

Marcos Eberhardt

Provas no Processo Penal

ANÁLISE CRÍTICA, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

2ª EDIÇÃO
revista e atualizada



livraria //
DO ADVOGADO
// *editora*

Porto Alegre, 2018

Conselho Editorial

André Luís Callegari
Carlos Alberto Molinaro
César Landa Arroyo
Daniel Francisco Mitidiero
Darci Guimarães Ribeiro
Draiton Gonzaga de Souza
Elaine Harzheim Macedo
Eugênio Facchini Neto
Gabrielle Bezerra Sales Sarlet
Giovani Agostini Saavedra
Ingo Wolfgang Sarlet
José Antonio Montilla Martos
Jose Luiz Bolzan de Moraes
José Maria Porras Ramirez
José Maria Rosa Tesheiner
Leandro Paulsen
Lenio Luiz Streck
Miguel Ángel Presno Linera
Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira
Paulo Mota Pinto

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E16p Eberhardt, Marcos.

Provas no processo penal : análise crítica, doutrinária e jurisprudencial / Marcos Eberhardt. 2. ed. rev. e atual. – Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2018.

275 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-9590-053-0

1. Processo penal. 2. Prova criminal. 3. Corpo de delito. 4. Perícia. 5. Interrogatórios (Processo penal). 6. Confissão (Direito). 7. Presunções (Direito). I. Título.

CDU 343.14

CDD 345.06

1135536

Índice para catálogo sistemático:

1. Processo penal : Evidências e provas 343.14

(Bibliotecária responsável: Sabrina Leal Araujo – CRB 8/10213)

Sumário

Apresentando o Autor	17
Parte I – TEORIA GERAL DA PROVA	19
1. O conceito de prova e a busca pela verdade	19
Em discussão: A busca da “verdade” como ponto nevrálgico do processo penal.....	22
2. Finalidade ou objeto da prova	23
2.1. Fatos que independem de prova.....	24
3. Classificação das provas	25
4. Ônus da prova	26
5. Inversão do ônus da prova	29
Em discussão: Medidas assecuratórias na lei de lavagem e inversão do ônus da prova.....	31
Aprensão de bem receptado em poder do acusado e inversão do ônus da prova.....	32
6. Poderes instrutórios do juiz	32
Em discussão: Atenuação da iniciativa probatória no PLS nº 156/2009.....	35
7. Produção antecipada de provas	35
Em discussão: Ausência de procedimento determinado para a produção antecipada de provas.....	37
8. Princípios atinentes às provas	37
8.1. Princípio da Presunção de Inocência.....	37
8.2. Princípio do <i>nemo tenetur se detegere</i>	39
Em discussão: O direito ao silêncio e meios subversivos de confissão.....	42
8.3. Princípio do <i>in dubio pro reo</i>	42
Em discussão: A pronúncia e a necessidade de um “standard” de prova.....	43
8.4. Princípio da proibição da utilização das provas ilícitas.....	44
8.5. Princípio do contraditório e da ampla defesa.....	45
Em discussão: Abertura de vista ao MP após a juntada da resposta à acusação.....	47
8.6. Princípio da aquisição ou comunhão da prova.....	48
8.7. Princípio da Oralidade.....	49
8.8. Princípio da concentração.....	50
8.9. Princípio da identidade física do juiz.....	51
8.10. Princípio da autorresponsabilidade das partes.....	54
8.11. Princípio da publicidade.....	54
9. Sistema de provas adotado pelo Código de Processo Penal: liberatório	56
10. Sistemas de valoração (apreciação) da prova no Processo Penal	57
10.1. Íntima convicção (sentimental ou certeza moral do julgador).....	57
Em discussão: Íntima convicção, júri e ausência de motivação.....	57
10.2. Verdade ou prova legal (prova tarifada).....	59

