em denúncias anônimas ou em suspeitas desprovidas de respaldo em algum elemento concreto, pois para deferir a medida o juiz deve apontar, na sua decisão, os indícios de autoria ou participação do destinatário da medida no crime apurado. Também deve trazer elementos de convicção no sentido da impossibilidade de se produzir a prova por meio dos métodos tradicionais de investigação.

Vale observar que embora o artigo 3º da Lei n. 9.296/96 preveja a possibilidade de o juiz determinar de ofício a interceptação de comunicações telefônicas¹⁰⁵, tal previsão incide em inconstitucionalidade por violação ao sistema acusatório, pois ao adotar tal medida sem provocação o juiz estaria assumindo para si a função de produzir a prova, em substituição à atuação das partes. Afora isso, tal dispositivo colide frontalmente com o artigo 3º-A do CPP, inserido no CPP pela “Lei Anticrime”, que prevê que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Uma situação frequente na utilização da interceptação telefônica é o encontro fortuito de provas, que é plenamente válido, ainda que a investigação não tenha nenhuma conexão com o fato descoberto (Vide, a propósito, o tema “serendipidade” tratado no tópico 11).

PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO
DJe-109 DIVULG 03-06-2022 PUBLIC 06-06-2022.

105. Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
- I - da autoridade policial, na investigação criminal;
 - II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Importante assinalar que a implementação de interceptação telefônica sem ordem judicial ou a quebra de seu segredo de justiça caracteriza infração penal por parte dos agentes públicos envolvidos¹⁰⁶.

Reitere-se, por fim, que a gravação telefônica, isto é, a gravação clandestina do diálogo por um dos interlocutores, não se submete aos requisitos da Lei n. 9.296/96, de modo que tal registro pode ser utilizado como elemento de prova independente de ordem judicial prévia e da natureza do crime que esteja sendo apurado.

25 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos - Gravações ambientais

Ambiental, como o próprio nome sugere, é a *comunicação* coletada no ambiente em que ocorre, diálogo direto, não ao telefone. É a conversação “não telefônica”, que ocorre num escritório, residência, restaurante ou sala de prédio público, enfim, em qualquer espaço, público ou privado.

Nas palavras de Norberto Avena, “as captações ambientais lato sensu compreendem toda e qualquer forma de captação de sons, imagens ou sinais eletromagnéticos que não se utilizem da linha telefônica. São aquelas captações realizadas por meio de filmadoras, gravadores acústicos, transmissores e outros equipamentos similares” (2021, p. 527).

As captações de comunicações ambientais não ferem a proibição do inciso XII do art. 5º da CRFB, mas podem, eventualmente, ferir outra garantia individual, que é o direito à intimidade e vida privada, que também possuem o status

106. Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judicial que determina a execução de conduta prevista no *caput deste artigo com objetivo não autorizado em lei*.

de direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso X, da CRFB¹⁰⁷. De fato, ninguém tem o direito de monitorar atividades alheias em ambiente privado, como a residência ou local de trabalho exclusivo da pessoa (não confundir com um comércio de acesso ao público). Já se discutiu inclusive se o monitoramento em vias públicas não violaria essa garantia, mas prevaleceu o entendimento de que não, pois não há direito à privacidade sobre o que se faz num local público.

As modalidades de gravação ambiental são classificadas de forma similar às gravações telefônicas:

A **Interceptação ambiental (*stricto sensu*)** é a captação de sons e/ou imagens por terceiro, envolvendo a conversa ou o comportamento de duas ou mais pessoas, sem o consentimento destas. Ex.: autoridade policial filma em dias sucessivos as ações de criminosos vendendo drogas, armas ou extorquindo pessoas em vias públicas. A **Escuta ambiental** é a captação de sons e/ou imagens por terceiro, com o consentimento de um dos envolvidos. Ex.: Polícia faz escuta com transmissor instalado na roupa de um empresário, no momento em que ele é vítima de concussão por funcionário público. A **Gravação ambiental** é a gravação (registro) da conversa ou comportamento por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro. Ex.: morador grava miliciano cobrando a contribuição mensal sob ameaças.

Não existia uma lei que, a exemplo da 9.296/96, regulamentasse a captação ambiental, embora a Lei das Organizações Criminosas, Lei n. 12.850/13, previsse sua utilização como meio de prova¹⁰⁸. Porém, artigo inserido recentemente

107. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

108. Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

[...]

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

na Lei n. 9.296/96 pela “Lei Anticrime” tratou do instituto, dando-lhe disciplina muito similar à da interceptação telefônica, pois autoriza o emprego desse meio de prova em caráter excepcional, se existir justa causa, com limitação temporal e restrito a determinada categoria de crimes. É válida a transcrição do dispositivo legal, a fim de melhor ilustrar os requisitos exigidos:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º A instalação do dispositivo de captação ambiental poderá ser realizada, quando necessária, por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa, nos termos do inciso XI do caput do art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da

[...].

autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

Tem-se então que, a exemplo da interceptação de comunicações telefônicas, a interceptação ambiental pressupõe o reconhecimento de que a prova não possa ser feita por outros meios, a existência da materialidade e indícios de autoria, e que pelo menos um dos crimes investigados tenha cominação de pena máxima superior a 4 anos.

É muito importante salientar, porém, que a incidência do art. 8º-A da Lei n. 9.296/96 é exclusiva às hipóteses de interceptação ambiental e escuta ambiental, consoante conceitos antes definidos, e não se aplica às captações realizadas por um dos envolvidos no fato, sem a intervenção de terceiro.

Nessa linha de raciocínio, a validade da utilização da gravação de comunicação ambiental no processo penal depende sempre da verificação do local em que o diálogo ocorre, a fim de definir se havia ou não alguma proteção à intimidade dos interlocutores, e de quem é o responsável pela captação. Se o fato ocorre em ambiente público (ruas, praças, saguão de prédio, área comum de empresa ou prédio público), a captação feita por agente público ou particular pode ser utilizada como prova independente de qualquer requisito, pois ninguém tem expectativa de privacidade sobre o que faz nesses locais. Por outro lado, se o fato ocorre no interior de residência, escritório de profissional liberal, de empresário, área restrita de órgão público ou espaço similar, há expectativa de sigilo e então a utilização depende de quem a realize:

» Caso se trate de **interceptação ambiental** ocorrida em local privado, só terá validade se houver prévia autoriza-

ção judicial, com atendimento dos requisitos estabelecidos no art. 8º-A da Lei n. 9.296/96. Ex.: Polícia instalar de forma sub-reptícia um transmissor numa empresa ou escritório em que suspeita que irá ocorrer diálogos sobre a prática de crimes, ou num depósito fechado de empresa para filmar eventual chegada de cargas roubadas.

» Caso se trate de **escuta ambiental** realizada em local em que exista expectativa de privacidade, de igual forma, é necessário atender-se aos mesmos requisitos legais. Ex.: Polícia é avisada por empresário que venceu licitação que um funcionário público está exigindo propina para formalizar a contratação. Ainda que haja consentimento da vítima para a instalação de transmissor visando a escuta do diálogo numa reunião agendada com o funcionário e sua eventual prisão em flagrante, necessário obter a autorização judicial prévia, já que há uma captação operacionalizada por terceiro.

» Caso se trate de **gravação ambiental clandestina**, é amplamente majoritário o entendimento de que a gravação produzida pode perfeitamente ser utilizada como meio de prova, como nas situações em que a própria vítima registra diálogo com o criminoso, obtendo comprovação da ação delituosa (como no caso da paciente vítima de importunação ou abuso sexual em consultório médico que aciona gravador e dialoga com o profissional a respeito do ocorrido). Entende-se que, por ser a gravação feita por um dos interlocutores, é válida independente de autorização judicial prévia, pois o outro envolvido não pode reclamar privacidade sobre aquilo que ele próprio falou espontaneamente. E ademais, se o próprio depoimento da vítima sobre a investida criminoso é plenamente válido como meio de prova, não haveria sentido em se negar validade à gravação do diálogo, que robustece a autenticidade dessa declaração. Essa posição foi firmada pelo STF no sistema de precedentes de Repercussão Geral, fixando-se a seguinte tese no tema 237: “É lícita a prova

consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro”¹⁰⁹.

Ocorre que, ao criar a disciplina legal para a captação ambiental, a Lei n. 13.964/2019 dispôs que a gravação feita por um dos interlocutores sem o conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público somente pode ser utilizada em matéria de defesa, em dispositivo que não constava no projeto enviado pelo então Ministro da Justiça Sergio Moro, e que foi incorporado durante o processo legislativo¹¹⁰. Essa disposição chegou a ser vetada pelo Presidente da República, mas em 19.04.2021 o Congresso Nacional derrubou o veto, dando vigência à restrição. Quer nos crer que esse parágrafo virá a ser reconhecido inconstitucional pelo STF, não só porque contraria a jurisprudência consolidada da corte em matéria constitucional, mas também porque soa absurda perante o devido processo legal, pois limita a utilização de uma modalidade de prova apenas em favor de uma das partes, violando a paridade de armas e o princípio da vedação de proteção deficiente à sociedade. Somente haveria sentido em se limitar a utilização em favor da defesa do acusado caso se tratasse de prova ilícita, mas não é, pois não viola nenhum direito fundamental do acusado. Já há precedente da suprema corte posterior à vigência da Lei n. 13.964/2019 reafirmando a jurisprudência anterior¹¹¹.

Com mais razão ainda, o monitoramento de imagens realizado em local particular é plenamente válido como meio de prova quanto ao proceder de estranhos que ali invadam

109. RE 583937 QO-RG, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009.

110. § 4º A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público poderá ser utilizada, em matéria de defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

111. ARE 1431397 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15/08/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 17-08-2023 PUBLIC 18-08-2023.

ou entrem sem autorização, pois estes não poderiam jamais invocar privacidade sobre o que estão a fazer num local cuja presença seja clandestina.

Em linhas gerais, o procedimento para implementação da captação ambiental segue a mesma disciplina da interceptação telefônica, com tramitação célere e em segredo de justiça. O prazo de validade também é de 15 dias, com possibilidade de prorrogação sucessiva por tantas vezes quantas for necessário, quando verificada a permanência da prática criminosa, mas sempre mediante ordem judicial fundamentada.

26 Análise de dados armazenados em smartphones, notebooks e outros equipamentos eletrônicos similares

Questão extremamente polêmica na atualidade é a possibilidade de os agentes estatais examinarem dados contidos em smartphone apreendido com pessoa presa em flagrante delito ou que seja alvo de investigação criminal, ante a evidente possibilidade de haver diálogos registrados em aplicativos de mensageria que constituam elemento de convicção acerca de práticas ilícitas.

Em linha de princípio, há que se entender que os dados armazenados nestes equipamentos estão albergados pelo direito ao sigilo das comunicações e/ou pelo direito à privacidade de dados, pois a rigor é uma comunicação similar à que ocorre por telefone ou por correspondência escrita, os quais inegavelmente são sigilosos. Por isso, o fato de a comunicação ocorrer em uma plataforma diferente não afasta o direito ao sigilo. Via de consequência, o acesso a esses dados depende de autorização judicial prévia que, havendo justa causa, decreta a quebra do sigilo. Nesta esteira é a posição do STJ:

A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido

de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos («WhatsApp»), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel» (HC 372.762/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 16/10/2017)¹¹².

A questão está afetada para julgamento no sistema de repercussão geral (Tema 977), no qual o Supremo Tribunal Federal está discutindo se há ilicitude na prova produzida a partir da verificação de dados armazenados em telefone celular, hábeis a identificar autor de crime. O julgamento foi iniciado em 11.11.2020 e duas correntes se formaram. Uma defendida pelo Ministro Dias Toffoli, que votou por fixar a seguinte tese:

É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII).

A outra, já endossada pelos Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, fixa tese oposta:

O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência

112. AgRg no REsp n. 2.002.446/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.

à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX)¹¹³.

Portanto, até a conclusão desse julgamento, é prudente que a autoridade policial realize a apreensão do aparelho (visto que é elemento de convicção) e requeira ao juiz competente autorização para acessar seu conteúdo. Caberá ao juiz então, se for o caso, excepcionar fundamentadamente o direito fundamental do investigado ao sigilo dos dados e autorizar a análise do conteúdo pela autoridade policial, inclusive mediante perícia prévia para extração de dados, se necessário.

113. Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.042.075, Rel. Min. Dias Toffoli.

Parte 2

PRISÃO E LIBERDADE NO PROCESSO PENAL

27 Conceito de prisão

Conforme Renato Brasileiro de Lima, a prisão é “a privação da liberdade de locomoção, com o recolhimento da pessoa ao cárcere, seja em virtude de flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, seja em face de transgressão militar ou por força de crime propriamente militar, definidos em lei” (2021, p. 833).

