

NOTAS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

Heleno Cláudio Fragoso

1. O estudo da prova no processo penal apresenta particular interesse para os que se ocupam com a justiça criminal, merecendo análise alguns aspectos que têm sido objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência. É a prova que ecide o processo. Ao julgador se submete a imputação feita ao réu, da prática de um fato punível. Constitui prova todo elemento capaz de proporcionar ao juiz o conhecimento da existência histórica do fato e de sua autoria. Trata-se de buscar a verdade real, para alcançar a certeza sobre o fato atribuído ao acusado. Como diz SABATINI, estar certo significa formar idéia clara de um objeto e considerá-la conforme a este. Enquanto a verdade é um real objetivo, a certeza está em nós, como persuasão de que a idéia corresponde ao objeto¹.

Objeto da prova

2. Como o crime é a ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável, objeto da prova é, primariamente, o que se refere aos elementos constitutivos do crime: I. a ação (ou omissão) típica (corresponde à definição legal do fato punível), em seu aspecto objeto (tipo objeto) e em seu conteúdo subjetivo (tipo subjetivo; dolo e especiais fins ou motivos de agir exigidos pela definição do delito); II. A antijuridicidade, revelada, em regra, por via negativa: é antijurídica a ação (ou a omissão) se não houver causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, etc.); III. A culpabilidade (que depende da imputabilidade e da consciência da ilicitude, excluindo-se pelo erro e certas situações que tornam inexigível conduta diversa). Objeto primário da prova é, portanto, o que constitui ou exclui qualquer dos elementos ou características do fato punível imputado ao réu, que constitui o *thema probandum*.

¹ SABATINI (G.), *Teorie delle prove nel Diritto Giudiziario Penale*, Catanzaro, 1911, II, 19.

3. Objeto da prova são também os indícios (que guardam relação indireta com o que constitui o delito) e elementos auxiliares da utilização e valoração dos meios de prova (prova sobre a prova)². Nesta última categoria aparecem, como fatos relevantes, por exemplo, a prova de que uma testemunha é parcial por suas vinculações com a vítima ou com o réu; a prova de que a confissão foi obtida por violência, etc.

4. São, finalmente, objeto da prova, os elementos que se referem à medição da pena, como, por exemplo, as circunstâncias do crime, e a personalidade do agente³.

5. O art. 352 CPPM esclarece que a testemunha deve relatar “o que sabe ou tem razão de saber a respeito do fato delituosa narrado na denúncia e circunstâncias que com o mesmo tenham pertinência”. Tem pertinência com o fato tudo o que se relaciona com o processo, como se pode ser pelo que dispõe o art. 212 CPP comum (“O Juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo”). Tem relação com o processo tudo o que poder ser objeto de prova⁴.

Princípio do livre convencimento

6. Vigora no processo penal moderno o princípio da verdade real, que corresponde à busca da certeza sem obstáculos ou limitações legais na valoração da prova (sistema do livre convencimento). É o sistema de nosso direito (art. 157 CPP; art. 297 CPPM).

No direito primitivo vigorava o sistema da íntima convicção, segundo o qual o juiz julga de acordo com sua certeza moral sobre o fato, não havendo prescrição legal

² Cf. EBERHARD SCHMIDT, *Deutsches Strafprozessrecht*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, 83 (*Hilfstatsachen*). Veja-se também EDUARD KERN, *Strafverfahrensrecht*, Munique e Berlim, Beck, 1967, 102.

³ A personalidade do agente é sempre de fundamental importância

⁴ Aham-se em julgamento perante o STM correições parciais interpostas contra decisão do Conselho Permanente da 1ª Auditoria da Aeronáutica da 1ª CJM, que indeferiu as perguntas feitas a testemunhas sobre a prisão e violência a que haviam sido submetidas no curso do inquérito. Os acusados alegavam que as confissões prestadas por eles no inquérito foram obtidas mediante coação, tendo sido as testemunhas submetidas às mesmas violências que sofreram. O cerceamento de defesa é manifesto.

sobre a admissibilidade ou a produção das provas e sua valoração. A sentença não precisa ser motivada⁵.

A esse sistema, e, precisamente pelos abusos a que dá lugar, sucedeu o sistema da prova legal, segundo o qual a própria lei estabelece regras obrigatórias não só sobre a admissibilidade e o objeto, como também (e isso é que é característico do sistema) sobre a valoração das provas. O sistema das provas legais foi instituído para garantir a apuração da verdade, eliminando o arbítrio do julgador. Como nota MAURO CAPPELLETTI, as velhas regras de prova legal, se apresentavam como regras para uma melhor procura da verdade: o valor que pretendiam salvaguardar, impondo-se ao juiz de forma vinculante, era, portanto, um valor de verdade⁶.

7. O princípio do livre convencimento tem a sua margem de risco. Como diz LEONE, ele é certamente uma conquista, mas, também, um perigo. E isto porque pode transformar-se em arbítrio, confundindo o juiz a certeza que deve ser alcançada *sub specie universalis*, ou seja, a certeza objetiva e demonstrada, com base na prova, de que todos devem participar, com a certeza subjetiva ou íntima convicção, insuficiente⁷. Retomando o tema, em outro trabalho⁸, ensina LEONE que o princípio do livre convencimento não pode e não deve significar para o juiz a liberdade de substituir a prova por sua mera opinião, conquanto honesta. Livre convencimento não significa arbítrio. Como diz UMBERTO DEL POZZO, não pode ele conduzir à arbitrária substituição da acurada busca da verdade, em termos objetivos e gerais, por um apodítica afirmação de “convencimento”⁹.