10.3. Livre convencimento motivado (persuasão racional do juiz ou verdade real) ..60	Em discussão: Juízo condenatório baseado subsidiariamente em elementos informativos colhidos na investigação.....	62
11. Cadeia de custódia da prova		63
11.1. Noções Introdutórias		63
11.2. Precedentes		66
11.3. Quebra da cadeia de custódia		68
12. Meios de prova		69
Em discussão: Cooperação jurídica em matéria de prova penal.....		70
13. Fases do procedimento probatório		72
13.1. Requerimento		73
13.2. Deliberação sobre sua admissibilidade ou admissão da prova.....		74
Em discussão: O indeferimento judicial de diligências e o direito à prova.....		74
13.3. Produção.....		75
13.4. Valoração.....		75
Parte II – PROVAS EM ESPÉCIE		77
1. Do exame de corpo de delito e das perícias em geral		77
1.1. Noções Introdutórias.....		77
1.1.1. Prazo para realização das perícias.....		79
1.1.2. Número de peritos: mudança legislativa.....		79
1.1.3. Quem são os peritos?.....		80
1.1.4. Divergência entre os Peritos.....		82
1.1.5. Contraditório e ampla defesa no exame de corpo de delito e nas demais perícias.....		83
1.1.6. Da indicação de assistentes técnicos pelas partes.....		83
1.2. Exame de corpo de delito		85
1.2.1. Noções introdutórias.....		85
1.2.2. Qual o momento de realização do exame de corpo de delito?.....		86
1.2.3. Exame de corpo de delito direto e indireto.....		86
1.2.4. Ausência do exame de corpo de delito (direto e indireto) e possibilidade de supressão pela prova testemunhal		87
Em discussão: Exame de corpo de delito indireto e prova testemunhal: confusão doutrinária.....		89
1.2.5. Ausência do exame de corpo de delito: decretação de nulidade absoluta (art. 564, III, “b”, do CPP) ou aplicação do art. 249, § 2º, do CPC?.....		89
Em discussão: Exame de corpo de delito nas infrações penais cometidas em situação de violência doméstica.....		91
1.3. Outras perícias.....		92
1.3.1. Autópsia forense ou médico-legal (necropsia/ tanatopsia).....		92
1.3.2. Exame diante de crime de lesões corporais.....		93
1.3.3. Exame nos crimes contra a saúde pública.....		94
1.3.4. Exame no crime de furto qualificado.....		95
1.3.5. Exame no crime de incêndio.....		96
1.3.6. Exame para reconhecimento de escrito ou exame grafotécnico.....		96
1.3.7. Exame dos instrumentos do crime.....		97
1.3.8. Comparação de perfis genéticos (Lei nº 12.654/12)		98
2. Interrogatório judicial		101
2.1. Noções introdutórias.....		101
Em discussão: O interrogatório no PLS nº 156/2009.....		102

2.2. Principais características do interrogatório judicial.....	102
Em discussão: Natureza jurídica do interrogatório judicial: meio de prova e/ou de defesa?.....	104
2.3. Direito ao silêncio.....	105
Em discussão: O exercício do direito ao silêncio e os prejuízos ao réu.....	107
A referência ao silêncio em prejuízo ao réu nos debates em plenário do júri.....	107
2.4. Ausência de interrogatório de réu presente: nulidade insanável.....	109
2.5. Partes do Interrogatório.....	110
2.6. Momento do interrogatório.....	111
2.7. Reinterrogatório.....	114
Em discussão: É admissível a condução coercitiva do sujeito passivo a fim de garantir seu comparecimento ao interrogatório?.....	114
2.8. Presença obrigatória do advogado no interrogatório judicial.....	118
Em discussão: Abandono da causa e a multa do art. 265 do CPP.....	118
Defesa meramente formal correspondente à efetiva ausência de defesa.....	119
2.9. Réu habilitado a exercer a advocacia e presença obrigatória de advogado.....	120
Em discussão: Corréus atuando em causa própria e o art. 191 do CPP.....	121
2.10. Presença do curador no interrogatório do menor: desnecessidade.....	121
2.11. Entrevista prévia e reservada do acusado com seu defensor.....	122
2.12. Intervenção das partes ao final do interrogatório.....	123
2.13. Corréus e intervenção das partes ao final do interrogatório.....	124
2.14. Local de realização do interrogatório.....	126
2.15. Interrogatório por videoconferência.....	127
Em discussão: Interrogatório da pessoa jurídica.....	129
2.16. Interrogatório de corréus.....	130
2.17. Interrogatório de pessoas com qualidades especiais.....	131
2.18. Registro audiovisual do interrogatório.....	132
Em discussão: Nulidade ante a ausência de gravação.....	133
3. Confissão.....	134
3.1. Valor probatório.....	134
3.2. Características da confissão: divisibilidade e retratabilidade.....	136
3.3. Delação feita por coautor: prova de corréu.....	138
3.4. Delação premiada.....	139
3.4.1. Noções introdutórias.....	139
3.4.2. Evolução histórica.....	140
3.4.3. Natureza jurídica.....	142
3.4.4. Repercussão probatória.....	145
4. Palavra da vítima.....	146
4.1. Noções introdutórias.....	146
4.2. Compromisso de dizer a verdade.....	148
4.3. Valoração.....	148
Em discussão: Precedente sobre injusta condenação com base na palavra da vítima.....	150
4.4. Obrigatoriedade da oitiva e condução coercitiva.....	151
Em discussão: A vítima e o direito ao silêncio.....	153
4.5. Comunicação dos atos.....	154
4.6. Procedimento de oitiva.....	155
4.7. Preservação da intimidade e atendimento multidisciplinar.....	156
5. Prova testemunhal.....	159
5.1. Conceito e classificação.....	159
Em discussão: Depoimento escrito de testemunhas abonatórias.....	161

