

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Ronaldo Boanova da Silva

**O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA NA INSPEÇÃO
JUDICIAL PENAL**

**Porto Alegre
2018**

Ronaldo Boanova da Silva

**O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA NA INSPEÇÃO
JUDICIAL PENAL**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientador: Professor Doutor Mauro
Fonseca Andrade**

**Porto Alegre
2018**

Ronaldo Boanova da Silva

**O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA NA INSPEÇÃO
JUDICIAL PENAL**

**Trabalho de conclusão de curso de
graduação apresentado ao Departamento de
Ciências Penais da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.**

Aprovado em 03 de julho de 2018.

Conceito final: A

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade (orientador)
Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Ângelo Roberto Ilha da Silva
Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Marcus Vinicius Aguiar Macedo
Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Para minha amada esposa, Vanessa, que me
acompanha do alfa ao ômega.

Para minha família, Rosalvino (*in memoriam*), Eva
Teresinha, Rosângela, Kellen e Nicolý, que me
ensinam a arte de viver e conviver.

*O maior inimigo do conhecimento não é a ignorância,
é a ilusão do conhecimento.*

Stephen Hawking

RESUMO

A inspeção judicial está expressamente prevista no Código de Processo Civil, permitindo que o juiz examine pessoas ou coisas para esclarecer fato de interesse à decisão da causa. Essa modalidade de prova é atípica na esfera criminal, porém aplicável em virtude do uso subsidiário das normas civis no âmbito penal e do direito das partes de utilizarem todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que sem previsão legal, para tentarem influenciar na convicção do juiz. Na prova documental, pericial ou testemunhal, incumbe às partes, ao perito ou à testemunha sua produção, cabendo ao juiz apenas a valoração do elemento probatório. Caso uma das partes não concorde com algum ponto, basta impugná-lo ou contestá-lo. Ao final do processo, o julgador examinará todo o arcabouço probatório, bem como suas contestações e impugnações, e proferirá uma decisão. Entretanto, na inspeção judicial, o magistrado tem contato direto com as pessoas e coisas, podendo ficar adstrito aos elementos subjetivos da sua realização. Embora a fundamentação de posterior decisão esteja limitada aos elementos constantes no auto de inspeção, cuja lavratura é imprescindível, as impressões pessoais do julgador podem ser insuperáveis no processo, prejudicando, se não inviabilizando, o exercício do contraditório e da ampla defesa, direitos garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil aos acusados em geral.

Palavras-chave: Ampla defesa. Contraditório. Inspeção judicial. Prova.

ABSTRACT

The judicial inspection is explicitly found on the Brazilian Code of Civil Procedure allowing the judge to examine people or things to clarify facts of interest to the judicial decision. This kind of proof wherewithal is atypical on the criminal justice although it may be accepted due to the subsidiary use of Civil Law in the criminal field and to the right of the parties involved in the process to access all legal and moral legitimate means in order to affect the judge's conviction. In the documentary, expert and testimonial proof the parties, the expert or the witness must produce the evidence as the judge only analyze the elements. If there's disagreement about any subject, impugnation and contestation are possible. By the end of the proceedings, the judge will examine all the evidence as well as the impuginations and contestations and a decision will be made. However, when it comes to judicial inspection, the magistrate has direct contact with people and things being connected to the subjective elements of the procedure. Even though the substantiation of the judicial decision must be limited by the elements in the inspection case files, wich must be drawn up, the judge's impressions may be insuperable interfering, perhaps making not viable, with the adversarial principle and full defense, both assured in the Brazilian Federative Republican Constitution to the defendants in general.

Keywords: Full Defense. Adversarial Principle. Judicial Inspection. Proof.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPC e CPC/15¹ – Código de Processo Civil vigente (Lei 13.105, de 16 de março de 2015)

CPC/73 - Código de Processo Civil anterior (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973)

CPP – Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941)

CTB – Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997)

c/c – combinado com

STF – Supremo Tribunal Federal

TJ/RS - Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul

¹ A utilização da sigla CPC/15 restringe-se a trechos em que são comparados os códigos anterior e atual. Nas demais ocasiões, é utilizada apenas a sigla CPC.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	PROVA	14
2.1	CONCEITO	14
2.2	MEIOS	15
2.3	FINALIDADE	16
2.4	OBJETO	17
2.5	CLASSIFICAÇÕES	19
2.5.1	Quanto à previsão legal	19
2.5.2	Quanto ao objeto	20
2.5.3	Quanto ao valor	21
2.5.4	Quanto ao sujeito	21
2.5.5	Quanto à forma	22
2.6	PRINCÍPIOS GERAIS	22
2.6.1	Comunhão	22
2.6.2	Oralidade	24
2.6.3	Autorresponsabilidade das partes	25
2.6.4	Não auto-incriminação	26
2.7	SISTEMAS DE APRECIÇÃO DAS PROVAS	26
2.7.1	Prova irracional	27
2.7.2	Prova legal	27
2.7.3	Livre convencimento motivado	28
2.7.4	Íntima convicção	29
2.8	PROVAS ATÍPICAS	29
3	O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA INPEÇÃO JUDICIAL	32
3.1	INSPEÇÃO JUDICIAL	32
3.1.1	Definição	32
3.1.2	Objeto	32
3.1.3	Momento adequado para a produção	33
3.1.4	Inspeção judicial indireta e prova pericial	34
3.1.5	Aplicabilidade no processo penal	35
3.2	CONTRADITÓRIO	36
3.2.1	Origem e definição	36
3.2.2	Fundamentos	38
3.2.3	Contraditório efetivo	39
3.2.4	Limitações ao princípio	40
3.2.5	Contraditório diferido	41
3.3	AMPLA DEFESA	43
3.3.1	Definição	43
3.3.2	Ampla defesa e plenitude de defesa	44
3.3.3	Defesa técnica e defesa pessoal	45
3.4	PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA INSPEÇÃO JUDICIAL	46
3.4.1	Transparência no procedimento	46
3.4.2	Participação das partes	47
3.4.3	Direito de não ser inspecionado	48
3.4.4	Documentação da inspeção	49
3.4.5	Manifestação sobre o resultado da prova	49

3.4.6	Inspeção como prova única.....	50
4	ESTUDO DE CASOS.....	51
4.1	CASO I – ESTUPRO	51
4.2	CASO II – LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA.....	53
4.3	CASO III – LESÃO CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR .	55
4.4	CASO IV – LATROCÍNIO.....	57
4.5	CASO V – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.....	58
5	CONCLUSÃO.....	61
	REFERÊNCIAS	64
	ANEXO A – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO I.....	68
	ANEXO B – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO II.....	79
	ANEXO C – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO III.....	84
	ANEXO D – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO IV.....	92
	ANEXO E – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO V.....	111

1 INTRODUÇÃO

Para assegurar os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, o ordenamento jurídico brasileiro possibilita às partes a utilização de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, para provar a verdade dos fatos e influenciar a convicção do julgador (artigo 369 do CPC).

Os meios de prova mais utilizados são aqueles em que há um contato indireto do juiz com os fatos inerentes ao litígio, como as provas periciais, documentais e testemunhais. Esses procedimentos favorecem a celeridade processual, visto que o contato direto do magistrado com os acontecimentos demanda maior dispêndio temporal do julgador.

Ainda que esse contato imediato do julgador com o mundo dos fatos tenda a dilatar a instrução processual, podendo comprometer a tempestividade das decisões, o CPC possibilita a averiguação direta pelo juiz de pessoas ou coisas, a fim de esclarecer acontecimentos relacionados à lide. Trata-se da inspeção judicial, procedimento probatório expressamente previsto no âmbito do direito processual civil brasileiro² e atípico na seara criminal.

Para contrapor uma prova indireta desfavorável, a parte pode pleitear a realização de outro procedimento probatório. Exemplificando, tendo o Ministério Público arrolado uma testemunha que confirmou a prática do fato típico pelo réu, a defesa pode juntar aos autos prova documental que demonstre a inverossimilhança do depoimento, como o registro funcional indicando que o acusado estava trabalhando no momento do crime.