A Exposição de Motivos do CPP dispõe: “Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na

⁵ Os jurados julgam por íntima convicção e sua decisão só não prevalece se for *manifestamente* contrária à prova dos autos. Sobre o alcance dessa fórmula, cf. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, São Paulo, Bushatsky, 1978, nº 320.

⁶ MAURO CAPPELLETTI, *Ritorno al sistema della prova legale?* Riv. It. Diritto e Proc. Penale, 1974, 139.

⁷ G. LEONE, *Spunti sul problema della prova nel processo penale*, no vol. *Studi in memoria di F. Grispigni*, Milão Giuffrè, 1954, 324. A exigência de motivação separa a íntima e a livre convicção.

⁸ G. LEONE, *Instituzioni di Diritto Processuale Penale*, Nápoles, Jovene, 1965, II, 41.

⁹ UMBERTO DEL POZZO, *Appunti preliminari per una teoria della probabilità nel processo penale*, no vol. em homenagem a Antolisei (*Studi in onore di Francesco Antolisei*, Milão, Giuffrè, 1965, I, 445). Em seu voto, no julgamento do HC 40.609, com precisão afirmou o Min. EVANDRO LINS E SILVA: “É questão de direito definir o campo da livre apreciação das provas, para anular decisão calcada em dados meramente subjetivos, fruto de convicção íntima, haurida de elementos probatórios *indiretos*, para fazer prevalecer a prova direta, resultante de documento escrito”. Cf. HELENO C. FRAGOSO, “Jur. Crim.”, cit., nº 271.

apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo”.

Convém, portanto, advertir quanto à arbítrio na ampliação do “livre convencimento”, que não constitui, como advertia CARMIGNANI, uma “panacéia” do processo penal¹⁰. Livre convencimento significa que a operação cognoscitiva do julgador não tolera, em via de princípio, limites de método e que a valoração das provas deve ser feita segundo a experiência do juiz, “mas a prova continua sendo sempre uma entidade jurídica, da qual são fixadas as condições de admissibilidade e modo de formação”¹¹.

8. O livre convencimento está limitado, em princípio, pela legalidade na formação e na admissão da prova. Sobre isto não pode haver dúvida. Eis a perfeita lição de NUVOLONE: “O princípio do livre convencimento significa o princípio pelo qual o juiz não está vinculado a um sistema de provas legais (pelo qual certos fatos só podem ser provados com determinados meios e pelo qual certas provas não podem ser infirmadas por outras); mas não significa que o juiz não esteja vinculado à legalidade na escolha da prova e na sua admissão”¹².

Admissibilidade da prova

9. A valoração da prova realiza-se em diferentes etapas, correspondentes a juízos de admissibilidade, relevância e veracidade. A admissibilidade constitui um juízo preliminar sobre a possibilidade que apresenta determinado elemento de convicção, para integrar o conjunto da prova sobre o qual o juiz formará o seu

¹⁰ CARMIGNANI, *Saggio teorico e pratico sulla fede giuridica e sui vari metodi nelle materie penale, Scritti Inediti*, Luca, 1853, VI, 323. FRANCO CORDERO, *Diatribes sul processo Accusatorio*, no vol. *Ideologie del processo penale*, Milão, Giuffrè, 1966, 212, também observa que a fórmula do livre convencimento tornou-se uma das mais ambíguas de nosso repertório, conduzindo a autêntica “superstição”.

¹¹ MASSIMO NÓBILI, *Lecture testimoniali consentite al dibattito e libero convincimento del giudice, Riv. It. Diritto e Proc. Penale*, 1971, 277.

¹² NUVOLONE, *Le prove vietate nel processo penale*, no vol. *Trent Anni di Diritto e Procedura penale*, Milão, Giuffrè, 1969, 501. No mesmo sentido, incisivamente, CORDERO, ob. cit., (nota 10), 213, que acrescenta: “Insomma, la valutazione libera non esclude e anzi normalmente presuppone certi limiti legali relativi prima all’ammissione e poi al modo di costituzioni della prova”. MASSIMO NÓBILI, *La Prova testimoniale: orientamenti giurisprudenziale e prospettive di riforma, Indice Penale*, VII 2 (1973) 236: “O sistema do livre convencimento, do ponto de vista gnoseológico representa apenas a recusa a um sistema predeterminado de valorações abstratas e de hierarquia probatória”.

convencimento. Relevante é tudo o que, como elemento de prova, possa ser considerado para a decisão e, conseqüentemente, para a motivação.

Inadmissível é a prova vedada pelo direito, seja porque em sua formação ou produção foram violadas regras legais dispostas a garantir a autenticidade, seja porque está em desacordo com princípios gerais do próprio processo ou da Constituição, destinados a assegurar outros valores de maior significação. Ensina CORDERO que a inadmissibilidade se deduz de limites intrínsecos ao processo, embora não explicitamente previstos, mas elaborados através da interpretação¹³. NUVOLONE esclarece que a proibição pode defluir de lei processual ou de lei diversa da processual (como, por exemplo, a constitucional ou a penal): pode ser expressa ou pode ser deduzida implicitamente dos princípios gerais¹⁴. Inadmissível é, em síntese, a prova ilegalmente formada ou produzida ou a prova que legalmente não pode ser valorada para a decisão¹⁵.