A regra em nosso ordenamento jurídico, prevista no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal, é de que a constrição da liberdade só é possível em caso de flagrante delito ou por ordem da autoridade judiciária competente, excetuados os crimes militares e transgressões militares.

Portanto, para os militares sujeitos à disciplina própria (três forças federais e militares dos Estados), é possível a prisão por ordem do militar superior competente, de acordo com as normas internas. A Constituição autoriza isso para preservar a hierarquia e disciplina (Ex.: insubordinação, dormir em serviço, falta ao trabalho etc.).

Transgressão militar, segundo o regulamento disciplinar do Exército (Decreto n. 4.346/2002), é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, ou que afete a honra pessoal, o pundonor e o decoro da classe (as transgressões estão listadas no anexo I do regulamento – Exemplos: “valer-se do anonimato”; “falar habitualmente língua estrangeira”).

Outra exceção importante à necessidade de ordem judicial para a privação de liberdade ocorre no sistema constitucional das crises – Estado de Defesa e Estado de Sítio – quando o Presidente da República pode baixar decreto com várias restrições a direitos fundamentais, inclusive a detenção de pessoas. Na vigência do Estado de Defesa é autorizada a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida indicado no decreto presidencial e ainda que o agente não esteja em situação de flagrante. Tal prisão ocorrerá por prazo não superior a 10 dias e haverá comunicação imediata ao juiz competente, que poderá relaxar a prisão se constatar sua ilegalidade¹¹⁴. No Estado de Sítio, cujo decretação depende de autorização prévia do Congresso Nacional, também poderão ocorrer tais prisões, inclusive com a detenção de pessoas em edifícios não destinados a prisões¹¹⁵.

Cumprе ressaltar que a prisão administrativa, antiga modalidade de prisão prevista em nosso ordenamento jurídico, está atualmente abolida, por ser inconstitucional. Também foi revogada a hipótese de detenção de estrangeiro para extradição, expulsão e deportação, por ordem do Ministro da Justiça, antes prevista no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), não mais admitida na nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), que prevê a possibilidade de prisão nestes

114. § 3º Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

115. Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

[...]

II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;

[...].

casos somente como medida cautelar, quando presentes os requisitos desta, a ser decretada pelo STF quando o estado requerente representar pela medida¹¹⁶. Logo, não é mais automática a prisão de alguém que esteja sofrendo processo de extradição.

28 Espécies de prisão

No ordenamento jurídico há 3 espécies de prisões:

28.1 Prisão pena ou prisão-penal

É a privação da liberdade imposta em virtude de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou seja, aplicação da sanção privativa de liberdade cominada ao delito praticado.

28.2 Prisão sem pena ou prisão processual:

É a privação da liberdade de natureza processual, que não tem caráter punitivo, mas finalidade cautelar para o processo, cabível em determinadas hipóteses e tratada como exceção no processo penal. São espécies de prisão processual: a) prisão em flagrante (arts. 301 a 310); b) prisão preventiva (arts. 311 a 316); c) prisão temporária (Lei n. 7.960/89).

Antigamente falava-se em outras duas modalidades, a prisão decorrente de pronúncia e de sentença condenatória recorrível, mas estas não gozam de autonomia porque na realidade são modalidades que se confundem com a prisão preventiva, pois só podem ser decretadas quando presentes os pressupostos e fundamentos desta. Já a prisão domiciliar,

116. Art. 84. Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradição, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a executoriedade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.

inserida nos arts. 317 e 318 do CPP, não é propriamente uma nova forma de prisão processual, mas uma forma de execução da prisão preventiva, até porque só pode ser decretada quando presentes os fundamentos daquela. Isto é, ao invés de a prisão preventiva ser cumprida em instituição prisional, passa a ser cumprida na residência do indiciado ou acusado, quando satisfaça os requisitos para a substituição.

28.3 Prisão extrapenal

Abrange a prisão civil e a prisão militar. No primeiro caso, atualmente só é admitida para o devedor de alimentos. Embora a CRFB admita a possibilidade de prisão civil do depositário infiel¹¹⁷, o STF afirmou na súmula vinculante n. 25¹¹⁸ que não mais é cabível tal modalidade, por ser incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

29 Aspectos diversos sobre a prisão

29.1 Execução da prisão em domicílio

O cumprimento do mandado de prisão deve observar a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio. Assim, durante a noite, só é possível entrar se houver consentimento do morador, ou no caso de flagrante delito, desastre ou prestar socorro. Por conseguinte, ainda que se saiba que um destinatário de mandado de prisão está homiziado em determinada residência, não será possível o ingresso em período noturno para capturá-lo, exceto se houver anuência do morador.

117. LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

118. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

29.2 Uso de algemas

O uso de algemas é tema bastante polêmico. O artefato é importante mecanismo de garantia contra a evasão e também para assegurar a integridade física dos agentes públicos e do próprio detido. No entanto, critica-se a utilização quando desnecessária, pela situação vexatória a que se submete o preso, o que pode caracterizar violação do princípio da dignidade da pessoa humana. O CPP estabelece no art. 295 que “não será permitido o emprego da força, salvo o indispensável no caso de resistência ou tentativa de fuga”. O STF, após um período em que houve muitos abusos no uso de algemas em operações policiais, muitas delas televisionadas em tempo real, editou em 2008 a súmula vinculante n. 11, segundo a qual

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A edição dessa súmula foi muito criticada, pois não existiam os pressupostos do art. 103-A da CRFB, especialmente “reiteradas decisões sobre a matéria constitucional” e por não caber a enunciado de súmula cominar sancionamento de agentes públicos. Há quem defenda, outrossim, que o uso de algemas é prática natural no cumprimento de prisão, exatamente para se evitar que a natural busca pela manutenção da liberdade evolua para conflito mais grave.

Somente em 26.09.2016 foi publicado Decreto presidencial que regulamenta o tema e que trouxe disposição muito similar à súmula vinculante: “Art. 2º É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado

receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito”¹¹⁹.

O que tem prevalecido, em termos doutrinários e jurisprudenciais, é que o emprego de algemas não é consectário de toda e qualquer prisão. Deve ser feito quando absolutamente necessário e com fundamentação escrita da necessidade. No entanto, ainda que haja utilização indevida de algemas, não há nulidade da prisão, mas sim responsabilização do agente público pelo excesso cometido.

Em sessão do Tribunal do Júri, há norma específica no artigo 474 do CPP¹²⁰ e nesse ato processual a situação é mais sensível, pois o emprego desnecessário de algemas pode implicar estigma contra o acusado e influenciar os jurados no seu julgamento, incutindo-lhes a percepção de que o réu é um criminoso perigoso. Por isso, no caso de uso injustificado de algemas pode ser anulado o julgamento.

29.3 Prisão em período eleitoral

O artigo 236 do Código Eleitoral veda a prisão, salvo em flagrante delito ou condenação definitiva, desde 05 dias antes até 48 horas depois da eleição¹²¹. A pretensa finalidade da norma, editada no período do regime militar, seria impedir prisões destinadas a influenciar no resultado das eleições. No atual regime democrático é duvidosa a constitucionalidade desse dispositivo e não há sentido nessa interdição temporal.

119. Decreto n. 8.858, de 26 de setembro de 2016.

120. § 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

121. Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

29.4 Imunidades à prisão:

Em regra qualquer pessoa pode ser presa, mas há exceções:

» O Presidente da República está imune, nas infrações comuns, enquanto não sobrevier sentença condenatória (art. 86, § 3º, da CRFB¹²²), logo, contra ele não cabe prisão cautelar. E de acordo com o § 4º, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao cargo. Portanto, só pode ser processado por atos que cometer durante o mandato. Nesse caso, recebida a denúncia de crime comum pelo STF, fica suspenso das funções (art. 86, § 1º, I), o mesmo ocorrendo nos crimes de responsabilidade, instaurado o processo pelo Senado (Inciso II – impeachment), após admitida a acusação pela Câmara (art. 86, caput)¹²³.

» Imunidades diplomáticas: O Brasil é signatário da “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”, promulgada pelo Decreto n. 56.435/1965, norma de direito internacional que preconiza que os Chefes de Governo ou de Estado estrangeiro, suas famílias e membros das comitivas, embaixadores e suas famílias, funcionários estrangeiros do corpo diplomático e suas famílias, assim como funcionários as organizações internacionais em serviço (ONU, OEA etc.) possuem imunidade à jurisdição penal do Estado acreditado, ou seja, respondem pelo delito no país de origem e não naquele em que estejam. Em razão disso, não estão sujeitos

122. § 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

123. Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

[...]

à prisão processual e a processo. Isso não impede que as autoridades policiais investiguem materialidade e autoria do fato em tese delituoso cometido, mas o inquérito deverá depois ser remetido ao Estado de origem.

» Deputados e Senadores: Segundo o art. 53, § 2º, da CF, não podem ser presos desde a expedição do diploma, salvo em flagrante de crime inafiançável. E, mesmo nesse caso, o APF deve ser remetido à Casa respectiva, que irá deliberar se o mantém preso ou não. Essas regras não se aplicam a deputados estaduais e senadores, ao menos no entendimento atual do STF.

» Magistrados e promotores: A única imunidade é relativa a crimes afiançáveis, em relação aos quais possuem a prerrogativa de não serem presos em flagrante, sem prejuízo de a ocorrência ser registrada e encaminhada ao Tribunal competente para processamento. Estão sujeitos à prisão em flagrante por crimes inafiançáveis e neste caso deverão ser imediatamente apresentados ao Presidente do Tribunal de Justiça ou Procurador-Geral de Justiça, respectivamente. Também estão sujeitos a prisões temporárias e preventivas, desde que decretadas pelo Tribunal perante o qual possuem prerrogativa de foro.

» Advogados: Nos termos do Estatuto da Advocacia, a imunidade é apenas à prisão em flagrante **relativa a motivo ligado ao exercício da profissão, que só pode ocorrer se o crime for inafiançável** (Lei 8.906, art. 7.º, § 3º). E, neste caso, deverá haver presença de representante da OAB na lavratura. Por consequência, o advogado não pode ser preso em flagrante, por exemplo, pelo crime de desacato numa situação que se enquadre no exercício da profissão, já que se trata de delito afiançável.

29.5 Prisão especial

O Código de Processo Penal prevê em seu artigo 295 o direito a prisão especial para determinados indivíduos, num rol muito pródigo e criticável. É certo que para determinados agentes, em razão do cargo que ocupam, é necessário o direito à prisão em separado dos demais detentos, para garantia da sua integridade física. Para além disso, se trata de um privilégio injustificável. Além do rol do artigo 295, incluem-se ainda os pilotos de aeronaves mercantes (Lei 3.988/61), dirigentes sindicais (Lei 2.860/56), professores de ensino fundamental e médio (Lei n. 7.172/83), Conselheiros Tutelares (Lei n. 8.069/90) e juízes de paz (Lei Complementar n. 35/79) e, em geral, policiais e servidores públicos, conforme estatutos próprios. Ressalte-se que a concessão de prisão especial a “qualquer dos diplomados pelas faculdades superiores da República”, prevista no art. 295, VII, do CPP, foi tida pelo STF como não recepcionada pela CRFB/88, em julgamento realizado em 03.04.2023 na ADPF n. 334¹²⁴.

De qualquer modo, conforme §§ 1º e 2º do artigo 295 do CPP, a prisão especial consiste apenas em recolhimento em local distinto da prisão comum (prédio diverso) ou, não havendo, numa cela distinta do mesmo estabelecimento, ou seja, garante apenas que o preso detentor da prerrogativa não seja mantido junto com presos sem esse direito, sem que isso constitua garantia de cela individual. Em regra, pela lei processual e de execução penal, a prisão especial só vale até o trânsito em julgado. No entanto, para determinados agentes, como no caso de policiais, observa-se essa regra também na fase de cumprimento de pena, para garantia de sua integridade física.

124. ADPF 334, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 25-05-2023 PUBLIC 26-05-2023.

29.6 Sala de Estado-maior

É uma sala e não cela, existente em estabelecimentos militares, em regra destinado ao uso dos oficiais que assessoram o comandante do grupamento. Algumas categorias de pessoas tem a prerrogativa, **exclusivamente em relação à prisão cautelar**, de ser presas nesse local. São eles: magistrados, membros do Ministério Público, membros da Defensoria Pública e advogados, tudo de acordo com os respectivos estatutos das carreiras. Não havendo a sala disponível, deve ser concedida prisão domiciliar. A Lei n. 13.869/2019 tipifica como crime violar a prerrogativa da prisão em sala de estado-maior. Mas há precedentes, do STJ e do TJSC, no sentido de poder alocar o advogado em Presídio, desde que ofereça cela com condições condignas¹²⁵.