Entretanto, contradizer uma prova produzida com a participação ativa do juiz pode ser bem mais complexo, tendo em vista que para isso é necessário desconstituir a impressão do próprio magistrado, obtida por meio de análise do próprio local dos acontecimentos. Mesmo diante da lavratura de auto circunstanciado da diligência e da possibilidade de as partes assistirem à inspeção, prestarem esclarecimentos e fazerem observações³, a impressão do julgador pode ser insuperável no caso concreto. Por exemplo, é aferido em um processo de homicídio, por meio de inspeção judicial, que o

² CPC. Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

³ CPC. Art. 483. Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

delito foi cometido por uma pessoa destra, com cerca de 1,90 m (um metro e noventa centímetros) de estatura e aproximadamente 90 kg (noventa quilogramas) de massa corporal. Tendo a denúncia sido oferecida em desfavor de réu com 1,60 m (um metro e sessenta centímetros) de estatura e 65 kg (sessenta e cinco quilogramas) de massa corpórea, pode ser inviável para a acusação demonstrar a possibilidade de o crime ter sido cometido pelo acusado, considerando que essas características do autor do crime foram levantadas com a participação direta do julgador no local dos fatos. Mas se a prova fosse produzida por meio de laudo pericial, a acusação teria muitas formas de tentar desconstituí-la, podendo alegar imparcialidade do perito ou que a técnica utilizada não é a mais adequada para o caso concreto. No mesmo sentido, uma prova de autoria de determinado delito pode ser produzida no âmbito da inspeção judicial, tornando árdua a tarefa da defesa técnica e colocando em xeque o pragmatismo dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, no caso concreto, a prova produzida por meio de inspeção judicial pode possuir presunção absoluta, mesmo que tal atributo não lhe seja conferido pela legislação.

O livre convencimento motivado, sistema de apreciação da prova adotado pelo legislador criminal brasileiro (artigo 155 do CPP), possibilita ao juiz formar sua convicção por meio da livre apreciação do arcabouço probatório produzido nos autos, apenas impondo-lhe o dever de especificar na decisão os elementos que formaram seu convencimento. Assim, o ordenamento jurídico não estabeleceu uma hierarquia entre as provas, cabendo ao magistrado valorá-las de acordo com as circunstâncias de cada caso. Nesse sistema, um contato direto com a prova pode formar prematuramente a convicção do julgador que, voluntária ou involuntariamente, sobrepesaria a inspeção judicial em detrimento de todas as informações que a contradigam.

Não se está a cogitar a existência de uma decisão fundamentada exclusivamente nesse meio de prova. A sentença, condenatória ou absolutória, pode alicerçar-se em sólidos fundamentos, mas ter sido motivada por um único elemento: a inspeção judicial. Isso tornaria inócuas todas as provas produzidas posteriormente, uma vez que a convicção do julgador já estaria irremediavelmente formada. Assim sendo, a inspeção judicial tornaria o processo patológico, pois o juiz deve analisar não apenas formalmente, mas pragmaticamente, todas as circunstâncias relevantes trazidas pelas partes para a elucidação dos fatos.

O cerne deste estudo é a análise da força probatória dispensada pelo magistrado à inspeção judicial no direito processual penal. Inicialmente, será realizada a revisão bibliográfica dos principais institutos relacionados ao tema, como o da prova, da inspeção judicial e dos princípios do contraditório e da ampla defesa, e, posteriormente, será realizada a análise de processos criminais em que foi utilizado o meio de prova objeto deste trabalho. Não estando a inspeção judicial positivada no direito processual penal brasileiro, a maior parte do embasamento teórico relacionado à matéria será tomada emprestada do direito processual civil.

2 PROVA

2.1 CONCEITO

No cotidiano, é comum a utilização da frase de efeito: *Vou provar meu direito na justiça*. Essa afirmação, normalmente imbuída de certa dose de emotividade, poderia ser traduzida como: *Vou provar a ocorrência dos fatos que, interpretados à luz das normas e princípios jurídicos vigentes, demonstrarão a existência do direito subjetivo que atende aos meus interesses*. Esse conceito de prova, tão presente no senso comum, não se distancia substancialmente das definições técnicas.

Explorando a etimologia da palavra, Ribeiro (1998, p. 64) ensina que o termo *prova* tem origem na expressão latina *probus*, que significa probo ou honesto. Contemporaneamente, o autor assevera que o termo designa ao mesmo tempo:

- a) a **atividade processual** (equivalente a instrução) que se destina a demonstrar aquilo que se afirma, *verbi gratia*, quando diz que, no artigo 448 do Código de Processo Civil, antes de iniciar a instrução o juiz tentará conciliar as partes;
- b) a **própria convicção da verdade adquirida pelo julgador** como resultado do ato de provar, é o elemento subjetivo do conceito de prova, *exempli gratia*, quando se afirma eu vou provar para o juiz o meu direito;
- c) os **motivos da prova**, quer dizer, as causas, as razões pelas quais o julgador chegou àquela conclusão formando o seu convencimento, *verbi gratia*, quando a lei obriga o magistrado a colocar na sentença os motivos, as provas que lhe formaram o convencimento, artigo 131 do Código de Processo Civil;
- d) os **meios de prova**, que são as fontes probantes de demonstração da verdade, ou seja, é o elemento objetivo do conceito de prova, e está esculpido no artigo 332 do Código de Processo Civil, quando diz que todos os meios legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos, *exempli gratia*, a prova documental, a prova testemunhal, etc. (sem destaques no original)

O autor ressalta ainda os critérios objetivos e subjetivos que integram o conceito de prova. Os critérios objetivos são os meios utilizados pelas partes para convencer o julgador do seu direito. Os subjetivos relacionam-se com a convicção e a certeza do magistrado.

Reis e Gonçalves (2013), ao conceituarem o termo, também destacam os aspectos objetivo e subjetivo da prova, porém de forma ligeiramente diversa. O primeiro permite a conclusão sobre a veracidade de determinado fato ou circunstância. Já a ótica subjetiva está relacionada ao resultado do esforço probatório na convicção do julgador.

Marinoni e Arenhart (2009) destacam que a expressão *prova* não é monopólio do direito, tratando-se de noção comum a todos os ramos da ciência. E, assim como em outras áreas do conhecimento, a expressão possui múltiplas conotações no meio jurídico.

Pode representar os instrumentos que são analisados pelo julgador para formar seu convencimento, como, por exemplo, os documentos ou os objetos. Pode corresponder aos procedimentos por meio dos quais esses instrumentos de cognição (documento, objeto...) se formam e são recebidos pelo julgador. Uma terceira definição associa a prova à atividade cognitiva do juiz para investigação dos fatos. Por fim, pode ser o resultado dessa atividade lógica do magistrado (cognição).

No mesmo sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 48) atribuem múltiplos significados à expressão:

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa.

Nucci (2016) também destaca a versatilidade da prova, ressaltando a existência de três sentidos para o termo: ato de provar (demonstração da existência do fato alegado pela parte), meio (instrumento pelo qual se demonstra esse fato) e resultado da ação de provar (produto obtido da análise dos instrumentos de prova).

2.2 MEIOS

Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) estabelecem a diferença entre meios de prova e fontes de prova. Segundo os autores, os meios são as técnicas utilizadas pelos operadores do direito para extrair prova de determinada fonte. As fontes de prova são constituídas por coisas, pessoas e fenômenos.

Tal distinção não é realizada por Miranda (p. 1996, p. 257), que afirma:

Meios de prova são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre fatos, ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios (quando a testemunha diz, por exemplo, que viu A ferir a B, ou assistiu à entrega da coisa por B a C). Diligências ou produção de prova são a atividade que se usa para que ao juiz se apresentem os meios de prova. A observação ocular, ou auditiva, ou, em geral, sensorial ou intelectual do juiz, em contacto direto, são motivos de prova, que aparecem durante o processo, devido à imediatidade da instrução. A eles se refere o juiz quando analisa testemunhas, argumenta sobre a atendibilidade de certas provas produzidas,

ou de certos fatos que se passaram na sua presença, de ciência própria. Muitas vezes dizem respeito a provas pré-constituídas, como os instrumentos de contrato, ou de declaração unilateral de vontade, e.g., a letra de câmbio, e a alteração de algarismos; outras, sobre interrupções de interrogatórios, em momentos delicados para alguma das partes, ou sobre outras provas simples.