10. O art. 295 CPPM dispõe: “É admissível, nos termos deste código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares”. Essa regra geral de admissibilidade reporta-se às limitações estabelecidas pela própria lei processual quanto à legalidade na formação ou na produção da prova, pois se refere à prova admissível nos termos deste código. Limitações podem, no entanto, surgir, igualmente, de princípios constitucionais, que dominam por sua hierarquia, todo o ordenamento jurídico¹⁶.

11. O CPP comum, no art. 155, proclamando o princípio da liberdade da prova, esclarece que “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. Essa regra invoca limitações de natureza

¹³ FRANCO CORDERO, *Prove illecite*, no vol. *Ter studi sulle prove penali*, Milão, Giuffrè, 1966, 162.

¹⁴ NUVOLONE, ob. cit., (nota 12), 506. Cf. também EB. SCHMIDT, ob. cit. (nota 2), 99.

¹⁵ FRANCO CORDERO, ob. cit. (nota 13), 148: “*Il legislatore enterebbe in contraddizione com se stesso, se consentisse di valutare le prove d’origine illecita*”.

¹⁶ Nesse sentido é muito expressiva a doutrina alemã. Veja-se, particularmente, HANS-HEINRICH RUPP, *Beweisverbot im Strafprozess in Verfassungsrrechtlichen Sicht*, no vol. *Verhandlungen des Sechsviertzigsten deutschen Juristentags*, Bd. I, Munique e Berlim, Beck, 1966. Cf. também AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, *Riv. It. Dir. Proc. Penale*, 1973, 338.

civil, que não excluem as que defluem, logicamente, do próprio sistema e da Constituição.

A limitação relativa ao estado civil das pessoas prevalece apenas se dela depender a decisão da causa (art. 92 CPP). Outras proibições expressas são encontradas na lei. Assim, o art. 207 CPP declara inadmissível o depoimento de “pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho”. Cf., no mesmo sentido, art. 355 CPPM.

O art. 233 CPP dispõe que “as cartas particulares interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo”. Mais incisivo, a propósito, o art. 375 CPPM: “A correspondência particular interceptada ou obtida por meios criminosos, não será admitida em juízo, devendo ser desentranhada dos autos se a estes tiver sido junto, para a restituição à seus donos”.

12. A cláusula geral do art. 295 CPPM não se limita na legalidade. Veda também a prova que atente contra a moral. As dificuldades exegéticas dessa regra, como em geral ocorre com todos os elementos normativos, que dependem de particular valoração do julgador, não podem ser disfarçadas. Mas é bom que se proclame que a atividade investigatória do Estado encontra barreira intransponível na moralidade dos meios da prova. Como dizia CARRARA, “*il principio che proscrive l’imoralità dei mezzi é preambolo e quase pregiudizale al principio che vorrebbe il perfetto trionfo del vero*”¹⁷.

Declara, também, inadmissível, o art. 295 CPPM, a prova que atente “contra a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares”¹⁸.

13. Declara-se, assim, em linha de princípio inadmissível a prova ilegal.

¹⁷ CARRARA, *Un dubbio sulla rivelazione dei segreti*, *Opuscoli*, V, 551.

¹⁸ Não nos parece que essa cláusula torne ilegal a perícia feita por majores num processo penal em que são acusados gerais, como já se pretendeu.

Decidindo o Rec. Extraordinário nº 85.439, a 2ª Turma do STF, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, afirmou que a gravação magnética, feita clandestinamente pelo marido, de ligações telefônicas da mulher é prova inadmissível em processo judicial, por não ser meio legal nem moralmente legítimo (RTJ 84/609). A ilegalidade, no caso, deflui do que dispõe o CP e o Cód. Brasileiro de Telecomunicações.

No regime da *common law* é antigo o entendimento no sentido da exclusão da prova ilegalmente obtida. Nos Estados Unidos, a Corte Suprema vem afirmando há longo tempo que os privilégios constitucionais da quarta emenda (sobre busca e apreensão ilegal) e da quinta emenda (*privilege against self incrimination*) prevalecem em relação às investigações policiais, determinando a exclusão da prova formada ou produzida ilegalmente. Essa conclusão foi sustentada pelos juízes BRANDEIS E HOLMES como imperativo da integralidade judiciária. BRANDEIS dizia: “Um juiz digno desse nome não pode, no momento em que condena o autor de um crime e assim reafirma o império da lei, utilizar as provas da culpabilidade que alguém tenha obtido violando a lei. Cometendo crimes ou servindo-se do fruto de crimes cometidos por outros, a autoridade ensina o desprezo pela lei e encoraja a anarquia. Declarar que na repressão dos crimes os fins justificam os meios, ou seja, que o juiz pode valer-se da prática de um crime para reprimir outro, teria efeitos desastrosos para nossa sociedade”¹⁹.

A exclusão da prova ilegal faz-se também com fins preventivos. Sabendo que a prova não vai ser apresentada em juízo se for obtida ilegalmente, a autoridade abster-se de agir violando a lei²⁰.

Já deixamos consignadas várias hipóteses de prova ilegal, mas destacaremos, por sua particular significação certas limitações, relacionadas com a prova ilegalmente formada ou produzida, com o exame de corpo de delito, com o inquérito policial e a confissão.