30 Prisão em Flagrante

Flagrante é termo que vem da expressão latina “flagrare”, que tem o sentido de queimar, arder. Então a prisão em flagrante é aquela que “queima, que está a acontecer”. Na visão de Renato Brasileiro de Lima, “é medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção daquele que é surpreendido em situação de flagrância, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial” (2021, p. 892). Discute-se qual é a natureza jurídica da prisão em flagrante após o advento da lei das prisões em 2011, que passou a exigir que em 24 horas o juiz decida se a converte em preventiva ou se concede liberdade provisória ao preso. Antes dessa lei, admitia-se a permanência do status de preso em flagrante ao longo do processo, independentemente de conversão em preventiva, quando não fosse o caso de concessão obrigatória de liber-

125. Nesse sentido: TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 5021528-39.2022.8.24.0018, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 08-09-2022.

dade provisória. Lima (2021) argumenta que a natureza é de “medida precautelar”, já que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas colocar o capturado à disposição do juiz para adotar alguma medida cautelar ou conceder a liberdade provisória, mas prevalece o entendimento de que é uma espécie de prisão cautelar, juntamente com a prisão temporária e a preventiva, não obstante sua curta vida jurídica.

De acordo com o artigo 301 do CPP¹²⁶, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo da prisão em flagrante, inclusive a própria vítima do crime. No caso de agentes policiais, há dever legal de efetuar a prisão, sob pena de prevaricação ou até responsabilidade penal pela omissão (art. 13, § 2º, do CP).

30.1 Espécies

As hipóteses em que se admite a prisão em flagrante estão previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal¹²⁷, e são classificadas pela doutrina em três espécies:

Flagrante próprio, também chamado de flagrante real ou verdadeiro: É aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la (artigo 302, incisos I e II, do CPP). A expressão “acaba de cometê-la” é aqui interpretada de forma restritiva, ou seja, absoluta imediatidade após o cometimento da infração. Ocorre, por exemplo, quando o agente é surpreendido enquanto desfere os disparos de arma ou golpes de faca na vítima; enquanto está mantendo as vítimas do roubo sob ameaça pelo emprego de arma; enquanto está se vestindo

126. Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

127. Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

em seguida a ter constrangido a vítima à prática de relação sexual.

Flagrante impróprio, também chamado de irreal ou quase flagrante: Ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração (art. 302, inciso III, do CPP). A expressão “logo após” traduz um espaço de tempo entre a prática do delito e a detenção do agente. Há três elementos nessa situação: perseguição; logo após o cometimento da infração; situação que faça presumir a autoria. Neste caso, ainda que o agente tenha se retirado do local da infração, estará em flagrante enquanto alguém ou as autoridades policiais, prontamente informadas do crime, saíam no encalço dos autores. É o caso, por exemplo, quando logo após roubo a banco, os agentes se ocultam em mata fechada e os policiais efetuam diligência imediata para a captura. Ainda que a captura dos agentes demore horas, até mais de um dia, persiste a situação de flagrante enquanto estiver se desenvolvendo a ação para deter os agentes. Não tem qualquer respaldo jurídico a crença popular de que o prazo da situação de flagrante é de 24 horas, pois ela pode se esgotar bem antes disso, como pode se estender para mais de 24 horas, em casos excepcionais.

O que importa na situação de quase-flagrante é que a perseguição se inicie logo após o cometimento do fato, podendo perdurar por várias horas, desde que seja ininterrupta e contínua. O que encerra a situação de flagrante é a interrupção das buscas pelo autor da infração. Assim, se as buscas cessaram uma hora depois, o agente pode se apresentar 12h depois na Delegacia de Polícia e não estará em situação de flagrante delito.

Flagrante presumido, também conhecido como ficto ou assimilado: o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração (art. 302, inciso IV, do CPP). Não é necessário que haja perseguição, bas-

tando que a pessoa seja encontrada logo depois da prática do ilícito em situação suspeita. A doutrina orienta que a expressão “logo depois” do inciso IV representa um espaço de tempo maior que o “logo após” do inciso III.

O que distingue o flagrante impróprio do flagrante presumido é que no primeiro há uma perseguição ininterrupta ao autor da infração, enquanto no segundo não há essa perseguição, mas encontro do autor com algo que o vincule à infração penal. Bem por isso há casos em que apesar de não ocorrer o flagrante impróprio porque encerradas as buscas, pode estar a situação de flagrante presumido. Exemplificativamente, cometido um roubo a banco, não há buscas imediatas por não se saber o rumo tomado pelos agentes. Porém, blitz policial em outra cidade aborda indivíduos horas depois com capuzes semelhantes aos utilizados na ação, armas de fogo e dinamite (ainda que sem o dinheiro subtraído), ou seja, um conjunto de materiais que indiquem a provável autoria, caracterizando situação de flagrante presumido.

30.2 Situações diversas sobre a prisão em flagrante

Afora essa conceituação clássica das modalidades legais de flagrante delito, há outras situações que merecem estudo, criadas pelo desenvolvimento jurisprudencial:

» **Flagrante em crime permanente:** Nos crimes permanentes, enquanto não cessada a permanência, o agente está em flagrante delito¹²⁸. Os exemplos clássicos de crime permanente são a extorsão mediante sequestro e o tráfico de drogas, nos quais a situação de flagrante se protraí no tempo enquanto o sequestrado é mantido privado de sua liberdade e enquanto a droga é mantida armazenada. A questão que

128. Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

surge é se em casos tais os agentes policiais podem a qualquer tempo violar o domicílio do agente, no escopo de realizar sua prisão em flagrante, independente de ordem judicial, pois estariam amparados na autorização constitucional. Durante muito tempo prevaleceu na jurisprudência a resposta positiva, independentemente de qualquer circunstância, pois a caracterização de crime permanente legitimava o ingresso em domicílio. Tal pensamento não era imune a críticas, pois estimulava incursões aleatórias em residências de suspeitos, calcadas na crença dos agentes públicos, por vezes temerária ou injustificada, de que ali haveria material caracterizador do flagrante delito, o que acabava por anular, em termos práticos, a garantia da inviolabilidade de domicílio, até porque raras vezes a ação estatal inexitosa era denunciada. Tal posicionamento teve uma guinada em 2015, quando o STF, julgando recurso afetado no sistema de Repercussão Geral, estabeleceu requisitos para que essa entrada em domicílio seja considerada lícita pelo Judiciário. Nesse sentido, fixou a seguinte tese (Tema 280): “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”¹²⁹.

» **Flagrante em crime habitual:** Determinados crimes exigem, para sua caracterização, a chamada habitualidade, ou seja, que o agente cometa a conduta de forma reiterada e não uma única vez. Exemplos: Casa de prostituição – Art. 229

129. STF, Recurso Extraordinário n. 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 05.11.2015.

do CP¹³⁰; Curandeirismo – Art. 284 do CP¹³¹. Grande parte da doutrina sustenta ser impossível a prisão em flagrante nesses delitos, pois a caracterização do crime não decorre de um ato isolado, mas sim de uma série de atos. Mas há posicionamento no sentido da possibilidade, desde que no caso concreto as circunstâncias fáticas permitam verificar que o ato flagrado esteja se repetindo com habitualidade.

» **Flagrante em crime de falso testemunho** (art. 342 do CP¹³²). Também há polêmica se é possível prisão em flagrante nesse crime, especialmente quando a ação for falsear a verdade. Argumenta-se que não se poderia prender em flagrante no caso de mentira por dois motivos: 1) até a sentença a testemunha pode se retratar e se o fizer fica isenta de pena¹³³; 2) para reconhecer a mentira, o juiz tem que fazer uma análise antecipada de todo o elenco probatório, para concluir que aquele depoimento é falso, mister que só poderia ser reservado à sentença, sob pena de estar prejudgando a causa. Bem por isso, o CPP determina que ao fazer esse reconhecimento o juiz deve remeter cópias à autoridade policial para instaurar inquérito¹³⁴. Não obstante, não há vedação legal a que o juiz determine a prisão em flagrante quando as circunstâncias deixarem evidenciado que o depoente está prestando declarações falsas, independente

130. Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

131. Art. 284 - Exercer o curandeirismo:
I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;
II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;
III - fazendo diagnósticos:

132. Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

133. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

134. Art. 211. Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito.

da análise da conjuntura probatória, sem prejuízo de que posteriormente o procedimento seja arquivado caso ocorra a retratação.

» **Flagrante em crime de ação privada:** Do ponto de vista dogmático, não há qualquer óbice a que seja realizada a prisão em flagrante por crime cuja ação penal seja de natureza privada, desde que o sujeito ativo da prisão seja a pessoa com legitimidade para promovê-la oportunamente. O próprio crime de estupro, até a lei n. 12.015/2009, era de ação privada. Assim, em tese é possível que alguém vítima de uma calúnia verbal em público faça a detenção do agente e o apresente à autoridade policial, a quem incumbirá decidir se lavra Auto de Prisão em Flagrante ou Termo Circunstanciado, no caso de a infração ser de menor potencial ofensivo.

» **Flagrante esperado x Flagrante preparado:** A figura do “flagrante preparado” foi criada na jurisprudência quando se percebeu que em determinados casos a prisão em flagrante havia sido realizada porque os policiais haviam induzido o agente a praticar o crime e, se não tivesse havido a indução, o fato não teria ocorrido”. A respeito, há uma antiga súmula do STF (145): Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Doutrinariamente falando, é necessário distinguir o “flagrante preparado” do “flagrante esperado”, pois este se mostra lícito, enquanto aquele é irregular. No “flagrante esperado”, como o próprio nome já indica, os agentes públicos obtêm a informação de que uma determinada pessoa irá praticar uma infração penal e empreendem diligência para possibilitar a captura no exato momento em que os atos de execução do crime forem iniciados. Exemplos: delegado recebe denúncia anônima de que determinado empresário, já suspeito da prática de crimes, receberá carga de mercadorias roubadas, realiza uma campanha à distância com seus agentes e, ao verificar a carga sendo descarregada, vai até o local e

prende o receptador; a polícia é informada que determinado fiscal sanitário está exigindo propina de empresário; um policial se disfarça de funcionário e quando o fiscal vem novamente para exigir a propina, o prende no momento em que faz a exigência.

Diferentemente, no “flagrante preparado”, antes de qualquer ação espontânea do suspeito, o agente público o induz a praticar uma conduta tipificada na lei penal, e encontrando adesão daquele, realiza sua prisão no momento em que pratica os atos de execução. Tal prisão é tida como ilegal, ainda que o autor do fato estivesse preteritamente praticando semelhante delito e independente de ter aderido ao estímulo do agente público. Exemplos: delegado de polícia suspeita que alguém esteja comercializando carteiras de habilitação falsas; a fim de confirmar o fato, simula ser um interessado e faz contato com o suspeito, a quem informa seus dados e marca encontro para receber o documento contrafeito, dando-lhe voz de prisão no momento em que a entrega é feita; delegado recebe informação de que num estabelecimento são servidas bebidas alcoólicas a menores, se faz acompanhar de um adolescente até o local e o orienta a solicitar uma dose de whisky; quando a bebida é servida, prende o atendente em flagrante pelo crime do art. 243 do ECA. Veja-se que em ambos os casos a conduta definida como crime só existiu porque o delegado de polícia induziu o agente a praticá-la, daí caracterizando o flagrante preparado. O que distingue, portanto, o flagrante esperado, que é plenamente válido, do preparado, que é nulo, é que no esperado a iniciativa é do agente (criminoso) ao passo que no segundo, é do agente provocador.

» **Flagrante forjado:** É o caso em que a autoridade policial ou seus agentes criam a situação de flagrante delito, sem qualquer ação do agente. Ex.: colocam drogas ou arma

no veículo do agente. Obviamente não há crime do agente, mas sim da autoridade policial.

» **Flagrante prorrogado ou retardado:** Trata-se de mecanismo criado na Lei n. 9.034/95 e mantido na Lei n. 12.850/2013, que dispõe sobre medidas para o combate às organizações criminosas. Consiste em retardar a intervenção policial para o momento mais propício à apuração de todos os crimes e identificação de todos os autores. No combate ao crime organizado é por vezes necessária uma investigação complexa e detalhada, a fim de alcançar todos os envolvidos, de modo que se a autoridade policial não tivesse meios para deixar de realizar a prisão ao deparar com uma ação criminosa de menor importância, colocaria em risco a investigação ao alertar os envolvidos sobre a investigação em curso. Nessa lógica a legislação citada prevê a possibilidade de que o juiz autorize a não realização da prisão em flagrante quando a intervenção se mostrar inoportuna.