Nucci (2016) ensina que meios de prova são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados no processo para se alcançar a verdade dos fatos, ressalvando que apenas os meios lícitos (admitidos pelo ordenamento jurídico) devem ser considerados pelo juiz.

2.3 FINALIDADE

Partindo da definição de que prova é o ato ou o meio pelo qual se demonstra a veracidade de determinada alegação para formar o convencimento do julgador⁴, seu conceito fornece alguns indícios de sua finalidade.

No mesmo sentido, o artigo 212 do CPC, ao estabelecer que “Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante [...]”, indica que o objetivo da prova é a demonstração do fato jurídico.

As decisões judiciais são embasadas nos procedimentos que as precedem. E para que essas decisões sejam legítimas e representem a manifestação do Estado, devem ser respeitadas a forma e as garantias previstas no procedimento. E quanto mais as partes participam do processo, fornecendo meios para o convencimento do juiz, mais legítima será a decisão proferida. Essa participação se dá por meio de alegações e comprovações, nas quais as partes aduzem situações de fato e de direito. Assim, a prova assume uma finalidade retórica, para convencer o juiz do acontecimento de que determinado fato ocorreu. É com essa linha de raciocínio que Marinoni e Arenhart (2009, p. 52) chegam à finalidade da prova, ensinando que ela “[...] assume a condição de um meio retórico, regulado pela lei, dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. Para reforçar a tese de que a finalidade da prova é o convencimento do julgador da existência dos fatos, e não da verdade, Marinoni e Arenhart (2009, p. 97) mencionam a obrigatoriedade das decisões judiciais, destacando “[...] que o juiz tem o

⁴ Esse conceito foi concebido através da junção dos aspectos objetivo e subjetivo da prova, segundo os ensinamentos de Reis e Gonçalves (2013, p. 307): “Sob essa ótica objetiva, pois, prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância. O termo prova também é empregado, sob aspecto subjetivo, para definir o resultado desse esforço probatório no espírito do juiz.”

dever de solucionar o litígio, mesmo que não esteja completamente convencido, o que mais uma vez demonstra a falsidade da tese de que o juiz, para solucionar o conflito, deve ter encontrado a verdade dos fatos”.

Aprofundando-se no tema, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) destacam três teorias que almejam explicar a finalidade da prova. A primeira diz que estabelecer a verdade é a finalidade da prova. Segundo os autores, esta concepção está equivocada porque a verdade é objetiva e o conhecimento que acreditamos ter nela é subjetivo, não podendo o ser humano ter certeza de tê-la atingido. A segunda teoria diz que o legislador, convencido da intangibilidade da verdade, estabeleceu critérios para que se possam reputar como comprovadas as alegações das partes, ainda que formalmente. Por fim, a terceira teoria afirma que a finalidade da prova é fornecer subsídios ao julgador para que este se convença da existência ou não dos fatos controversos no processo. Essa seria a efetiva finalidade da prova: convencer o julgador quanto à ocorrência dos fatos alegados.

Mais sucinto, Nucci (2016) entende que o convencimento do juiz acerca da verdade de um fato controverso é o objetivo da prova. Entretanto, para o autor, a verdade almejada é a processual ou possível, que é atingida durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não. E essa verdade processual, ainda que não corresponda à realidade, deve fundamentar a decisão judicial⁵.

2.4 OBJETO

Prova-se o fato ou a afirmação do fato? Para Marinoni e Arenhart (2009), esse questionamento constitui o ponto nevrálgico para a definição do objeto da prova. A resposta para a questão está diretamente relacionada à finalidade da prova. Caso demonstrar a verdade dos fatos fosse o objetivo do ato de provar, os fatos seriam o objeto da prova. Por outro lado, se a finalidade da prova é o convencimento do juiz acerca da existência dos fatos, o objeto é a alegação de tais fatos. Para os referidos autores, a última assertiva é a mais adequada.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) destacam que pode ser objeto de prova qualquer fato. Assim, podem ser objetos de prova o contrato (fato jurídico), data de

⁵ Marinoni e Arenhart (2009) dedicam um capítulo exclusivo à discussão da relação entre verdade e prova. Nele, os autores diferenciam verdade substancial e verdade formal, debatendo a importância dispensada a cada um dos institutos nos direitos penal e civil.

fabricação de um projétil (fato simples), existência de um homicídio (fato positivo) ou inexistência de um furto (fato negativo).

Entretanto, há fatos que excluem a necessidade de prova, não constituindo objeto delas, a menos que sejam impugnados no processo, como os fatos axiomáticos, os fatos notórios e as presunções legais (AVENA, 2014)⁶.

Fatos axiomáticos são aqueles considerados indiscutíveis, insuscetíveis de qualquer questionamento. O exemplo clássico é o cadáver em estado de putrefação, que dispensa a prova da morte, uma vez que a decomposição generalizada de um ser só pode ocorrer após sua morte.

Os fatos notórios integram o conhecimento geral, fazendo parte do patrimônio cultural de uma pessoa ou de um grupo de pessoas. É o que ocorre quando se imputa a alguém o crime contra a honra do prefeito. Não há necessidade de provar a condição de chefe do poder executivo municipal da vítima, pois tal fato é de conhecimento geral daquela localidade.

Também não necessitam serem provadas as presunções legais, cujo juízo de certeza decorre da lei. Essas presunções podem ser absolutas (*jure et de jure*) ou relativas (*juris tantum*). Estas admitem provas em contrário, como, por exemplo, imputabilidade de maior de 18 (dezoito) anos, que pode ser afastada com o incidente de insanidade mental. Aquelas não admitem prova em contrário, como a inimputabilidade de menor de 18 (dezoito) anos. No caso de prova absoluta, a única forma de demonstrar a imputabilidade é desconstituir o próprio fato que originou a presunção. No exemplo, poderia ser demonstrada a falsidade material ou ideológica do documento que atribuiu a idade de 18 (dezoito) anos ao agente.

Em se tratando de dispositivo legal, a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário deve provar seu teor e sua vigência apenas em caso de determinação judicial (art. 376 do CPC).

Reis e Gonçalves (2013) também retiram do rol de fatos que devem ser provados os impertinentes (alheios à lide) ou irrelevantes (sem qualquer influência na decisão, ainda que relativos à causa).

⁶ CPC. Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Os fatos incontestes ou incontrovertidos, ou seja, que não foram impugnados pelas partes, são tratados distintamente nas esferas penal e civil. Nesse sentido, importante lição de Avena (2014, p. 440)⁷:

Estes, ao contrário do que ocorre no processo civil (art. 334, III, do CPC), não dispensam a prova, podendo o juiz, inclusive, a teor do art. 156, II, do CPP, determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. E não poderia ser diferente. Afinal, se a própria confissão do crime pelo acusado não é suficiente, por si, para um juízo condenatório, exigindo sempre confronto com os demais elementos de prova angariados ao processo (art. 197 do CPP), é evidente que a simples ausência de contestação quanto a atos, fatos e circunstâncias não tem força suficiente para elidir a produção probatória.

Desse modo, os fatos incontrovertidos constituem objeto de prova apenas no direito processual penal.

2.5 CLASSIFICAÇÕES

As provas podem ser classificadas de diferentes formas: quanto à previsão legal (típicas e atípicas), quanto ao objeto (diretas e indiretas), quanto ao valor (plenas e não plenas), quanto ao sujeito (reais e pessoais) e quanto à forma (testemunhal, documental e pericial).

2.5.1 Quanto à previsão legal

As provas típicas ou nominadas⁸ são aquelas previstas em Lei. Com ressalva a negócio a que se impõe forma especial⁹, o CPC estabelece em seu artigo 212 a

⁷ No trecho transcrito, o autor referencia o artigo 334, inciso III, do CPC de 1973. O dispositivo correspondente no CPC atual é o artigo 374, inciso III, que possui a mesma redação de seu antecessor.