¹⁹ As opiniões de BRANDEIS e HOLMES estão na famosa decisão *Olmstead v. United States* e estão reproduzidas por M. SCAPARONE, *Le indagini di polizia negli Stati Uniti d'America*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1974, 296.

²⁰ Cf. LOUIS B. SCHWARTZ, *Excluding evidence illegally obtained: American idiosyncrasy and rational response to social conditions*, *American Modern Law Review*, Nov. 1966, 635.

Prova ilegalmente formada ou produzida

14. A questão da legalidade da prova surge em numerosas situações, e seria impossível tentar uma enumeração, mesmo aproximativa.

15. É ilegal o reconhecimento de pessoas que desobedece às regras dos arts. 226 CPP e 368 CPPM. As formalidades de que se cerca o reconhecimento de pessoas são, em certa medida, a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova. Através delas procura-se diminuir a larga margem de erro que os reconhecimentos em geral apresentam.

O STF, no julgamento do HC 47.465, relator o eminente Min. ALIOMAR BALEEIRO, por unanimidade, declarou que o reconhecimento deve obedecer imperativamente à forma imposta pelo art. 226 CPP (RTJ 52/467). Já anteriormente, o tribunal havia declarado a nulidade do auto, em caso de reconhecimento feito em discrepância com a lei²¹.

O reconhecimento por fotografia é inadmissível²².

16. As regras que disciplinam a formação e a produção das provas integram a garantia do devido processo legal, e sua inobservância conduz à invalidade e à exclusão da prova. Será o caso, não só do reconhecimento, que já mencionamos, como também da busca e apreensão feita em discordância com o que dispõem os arts. 240 s. CPP e 170 s. CPPM. Não há qualquer segurança de que a coisa foi efetivamente apreendida se a diligência se processou com inobservância da lei.

17. Não pode o juiz servir de prova resultante de outro processo, não submetida ao contraditório. É a chamada prova emprestada. Decidindo o HC 1.162, o TRF declarou a ilegalidade dessa prova. Em seu voto, acentuou o relator (Min. HENRIQUE D'ÁVILA), que se tratava de ilegalidade da prova, e não da aferição de sua

²¹ HC 42.957, DJ 12.10.66, 3507.

²² Nesse sentido há ampla jurisprudência. TRF: HC 3668, DJ 26.8.76, 7416; RHC 4136, DJ 10.11.77, 7974. Cf. HELENE C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, nº 450.

maior ou menor valia. Isso mesmo foi acentuado pelo saudoso Min. OSCAR SARAIVA: “Não se trata de apreciação do valor da prova, mas de uma trazida aos autos de elementos probatórios espúrios, que não poderiam servir como tal.”²³

Decidindo o HC 48.668, afirmou peremptoriamente o STF: “É nula a sentença condenatória que dá fundamental importância à prova testemunhal de processo em apenso, no qual o réu não foi parte, para a decisão dos autos principais. Só as provas produzidas contraditoriamente com a parte a que se opõem poderão e deverão ser levadas em consideração pelo juiz”.²⁴ Essa decisão invoca, como se percebe, um limite de admissibilidade de natureza constitucional, o mesmo que domina a questão da prova do inquérito.

Exame de corpo de delito

18. Nos crimes que deixam vestígio, é indispensável o exame de corpo de delito, que se destina a tornar certa a materialidade do fato. O art. 158 CPP dispõe: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. CPPM, art. 328.

A regra sobre o exame de corpo de delito constitui vestígio do sistema das provas legais²⁵, impondo limitação ao livre convencimento do julgador.

É curioso notar como os tribunais afastam, por vezes, essa limitação, de forma arbitrária. A jurisprudência começou por eliminar a exigência do exame de corpo de delito indireto, nos casos em que os vestígios de crime desapareceram (art. 167 CPP) substituindo-o pura e simplesmente pela prova testemunhal, admitida com liberalidade²⁶. Por outro lado, declara-se a inexigibilidade do exame de corpo de delito

²³ Rev. Jurispr. TFR, 6/96.

²⁴ DJ 14.6.71, 2828.

²⁵ JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro — São Paulo, Forense, 1961, II, 364: “Na verdade, fora do sistema da prova legal, só um código com o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo”.

²⁶ Sobre a exigência de que o exame de corpo de delito indireto conste de auto distinto do termo de inquirição, cf. ARY FRANCO, *Código de Processo Penal*, Editora A Noite, 4ª ed., 1999. Era o sistema de nosso Código de Processo Criminal, de 1832 (art. 134). Sobre o corpo de delito indireto, cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, nº 221.

em situações que não poderiam dispensá-lo. É o caso do crime de contrabando ou descaminho que, segundo entendimento tranqüilo na jurisprudência (porém, *data venia*, insustentável) não exige o exame de corpo de delito²⁷.

Prova do inquérito

19. Como ensina, com precisão, nosso JOSÉ FREDERICO MARQUES, o inquérito policial é um procedimento administrativo, persecutório, de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal. Com os elementos investigatórios que integram essa instrução provisória, o inquérito policial fornece ao órgão da acusação os elementos necessários para formar a suspeita do crime, ou *opinio delicti*, que levará aquele órgão a propor a ação penal; com os demais elementos probatórios, ele orientará a acusação na colheita de provas a realizar-se durante a instrução processual.

E, prossegue o mestre: “O inquérito policial não é um processo, mas simples procedimento. A polícia investiga o crime para que o Estado possa ingressar em juízo, e não para resolver uma lide, dando a cada um o que é seu. Donde ter dito Birkmeyer que, na fase policial, o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, e não sujeito de um processo jurisprudencialmente garantido”²⁸.