» **Flagrante e apresentação espontânea do agente que praticou o crime:** a antiga redação do art. 317 do CPP previa que se o agente se apresentasse espontaneamente, não seria admissível sua prisão em flagrante. Embora essa redação tenha desaparecido na reforma de 2011, a doutrina continua sustentando o mesmo entendimento. Avena (2021) e Lima (2021) defendem que, se o agente se apresentar à autoridade não cabe a prisão em flagrante, sem prejuízo de o delegado poder requerer a preventiva. Penso ser questionável tal posicionamento, pois, no caso de flagrante próprio, não há sequer necessidade de qualquer perseguição ao agente e não haveria lógica em deixar de realizar a prisão nos casos em que o autor do crime se dirigisse imediatamente à delegacia de polícia após cometer a infração penal.

30.3 Etapas do Auto de Prisão em Flagrante

Auto de Prisão em flagrante é o procedimento por meio do qual a autoridade policial materializa a prisão em flagrante delito. A autoridade com atribuição para lavrar o APF é o delegado de polícia do local em que realizada a prisão, não necessariamente da comarca competente para a ulterior propositura da ação penal. Como é cediço, de regra a competência para a ação penal é fixada pelo local da consumação da infração¹³⁵, mas é rotineiro que a infração penal ocorra em território sob jurisdição de determinada comarca e a prisão em flagrante do autor aconteça em comarca diversa, para onde venha a se evadir. Logo, o APF deve ser realizado onde o agente for preso, com posterior remessa dos autos ao juízo competente.

Avena (2021) sustenta ainda que, pela redação do art. 307¹³⁶, o juiz de direito pode lavrar o flagrante, no caso de delito em sua presença ou contra ele. Nesse caso, o juiz funcionaria como condutor e autoridade que lavra o flagrante ao mesmo tempo. No entanto, além de esta atuação do juiz ser questionável pela ótica do sistema acusatório, traria imensas dificuldades práticas, mostrando-se mais simples que o juiz dê voz de prisão e, com auxílio da força pública, promova a apresentação do preso à autoridade policial, que presidirá o APF.

A elaboração do APF é disciplinada nos artigos 304 a 308 do CPP e é também imprescindível que sejam cumpridas

135. Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

136. Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

as formalidades constitucionais. Em suma, o procedimento é o seguinte:

» Inicialmente, a autoridade policial entrevista o condutor, isto é, a pessoa que apresentou o indivíduo detido, para saber dele o que motivou a prisão. Convencido que há de fato uma situação de flagrante delito, dá início à lavratura do procedimento. Do contrário, ordena a liberação do detido. Vigora aqui o princípio “in dubio pro societate”, ou seja, havendo prova da materialidade e indícios de autoria de crime, deve o delegado realizar o APF, relegendando ao Ministério Público a posterior formação da opinio delicti.

» Oitiva do condutor: as declarações do condutor são colhidas, mediante gravação ou redução a termo; em seguida, o delegado lhe dá recibo da entrega do preso;

» Oitiva das testemunhas e vítimas da infração, se houver: as pessoas que estejam presentes e tenham ciência sobre o fato, podendo testemunhá-lo, são inquiridas para obtenção dos elementos de informação sobre o delito apurado;

» Interrogatório do conduzido: ao final, o indivíduo conduzido deve ser interrogado, com observância, no que couber, das normas atinentes ao interrogatório disciplinado no artigo 185 e seguintes do CPP. Deve ser informado sobre o direito de permanecer em silêncio e de receber assistência de advogado. Não é requisito a presença de advogado para a lavratura, mas o conduzido tem direito, se desejar, e, caso compareça seu defensor, este tem a prerrogativa de acompanhar o procedimento e orientar o conduzido antes do interrogatório.

» Nota de culpa: A autoridade policial deve entregar, no prazo de 24 horas da detenção, “Nota de Culpa” ao preso, que é o documento formal em que ele é cientificado da razão pela qual está sendo preso, com identificação do condutor e testemunhas. É formalidade indispensável, que visa garantir que toda pessoa presa no país tenha ciência das

razões da prisão, diferentemente do que ocorria nos tempos da ditadura militar;

» Comunicação imediata ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso: o artigo 5º da CRFB é peremptório em determinar que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”. Tal norma visa garantir que a legalidade da prisão seja verificada pelo Poder Judiciário e que o preso receba assistência da família ou pessoa próxima, que poderá prover-lhe o que for necessário, sobretudo assistência jurídica. Trata-se de formalidade indispensável ao APF, cuja falta resulta em nulidade do procedimento.

» Também no prazo de 24 horas, o delegado de polícia deve remeter cópia do APF ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, se o conduzido não tiver defensor constituído¹³⁷. Como praxe, a comunicação é feita após a conclusão do procedimento;

» Fixação de Fiança: Caso o delegado de polícia tenha atribuição para fixar fiança – crimes punidos com pena não superior a 4 anos (artigo 322) –, deve fixá-la e cientificar o preso. Se este prestar a fiança, deverá ser imediatamente posto em liberdade.

Não sendo o caso de fixação de fiança ou caso esta não seja recolhida, a autoridade policial finalizará o procedimento e ordenará ao escrivão a remessa ao juízo competente. É de bom alvitre que o delegado de polícia faça, ao final, uma

137. Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

deliberação escrita sobre os motivos que o levaram a concluir pela situação de flagrante delito, já que é a autoridade competente para essa análise jurídica.

30.4 Recebimento do Auto de Prisão em Flagrante pelo Poder Judiciário

Recebido pelo Judiciário o Auto de Prisão em Flagrante, o juiz criminal ao qual for distribuído ou o juiz plantonista, de acordo com as regras de organização judiciária, deve no prazo de 24 horas promover a realização de audiência de custódia. Trata-se de uma modalidade de audiência relativamente nova em nosso ordenamento jurídico, que não foi prevista na reforma do capítulo das prisões no CPP, procedida pela Lei n. 12.403/2011. Sua criação decorreu de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que ao julgar a ADPF n. 347, em 09.09.2015, determinou que esse ato fosse implementado em todo o país no prazo de 90 dias. À míngua de regulamentação legal, a disciplina foi feita pelo CNJ, por meio de sua Resolução n. 213, que estabeleceu o procedimento a ser adotado.

Em linhas gerais, a audiência de custódia tem a finalidade de verificar se houve abuso de autoridade ou ilegalidade na realização da prisão e ensejar a coleta de dados para que o agente público que tenha agido com desvio de conduta seja responsabilizado, permitindo que os órgãos responsáveis pela apuração sejam prontamente comunicados. Num segundo momento, permitir que haja prévia manifestação do Ministério Público e de um defensor público ou advogado antes da deliberação a ser adotada pelo juiz. Até o advento da audiência de custódia, o juiz recebia e analisava o APF sem obrigatoriedade de colher a manifestação de quem quer que seja.

Somente em dezembro de 2019, por meio da “Lei Anticrime” (Lei 13.964, de 24.12.2019), a audiência de cus-

tódia foi formalmente inserida no ordenamento jurídico brasileiro, mediante a modificação do caput do art. 310 do CPP, que passou a determinar sua realização no prazo de 24 horas da realização da prisão, para nela o juiz deliberar sobre relaxamento da prisão, liberdade provisória ou conversão em prisão preventiva¹³⁸.

Vale ressaltar que no julgamento de ADIs propostas contra dispositivos da Lei n. 13.964/2019, o STF conferiu interpretação conforme à nova redação do art. 310 do CPP, “para assentar que o juiz, em caso de urgência e se o meio se revelar idôneo, poderá realizar a audiência de custódia por videoconferência”, e também conferiu interpretação conforme ao seu § 4º no sentido de permitir que o juiz delibere pela prorrogação excepcional do prazo para sua realização¹³⁹.

Na referida audiência, deve inicialmente o juiz cientificar o preso sobre a finalidade do ato e ouvi-lo sobre as circunstâncias de sua prisão, evitando colher qualquer manifestação sobre o mérito do fato que motivou a prisão. Na sequência, dará a palavra ao Ministério Público e ao defensor para manifestação, proferindo ao final decisão a respeito da prisão, dentre as seguintes possibilidades:

» **Relaxamento ou homologação da prisão em flagrante:** Esse é o primeiro exame que o juiz competente deve fazer. Verificar se há uma efetiva justa causa para o flagrante, isto é, se de fato estão presentes indicativos suficientes da existência e autoria do fato típico indicado na nota de culpa e se foram observadas as formalidades legais na lavratura

138. Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

139. STF, ADIs n. 6298, 6299, 6300 e 6305, j. em 24.08.2023.

do Auto de Prisão em Flagrante. No caso de resposta negativa, deve mandar soltar o preso, pois consoante o art. 5º, inciso LXI, da CRFB, “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Caso constate a justa causa para a prisão, a homologará e na sequência passará a deliberar sobre a imposição de prisão cautelar ou concessão de liberdade provisória;

» **Concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança:** Homologada a prisão, a próxima providência que o juiz deve adotar é verificar se ao caso é cabível a liberdade provisória, vinculada ou não a alguma medida cautelar, já que a Constituição determina que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI). A denegação da liberdade provisória somente poderá ocorrer se o juiz verificar a imprescindibilidade da prisão preventiva e desde que todos os requisitos, fundamentos e pressupostos para tal medida estejam presentes (o que será objeto de estudo infra). A regra no processo penal é que o acusado responda ao processo em liberdade. Deve ser a opção preferencial do juiz, portanto, por mandamento constitucional. Bem por isso, é de duvidosa constitucionalidade a vedação prevista no art. 310, § 2º, do CPP¹⁴⁰, inserido pela Lei n. 13.964/19, pois torna obrigatória de forma automática a prisão preventiva nas situações descritas. O STF em diversas ocasiões já declarou inconstitucionais dispositivos de lei ordinária que vedavam a liberdade provisória, previstos na Lei de Crimes Hediondos, na Lei de Drogas e no Estatuto do Desarmamento, e a tendência é que adote o mesmo posicionamento quando for chamado a examinar essa regra. A imposição de prisão preventiva é exceção e está condicionada à presença dos requisitos legais. Ao conceder a liberdade provisória, o

140. § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

juiz poderá aplicar uma ou mais medidas cautelares diversas da prisão, observando o rol não exaustivo do art. 319 do CPP, segundo os critérios de necessidade e adequação previstos no artigo 282 do mesmo diploma, consoante será estudado infra, ao tratarmos especificamente sobre tal instituto.

» **Conversão da prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos do artigo 312 e as medidas cautelares não se mostrarem suficientes:** Entendendo imprescindível a manutenção da custódia cautelar do preso em flagrante, o juiz então decidirá pela conversão da prisão em flagrante em preventiva. Tal decisão, no entanto, não pode se calcar na discricionariedade do juiz, pois somente é cabível se todos os requisitos da prisão preventiva estiverem atendidos. É dizer, deve estar caracterizada alguma das hipóteses de admissibilidade do artigo 313 do CPP, haver prova da materialidade e indícios de autoria do crime (o que de regra já decorre da própria homologação da prisão em flagrante), e ainda estar presente algum dos fundamentos do artigo 312 do CPP, isto é, a garantia da ordem pública, da ordem econômica, a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal ou a conveniência da instrução criminal, requisitos que serão examinados da forma mais detalhada ao tratarmos da prisão preventiva.

É importante ressaltar que vem se solidificando na jurisprudência das cortes superiores o entendimento de que a conversão da prisão em flagrante em preventiva somente poderá ocorrer se houver requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, isto é, o juiz não pode proceder à conversão de ofício, pois com isso estaria violando o princípio acusatório¹⁴¹, havendo necessidade de se conjugar a aplicação do artigo 310 com o artigo 311 do CPP, que exige a provocação. Não obstante, também há precedentes

141. Vide, a propósito: STF, HC 186490, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-255 DIVULG 21-10-2020 PUBLIC 22-10-2020.

do STJ no sentido de que, se o promotor de justiça requer a imposição de alguma medida cautelar, é dado ao juiz determinar a prisão preventiva¹⁴², já que esta seria também uma modalidade de medida cautelar.

Concedida a liberdade provisória, será imediatamente expedido o alvará de soltura. Convertida a prisão em flagrante em preventiva, será expedido o mandado de prisão. Em ambos os casos, os autos serão na sequência remetidos ao Ministério Público para formação da opinião delicti. Caberá então ao promotor de justiça promover o arquivamento do procedimento, caso entenda não haver crime a ser imputado, ou então oferecer denúncia, de pronto ou após o cumprimento de diligências complementares requisitadas à autoridade policial.