⁸ Alguns autores, como Dezem (2008) e Lima (2017), diferenciam as provas típicas das nominadas (assim como as atípicas das inominadas). Segundo tais juristas, provas nominadas são aquelas que estão previstas na legislação, ainda que seus procedimentos não constem em Lei. “É o que acontece com a reconstituição do fato delituoso, prevista expressamente no art. 7º do CPP. Apesar do referido meio de prova estar previsto expressamente no Código de Processo Penal, razão pela qual é considerada espécie de prova nominada, como não há procedimento previsto em lei para sua realização, trata-se de prova atípica.” (LIMA, 2017, p. 601). Já as provas atípicas podem ser entendidas de duas maneiras: “a) posição restritiva: a ideia da atipicidade probatória é vista de maneira intimamente ligada à ausência de previsão legal da fonte de prova que se quer utilizada no processo. Assim, a atipicidade probatória guarda estreita ligação com a ausência de previsão legal da fonte de prova, confundindo-se os conceitos de prova atípica e de prova inominada; b) posição ampliativa: uma prova é atípica em duas situações: b.1) quando ela estiver prevista no ordenamento, mas não haja procedimento probatório; b.2) quando nem ela nem seu procedimento probatório estiverem previstos em lei.” ((LIMA, 2017, p. 601). Neste estudo, entretanto, será seguida a corrente majoritária e os termos serão utilizados como sinônimos.

possibilidade de comprovação do fato jurídico por meio de confissão, documento, testemunha, presunção e perícia. Ainda na esfera cível, o CPC prevê a Inspeção Judicial (do artigo 481 ao 484).

No âmbito penal, o CPP prevê expressamente a confissão, o documento, a testemunha, e a perícia (do artigo 155 ao 250).

De outro norte, as provas atípicas ou inominadas são aquelas sem previsão legal. Devido à importância do tema para o presente estudo, o instituto das provas atípicas será analisado detidamente mais adiante, em tópico específico, tendo sido contemplado neste ponto apenas para diferenciá-lo das provas típicas.

2.5.2 Quanto ao objeto

As provas podem ser diretas ou indiretas. As primeiras dizem respeito diretamente ao fato. É o caso de uma testemunha que relata a ocorrência de determinado fato criminoso. As últimas não demonstram diretamente o fato, mas, por meio de raciocínio lógico, permitem a dedução de determinadas circunstâncias. O alibi é uma prova indireta, pois, sabendo-se que o suspeito estava em local diverso do fato no momento do delito, pode-se concluir que o agente não estava na cena do crime no instante em que ele foi cometido (AVENA, 2014).

Embora compartilhem da definição de Avena, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 53 e 54) também apresentam, alternativamente, o conceito de provas diretas e indiretas construído por Carnelutti¹⁰:

[...] direta é a prova por meio da qual o juiz percebe, com seus próprios sentidos, o próprio fato que se quer provar; exemplo típico disso seria a inspeção judicial. Indireta é a prova por meio da qual o Juiz percebe, com seus próprios sentidos, um fato (chamado de fato representativo) que representa o fato que se quer provar (chamado de fato representado). Nesse sentido, o documento, por exemplo, é uma prova indireta, na medida em que a sua existência, por si só, já é um fato da vida; esse fato da vida, por sua vez, vem para representar um outro fato. Conclui o autor [Carnelutti]: “A diferença entre os dois tipos de prova fundamenta-se na coincidência ou na divergência do fato a provar (objeto da prova) e do fato percebido pelo juiz (objeto da percepção da prova); precisamente, a prova indireta

⁹ Nesse sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 298) citam o mandado de segurança, destacando que “Quando o que o autor alega pode ser demonstrado de plano, o bom senso aponta para a desnecessidade de se ter um procedimento igual ao que serve ao direito que exige provas mais elaboradas, como a documental e a pericial. Nesse caso, basta um procedimento documental, ou melhor, um procedimento em que somente possam ser produzidas provas do tipo documental – obviamente que quando necessárias”.

¹⁰ Fonte citada por Avena: CARNELUTTI, Francesco. A prova Civil. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 83.

apresenta a separação entre o objeto da prova e o objeto da percepção: o fato submetido à percepção do juiz não serve senão de meio para seu conhecimento”.

Mesmo no conceito de prova direta concebido por Carnelutti (*apud* Didier Jr., Braga e Oliveira, 2016), substancialmente mais restritivo que a definição de Avena (2014), a inspeção judicial continua pertencendo a essa espécie probatória.

2.5.3 Quanto ao valor

Embora vigore no Brasil o livre convencimento motivado como sistema de apreciação de elementos probatórios, inexistindo sua prévia valoração, a doutrina classifica a prova como plena (perfeita ou completa) e não plena (imperfeita ou incompleta).

Segundo Reis e Gonçalves (2013, p. 329), a primeira espécie “é aquela apta a, por si só, conduzir o julgador a um juízo de certeza ou, em outras palavras, é aquela que faz tanta fé quanto basta para terminar a controvérsia”. No que tange à comprovação da morte do agente para declaração da extinção da punibilidade, a certidão de óbito é uma prova plena¹¹.

Por outro lado, a prova não plena “autoriza apenas o juízo de probabilidade acerca da ocorrência de um fato, isto é, aquela que produz alguma fé, mas não tanta que possa levar o juiz a proferir sentença.” (REIS E GONÇALVES, 2013, p. 329). A confissão é um exemplo desta espécie de prova, uma vez que a admissão da prática do crime pelo acusado não autoriza, por si só, a aferição de sua culpabilidade (NUCCI, 2016).

2.5.4 Quanto ao sujeito

A classificação quanto ao sujeito (ou quanto à fonte) divide as provas em reais e pessoais. Estas decorrem da pessoa, como o informante, a vítima, o réu ou a testemunha. Naquelas o juiz busca o convencimento no objeto relacionado ao litígio, que pode ser a arma ou um cadáver (AVENA, 2014).

¹¹ Artigo 62 CPP. 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.

2.5.5 Quanto à forma

Por fim, as provas podem ser orais, documentais ou materiais (Didier Jr., Braga e Oliveira, 2016).

Como o próprio nome sugere, as primeiras são obtidas por meio da oralidade. Enquadram-se nessa modalidade as testemunhas, os informantes, a confissão e o depoimento das partes.

Nas provas documentais, a afirmação é escrita ou gravada, podendo ser escrituras (públicas e particulares), plantas, projetos, desenhos ou fotografias. Cabe ressaltar que o novo CPC disciplina a figura dos documentos eletrônicos como meio de prova (do artigo 439 ao 441).

As provas materiais consistem em qualquer materialidade útil a demonstrar o fato probando, constituindo a atestação oriunda da coisa. O corpo de delito, os exames periciais e os instrumentos do crime podem ser classificados nessa modalidade.

2.6 PRINCÍPIOS GERAIS

Neste tópico, serão apresentados os principais princípios gerais da Teoria Geral da Prova. O contraditório, por constituir um dos cernes do presente trabalho, que analisará a observância do referido princípio e da ampla defesa durante a inspeção judicial, será abordado na parte final do estudo.

2.6.1 Comunhão

Este princípio origina-se no pressuposto de que o objetivo da prova é convencer o juiz acerca dos fatos, e não beneficiar uma ou outra parte. Nas palavras de Avena (2014, p. 441):

Uma vez trazidas aos autos, as provas não mais pertencem à parte que as acostou, mas sim ao processo, podendo, desse modo, ser utilizadas por quaisquer dos intervenientes, seja o juiz, sejam as demais partes. Em nome dessa sistemática, por exemplo, é que **não se pode, em tese, admitir a desistência da oitiva de testemunha arrolada por um dos polos sem a anuência do outro**, pouco importando se quem a arrolou foi a acusação ou a defesa. Dizemos “em tese” porque, na disciplina conferida ao procedimento comum ordinário pela Lei 11.719/2008, dispôs o art. 401, § 2.º, que as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, sem exigir, para tanto, a aquiescência da parte *ex adversa*. Apesar desta normatização, cremos que, em função do princípio da

comunhão da prova, a concordância da outra parte com a desistência de prova oral levada a efeito pela parte contrária deve sim ser uma condição para que possa o magistrado homologá-la. Considere-se, por exemplo, que a defesa não tenha arrolado determinada testemunha pelo fato de esta já se encontrar no rol das testemunhas de acusação. Nesse caso, a desistência incondicional da testemunha pelo promotor implicaria prejuízo ao acusado. [grifo meu].