20. O livre convencimento está limitado pelo princípio do contraditório. Isto significa, como esclarece NUVOLONE, a proibição para o juiz de admitir como fundamento de sua decisão provas que não tenham sido submetidas, em seu resultado ou em sua admissão, ao controle das partes em contraditório²⁹.

No processo penal moderno, o réu não é apenas objeto da investigação (como no processo inquisitório) mas, sim, parte e sujeito de direitos. A regra do contraditório, inscrita na Constituição Federal impõe a jurisdicionalidade do processo. O caráter distintivo desta, como lembra MASSIMO NOBILI é o de ser o processo *actus trium*

²⁷ Cf. HELENO C. FRAGOSO, *Jurisprudência Criminal*, n°s 101 e 102.

²⁸ JOSÉ FREDERICO MARQUES, na vol. PIMENTA BUENO, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959, 80.

²⁹ NUVOLONE, ob. cit. (nota 12), 519. No sistema da *common law* sempre se considerou a fase investigatória anterior à tomada de contato entre a acusação e o órgão judiciário como fase estranha ao processo penal, na qual o acusado não pode fruir das garantias reconhecidas ao acusado no processo. Cf. M. SCAPARONE, *Le indagini di polizia negli Stati uniti d'America*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1974, 283.

personarum. Esse caráter não existe no inquérito policial. Como o processo deve ser *actus trium personarum*, assim toda atividade que vise à formação de provas utilizáveis da sentença deve corresponder a tal característica. Também a prova deve corresponder a tal característica. Também a prova deve ser *actus trium personarum*: “*Dove manchi tale requisito, si avrà una semplice attività informativa e nella piú. È prova (e suppratutto è prova testimoniale) soltanto quell’attività conoscitiva che risponda al principio dell’immediatezza e che scaturisca da um rapporto di ter persone*”.³⁰

O Cód. Proc. Penal Militar, elaborado em data recente, categoricamente, dispõe (art. 297): “O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo”.

O mesmo código, com toda a clareza, deixa assentado (art. 9º) que “O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal”.

21. Os tribunais, embora, por vezes, hesitem, observam, em geral, os princípios que regulam o alcance e a significação da prova recolhida no inquérito. Examinemos a jurisprudência, começando pelo Supremo Tribunal Federal.

No HC 43.042 da 2ª Turma, relator o eminente Min. PEDRO CHAVES decidiu o tribunal: “Processo penal. Livre convencimento e arbítrio judicial. Inquérito policial e instrução judicial. Aplicação e interpretação dos arts. 157 e 385 do Código de Processo Penal e 118, parágrafo único, 227, 263 e 685, do Código de Processo Civil. Jurisprudência, nulidade da sentença. *Habeas Corpus* deferido”. (RTJ 40/744). No voto do eminente relator está dito: “O inquérito policial é um procedimento investigatório, informativo, de natureza inquisitorial. Serve de orientação para o titular da ação penal. A ação penal, ao contrário, é um processo sujeito ao princípio constitucional do contraditório. A sentença condenatória, está baseada exclusivamente na prova testemunhal colhida no inquérito, como nela mesma se contém expressamente. Essa prova foi tomada sem observância do princípio contraditório, em procedimento

³⁰ MASSIMO NÓBILI, ob. cit. (nota 12), 235.

meramente instrutório, sem defesa do acusado. Sentença baseada em prova dessa natureza é sentença sem fundamentação, é sentença nula, e a prisão conseqüente dela é evidente constrangimento à liberdade do paciente”.

No HC 69.904, da 1ª Turma, relator o eminente Min. BARROS MONTEIRO, em decisão unânime, decidiu o tribunal: “O inquérito policial não pode ser sede de sentença condenatória, porquanto a prova testemunhal que nele se acolheu só adquire valor jurídico através de sua jurisdicionalização, que só acontece no sumário. Logicamente, se a prova só se produz não estando a denúncia provada na instrução criminal, a condenação só será possível negando-se vigência ao art. 386, VI do Código de Processo Penal” (RTJ 59/789).

No RCr 1115, da 1ª Turma, relator o eminente Min. OSWALDO TRIGUEIRO, tratava-se de caso relativo a processo com base na lei de segurança nacional, aplicando o CPPM. A ementa reza: “Justiça Militar. Processo pelo crime previsto no art. 38, II do DL 314/67. Inidoneidade da prova para efeito de condenação. Recurso provido, para restauração da sentença absolutória de primeira instância”.

A própria Procuradoria Geral da República concordou com a absolvição, por ser a prova acusatória meramente a constante do inquérito: “É verdade que, no inquérito, teriam confessado a atividade subvrsiva que lhes fora atribuída, mas essa confissão não se reproduziu em juízo, quando então se alegou que fora, na polícia, extorquida por meio de violências, a que não se tornou possível resistir. (*Omissis*). Em tais condições opinamos pelo provimento do recurso...” (RTJ 58/775).

No HC 48.420, da 2ª Turma, relator o eminente Min. ELOY DA ROCHA, decidiu o tribunal: “Habeas corpus. Sentença condenatória de primeira instância baseada exclusivamente na prova produzida no inquérito policial. Habeas corpus deferido (DJ 2.4.71, 1301).