31 Prisão Preventiva

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar, juntamente com a prisão em flagrante e a prisão temporária. É um instrumento processual colocado à disposição do Judiciário para acautelamento do processo e para a salvaguarda da sociedade, a ser aplicado de forma excepcional e mediante fundamentação concreta acerca do atendimento de seus requisitos legais. Tem caráter provisório e é essencialmente revogável caso desapareçam seus motivos autorizadores. É inexorável a necessidade de o ordenamento jurídico contemplar tal modalidade de prisão, pois haveria uma situação de caos incontrolável se o juiz competente não pudesse ordenar a segregação de investigado ou acusado de elevada periculosidade ou a quem seja atribuído crime gravíssimo, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A população ficaria totalmente à mercê da criminalidade e a instabilidade social reinaria. Não há dúvidas, então, que se trata de um importante mecanismo de garantia da paz social,

142. Nesse sentido: AgRg no HC n. 769.302/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 3/4/2023.

que não implica antecipação de culpa e que deve ser utilizado de forma comedida pelos juízes, nunca de forma abusiva.

A prisão preventiva tanto pode ser aplicada na forma vista anteriormente, ou seja, por conversão da prisão em flagrante, como também de forma autônoma, determinada no curso da investigação ou da ação penal, seja no início do processo, na fase de instrução, na própria sentença ou até mesmo em grau de recurso. Também pode ser aplicada no caso de descumprimento de alguma medida cautelar mais branda inicialmente imposta, quando é chamada de “substitutiva”. A disciplina legal da prisão preventiva é feita nos artigos 311 a 316 do CPP, dos quais se depreendem seus requisitos, que a doutrina costuma classificar em três categorias, as quais veremos a seguir:

» **Hipóteses de admissibilidade:** Não é em todo e qualquer caso que a prisão preventiva é cabível. Só é admitida caso presente alguma das hipóteses do artigo 313 do CPP¹⁴³, a saber:

1. Crime doloso punido com pena de reclusão superior a 4 anos: Daqui se extrai que não cabe preventiva nos crimes culposos, qualquer que seja a pena. Também não cabe se a pena máxima cominada ao delito não for superior a 4 anos (ressalvadas as hipóteses seguintes). Tem se entendido, porém, ser cabível se há concurso de crimes cujas penas

143. Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

máximas, somadas, ultrapassam 4 anos. Ex.: agente pratica o delito de furto simples, cuja pena máxima é 4 anos de reclusão (art. 155 do CPP), por duas vezes, e é denunciado no mesmo processo;

2. Agente já condenado por outro crime doloso, por sentença definitiva, desde que não tenha havido a chamada “prescrição da reincidência” – decurso do período depurador de 5 anos a partir da extinção da pena. Portanto, quando o agente é reincidente em crime doloso, mesmo que a pena do crime apurado seja inferior a 4 anos, é admitida a preventiva. Entretanto, se a pena aplicada pelo crime anterior tiver sido cumprida ou extinta mais de cinco anos antes da prática da nova infração, não incidirá esta hipótese de admissibilidade da prisão preventiva;

3. O crime envolver violência doméstica contra mulher, contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, e a prisão for necessária para garantir a execução de medidas de proteção. Aqui o Código de Processo Penal abre a possibilidade de imposição da prisão cautelar para crimes cometidos contra esses grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade, mesmo que o agente seja tecnicamente primário e que o crime tenha cominação de pena reduzida. Em casos tais, é recorrente a necessidade de o Judiciário adotar medidas protetivas em favor da vítima, como o afastamento do agressor do lar e a proibição de aproximação do ofendido, e então a prisão é imposta como forma de assegurar que tais medidas sejam cumpridas. Porém, pela dicção legal, é necessário que haja o deferimento destas medidas de proteção e que o juiz aponte a necessidade da prisão preventiva para assegurar seu cumprimento;

4. Quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la: quarta e última hipótese de admissibilidade da prisão preventiva, que se justifica pela necessidade de

manter a custódia de autor de crime que não seja civilmente identificado e que não contribua para sua identificação. A necessidade de autorização da prisão em casos tais é evidente, pois caso solto o agente dificilmente seria identificado e localizado para ulterior responsabilização pelos atos cometidos. Neste caso, a prisão independe da pena cominada ou da natureza do crime (doloso ou culposo), tampouco da condição de reincidente do agente ou de se tratar de crimes contra vulneráveis. No entanto, uma vez alcançada a identificação do autor, independente da contribuição deste, esta hipótese de admissibilidade desaparece.

Tem-se então que para a decretação da prisão preventiva, seja de forma autônoma ou por conversão da prisão em flagrante, alguma destas hipóteses de admissibilidade deve estar atendida. Porém, há entendimento de que, no caso de prisão preventiva por descumprimento de medida cautelar, não é necessária a presença de alguma das hipóteses de admissibilidade do art. 313, ante a previsão específica do art. 282, § 4º, do CPP¹⁴⁴. Norberto Avena (2021) defende essa corrente, dizendo que, se assim não fosse, o preso em situação que não se enquadre no art. 313 não precisaria cumprir as medidas cautelares fixadas pelo juiz, já que nenhuma consequência poderia ser aplicada.

» **Pressupostos para a prisão preventiva:** O que parte da doutrina denominada “*fumus boni juris*” ou “*fumus commissi delicti*”. São dois: prova da existência do crime e de indício **suficiente** da autoria, previstos na parte final do art. 312 do CPP¹⁴⁵. Com efeito, seria deveras temerário o juiz poder determinar a privação cautelar da liberdade de

144. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

145. Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova

alguém sem que houvesse certeza de que um crime ocorreu e indícios de que tal pessoa tenha envolvimento no fato, seja na condição de autor ou partícipe. A existência do crime, enquanto pressuposto para a prisão cautelar, pode ser demonstrada por qualquer meio, até mesmo antes da conclusão do laudo pericial pertinente. No que tange ao “indício suficiente de autoria”, fica claro que a legislação não exige, como condição para a prisão cautelar, que haja uma prova inequívoca, estreme de dúvidas, de que o agente praticou o fato. “Indício” não tem aqui o sentido de “prova indireta”, mas sim de prova “semiplena”, isto é, que permita um juízo de probabilidade, a partir de elementos informativos que já tenham sido obtidos. Ocorre que a certeza sobre a autoria do crime só advém do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a prisão preventiva, por definição, requer a possibilidade de sua aplicação muito antes disso, até mesmo na fase embrionária da investigação, dada sua finalidade acautelatória.

» **Fundamentos para a prisão preventiva:** Também chamados de “periculum in mora” ou “periculum libertatis”, ou seja, o perigo que o estado de liberdade do acusado ocasiona e que justifica sua prisão provisória. São quatro, também estampados no artigo 312 do CPP, e pelo menos um deles deve ser adotado e devidamente fundamentado para respaldar a decretação da prisão preventiva. Vamos a eles:

1. Garantia da ordem pública: Conforme a lição de Eugenio Pacelli de Oliveira, “a prisão preventiva para garantia da ordem pública tem como razão a proteção da sociedade, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento dos autores de crimes que causassem intranquilidade social” (2015, p. 556). É sem dúvidas o fundamento mais utilizado pelo Poder Judiciário para a

da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

decretação de prisões preventivas, exatamente por se tratar de uma cláusula aberta, que permite o enquadramento das mais variadas situações que, ao sentir do juiz, exigem a imposição da custódia. É uma expressão que recebe muitas críticas da doutrina mais garantista, pelo alto grau de subjetivismo que permite na análise da necessidade da prisão. A nosso ver, porém, são críticas infundadas, pois seria impossível ao legislador conceber e alinhar na moldura legal todas as situações da vida que tornam premente a imposição da prisão. É necessário à segurança pública e ao bom funcionamento das instituições que a determinados agentes públicos – no caso, aos juízes – seja confiada a tarefa de examinar os casos concretos e decidir, de forma fundamentada, quando a privação da liberdade do acusado se faz necessária. E a possibilidade de decisões arbitrárias é amplamente mitigada pela existência de várias instâncias recursais e pela facilidade de questionamento da decisão pelo manejo de habeas corpus, ação célere, que não exige formalidades e que pode ser renovada sucessivas vezes se a situação fática se modificar. Ademais, os Tribunais do país já consolidaram entendimentos jurisprudenciais para orientar os juízes sobre quando a prisão provisória se justifica e quando ela se reveste de abusividade.

Nessa esteira, é pacífico no STF o entendimento de que a gravidade abstrata do crime não é motivo suficiente para justificar a prisão preventiva por esse fundamento, tampouco o clamor social causado pelo delito ou repercussão na imprensa. É necessário que o juiz aponte, de forma motivada, as circunstâncias do caso concreto que tornam imperativa a segregação. É comum referir-se que a **probabilidade de renitência** do agente na prática de crimes, revelada pelo seu histórico de antecedentes, é motivo autorizador da prisão preventiva. Também a **periculosidade do agente**, que pode ser revelada pelas circunstâncias concretas do fato cometido, como o emprego de acentuada violência, planejamento deta-

lhado, elevada força bélica, condição de líder de organização criminosa ou de mandante de outros crimes, ou mesmo quando o modus operandi empregado na ação revele essa condição. Ainda, a **gravidade concreta do fato**, como um homicídio cometido de forma brutal, mediante tortura, na presença de várias pessoas ou com o propósito de gerar intimidação coletiva difusa (assassinato de suspeitos de serem informantes da polícia, de pessoas em débito com organizações criminosas etc.). Não se pode fundamentar, porém, na gravidade abstrata, como somente o fato de ser o homicídio ou latrocínio um crime grave. Essas balizas jurisprudenciais rechaçam o cabimento de prisão preventiva com base em fundamentação genérica, como a necessidade da prisão para “acautelar o meio social, resguardar a credibilidade da justiça, impedir a reiteração delitiva”, sem indicação de motivos concretos que explicitem a indispensabilidade da segregação.

» **Conveniência da instrução criminal:** quando decretada por esse fundamento, a prisão visa impedir que o agente perturbe ou impeça produção de provas, ante a prática de alguma ação que evidencie ser necessário privá-lo de liberdade para que não obstrua a regular apuração dos fatos. É um pressuposto chamado “instrumental”, que visa resguardar o próprio processo. É preciso, contudo, que o juiz verifique elementos concretos do risco dessa conduta pelo réu. Não pode fazer um vaticínio a respeito, justificando a prisão num risco meramente hipotético de que o acusado possa envidar algum esforço nesse sentido. Portanto, o fundamento pode ser adotado quando haja indicativos de que o investigado ou acusado está procurando por meio de coação, ameaças, pagamento, ou de alguma outra forma, impedir que testemunhas deponham em seu desfavor; procurando eliminar registros em computadores ou aplicativos que pudessem levar à sua incriminação; destruindo documentos, fazendo desaparecer vestígios, enfim, quando tenha praticado alguma

conduta voltada a prejudicar o esclarecimento dos fatos no processo ou exista indicativo claro de que pretenda fazê-lo;

» **Garantia da aplicação da lei penal:** esse fundamento justifica a imposição da prisão cautelar para evitar que a eventual sanção aplicada no processo penal nunca seja executada, por estar o réu em local ignorado, onde dificilmente seja localizado. É outro pressuposto instrumental, ligado à proteção do resultado útil do processo. Cabe esse fundamento quando o réu está foragido (cometeu o crime e desapareceu do local de sua residência habitual) ou quando pratique conduta que revela sua intenção de se furtar ao processo e tomar rumo ignorado, como pedir desligamento do emprego, colocar a casa à venda etc. Normalmente é a fuga do acusado, já constatada pela autoridade policial, que induz à prisão por este motivo. Mas também é cabível quando a pessoa investigada ou acusada pela prática do crime não tenha nenhum vínculo com o chamado “distrito da culpa”, isto é, esteja meramente de passagem no local onde o crime ocorre e tenda a retornar para região diversa do país, dificultando sua ulterior localização para cumprimento da pena, caso venha a ser condenado. Porém, é sempre preciso avaliar o caso concreto. Se a saída do acusado da cidade é momentânea (para evitar a prisão em flagrante ou eventual retaliação das vítimas ou de terceiros), não se aplica esse fundamento, pois não há uma clara predisposição do réu a fugir de forma permanente. É necessário que se constate a probabilidade de que o acusado quer realmente se furtar ao processo e à responsabilização pelo ato cometido.

» **Garantia da ordem econômica:** fundamento de raríssima hipótese de cabimento e muito criticado na doutrina, até por ser desnecessário, já que se a conduta do agente gera prejuízos à ordem econômica, pode também ser tratada como prejudicial à ordem pública. Em tese, pressupõe verificação que o agente, com seu proceder, esteja a prejudicar

a estabilidade econômica nacional, como quando pratica operações em bolsas de valores prejudicando milhares de investidores e empresas, ou desenvolve modelo de fraude com a capacidade potencial de lesar um número grande e indeterminado de pessoas.