Em idêntica inteligência, Nucci (2016, p. 61) lembra das testemunhas de acusação, que “[...] não são arroladas pelo promotor unicamente para prejudicar o réu; do mesmo modo, as testemunhas de defesa não estão obrigadas a prestar declarações integralmente favoráveis ao acusado”. Prossegue o autor afirmando que, depois de admitida no processo, a prova objetiva a identificação da verdade real, não atendendo aos interesses de uma ou de outra parte.

Assim, após o deferimento de produção de determinada prova, o pedido de desistência só poderia ser acatado com a anuência da outra parte e do juiz, uma vez que o elemento probatório pode revelar-se desnecessário para o peticionário, mas relevante para o outro litigante e para o julgador.

No entanto, o princípio da comunhão é mitigado na esfera penal, uma vez que o artigo 401, § 2º, do CPC, c/c o artigo 209 do mesmo Código, estabelece a necessidade de concordância apenas do magistrado para a homologação da desistência, nada referindo sobre a anuência da outra parte¹².

Com base nesses dispositivos, Lima (2017, p. 646) afirma que o princípio da comunhão seria aplicável apenas após a produção efetiva da prova:

Perceba-se que **só há falar em comunhão da prova após a sua produção**. Em outras palavras, enquanto a prova não foi produzida, a parte pode desistir de sua produção. Portanto, durante o curso de uma audiência, caso a parte não tenha interesse em ouvir testemunha por ela arrolada, que ainda não foi ouvida, poderá livremente desistir de sua oitiva, independentemente da concordância da parte contrária. Nesse sentido, dispõe o art. 401, § 2º, do CPP, que a parte poderá desistir da inquirição de qualquer testemunha arrolada, ressalvada a possibilidade de o juiz, valendo-se de seus poderes instrutórios, querer ouvi-la como testemunha do júízo. [grifo meu]

Esse também é o entendimento de Reis e Gonçalves (2013, p. 317), segundo os quais o princípio da comunhão dos meios de prova (ou da aquisição da prova) “estabelece que, **uma vez produzida**, a prova pode socorrer qualquer das partes,

¹² Art. 401, § 2º, do CPP: A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.

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

independentemente de qual dos litigantes a indicou ou introduziu no processo.” [grifo meu].

Desse modo, os penalistas não são uníssomos quanto ao momento em que se inicia a incidência do princípio da comunhão. Uma corrente entende que sua aplicabilidade inicia-se com o deferimento da produção da prova pelo juiz. Outra, mais alinhada com o CPP, concebe que o referido princípio deve incidir apenas após a efetiva produção da prova.

2.6.2 Oralidade

Até a reforma do CPP de 2008, a oralidade era adotada basicamente no âmbito dos Juizados Especiais Criminais e no Plenário do Júri. A partir das Leis n. 11.719/2008 e 11.689/2008, a oralidade passou a ser regra nas duas fases do procedimento do Júri e no procedimento comum. Assim, optou-se pela preponderância da palavra falada sobre a escrita, sem exclusão dessa última do procedimento (LIMA, 2017).

Andrade (2013) ensina que o instituto da oralidade originou-se no princípio da publicidade, que, no sistema acusatório clássico, era um instrumento de fiscalização da população sobre as decisões judiciais. Mas essa fiscalização só poderia ser exercida se as pessoas tivessem conhecimento dos atos judiciais. Devido a isso, a palavra falada foi escolhida para que os presentes pudessem acompanhar o desenrolar do processo e, assim, exercessem controle sobre as decisões dos juízes.

Nucci (2016) afirma que da oralidade decorre os princípios da concentração, da imediatidade e da identidade física do juiz.

Um procedimento oral favorece a concentração dos atos, uma vez que em uma única audiência podem ser inquiridas diversas testemunhas. Lima (2017) destaca que a concentração dos atos favorece a celeridade processual, que, por sua vez, facilita a descoberta da verdade. Quanto menor o lapso temporal entre o fato criminoso e a decisão final, maior será a possibilidade de se atingir a verdade. Assim, caso a concentração da produção de prova em uma só audiência não se mostre possível, uma nova audiência deve ser marcada, na primeira data disponível¹³.

¹³ CPP Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

O princípio da imediação nasce da necessidade de o juiz ter, no ato da obtenção, contato físico com as provas. Isso permite que o julgador mantenha em sua memória aspectos importantes relacionados ao momento de produção da prova, possibilitando a valoração da prova com maior correção na hora de proferir a sentença (AVENA, 2014).

Positivado no direito processual civil desde 1993¹⁴, a necessidade de que a sentença seja proferida pelo juiz que presidiu a instrução só foi estabelecida no processo penal em 2008¹⁵. Trata-se do princípio da identidade física do juiz, que, antes da reforma de 2008, era aplicado apenas no Tribunal do Júri e no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Lima (2017, p. 647) ressalta a importância desse instituto:

A adoção desse princípio proporciona o indispensável contato entre o acusado e o juiz, assim como a colheita imediata da prova por aquele que, efetivamente, irá proferir a decisão. **Louvável a introdução desse princípio no processo penal, já que, antes da reforma processual de 2008, era extremamente comum que um juiz interrogasse o acusado, outro ouvisse as testemunhas de acusação, outro as de defesa, com um quarto magistrado proferindo a sentença.** Esse distanciamento entre a prova e o magistrado prejudicava a formação de um quadro probatório coeso e harmônico, prejudicando um dos escopos do processo penal, que é a busca da verdade. [grifo meu].

Ainda de acordo com o supracitado autor, o princípio da identidade física do juiz não impossibilita a execução de atos instrutórios por videoconferência ou por carta precatória. Considerando as dimensões de nosso país, seria um disparate exigir que um acusado solto que reside em Manaus/AM desloque-se até Porto Alegre/RS para ser interrogado pelo juiz da causa. Na prática, negar a possibilidade de utilização de videoconferência ou de carta precatória para interrogatório do réu implicaria na impossibilidade de sua oitiva, afrontando o princípio da ampla defesa.

2.6.3 Autorresponsabilidade das partes

De acordo com este princípio, as partes assumem o ônus de sua inatividade, erro ou negligência em relação à prova de suas alegações. Se o Ministério Público não

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

¹⁴ CPC/1973 Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. (Redação dada pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. (Incluído pela Lei nº 8.637, de 31.3.1993)

¹⁵ CPP Art. 399 § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

comprovou a materialidade ou a autoria de determinado crime, a consequência pode ser a absolvição do réu. Da mesma forma, o juiz pode utilizar o depoimento de uma testemunha arrolada pelo acusado para condená-lo (AVENA, 2014).

Távora (2017) afirma que, devido ao princípio da autorresponsabilidade, a frustração ou o êxito das partes está relacionado à conduta que elas adotam durante a instrução probatória. Assim, as preclusões, especialmente a temporal, a lógica e a punitiva, estão vinculadas a este princípio.

2.6.4 Não auto-incriminação

O princípio da não auto-incriminação¹⁶ está previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷ e no Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos¹⁸, estabelecendo que o acusado não pode ser compelido a produzir prova contra si.

Avena (2014) assevera que “Em face desse privilégio que lhe é assegurado, não está o acusado, por exemplo, obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas por ocasião de seu interrogatório [...]”. Trata-se do princípio constitucional ao silêncio¹⁹.

BRITO, FABRETTI e LIMA (2015) lembram que este princípio não se resume ao direito do acusado de permanecer calado. Em tradução literal, a expressão latina *nemo tenetur se detegere* equivale a *ninguém é obrigado a se descobrir*. Assim, nenhum acusado pode ser compelido a revelar-se, podendo manter-se coberto caso entenda conveniente.

2.7 SISTEMAS DE APRECIÇÃO DAS PROVAS

O sistema de apreciação da prova estabelece uma relação entre o julgamento do processo pelo juiz da causa e o fato a ser comprovado em juízo. Lima (2017, p 616)

¹⁶ Outros nomes utilizados pela doutrina: *Nemo tenetur se detegere*, *Nemo tenetur se ipsum accusare* e *Nemo tenetur se ipsum prodere*

¹⁷ Art. 8. Garantias judiciais 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

¹⁸ Art. 14.3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

¹⁹ CF/88 Art. 5º 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;

assevera que, com a classificação, “Busca-se investigar a vinculação (ou não) do magistrado a alguma modalidade de prova”.