No HC 50.772, relator o eminente Min. BILAC PINTO, em decisão unânime, assentou o tribunal: “Sentença condenatória. Inquérito policial. Contraditório. A

decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial contraria o princípio constitucional do contraditório. HC deferido”.

Nesse caso, houve parecer favorável da ilustre Procuradoria Geral da República, em termos categóricos: “É evidente que houve malferimento do princípio constitucional do contraditório, pois as provas produzidas exclusivamente no inquérito, peça instrumental, não são aptas a autorizar veredicto condenatório, conforme entendimento uniforme da doutrina e da jurisprudência” (RTJ 67/74).

No RCr 1283, relator o eminente Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, a 2ª Turma decidiu: “Confissão do indiciado no inquérito policial, retratada na fase judicial. Para arrimara condenação, deve estar confortada ou corroborada por outras provas existentes nos autos. Sentença absolutória restabelecida por não haver prova suficiente para a condenação” (RTJ 81/337). Em seu voto, assinalou o ilustre relator, mestre na matéria: “A confissão extrajudicial, feita no curso do inquérito policial, pode e deve ser considerada pelo julgador na formação de seu convencimento. Retratada que ela seja, contudo, em juízo, tal consideração só é cabível se outras provas a confortam ou corroboram. Mas, a produção de provas outras, que confirmem ou prestem apoio à confissão retratada, é ônus da acusação ou dever do juiz na livre condução do processo. Não toca ao réu, como às vezes se lê em julgados que subvertem princípios consagrados o ônus de provar que não espelha a verdade a confissão extrajudicial por ele retratada”. Quanto ao testemunho de policiais. “O testemunho é suspeito porque prestado por dois dos vários agentes que participaram da diligência”.

No RCr 1143, da 1ª Turma, há uma passagem antológica no voto do Ministro ALIOMAR BALEEIRO: “As vonfissões policiais na calada da noite, sem assistência de advogado, sobretudo quando muito minuciosas e incriminadoras, sem que se esboce o instinto de defesa do confitente, devem ser recebidas com reservas, mormente em fases de conturbação aguda da política. Vinte séculos de civilização não bastaram para tornar a polícia uma instituição policiada, parecendo que o crime dos malfeitores contagia fatalmente o caráter dos agentes que a nação paga para contê-los e corrigi-los. A confissão policial do recorrente é longa e permeada de pormenores, sem que se esboce o menor gesto de instinto de defesa, sempre encontradiço na palavra dos

acusados. Há como que um masoquismo de auto-acusação muito suspeito. O confitente quer expiar o crime, dando às autoridades todas as armas, sem guardar nenhuma” (RTJ 66/334).

Veja-se também a decisão proferida no HC 40.402: “Não pode rito policial, que tem apenas valor subsidiário” (DJ 2.4.71, 1301)³¹, a condenação basear-se exclusivamente em prova obtida no inquérito.

22. O Superior Tribunal Militar, aplicando o CPPM, onde existe texto expresso a respeito, com maior soma de razões, teria de seguir orientação idêntica, embora se registrem decisões, por vezes, divergentes.

Na AC 38.561, em grau de embargos, relator o eminente Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO, decidiu o tribunal: “Prova. Se frágil, inconsistente e insatisfatória, não é de molde a convencer o juiz, levando-o à condenação. Só a prova colhida no inquérito, sem o denominador comum de apoio na instrução criminal, não geral convicção. Quando muito, instruirá a peça de abertura do processo”. O acórdão afirma, de forma expressiva: “A prova, para uma condenação, principalmente quando se trata de penas extremadas, há de ser como o véu d’água, que se escoia ao longo de um paredão granítico: cristalina, pura, constante... Ela deve ser una, indivisível, convincente, por si mesmo, para, ungida pelos óleos sagrados, ficar a salvo de quaisquer influências que não sejam a da verdade verdadeira”.

“Do ponto de vista legal, a confissão, considerada isoladamente, sem correspondência na prova dos autos, é destituída de valor probante” (AC 39.501, Rel. Min. ALCIDES CARNEIRO).

“Sentença — Merece confirmação a que, fiel à prova, em juízo, absolveu os acusados. Declarações de indiciados no inquérito, não provam a responsabilidade, se foram contestadas em juízo e outros elementos não há afirmando a autoria do fato

³¹ No sentido da validade da prova do inquérito como elemento de convicção para condenar, cf. RCr 1234, relator o eminente Min. CORDEIRO GUERRA (RTJ 76/1); RCr 1254, relator o eminente Min. MOREIRA ALVES (RTJ 76/11); HC 55.193, relator o eminente Min. ANTÔNIO NEDER (DJ 9.8.77, 5374).

criminoso. Nega-se provimento ao apelo do M.P. para manter a sentença por seus fundamentos” (AC 39.606, Rel., Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA).

“Quando as declarações dos indiciados, perante a autoridade policial, não são corroboradas por outros elementos e perante o juízo os acusados as contestam perdem aquelas declarações o indispensável valor para a fixação da responsabilidade.” (AC 39.262, rel. Min. WALDEMAR TORRES DA COSTA).

“Confissão. A simples confissão, no inquérito retificada em juízo, insulada dentro dos autos, ou seja sem a menor comprovação testemunhal ou documental não é elemento informativo ao juiz para admitir uma condenação. Improvimento ao apelo do M.P. para se manter a decisão absolutória apelada.” (AC 40.493 rel. Min. JACY PINHEIRO).