É importante ressaltar que os fundamentos da prisão preventiva devem ser contemporâneos ao momento de sua decretação. Esse é um requisito que já vinha ganhando força nos tribunais superiores e acabou positivado pela Lei Anticrime no art. 315, § 1º, do CPP¹⁴⁶, de modo que não se admite a decretação da medida caso haja um lapso temporal elástico entre o surgimento do fundamento motivador e a prolação da decisão. Isso não significa que seja vedada a decretação da prisão relativamente a um crime cometido bastante tempo antes. A contemporaneidade é relacionada aos fundamentos motivadores da prisão. Caso algum destes exista, ainda que o fato apurado seja antigo, é perfeitamente viável a decretação da prisão.

Conclui-se então que a imposição de prisão preventiva pressupõe a presença concomitante de alguma das hipóteses de admissibilidade (art. 313), juntamente com os dois pressupostos (*fumus commissi delicti* – prova da existência e indícios de autoria) e algum dos fundamentos que seja contemporâneo (*periculum libertatis*).

Além dessa tríade de requisitos cujo atendimento é condição para a decretação da prisão preventiva, deve-se ter em conta também que pela redação atual do art. 311 do CPP¹⁴⁷, a medida somente pode ser imposta a requerimen-

146. Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

147. Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

to da autoridade policial, do querelante (no caso de ação penal privada), do Ministério Público ou de seu assistente, isto é, não pode ser determinada de ofício pelo juiz. Antes do advento da Lei Anticrime, o juiz somente não poderia decretar a prisão preventiva de ofício na fase investigatória, mas lhe era facultado adotar a medida após o início da ação penal. Hodiernamente, sempre dependerá de provocação.

Cumprе esclarecer que a prisão preventiva, dado seu caráter provisório, é sempre sujeita à reavaliação do juiz competente e sua necessidade pode surgir ou desaparecer conforme as circunstâncias fáticas se modificarem, o que, aliás, é expressamente previsto no art. 316 do CPP¹⁴⁸. Vige por prazo indeterminado, já que não há um prazo legal para sua duração ou para a conclusão do processo de réu que esteja preso preventivamente. No entanto, uma vez decretada a prisão, sua necessidade deve ser reavaliada a cada 90 dias, inovação trazida pela Lei Anticrime, consoante nova redação do art. 316, parágrafo único¹⁴⁹. É importante destacar que, se eventualmente ultrapassado o prazo nonagesimal sem reavaliação pelo juiz competente, não haverá automática revogação da prisão preventiva, devendo a parte interessada provocar a manifestação do juízo. Esse entendimento foi firmado pelo STF em julgamento de ação direta de controle de constitucionalidade, mediante interpretação conforme e por isso assume caráter vinculante¹⁵⁰.

148. Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

149. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

150. ADI 6581, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 02-05-2022 PUBLIC 03-05-2022.

Também é importante ressaltar que o processo cujo réu esteja preso preventivamente assume caráter prioritário e deve tramitar com maior celeridade na unidade jurisdicional. Constatada a paralisação ou retardo indevido na marcha processual, sem motivo atribuível à defesa do acusado, configura-se o chamado “excesso de prazo na formação da culpa”, o que enseja a ilegalidade da prisão, que pode ser sanada inclusive por meio de habeas corpus. De um modo geral, essa análise é feita pelos tribunais sob orientação do princípio da razoabilidade. Se o processo é complexo, com muitos réus e incidentes atípicos, ou se o retardo decorre de diligências e requerimentos suscitados pela defesa, não se reconhece excesso de prazo mesmo que o processo esteja tramitando há vários meses ou mais de ano, pois não há falha que possa ser atribuível ao aparato estatal. Porém, quando há retardo não causado pela defesa, como no caso de inquérito concluído com réu preso preventivamente, sem complexidade anormal, e que esteja há mais de 30 dias sem que o órgão acusatório tenha oferecido a denúncia, é inevitável o reconhecimento da ilegalidade da prisão.

Por fim, recomenda o CPP que a prisão preventiva não seja decretada caso haja indicativos veementes de que o agente agiu sob o pálio de alguma das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal¹⁵¹, isto é, estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal. É uma previsão que, conquanto evidentemente correta, soa até desnecessária, pois se há perspectiva fundada sobre uma excludente de ilicitude, a afastar a caracterização de crime, por consectário se mostra temerário decretar a prisão do acusado antes da conclusão do processo, o que já integrará a cognição do juiz sobre a necessidade da medida.

151. Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

32 Prisão Domiciliar

A prisão domiciliar prevista no CPP não constitui uma modalidade autônoma de prisão cautelar, mas sim uma forma de execução da prisão preventiva, que continua recaindo sobre o beneficiário, com a diferença de que, ao invés de ser recolhido a estabelecimento prisional, fica recluso em sua própria residência, de onde só pode se retirar com ordem judicial¹⁵². Esse recolhimento deve ocorrer em tempo integral, não apenas por determinado período do dia, pois não se trata da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno prevista no art. 319, inciso V, esta sim uma restrição temporalmente limitada. Com isso, o acusado que esteja sob prisão domiciliar continua com o status de réu preso e seu processo deve ser tratado com prioridade, assim como possui ele o interesse jurídico na revogação da medida, inclusive mediante pedido de habeas corpus, e faz jus à detração na pena do tempo em que permaneça nesta condição, caso venha a ser condenado.

A possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar surgiu no CPP em 2011, por meio da Lei n. 12.403, que reformulou o capítulo das prisões e a previu para situações bem restritas, isto é, pessoa maior de 80 anos, ou extremamente debilitada por doença grave, ou imprescindível aos cuidados de menor de 6 anos ou deficiente, e também para gestantes, mas somente a partir do 7º mês ou caso se tratasse de gestação de alto risco. Em 2016, por meio da Lei n. 13.257, diploma que trata de políticas públicas para a primeira infância, o rol de acusados que podem receber este beneplácito foi bastante ampliado, pois a concessão foi feita para gestantes independente do período gestacional ou de qualquer outra condição, para mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, e inclusive

152. Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

para homem, caso seja o único responsável por filho de até 12 anos incompletos, tudo nos termos do art. 318 do CPP.

Já em 2018, com a inserção do art. 318-A no CPP pela Lei n. 13.769, deu-se um caráter ainda mais cogente à aplicação do benefício, prevendo-se que a prisão de mulher que for mãe ou responsável por criança ou por pessoa com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça ou contra o próprio filho ou dependente.

A teor do art. 318, parágrafo único, do CPP, a concessão do benefício não é automática e o juiz pode exigir comprovação idônea da situação alegada para justificá-lo. A nosso ver, a exigência de comprovação é prudente, pois não raramente pessoas que sequer mantêm vínculo afetivo com o filho e que não cumprem com as responsabilidades da paternidade ou maternidade, ao se verem sob prisão processual, tentam usar da certidão de nascimento para se beneficiar, violando inclusive a isonomia em relação aos demais presos sem filhos. Assim, a eventual realização de um simples estudo social determinado pelo juiz pode identificar casos fraudulentos, como quando o requerente do benefício tenha abandonado o filho aos cuidados de terceiros e esteja depois de preso invocando a relação de filiação como pretexto para não ficar em estabelecimento prisional. No entanto, tem-se notado uma forte tendência na jurisprudência das cortes superiores em vedar a exigência de qualquer comprovação, na lógica de que a concessão da prisão domiciliar é devida não para beneficiar quem esteja sendo acusado, mas sim como forma de proteção ao seu filho ou dependente. A propósito, em 2018 o STF chegou a conceder um habeas corpus coletivo, determinando a soltura de todas as mulheres presas no país na condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, independentemente de qualquer comprovação, excetuados os casos de crimes com violência

ou grave ameaça contra o próprio filho ou situações excepcionalíssimas devidamente fundamentadas¹⁵³.

33 Prisão Temporária

A prisão temporária é a terceira e última modalidade autônoma de prisão cautelar em nosso ordenamento jurídico, a qual não está disciplinada no CPP, mas sim em legislação extravagante, precisamente na Lei n. 7.960/89. É uma modalidade de prisão concebida essencialmente para a fase investigatória e somente pode produzir efeitos até o recebimento da denúncia, quando deve então ser revogada ou convertida em prisão preventiva.

De acordo com a disciplina legal, a prisão temporária pode ser determinada pelo juiz desde o início da investigação, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, e tem um prazo de validade previamente fixado, que é de 5 dias, renovável por igual período, prazo que é elástico para 30 dias, igualmente renovável, no caso de crime hediondo, conforme previsto no art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90¹⁵⁴. Vencido o prazo sem deliberação judicial pela renovação ou conversão, o preso deve ser imediatamente colocado em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura.

A exemplo do que ocorre com a prisão preventiva, para a decretação da prisão temporária é necessária a presença do *fumus commissi delicti*, ou seja, que haja prova da materialidade e crime e indícios suficientes de autoria pelo investigado.

Acerca dos requisitos para a decretação de tal prisão, a Lei n. 7.960/89 determina que deve ser demonstrado que a

153. HC 143641, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018.

154. § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

medida é imprescindível para as investigações do inquérito policial, ou então que o indiciado não tenha residência fixa ou não forneça os dados necessários para sua identificação. O emprego mais efetivo é na primeira hipótese, na qual há uma margem maior de discricionariedade para análise de situações fáticas que a ela se amoldem, mas logicamente deve haver uma fundamentação concreta sobre os motivos para a prisão. Deve ser demonstrado pela autoridade requerente e haver um convencimento judicial no sentido de que a liberdade do investigado seja um obstáculo para a plena elucidação do crime, a ser superado com a sua prisão cautelar. No segundo caso, a prisão deve ser revogada prontamente assim que o suspeito for civilmente identificado, já que o motivo da prisão desaparece.

Outra característica que distingue a prisão temporária é o fato de ser ela cabível para um catálogo de delitos, elencados na lei de regência. Neste particular, o legislador elegeu de forma taxativa quais crimes admitem a prisão temporária em sua investigação e obviamente não pode ser empregada interpretação analógica ou extensiva em desfavor do investigado.

Em termos práticos, são situações hipotéticas de cabimento da prisão temporária a necessidade de submissão de investigado perigoso a reconhecimento por vítimas ou testemunhas, ou então a verificação de que esteja ameaçando quem possa delatar seu envolvimento no delito ou eliminando provas. Porém, deve sempre ser analisada a proporcionalidade da medida, pois se houver outra forma menos gravosa, deve o juiz optar por ela, como a condução para o reconhecimento ao invés da prisão temporária.

Não é difícil perceber que muitas das situações que autorizam a prisão temporária também ensejariam a decretação da prisão preventiva ao fundamento da conveniência da instrução criminal, daí porque esta modalidade é muito mais utilizada, notadamente porque não tem restrição a

um número limitado de delitos e principalmente por não ter prazo de validade.

Em 2022 o STF examinou ações de controle concentrado de constitucionalidade manejadas contra a Lei n. 7.960/89 e, aplicando interpretação conforme à Constituição, estabeleceu cinco critérios que devem ser observados para sua decretação, a saber:

1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial (art. 1º, I, Lei 7.960/1989) (*periculum libertatis*), constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não possuir residência fixa (inciso II); 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes previstos no art. 1º, III, Lei 7.960/1989 (*fumus comissi delicti*), vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto no dispositivo; 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos que fundamentem a medida (art. 312, § 2º, CPP); 4) a medida for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado (art. 282, II, CPP); 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP (art. 282, § 6º, CPP)¹⁵⁵.

Também determina a Lei n. 7.960/89 que o indivíduo sob prisão temporária deve permanecer separado dos demais detentos e que em todas as comarcas deve existir um plantão permanente do Ministério Público e do Judiciário para examinar requerimentos de tal medida. Cumprido o mandado de prisão temporária, deve ser realizada audiência de custódia com o preso, nos termos da regulamentação feita pelo CNJ na Res. 213.

155. ADI 4109, Relator(a): CÂRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 20-04-2022 PUBLIC 22-04-2022.

34 Liberdade Provisória

Segundo Fernando Capez, a Liberdade Provisória é “o instituto processual que garante ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado, vinculado ou não a certas obrigações, podendo ser revogada a qualquer tempo, diante do descumprimento das condições impostas” (2016, p. 355).

O adjetivo “provisória” não é imune a críticas, pois sugere que futuramente o denunciado será preso, mas fica provisoriamente em liberdade, o que é uma premissa evidentemente falsa. No entanto, foi a expressão utilizada no artigo 5º, inciso LXVI, da CRFB e é consagrada nos meios forenses.