Os sistemas mais comuns são o da prova irracional, do livre convencimento motivado, da íntima convicção e da prova legal. O primeiro não é verificado no ordenamento pátrio, onde predomina o sistema do livre convencimento motivado. Os sistemas da íntima convicção e da prova legal são utilizados em situações específicas, como no Tribunal do Júri e na necessidade de certidão de óbito para declaração da extinção da punibilidade (JESUS, 2011)²⁰, respectivamente.

2.7.1 Prova irracional

No sistema da prova irracional, também conhecido como Juízos de Deus ou Ordálias, a inocência ou culpa do acusado era constatada por meio de critérios sobrenaturais. Algo exógeno ao processo e aos fatos indicava ao julgador a verdade dos fatos. Os acusados deviam provar a inocência bebendo água fervente ou caminhando sobre brasas (TOURINHO FILHO, 1999)²¹.

2.7.2 Prova legal

Também conhecido como sistema da prova tarifada ou sistema das regras legais, o sistema da prova legal estabelece que alguns elementos têm valor probatório determinado em abstrato na legislação. O magistrado deve apreciar as provas e fazer um cálculo aritmético, não podendo valorá-las de acordo com o caso concreto.

Lima (2017) ensina que esse sistema originou o conceito da confissão como rainha das provas, uma vez que teria preponderância sobre todos os outros meios probatórios, não inexistindo elemento capaz de infirmá-la. Nesse sistema, o depoimento de uma testemunha, colhido de forma isolada, poderia não ter influência alguma sobre o esclarecimento do caso, ainda que contundente. Por outro lado, as declarações de duas testemunhas, por mais contraditórias e inverossímeis que sejam, poderiam ter valor substancial, causando distorções insuperáveis no processo.

²⁰ Artigo 62 CPP. 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.

²¹ Para aprofundamento no assunto, ver: PATETTA, Federico. **Le Ordalie**: Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato. Milano: Cisalpino-Golicardica 1972.

O CPP não descartou totalmente a aplicação desse sistema, considerando a redação de seu artigo 155, parágrafo único, que dispõe: “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. Lima (2017) afirma que, devido a esse dispositivo, o testemunho não serve como meio de prova para a demonstração do falecimento do réu, devendo ser acostado aos autos a certidão de óbito para tal fim.

De forma semelhante, o artigo 158 do CPP tarifa o exame de corpo de delito, estabelecendo que este não pode ser suprido pela confissão do acusado²². Nesse caso, para a comprovação da materialidade do delito, o exame só pode ser substituído por prova testemunhal em caso de desaparecimento dos vestígios²³.

2.7.3 Livre convencimento motivado

O sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional do juiz ou livre apreciação judicial da prova) concede ao julgador ampla liberdade para valorar as provas constantes nos autos ao mesmo tempo em que o compele a fundamentar sua decisão (LIMA, 2017).

Esse é o sistema vigente no direito processual brasileiro²⁴ e confere discricionariedade ao juiz, que pode valorar todas as provas constantes nos autos, desde que não sejam ilícitas ou ilegítimas.

A obrigatoriedade de fundamentar a decisão atribui maior credibilidade ao processo, permitindo que as partes entendam os motivos que levaram o juiz a concluir em determinado sentido. Isso também possibilita a interposição de recurso, com lançamento de novos argumentos baseados na fundamentação da decisão recorrida.

²² CPP Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

²³ CPP Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

²⁴ Artigo 155 CPP. 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.

2.7.4 Íntima convicção

No sistema da íntima convicção, também conhecido como sistema da certeza moral ou da livre convicção, o julgador decide como quer. Pode julgar sem prova ou até mesmo contra a prova dos autos, pois não há necessidade de fundamentação.

Para Lima (2017, p. 616), “Esse sistema permite que o magistrado avalie a prova com ampla liberdade, decidindo ao final do processo de modo a aplicar o direito objetivo de acordo com sua livre convicção (*secunda conscientia*), não estando obrigado a fundamentar sua conclusão.” O magistrado externaliza sua convicção na decisão, sem necessidade de demonstração das razões empíricas que o levaram a julgar daquela forma. Os motivos da decisão pertencem ao juiz e não necessitam ser publicados.

No Tribunal do Júri, os julgadores podem decidir sem provas nos autos e não precisam fundamentar a decisão. Mas caso a decisão seja manifestamente contrária à prova dos autos, caberá apelação²⁵. Se o Tribunal *ad quem* der provimento ao recurso, deve sujeitar o réu a novo julgamento. Como não cabe recurso pelo mesmo motivo²⁶, caso o novo Júri mantenha a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, teríamos todos os elementos do sistema da íntima convicção: uma decisão contrária à prova dos autos e sem fundamentação. Esse é o entendimento de Reis e Gonçalves (2013, p. 312): “No tocante às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri, todavia, vigora o sistema da íntima convicção do juiz (ou da certeza moral do juiz), que confere ampla liberdade aos juízes leigos para avaliação das provas, dispensando-os de fundamentar a decisão”.

2.8 PROVAS ATÍPICAS

A utilização de provas sem previsão legal no processo judicial é respaldado pelo artigo 369 do CPC, que concede às partes “o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na

²⁵ CPP Artigo 593. Caberá apelação no prazo de 5 dias: III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

²⁶ CPP Artigo 593, § 3º. Se a apelação se fundar no inc. III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

convicção do juiz”. Esse dispositivo é aplicável na esfera criminal, considerando a ausência de previsão no CPP e o uso subsidiário das normas civis no âmbito penal²⁷.

Moreira (1994) lembra que o legislador brasileiro, já em 1973²⁸, admitiu a utilização de provas não previstas em Lei em processos judiciais. E mesmo antes da entrada em vigor do CPC/73, a doutrina já discorria sobre a possibilidade de utilização dessa modalidade de prova, entendimento encampado pela jurisprudência na utilização inspeção judicial, procedimento não previsto no Código de Processo Civil de 1939. O jurista ressalta ainda a necessidade de sistematização das provas atípicas para evitar abusos, uma vez que se tratam de instrumentos utilizados com frequência na prática processual.

Com entendimento diverso²⁹, Ribeiro (1998, p, 93) destaca a pouca utilização das provas atípicas no processo brasileiro, atribuindo tal fato à insegurança ocasionada pela ausência de previsão legal:

São esses "outros meios", não delimitados, e alguns nem positivados pelo legislador, como forma de convencimento, que procuraremos desenvolver nesta exposição, uma vez que não se encontram delimitados por nenhuma lei, não apresentam requisitos, conseqüentemente, tornam-se obscuros, **pouco utilizados, devido à insegurança trazida pela falta de seu conhecimento**, quando deveria ser exatamente o oposto, uma vez que a realidade não se limita àquelas hipóteses legais previstas pelo legislador, que só tem o condão de fazer com que fique limitada a capacidade de percepção do juiz, o qual não consegue enxergar além da previsão legal. [grifo meu]

Lima (2017) entende que as provas atípicas devem ser utilizadas de maneira subsidiária, devendo ser admitida apenas na ausência de elemento probatório previsto em Lei capaz de alcançar o resultado desejado. Tal modalidade também não deve ser admitida diante de restrição quanto à prova de algum fato pela lei civil³⁰ ou quando houver alguma limitação quanto ao meio de prova. Desse modo, em síntese, a produção de provas sem previsão legal deve seguir os seguintes parâmetros: a) como regra, a prova deve ser praticada sob o crivo do contraditório, em juízo, só podendo ser realizada em local diverso quando o caso concreto exigir; b) quando se tratar de produção de prova durante o Inquérito Policial, apenas a cautelaridade ou a indicação em lei pode justificar a atipicidade do meio de prova; c) se o ato a ser praticado depender de

²⁷ CPP Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

²⁸ CPC 1973 Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

²⁹ Ainda que as obras de José Carlos Barbosa Moreira (1994) e Darci Ribeiro (1998) tenham sido escritas há duas décadas, a comparação é relevante porque foram escritas na mesma época, com apenas quatro anos de diferença.

vontade, a prova só pode ser admitida quando desprovida de qualquer vício de consentimento; d) a parte só pode ser afastada da produção da prova quando sua ciência for contrária à medida ou quando a cautelaridade justificar o procedimento.