“Confissão. Insulada não confirmada em juízo e sem qualquer amparo na formação da culpa não pode subsistir, de modo a sustentar o decreto de condenação. Defere-se a revisão por insuficiência de prova”. (Rev. Crim. 1149 rel. Min. JACY PINHEIRO).

“A confissão do crime feita na fase policial, tem valor probante quando se harmoniza com os demais elementos do processo colhidos na fase judicial. Quando tal situação não ocorre trazendo a prova da autoria do delito dúvida no espírito do juiz, deve ele absolver. Nega-se provimento ao recurso do Ministério Público.” (AC 39.404, rel. Min. NELSON SAMPAIO).

“Confissão no inquérito, retratada em Juízo sem amparo em outros elementos de prova, já que todas as testemunhas arroladas pela acusação desconhecem o crime imputado aos réus, não pode prevalecer para justificar uma condenação.” (AC 37.697, rel. Min. LIMA TORRES).

“Não se pode condenar o réu quando a prova colhida no inquérito é completamente negada no sumário, inexistindo outros elementos comprobatórios da

culpabilidade do acusado”. (AC 37.344, rel. Min. ERNANI SÁTIRO, *Direito Penal Militar e Segurança Nacional*, Brasília, 1977, 320).

“Prova — Se a colhida no inquérito foge à colhida em juízo: se as testemunhas arroladas, pelo MP, nada podem esclarecer, deixando o juiz à mercê de inseguranças e dúvidas, nada mais resta que se manter a decisão absolutória. Nega-se, por isso, provimento recurso do MP, com o que estava de acordo com o ilustre representante da Procuradoria Geral, em plenário.” (AC 39.704, rel. Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO).

“Simples confissões policiais, sem o desejado amparo no curso da instrução criminal *per se solo* não constituem meios idôneos de prova” (AC 40.235, rel. Min. JACY GUIMARÃES PINHEIRO).

AC 38.246, relator Min. LIMA TORRES: “A prova que for colhida no processo será a de que poderá decidir a causa. Se os elementos informativos do inquérito não se confirmaram em juízo no curso do sumário, não há como se julgar procedente uma denúncia”.

AC 36.452, relator Min. ERALDO GUEIROS LEITE: “Prova. A obtida no inquérito poderá ser satisfatória para o oferecimento da denúncia; todavia, se não confirmada em juízo, impõe-se a absolvição do acusado”.

AC 40.727, relator Min. LIMA TORRES: “Prova incidiária justifica apenas o oferecimento da denúncia. Se em juízo nenhum outro elemento da denúncia foi provado para rebustecer os indícios existentes e, ao contrário, a autoria do crime não é demonstrada, é imperiosa a absolvição dos acusados”.

AC 40.778, relator Min. NELSON SAMPAIO: “Elementos de prova colhidos na fase policial, que serviram de base à instauração de várias ações penais. Prova circunscrita a confissões extrajudiciais de vários acusados, já absolvidos e condenados em outros processos, sem cobertura na fase judicial. Nega-se provimento ao recurso do MP, para confirmar a sentença apelada” (DJ 19.04.77, 2407).

AC 41.223, Min. NELSON SAMPAIO: “Confissões extrajudiciais desamparadas de qualquer cobertura judicial, não podem autorizar uma condenação”.

Decisões do TFR: AC 2.258, relator o eminente Min. PEÇANHA MARTINS. Este caso se referia ao crime de corrupção passiva e a prova acusatória se continha exclusivamente em inquérito policial militar. “Crime do art. 316 CP. Prova colhida em inquérito policial militar e não repetida na instrução criminal. Absolvição, e recurso unanimemente provido” (DJ 7.10.74).

AC 2.251, relator igualmente o mesmo Min. PEÇANHA MARTINS, decisão unânime. Tratava-se de ação penal instaurada com base em IPM, pelo crime de corrupção passiva: “Provas colhidas em inquérito policial militar e não repetidas na instrução criminal. Absolvição do acusado. Recurso da Justiça Pública unanimemente improvido”. Exatamente iguais foram as decisões na Apelação Criminal nº 2.248 e 2.255, da mesma turma, mesmo relator.

AC 2.124, relator ainda o eminente Min. PEÇANHA MARTINS, unânime: “Crime do art. 334 do Código Penal. Condenação a pena de reclusão de cinco anos e um mês que se fundamentou exclusivamente no inquérito policial. Recurso unanimemente provido para absolver o apelante por ausência de provas no curso da instrução criminal”.

AC 1.733, da 1ª Turma, relator o eminente Min. MOACIR CATUNDA, unânime: “Concussão. A situação do processo não autorizava outra solução, que a inserta na dita sentença, de absolver o réu, por falta de provas, de natureza contenciosa, recolhidas com observância das regras de direito positivo específico, suficientes a condenação”.

AC 1.732, da 2ª Turma, relator o eminente Min. JARBAS NOBRE: Concussão não provada. Confissão prestada no inquérito administrativo, não ratificada na instrução. Ausência de prova. Sentença absolutória que se confirma”.

AC 1.580, relator o eminente Min. JORGE LAFAYETE, unânime: “Peculato. Ausência de prova em Juízo. Não havendo sido feita na instrução criminal prova da apropriação, desistindo o MP da testemunha de acusação arrolada, não pode ser o acusado condenado com fundamento apenas em depoimentos produzidos no inquérito policial” (DJ 4.10.71, 5356).