Há divergência na doutrina se a Liberdade Provisória é um instituto atrelado exclusivamente à prisão em flagrante ou se também existe em situações em que não ocorra o flagrante delito, mas o juiz aplique ao investigado ou acusado medidas cautelares diversas da prisão. Para Avena (2021), o instituto é essencialmente relacionado à prisão em flagrante, sendo concedido quando o juiz homologa tal prisão e entende não ser cabível a prisão preventiva, nos termos do artigo 310 do CPP. Em sentido oposto, Lima (2021) sustenta que, a partir do advento da Lei n. 12.403/2011, o instituto deixou de funcionar exclusivamente como contracautela à prisão em flagrante delito e também existe como providência cautelar autônoma quando o juiz fixa alguma das medidas elencadas no art. 319 do CPP. Pensamos ser questionável essa posição, porque nos parece que as medidas cautelares têm caráter autônomo em relação à liberdade provisória, ou seja, podem ser impostas em qualquer momento do processo caso necessário (art. 282), sendo estranho imaginar que no curso do processo o juiz possa “conceder liberdade provisória para evitar prisão preventiva”. Se prisão anterior não houve o acusado sempre esteve em liberdade e tal estado não ganha

a condição de provisoriedade em razão de vir o juiz a aplicar medidas cautelares diversas da prisão.

Nunca é demais acentuar que a liberdade provisória é a **regra** no processo penal brasileiro, pois o catálogo de direitos fundamentais apregoa que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (art. 5º, LXVI, da CRFB). Essa regra também decorre do próprio estado de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, de modo que a exceção é que o acusado responda ao processo preso preventivamente.

O CPP, concretizando esses mandamentos, prevê no artigo 321 que o juiz **deverá** conceder liberdade provisória sempre que ausentes os fundamentos da prisão preventiva, podendo fixar alguma medida cautelar diversa. Na mesma linha, o artigo 282, § 6º, prevê que a prisão preventiva será determinada se não for cabível sua substituição por outra medida cautelar.

Houve algumas tentativas legislativas de vedar a liberdade provisória e tornar obrigatória a prisão cautelar em determinadas espécies de crimes. A primeira delas foi na redação originária da Lei dos Crimes Hediondos – Lei n. 8.072/90, que em seu artigo 2º, inciso II, vedava liberdade provisória para os crimes de tal natureza e equiparados. Nos primeiros anos, o STF reconheceu constitucional essa vedação, por entender que, como a CRFB vedava a fiança (art. 5º, XLIII), automaticamente vedaria também a liberdade provisória. Porém, em 2006 houve mudança de orientação na suprema corte, que passou a considerar tal dispositivo inconstitucional, até que no ano seguinte a Lei n. 11.464/2007 revogou a proibição antes prevista na Lei 8.072/90.

O Estatuto do Desarmamento de 2003 também vedou liberdade provisória para os crimes de porte ilegal de arma de uso restrito, comércio ilegal e tráfico internacional de armas

(art. 21), mas o STF reconheceu a inconstitucionalidade da proibição. A Lei de Drogas de 2006 (Lei n. 11.343/06) trouxe dispositivo semelhante (art. 44) em relação aos crimes de tráfico, mas o STF também já o declarou inconstitucional.

Mais recentemente, a “Lei Anticrime” reincidiu no erro, ao inserir o § 2º no art. 310 do CPP, prevendo que “se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares”. É uma disposição que conflita com a posição histórica e consolidada da suprema corte sobre a impossibilidade de vedação abstrata da liberdade para determinados tipos de delitos, e que impõe como condição para a prisão preventiva que ela seja motivada em algum dos fundamentos do art. 312 do CPP, a partir de uma análise do caso concreto.

Portanto, o juiz deve conceder liberdade provisória, independente de qual seja o crime investigado ou que tenha motivado a prisão em flagrante, sempre que ausentes os fundamentos ensejadores da prisão preventiva. Nessa concessão da liberdade provisória, o juiz **poderá** fixar MEDIDAS CAUTELARES, que são mecanismos criados pela Lei n. 11.413/2011 como alternativas à prisão preventiva.

35 Medidas cautelares

A liberdade provisória pode ser concedida sem qualquer condição ou mediante alguma medida cautelar, dentre elas a fiança. Porém, como já observado em momento anterior, o sistema processual penal vigente também comporta a aplicação de medidas cautelares de forma autônoma, fora das situações de flagrante delito, caso presentes o *fumus comissi delicti*, isto é, prova da materialidade do fato e indício suficiente de autoria, e seja verificada a necessidade e adequação ao caso.

A aplicação das medidas cautelares, exceto a fiança, é pautada pelo princípio da jurisdicionalidade, ou seja, há reserva de jurisdição, somente o juiz pode impô-las, nunca a autoridade policial ou o Ministério Público. Não obstante, a teor da regra positivada no art. 282, § 2º, do CPP¹⁵⁶, é necessária a provocação da autoridade judiciária para sua aplicação. Com efeito, em homenagem ao princípio acusatório, a lei exige que haja requerimento de alguma das partes ou, se no curso da investigação, representação da autoridade policial ou do Ministério Público. O mesmo ocorre se houver necessidade de modificar ou ampliar as medidas cautelares fixadas em razão de descumprimento pelo destinatário¹⁵⁷. Em relação ao contraditório do acusado, deve preferencialmente ser exercido de forma prévia, mediante sua intimação para se manifestar no prazo de 05 dias, ante o requerimento formulado. Sem prejuízo, se o juiz verificar risco de ineficácia da medida, decidirá sem audiência prévia do réu, havendo o contraditório diferido¹⁵⁸. Se por exemplo, ao apresentar a denúncia contra servidor público por crime funcional, o Ministério Público postular o afastamento do réu do cargo que ocupa para evitar reitereção do delito, o juiz deve intimar o réu para se manifestar antes de decidir; por outro lado, se a medida pugnada for de proibição de contato com determinada pessoa, a concessão

156. § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

157. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.

158. § 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

de prévio contraditório gera o risco de o agente procurar a pessoa antes da decisão do juiz, a recomendar a apreciação antecipada do pedido.

Vale ressaltar que as medidas cautelares podem ser impostas a qualquer tempo, sempre que verificada a necessidade, desde a fase de investigação, no curso do processo, na sentença e até mesmo em grau de recurso. É possível, por exemplo, que o acusado tenha respondido ao processo em liberdade e sem imposição de qualquer medida cautelar, mas na sentença condenatória o juiz verifique indicativos de que ele esteja planejando sair do país. Para mitigar o risco de fuga e visando assegurar a aplicação da lei penal, pode aplicar a proibição de sair do país, com entrega do passaporte e determinação de fiscalização pelas autoridades competentes¹⁵⁹.

A exemplo da prisão preventiva, as medidas cautelares também são regidas pela cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que podem ser revogadas, restabelecidas ou substituídas por outras mais ou menos brandas ou até pela prisão preventiva, de acordo com o que exigir a situação fática subjacente, conforme estatui o § 5º do art. 282 do CPP¹⁶⁰. Aliás, como as medidas cautelares são alternativas à prisão, seu descumprimento constitui um forte catalisador para a decretação da prisão, pois demonstra o descaso do réu para com a ordem judicial e sua predisposição em reiterar na prática de infrações penais.

O CPP arrolou as medidas cautelares no artigo 319 e sua imposição pode ocorrer isolada ou cumulativamente¹⁶¹,

159. Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

160. § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

161. § 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

segundo os critérios previstos no artigo 282, incisos I e II, quais sejam, necessidade e adequação¹⁶².

Em relação à **necessidade**, o inciso I dispõe que a fixação deve ser relacionada à necessidade para aplicação da lei penal, investigação ou instrução criminal ou evitar a prática de infrações penais. A hipótese se assemelha aos fundamentos da prisão preventiva – conveniência da instrução processual e asseguramento da aplicação da lei penal – e, no caso de “evitar a prática de infrações penais” – garantia da ordem pública.

Cabe ao juiz, portanto, em cada caso concreto, verificar se para garantir a aplicação da lei penal é necessária a prisão preventiva ou se é suficiente alguma medida cautelar, como obrigação de comparecer periodicamente em juízo e proibição de se ausentar da comarca (artigo 319, incisos I e IV). Se por exemplo, um indivíduo de passagem pela comarca, sem qualquer vínculo com o local, comete um roubo, são suficientes medidas cautelares como essas que foram citadas? Ou será imprescindível a prisão preventiva, para garantir que não haja fuga para local incerto? É sempre uma análise a ser feita pelo magistrado de forma motivada, a partir das circunstâncias do caso concreto.

Nessa apreciação, o juiz deve também levar em conta a **adequação** da medida cautelar cogitada à gravidade e circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado. Assim, ao conceder a liberdade provisória a indivíduo preso em flagrante por transportar em veículo uma arma registrada, mas sem licença para porte, e que não possua antecedentes, tenha residência fixa há anos na comarca e trabalho formal, é adequado à gravidade do fato impor as cautelares

162. Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

de proibição de sair da comarca, recolhimento domiciliar noturno e monitoramento eletrônico? Num delito de lesão corporal cometido fora do contexto laboral por agente público atuante em órgão fazendário, é adequado determinar o afastamento dele do cargo e o comparecimento semanal em juízo para justificar suas atividades?

O juízo de proporcionalidade entre o fato apurado e as medidas aplicadas deve sempre nortear a decisão judicial, pois não lhe é dado fixar medidas cautelares de forma abusiva, ao largo dos critérios legais, tão somente porque não está impondo a prisão preventiva. Isso porque as medidas cautelares diversas da prisão também implicam restrição, em maior ou menor grau, ao direito de ir e vir do acusado, de modo que só podem ser impostas na medida do que for necessário e adequado ao caso concreto, sob pena de configuração de intervenção estatal abusiva em direitos fundamentais.

35.1 Medidas cautelares em espécie

Passamos a examinar então quais são as medidas cautelares que podem ser aplicadas pelo juiz, segundo os critérios previstos no citado art. 282 do CPP, como medidas alternativas à prisão preventiva (art. 319 do CPP):

Inciso I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades: trata-se de medida cautelar com a finalidade de vincular o réu ao juízo, obrigando-o a demonstrar que estará à disposição sempre que for chamado, e que pode ser mais pertinente quando imposta cumulativamente a medida de proibição de sair dos limites territoriais da comarca. A nosso ver, porém, sua eficácia é ínfima. Primeiro porque de regra não há estrutura suficiente de pessoal nas varas criminais para fazer alguma espécie de entrevista com os réus sob esta obrigação, para que informem e justifiquem

suas atividades, de modo que, na prática, há a mera assinatura de uma ficha de comparecimento ou então identificação biométrica em terminal eletrônico; segundo porque o comparecimento periódico do réu ao Fórum por um breve instante não impede que no restante do tempo, longe de qualquer fiscalização, continue praticando ações ilícitas;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações: medida cautelar que pode ser útil, pois veda o réu de frequentar lugares em que haja risco de voltar a cometer crimes. Exemplo: réu que cometeu tentativa de homicídio em casa noturna, pode ser imposta a medida no sentido de proibi-lo de frequentar qualquer casa dessa natureza enquanto tramitar o processo;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante: medida cautelar similar às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha; o juiz impede o réu de se aproximar da vítima da infração ou das testemunhas, para garantir que não haja reiteração delitativa ou coação, estabelecendo um distanciamento mínimo em metros. A proibição pode abranger também, e é conveniente que o seja, a comunicação telefônica ou por meio de aplicativos de mensagem via internet.