³⁰ Art. 155, Parágrafo Único, do CPP.

3 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NA INPEÇÃO JUDICIAL

3.1 INSPEÇÃO JUDICIAL

3.1.1 Definição

Do CPC, extrai-se que a inspeção judicial, também conhecida como inspeção ocular, exame judicial ou reconhecimento judicial, é a análise de pessoas ou coisas pelo próprio juiz, com a finalidade de esclarecer sobre fato que interesse à lide³¹.

Para Theodoro Jr. (2015, p. 1278), “Inspeção judicial é o meio de prova que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com litígio”. Ressalta o autor que a doutrina e a jurisprudência já acolhiam esse instituto mesmo antes de sua positivação pelo CPC/73.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 337) definem a inspeção judicial como o “[...] meio de prova que se concretiza com o ato de percepção pessoal do juiz, com um ou alguns dos seus sentidos, das propriedades e das circunstâncias relativas a pessoa ou coisa (móveis, imóveis e semoventes).”

Embora o juiz possa ser auxiliado por peritos³², a inspeção judicial não se confunde com a prova pericial (MARINONI E ARENHART, 2009). Nesta, a análise dos objetos, pessoas ou coisas é realizado por um perito e o juiz valora apenas o laudo emitido. Naquela, o magistrado analisa o próprio objeto, cabendo ao perito apenas auxiliá-lo nas questões técnicas.

3.1.2 Objeto

O artigo 481 do CPC estabelece que o objeto da inspeção judicial é a pessoa ou a coisa que se preste a esclarecer fato relevante à decisão da causa.

Além de pessoas e coisas, relacionadas expressamente no CPC, os fenômenos, como a maré e a erosão, também podem constituir objeto de inspeção Judicial. Essa aplicação extensiva pode se originar tanto na interpretação elástica do conceito de coisa

³¹ CPC Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

quanto na utilização da inspeção judicial como prova atípica, ainda que no direito processual civil. Nesse viés, a poluição sonora poderia perfeitamente ser analisada diretamente pelo magistrado. De acordo como Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 339):

O que se exige é que a fonte da inspeção seja perceptível pelos sentidos humanos. Embora usualmente denominada de inspeção ocular, o exame judicial não se restringe à visão. As demais percepções sensoriais (auditiva, gustativa, tátil e olfativa) também podem servir a esse meio de prova. A inspeção pode ocorrer, por exemplo, com o simples ato de ouvir palavras, frase ou diálogo, em telefone ou gravação. Ou, como também cogita Pontes de Miranda, simplesmente ouvir o papagaio repetindo algo que aprendeu com uma das partes³³.

No mesmo sentido, Theodoro Jr. (2015) leciona que lugares também podem ser inspecionados. Quanto à inspeção de pessoas, o autor destaca que elas podem ser ou não partes do processo, constituindo-se objeto de inspeção em caso de necessidade de análise de suas condições de vida ou estado de saúde, por exemplo. As coisas podem ser móveis ou imóveis, como documentos ou um prédio. Por fim, os lugares podem ser a cena de um crime ou de um acidente de trânsito, desde que relevante para esclarecimento dos fatos relacionados à lide.

Acerca do local em que os objetos devem ser inspecionados, Marinoni e Arenhart (2009) ensinam que o juiz só deve se deslocar até o local da coisa ou da pessoa quando as peculiaridades do caso determinarem e não houver prejuízos financeiros e de tempo para as partes. Caso contrário, as pessoas ou coisas devem ser apresentadas em juízo³⁴.

3.1.3 Momento adequado para a produção

O artigo 481 do CPC dispõe que a inspeção judicial pode ser realizada de ofício ou a requerimento da parte.

Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2016), a diligência pode ser requerida pela parte de forma genérica na petição inicial, na contestação ou na fase postulatória. A especificação da prova pode ser feita no curso da instrução, ocasião em que sua admissibilidade será analisada. Por fim, os juristas ressaltam que não há momento

³² CPC Art. 482. Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos.

³³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. t. 4, p. 505 (*apud* Didier Jr., Braga e Oliveira, 2016).

³⁴ CPP Art. 483. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando: I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; III - determinar a reconstituição dos fatos.

específico para realização dessa espécie probatória, podendo ser realizada em qualquer fase do processo, inclusive em grau de recurso.

Marinoni e Arenhart (2009) entendem que a inspeção judicial pode ser requerida pela parte apenas em ocasiões excepcionais, quando o contato direto do juiz com o objeto for imprescindível para a elucidação dos fatos. Quando determinada de ofício, a diligência toma outra dimensão, podendo ser realizada antes ou depois de qualquer prova, mesmo em momento posterior à audiência de instrução. A inspeção pode ser realizada de ofício em instância recursal, não podendo ser pleiteada pela parte nesse caso.

3.1.4 Inspeção judicial indireta e prova pericial

A doutrina majoritária classifica a inspeção judicial em direta e indireta³⁵, com pequenas divergências na definição de ambas.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) ensinam que a inspeção direta consiste na análise pelo magistrado, sem auxílio algum, de objetos, coisas, lugares ou fenômenos relacionados à lide. Na indireta, a inspeção é realizada com o auxílio de peritos, que, de acordo com o artigo 148, inciso II, do CPC, sujeitam-se às regras gerais de suspeição e impedimento³⁶.

De outro norte, Marinoni e Arenhart (2009, p. 802 e 803) entendem que mesmo na inspeção judicial direta o juiz pode ser auxiliado por técnicos:

Será direta quando o objeto for inspecionado diretamente pelo juiz, que será somente auxiliado por técnicos. Quando o juiz necessitar que um especialista inspecione diretamente a coisa ou a pessoa, transmitindo-lhe imediatamente a sua informação, a prova é considerada indireta. Substancialmente, pois, a diferença reside em saber quem faz o exame da coisa ou da pessoa – se é o juiz ou o *expert*.

Observe-se que, mesmo na inspeção judicial direta, o magistrado pode ser auxiliado por técnicos – aliás, é exatamente essa previsão contida no artigo em exame. Nesse caso, porém, o juiz é apenas auxiliado na realização da inspeção direta. Na inspeção judicial indireta, o exame é feito por peritos, e então reportado ao juiz. [grifo meu].

Prosseguem os autores propondo o debate sobre a diferença entre inspeção judicial e prova pericial. A inspeção judicial indireta desconsidera o atributo essencial dessa figura, que é o exame, pelo próprio magistrado, do objeto. Entretanto, a simples declaração de um especialista sobre determinado objeto não configura uma prova

³⁵ Marins (2004), por exemplo, entende que a inspeção judicial indireta não existe, pois seria a prova pericial.

pericial. Assim, a forma como a prova é produzida é fundamental para diferenciar os dois institutos. Caso tenha sido produzida revestida das formalidades indispensáveis à perícia, com formulação de quesitos e elaboração de laudo, trata-se de prova pericial. Mas se essas formalidades não forem cumpridas, com a disponibilização imediata das informações técnicas ao juiz, estaria configurada a inspeção judicial indireta. Sinteticamente, a inspeção judicial deriva de um imediato contato “do juiz com o fato, embora esse contato imediato possa ser direto ou indireto, ao passo que a prova pericial deriva da necessidade de um esclarecimento técnico do fato, e não da imprescindibilidade de um contato imediato do juiz” (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 803).

Segundo o dicionário Houaiss, *imediato* significa “que age, se apresenta ou se faz sem intermediário; direto”. Assim, a concepção de um *contato imediato indireto* do juiz com o objeto parece ser contraditória, uma vez que *imediato* denota *diretamente*.

Essa também não parece ser a melhor interpretação do artigo 481 do CPC, que estabelece: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”. Em interpretação literal, o dispositivo indica que, na inspeção judicial, independentemente da modalidade, o exame deve ser realizado pelo juiz. E se a inspeção é realizada por um perito, ainda que as informações sejam passadas imediatamente ao magistrado, não mereceria o rótulo de inspeção judicial.