Do TJ do antigo Estado da Guanabara: Embargos na AC 50.541, Câmaras Criminais Reunidas, relator Des. VALPORÉ DE CASTRO CAIADO (DO Estadual, 15.7.71, 525): “Não se concebe condenação penal calçada exclusivamente nos elementos coligidos no inquérito policial. O princípio do livre convencimento não vai tão longe”.

DO TA do antigo Estado da Guanabara, AC 5306, 2ª Câmara Criminal, relator juiz RAUL DA CUNHA RIBEIRO, unânime: “Em prova exclusivamente policial, não deve fundar-se uma sentença condenatória” (DO Estadual, 27.12.71, 879).

A 2ª C. Crim. Na AC 7.789, relator o ilustre Juiz FONSECA PASSOS, decidiu, por unanimidade, em relação a crime de furto, que “a comissão, no inquérito policial, se desacompanhada de outra prova, não prevalece, se retificada em Juízo” (DO 16.10.73, 14066).

Do TJ de São Paulo: AC 78.551, 1ª C. Crim. Relator Des. CHIARADIA NETO, unânime (RT 356/93): “Inquérito policial. Condenação esteada no mesmo e nos antecedentes criminais do acusado. Inadmissibilidade. Provas não confirmadas em juízo. Apelação provida para absolver o réu. “Não se pode condenar o acusado apenas pelas informações do inquérito policial e muito menos pelos seus antecedentes criminais”.

AC 34.143, 4ª C. Crim., relator Des. CUNHA CAMARGO, unânime (RT 436/378): “Inquérito policial. Condenação pretendida com base na prova nele colhida. Inadmissibilidade. Não reprodução da mesma em juízo. Absolvição confirmada. Não é possível a condenação com base na prova colhida no inquérito policial, se, em juízo,

por não terem sido localizadas, não foram ouvidas a vítima e as testemunhas arroladas na denúncia”.

Do TA de São Paulo:AC 64.380, 1ª C. Crim. Relator Des. HOEPPNER DUTRA (RT 386/749): “Inquérito policial. Condenação esteiada nas provas nele coligidas. Inadmissibilidade. Necessidade de que sejam reproduzidas em juízo. Nenhuma condenação por maior que seja o crime perpetrado, pode resultar de simples prova colhida somente em inquérito policial, sem que venha ulteriormente calçada num elemento haurido na fase judicial, com o respeito e a uniformidade que o contraditório lhe empresta ainda e com a garantia do juiz togado”.

AC 38.131, 3ª C. Crim., relator Des. RICARDO COUTO, unânime (RT 436/395): “Prova. Matéria criminal. Inquérito policial. Insuficiência para a condenação do réu. Necessidade de ser a prova nele coligada confirmada na instrução criminal. O inquérito policial só terá valor probatório para um juízo de condenação, quando estiver plenamente confirmado pela instrução judicial”.

AC 22.830, 4ª C. Crim., relator Des. AZEVEDO JÚNIOR, unânime (RT 426/395): “Inquérito policial. Condenação do acusado com base exclusiva nas provas nele coligidas. Inadmissibilidade. Absolvição decretada”.

AC 88, 2ª C. Crim., relator Des. LAURINDO MINHOTO, unânime (RT 145/483): “O nosso direito continua a encarar o inquérito policial como uma peça incapaz de autorizar, por si só, condenação ou absolvição”.

Em resumo: Não pode a condenação basear-se em confissão obtida em sindicância militar, não reproduzida em juízo (RT 447/337) ou, exclusivamente em confissão produzida na polícia e não corroborada por qualquer outra prova judicial (RT 449/470; 456/444; 436/382; 446/461; 444/428; 439/439). Não pode a condenação fundar-se exclusivamente no inquérito e na confissão nele obtida (RT 449/470; 438/334), ou em prova extrajudicial (RT 458/187; 443/486).

Conseqüência do mesmo princípio do contraditório é o entendimento segundo o qual não basta, na inquirição da testemunha, que esta confirme suas declarações no inquérito. Numa antiga decisão (Ap. Crim. nº 1.111), o TFR declarou a nulidade do processo, porque o juiz, na instrução criminal, limitou-se a perguntar a cada uma das testemunhas se confirmava o depoimento prestado no inquérito policial. Entendeu o tribunal que tal procedimento ofende a regra do contraditório, que é princípio de garantia constitucional da defesa (Rev. Jurispr. TFR 14/85).

O que está no inquérito (com exceção da prova técnica, sem prejuízo de que seja renovada com a participação da defesa), em princípio, é elemento espúrio para a decisão. O CPP italiano orienta-se no sentido de proibir a leitura dos depoimentos prestados à polícia judiciária, mesmo quando há consentimento das partes.³²

Confissão

26. A confissão produzida no inquérito tem o valor de qualquer outra prova produzida antes do início da ação penal. A confissão só tem significação quando é espontânea e livre: confirmada reiteradamente, ou seja, persistente, e quando é realizada ou confirmada em juízo.

A “autoridade competente” a que alude o art. 307, letra *a* CPPM, só pode ser a judiciária. Essa disposição está subordinada ao princípio geral enunciado no art. 297, achando-se inserida no título relativo aos atos probatórios da instrução criminal. Isto se pode ver muito bem com a simples leitura do art. 301.

(*) Publicado na *Revista de Direito Penal*, n.º 23, p. 23-40

³² VASSALLI, *Il diritto alla prova*, Riv. Dir. Proc. Penale, 1968, 18.