5.2. Características.....	161
Em discussão: A prova testemunhal e as falsas memórias.....	163
5.3. Capacidade para testemunhar.....	164
Em discussão: Valor probatório do depoimento de policiais.....	166
5.4. Compromisso de dizer a verdade.....	166
5.5. Testemunhas não sujeitas ao compromisso.....	167
5.6. Dever de depor: casos de recusa e proibição.....	168
5.7. Contradita e arguição de defeito.....	171
5.8. Dever de comparecimento e condução coercitiva.....	172
5.9. Presença do réu na audiência de oitiva de testemunhas.....	174
5.10. Procedimento de oitiva.....	175
Em discussão: Os poderes instrutórios do juiz e a oitiva de testemunhas de ofício.....	177
5.11. Sistema de inquirição das testemunhas.....	178
5.12. Carta precatória.....	180
Em discussão: A ausência de intimação da defesa acerca da audiência em carta precatória e a quesitação prévia na carta rogatória.....	182
5.13. Procedimento em caso de falso testemunho.....	184
5.14. Limitação do rol de testemunhas.....	187
5.15. O valor probatório do testemunho por ouvir dizer: <i>hearsay testimony</i>	188
5.16. A valoração do testemunho por ouvir dizer no momento da pronúncia.....	189
6. Reconhecimento de pessoas e coisas.....	191
6.1. Conceito.....	191
6.2. Formalidades.....	192
Em discussão: A (i)legalidade da condução coercitiva no reconhecimento pessoal.....	195
6.3. Outras espécies de reconhecimento.....	195
7. Acareação.....	198
7.1. Conceito.....	198
7.2. Momento e sujeitos.....	199
7.3. Procedimento.....	200
7.4. Acareação a distância.....	201
8. Prova documental.....	202
8.1. Conceito e classificação.....	202
Em discussão: Valor probatório do documento anônimo.....	204
8.2. Momento da juntada.....	204
8.2.1. Exceção: juntada de documentos no Tribunal do Júri.....	205
Em discussão: Exibição extemporânea de documentos no plenário do júri.....	206
8.2.2. Juntada de ofício.....	208
8.3. Correspondência.....	209
Em discussão: Um pouco sobre as comunicações entre cliente e advogado.....	209
8.4. Falsidade do documento e exame pericial.....	211
8.5. Documentos em língua estrangeira e públicas-formas.....	212
8.6. Devolução de documentos.....	213
8.7. Correio eletrônico como meio de prova.....	214
9. Dos indícios.....	214
9.1. Conceito.....	214
9.2. Valor probatório.....	217
9.3. Distinção entre presunção e indício.....	218
10. Da busca e apreensão.....	220
10.1. Conceito e natureza jurídica.....	220
Em discussão: Busca e apreensão determinada por CPI.....	221

10.2. Busca e apreensão domiciliar.....	222
Em discussão: A desnecessidade de mandado para busca e apreensão em caso de flagrante.....	223
10.2.1. Conceito de casa.....	224
10.2.2. Hipóteses autorizadoras.....	225
10.2.3. Ordem judicial.....	228
Em discussão: A inviolabilidade do escritório de advocacia.....	229
10.2.4. Procedimento.....	231
10.3. Busca pessoal.....	232
10.4. Apreensão em território de jurisdição alheia.....	233
11. Da prova emprestada.....	233
11.1. Conceito e natureza jurídica.....	233
11.2. Requisitos de admissão.....	234
12. Da prova ilegal, vedada ou proibida.....	237
12.1. Conceito e classificação.....	237
12.2. Teoria da proporcionalidade.....	238
12.2.1. Ponderação de direitos fundamentais.....	238
Em discussão: Sobre a ponderação de interesses em matéria de prova.....	239
12.2.2. Teoria da proporcionalidade “pro reo”.....	241
12.3. Prova ilícita por derivação.....	242
12.4. Consequência de sua utilização.....	246
12.5. Encontro fortuito de provas: serendipidade, serendipismo ou descoberta por acidente.....	248
12.5.1. Noções introdutórias.....	248
12.5.2. Na interceptação telefônica.....	248
12.5.3. Na busca e apreensão.....	250
13. Da interceptação telefônica.....	252
13.1. Noções introdutórias.....	252
13.2. Classificação.....	252
13.3. (Des)necessidade de procedimento criminal em andamento.....	254
13.4. Necessidade de autorização judicial motivada e requisitos para seu deferimento.....	255
13.5. Legitimados a requerer a medida.....	256
13.6. Prazo de duração da medida.....	257
14. Instrumentos probatórios na lei do crime organizado.....	258
14.1. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.....	258
14.2. Ação controlada (flagrante retardado, adiado, prorrogado, postergado ou diferido).....	260
Em discussão: A entrega vigiada como modalidade de ação controlada.....	262
14.3. Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais.....	263
14.4. Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica.....	264
14.5. Infiltração policial.....	265
15. Indeferimento de provas e medidas processuais cabíveis.....	268
16. Análise judicial da prova nas infrações de menor potencial ofensivo.....	269
Bibliografia.....	271