IV - proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução: medida cautelar também útil para substituir a prisão preventiva sob o fundamento de conveniência da instrução ou assecuramento da aplicação da lei penal; o juiz obriga o réu a permanecer na comarca se submeter a algum ato investigatório que dependa de sua presença, como o reconhecimento pessoal, ou para responder ao processo e cumprir a pena que eventualmente seja imposta;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos: é sem dúvidas uma medida cautelar que implica elevada intervenção na liberdade individual do acusado, e que por isso depende de adequada demonstração de sua necessidade, já que se assemelha a uma prisão domiciliar por tempo reduzido, embora não se confunda com tal instituto, conforme já analisado. Desvela-se importante especialmente nos casos em que o réu esteja respondendo acusação da prática de crimes em período noturno, notadamente crimes patrimoniais, pois a medida pode funcionar como um mecanismo que evita a oportunidade para as ações delitivas e submete o acusado a uma fiscalização mais intensa pelo aparato estatal;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais: medida cautelar importante no caso de agentes públicos, empresários ou profissionais que usem do cargo ou atividade econômica para a prática de crimes. A própria literalidade da descrição da medida já impõe limitação referente à sua adequação, ou seja, é reservada estritamente aos casos em que a função pública ou atividade profissional sejam utilizadas para a prática de crimes. Seriam exemplos de aplicabilidade os casos de fiscal de tributos denunciado por concussão, policial denunciado por tortura, médico acusado de abuso sexual durante os atendimentos ou empresário acusado de usar da atividade para cometer fraudes contra consumidores. Em situações tais, o afastamento da função ou atividade se justifica como forma de garantir que não haja reiteração delitiva, quando esse risco se mostrar evidente. O juízo de proporcionalidade sempre deverá orientar a aplicação dessa medida, especialmente quando o destinatário atuar na iniciativa privada, já que a interdição

da atividade resulta em obstar-lhe a obtenção da renda que provê sua subsistência;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração: medida cautelar específica para os casos de imputabilidade ou semi-imputabilidade atestada por perícia. Como é cediço, aos inimputáveis não se aplica pena, mas sim medida de segurança, o mesmo podendo ocorrer com os semi-imputáveis, e no caso de periculosidade, a medida de segurança se dá, de regra, na forma de internação em ambiente hospitalar (medida de segurança detentiva). Ocorre que as medidas de segurança somente são aplicadas na sentença e executadas após seu trânsito em julgado e, por vezes, há risco de reiteração de delitos pelo denunciado enquanto o processo tramita. Também pode não ser adequada ao acusado a prisão preventiva, ainda que eventualmente presentes seus fundamentos, por não ser o estabelecimento prisional o local com estrutura para prestar-lhe a assistência à saúde. Para tais situações é cabível esta modalidade de medida cautelar, sempre que, em razão da periculosidade do agente e risco de cometer novas infrações, se mostre recomendável sua internação em caráter processual;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial: a fiança atualmente também tem a natureza jurídica de medida cautelar e será estudada no próximo capítulo.

IX - monitoração eletrônica: a medida cautelar de monitoração eletrônica se dá mediante a instalação equipamento junto ao corpo do acusado (normalmente tornozeleira), o qual permite por meio de georreferenciamento por satélite que sua movimentação seja conhecida e sua localização seja

acompanhada em tempo real por agência estatal. Constitui medida cautelar bastante útil, especialmente quando associada com alguma outra que restrinja de alguma forma a liberdade de locomoção do réu, como o recolhimento domiciliar noturno, a proibição de sair dos limites territoriais da comarca e a proibição de comparecer em determinados lugares. Por meio desta medida cautelar haverá uma maior coerção psicológica do réu ao cumprimento das demais medidas, já que sua desobediência poderá ser facilmente detectada e comprovada no processo e resultar então na privação total de sua liberdade.

É importante assinalar que o rol de medidas cautelares previsto no art. 319 do CPP não é exaustivo, pois o poder geral de cautela de que dispõe o juiz lhe autoriza a adotar outras que se mostrarem pertinentes e adequadas ao caso e não interfiram de forma desproporcional em direitos fundamentais do acusado. O próprio CPP deixa isso evidente ao prever no art. 320 a possibilidade de se impor restrição de sair do país e retenção do passaporte do acusado.

Também há outras medidas cautelares específicas previstas na legislação esparsa, podendo-se citar: afastamento do prefeito do cargo em crimes de responsabilidade (art. 2º, inciso II, do Decreto-lei 201/67); suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor (art. 294 do CTB); afastamento do funcionário público no tráfico de drogas (art. 56, § 1º, da L. 11.343); afastamento do juiz em cargo em infração penal (art. 29 da LOMAN).

É válido ressaltar que determinadas medidas cautelares conferem o direito à detração na pena que venha a ser aplicada ao acusado, conforme definido pelo STJ ao analisar o Tema 1181 do sistema de Recursos Repetitivos, no qual foram fixadas as seguintes teses:

- 1) O período de recolhimento obrigatório noturno e nos dias de folga, por comprometer o status libertatis do acusado, deve ser reconhecido como período

do a ser detraído da pena privativa de liberdade e da medida de segurança, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e do non bis in idem. 2) O monitoramento eletrônico associado, atribuição do Estado, não é condição indeclinável para a detração dos períodos de submissão a essas medidas cautelares, não se justificando distinção de tratamento ao investigado ao qual não é determinado e disponibilizado o aparelhamento. 3) As horas de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga devem ser convertidas em dias para contagem da detração da pena. Se no cômputo total remanescer período menor que vinte e quatro horas, essa fração de dia deverá ser desprezada.¹⁶³

Por fim, anota-se que as medidas cautelares não têm prazo de duração previsto em lei, isto é, persistirão enquanto não revogadas pelo juiz ou instância recursal ou até o trânsito em julgado da sentença condenatória, já que, pelo seu caráter instrumental, não faria sentido terem eficácia após a conclusão do processo penal de conhecimento. No entanto, caso aplicadas no curso da investigação ou do processo medidas cautelares e o réu vier a ser absolvido na sentença, entendemos que automaticamente perderão a eficácia, ao menos até eventual pronunciamento da instância recursal, pois se reconhecido que não há crime praticado pelo réu, desaparece o pressuposto do *fumus commissi delicti*, que é condição para a aplicação de qualquer medida cautelar. Não obstante, é de bom alvitre que o juiz delibere expressamente na decisão, a fim de não deixar dúvidas.

36 Fiança

Antigamente a fiança era um instituto aplicável apenas aos casos de prisão em flagrante, quando poderia ser imposto como condição para a restituição da liberdade ao

163. REsp n. 1.977.135/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 23/11/2022, DJe de 28/11/2022.

indiciado nos crimes afiançáveis. A partir do advento da Lei 12.403/2011, a fiança passou a ostentar o caráter de medida cautelar no processo penal brasileiro, conquanto continue aplicável à prisão em flagrante delito em casos determinados. Segundo Norberto Avena, a fiança “constitui uma garantia prestada em prol da liberdade, com o objetivo lato sensu de garantir que o indiciado ou acusado cumprirá suas obrigações processuais” (2021, p. 1086). Na esteira do que preconiza o art. 319, inciso VIII, do CPP, a fiança visa assegurar o comparecimento do acusado a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial.

Vamos examinar, em tópicos sucintos, a disciplina desse instituto tão tradicional no direito brasileiro:

» **Crimes inafiançáveis:** determinados delitos, por força da Constituição federal (art. 5º, XLIII) ou da legislação infraconstitucional, são inafiançáveis. Isso não significa, contudo, que não possa ser concedida liberdade provisória desvinculada ou mediante alguma outra medida cautelar, o que leva ao paradoxo de que, em crimes menos graves, cabe liberdade provisória mediante fiança e nos demais não.

O rol dos crimes inafiançáveis está no artigo 323 do CPP¹⁶⁴ e pode estar em legislação extravagante também. No Estatuto do Desarmamento, os crimes dos artigos 14 e 15 foram declarados inafiançáveis, mas o STF declarou inconstitucionais essas normas (ADI 3.112-1). O CPP também veda fiança nas hipóteses do artigo 324¹⁶⁵. No caso

164. Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

165. Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

do inciso II, é uma atecnia, pois não cabe ao CPP dispor sobre regulação de prisão civil ou de caráter administrativo militar. Também estabelece que não será concedida fiança se presentes os fundamentos do artigo 312, o que autoriza a autoridade policial a negar a fiança, mediante despacho fundamentado, nos crimes em que lhe couber fixá-la.

» **Competência para fixação:** É do Delegado de Polícia nos casos de crimes punidos com pena máxima não superior a 4 anos (art. 322 do CPP¹⁶⁶). Exemplos mais comuns são o artigo 306 do CTB e 14 da Lei n. 10.826. Nos demais casos, somente o juiz pode fixar.

» **Valor da fiança:** O CPP adotou um sistema de escalonamento do valor da fiança de acordo com a pena cominada ao delito relacionado. Para os crimes com pena máxima até 4 anos, varia de 1 a 100 salários mínimos; para os crimes com pena máxima superior, varia de 10 a 200 salários mínimos (art. 225). Em qualquer caso, o valor da fiança pode ser aumentado até 1000 vezes, reduzido até 2/3 ou dispensado, conforme a condição econômica do preso. Dentre estes parâmetros, “a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento” (art. 326).

» **Impossibilidade econômica do preso pagar a fiança fixada:** Caso fixada a fiança e o preso não possa pagá-la porque comprovadamente não possui recursos financeiros, deve ser concedida a liberdade sem fiança, conforme autorizam o artigo 325, § 1º, inciso I e o artigo 350, mediante as condições de comparecer a todos os atos processuais,

III - revogado

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

166. Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

mudar de residência sem autorização ou dela ausentar-se por mais de 8 dias.

» **Obrigações do réu afiançado:** estão previstas nos artigos 327 e 328 do CPP, isto é, comparecer perante o delegado de polícia ou o juiz sempre que for intimado, não mudar de residência sem prévia autorização e nem dela se ausentar por mais de 8 dias sem comunicar à autoridade o local onde possa ser encontrado.

» **Momento de prestação da fiança:** Após fixada, a fiança pode ser prestada a qualquer momento, até o trânsito em julgado (art. 334). Enquanto não for prestada, o denunciado permanece preso, sem prejuízo de postular a dispensa a qualquer momento.

» **Cassação da fiança:** Ocorre quando o juiz verificar que a fiança fixada pela autoridade policial não é cabível para o crime ocorrido (art. 338 do CPP), ou no caso de reclassificação do delito (art. 339 do CPP). Ex.: Juiz entende que, num crime de porte ilegal de arma de uso permitido (art. 14 da Lei n. 10.826/03), a fiança fixada não é cabível porque presentes os fundamentos da prisão preventiva; ou porque o crime ocorrido é de porte de arma de uso restrito (art. 16 da Lei n. 10.826/03), cuja pena máxima é superior a 4 anos e impede a fixação de fiança pela autoridade policial (reclassificação da adequação típica do fato).

» **Quebramento da fiança:** Ocorre nas hipóteses previstas no artigo 341 do CPP, isto é, quando o afiançado deixar de comparecer para ato do processo para o qual tenha sido intimado sem motivo justificável; quando praticar ato de obstrução ao andamento do processo; quando descumprir outra medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; quando praticar nova infração penal dolosa. A consequência do quebramento da fiança é perda da metade do valor e a possibilidade de o juiz fixar outras cautelares ou decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 343 do CPP.

» **Perda da fiança:** Ocorre se o condenado não se apresentar para cumprir a pena (art. 344 do CPP), com destinação do valor ao fundo penitenciário, após dedução das custas e penas pecuniárias (art. 345 do CPP).

» **Destinação da fiança:** Ao final do processo, se o réu for absolvido, a fiança ser-lhe-á devolvida. Caso seja condenado, o valor será utilizado para pagamento das custas, indenização do dano e das penas pecuniárias (art. 336 do CPP). Eventual valor remanescente será devolvido (art. 347 do CPP).

» **Forma de pagar a fiança:** O meio mais usual é o depósito de dinheiro em espécie, numa conta judicial vinculada ao processo. A lei admite pagamento em pedras preciosas, títulos da dívida pública ou hipoteca, mas é raríssimo ocorrer pela burocracia que gera ao processo. Se for admitido, as pedras preciosas devem ser vendidas em leilão (art. 349 do CPP) e a hipoteca deve ser executada no juízo cível (art. 348 do CPP).

Referências

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10.ago.2023.

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 27.fev.2019.

_____. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 27.fev.2019.

_____. **Decreto n. 8.858, de 26 de setembro de 2016**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8858.htm. Acesso em 15.ago.2023.

_____. **Decreto n. 56.435, de 8 de junho de 1965**. Disponível em _____. **Decreto n. 8.858, de 26 de setembro de 2016**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8858.htm. Acesso em 12.ago.2023.

_____. **Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 14.fev.2019.

_____. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 25.mar.2019.

_____. **Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre a prisão temporária. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm. Acesso em 14.ago.2023.

_____. **Lei n. 9.296/96, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm. Acesso em 28.jun.2023.

_____. **Lei n. 9.807/99, de 13 de julho de 1999.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Acesso em 26.jun.2023.

_____. **Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em 02.ago.2023.

_____. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em 02.ago.2023.

_____. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em 25.mar.2019.

_____. **Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13869.htm. Acesso em 20.jul.2023.

_____. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm Acesso em 20.jul.2023.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 26.fev.2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 120, a. 24, p. 237-257, maio-jun. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 10. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

Composto com a família tipográfica Adobe Garamond Pro.

Miolo impresso em papel Pólen Natural 80g/m².

Capa impressa em papel Tripléx 300g/m².