No mesmo sentido, o artigo 482 do CPC dispõe que “Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser **assistido** por um ou mais peritos.” [grifo meu]. Assim, se a inspeção for realizada por perito, a este caberá o papel de protagonismo na produção da prova, desvirtuando o caráter secundário que o termo *assistido* propõe.

3.1.5 Aplicabilidade no processo penal

Conforme já esposado no subitem 2.8, o direito processual brasileiro admite a utilização de provas atípicas para a formação da convicção do juiz. Da mesma forma, a utilização da inspeção judicial no âmbito penal, embora pouco estudada e aplicada, é amplamente aceita pela doutrina.

³⁶ CPC Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: [...] II - aos auxiliares da justiça;

O próprio CPP prevê, em seu artigo 3º, que “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

Nesse diapasão, Nucci (2016, p. 352) afirma que “É preciso lembrar que a inspeção judicial, advinda do processo civil, é plenamente aplicável no âmbito do processo penal. Utiliza-se, por analogia, o CPC/2015.”

Em idêntica linha cognitiva, Greco Filho (2012, p. 284) assevera que “É admissível, portanto, uma inspeção judicial, não disciplinada expressamente no Código de Processo Penal, mas adequada ao processo ocidental, tanto que está prevista no Código de Processo Civil”.

3.2 CONTRADITÓRIO

3.2.1 Origem e definição

A concepção de contraditório passou por alterações ao longo da história. A versão clássica do princípio estava relacionada ao direito do réu de ser informado da existência da acusação antes do julgamento, para que pudesse contestar as imputações constantes no processo. Essa forma de compreender o princípio do contraditório derivava da ausência de gestão da prova pelo julgador, de forma que todo o material probatório era oriundo da atividade das partes (ANDRADE, 2013).

Com a evolução do processo, o juiz foi autorizado a determinar de ofício a produção de provas, atribuindo ao contraditório uma definição mais abrangente.

A CF/88 assegura não só às partes do processo judicial, mas também aos litigantes na esfera administrativa e aos acusados em geral, o contraditório³⁷. No âmbito internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece a necessidade de oitiva do réu na apuração de qualquer acusação penal³⁸.

O princípio do contraditório é compreendido como a ciência bilateral dos atos processuais, bem como a possibilidade de contrariá-los. Assim, seu cerne está

³⁷ CF/88 LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

³⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

relacionado à dialética processual, que vem ganhando cada vez mais espaço no direito processual brasileiro, especialmente após o advento do CPC/15. Essa dialética assegura não só à defesa, mas também à acusação, a possibilidade de contrapor os atos praticados no processo. Devido a essa bilateralidade, a doutrina faz uso da expressão latina *audiatur et altera pars*³⁹ (LIMA, 2017).

Távora (2017, p. 76) também destaca os avanços do CPC/15, que “estabelece regras que dão concreção ao contraditório enquanto princípio constitucional, assegurando às partes a paridade de tratamento no curso do processo e declarando competir ao juiz velar pelo efetivo contraditório”. O referido Código deixa bem claro logo em seu primeiro capítulo, que, como regra geral, as partes devem ser ouvidas antes da tomada de qualquer decisão⁴⁰.

O contraditório estabelece que em toda alegação fática ou apresentação de prova realizada pela parte no processo, tem o adversário o direito de se manifestar. Isso mantém em equilíbrio a relação processual penal, que coloca frente a frente a pretensão punitiva estatal, de um lado, e o direito à liberdade e à preservação do estado de inocência do réu, de outro. Assim, esse princípio serve, acima de tudo, à relação processual, servindo à acusação e à defesa (NUCCI, 2016).

Rangel (2015, p. 17) explica que o contraditório é inerente ao direito de defesa, “pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto processual) em sua peça exordial”. Desse dever de ouvir a parte contrária nasce a ação e reação, uma vez que o contraditório é a ciência bilateral dos termos e atos processuais e a possibilidade de contrariá-los.

No mesmo sentido, Avena (2014) destaca que o contraditório guarda estreita relação com a ampla defesa, estando inclusive os dois institutos lado a lado na CF/88. O

³⁹ Ouça-se a outra parte.

⁴⁰ CPC Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

contraditório, porém, possui maior abrangência, uma vez que se aplica tanto à acusação quanto à defesa. Lembra o autor que essa dupla face do contraditório pode ser verificada em vários dispositivos do CPP, como nos artigos 409 e 479⁴¹.

3.2.2 Fundamentos

A razão de ser do contraditório pode ser vista de duas formas, uma de natureza lógica e outra de caráter prático (ANDRADE, 2013).

O fundamento lógico deriva do próprio caráter bilateral do processo, onde acusação e defesa têm interesses opostos. Assim, as partes devem ter a oportunidade de se manifestarem sobre as alegações e teses arguidas na ação. E deve ser oportunizada à parte a manifestação não apenas sobre os pedidos da parte contrária, como também sobre as decisões que podem ser tomadas de ofício pelo juiz. Assim, o conceito moderno do princípio do contraditório estabelece *ouçam-se as partes*, em substituição ao tradicional *ouça-se a parte contrária*.

A natureza prática está relacionada à qualidade da decisão a ser proferida. Quanto mais interação e questionamentos houver no processo, maior será o aprofundamento da discussão, refletindo diretamente grau de entendimento do magistrado acerca dos fatos controversos. Em outras palavras, o embate das partes municia o julgador com informações e teorias relevantes para o feito.

Para Andrade (2013), esses dois fundamentos apresentam basicamente três consequências para o contraditório. A primeira está relacionada ao fato de que o contraditório aplica-se apenas às partes e, portanto, não incide na investigação criminal. A segunda é a impossibilidade de compelir as partes a submeterem-se ao contraditório, pois se trata de um direito, e não um dever. Por fim, há como consequência a limitação das etapas processuais em que o contraditório deve ser observado, iniciando-se na contestação e persistindo por todo o processo, inclusive em grau recursal.

Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

⁴¹ CPP Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.

CPP 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.

3.2.3 Contraditório efetivo

O contraditório abarca os direitos à informação e de participação, sendo o segundo consequência do primeiro. Informando-se a parte do ato processual, ou de sua iminência, possibilita-se a reação de quem o considerar desfavorável.

Acerca do direito à informação, Lima (2017, p. 51 e 52) destaca a impossibilidade “[...] de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. Daí a importância dos meios de comunicação dos atos processuais: citação, intimação e notificação”. Essa é a origem da súmula 707 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”.

O direito de participação pressupõe o oferecimento à parte da possibilidade de manifestação, contrariedade ou reação à pretensão manifestada pela outra parte. Nos primórdios do princípio do contraditório, entendia-se que a possibilidade de reação era suficiente para a materialização do direito. Entretanto, com as novas concepções acerca do princípio da isonomia, nas quais restou demonstrado que a mera igualdade formal é insuficiente para equilibrar a demanda em termos de armas e possibilidades processuais, o contraditório também foi readaptado, percebendo-se a necessidade de oferecimento de algo mais do que a reação possível. Assim nasceu o contraditório efetivo ou equilibrado, em que se pressupõe a real e igualitária participação das partes no processo, assegurando-se a plenitude e efetividade do princípio (LIMA, 2017).

Essa preocupação com o contraditório efetivo, não bastando a materialização dos direitos à informação e de reação no plano formal, ganha maior importância na esfera criminal, uma vez que o processo pode restringir um dos direitos mais fundamentais de qualquer indivíduo: a liberdade. Devido a essa peculiaridade, o direito de defesa é indisponível, devendo o indivíduo ser assistido por defensor, ainda que foragido, ausente ou sem interesse de refutar as acusações. Essa indisponibilidade está positivada no artigo 261 do CPP “Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.” E não basta a defesa formal do indivíduo, pois o parágrafo único do dispositivo estabelece que “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida por meio de manifestação fundamentada.” E quando tratar-se de Tribunal do Júri, o CPP é ainda mais incisivo, prevendo a possibilidade de

nomeação de novo defensor e de dissolução do Conselho em caso de o juiz presidente do Tribunal considerar o acusado indefeso⁴².

Para Lima (2017, p. 53), o contraditório pressupõe paridade de armas e só será eficaz com o verdadeiro equilíbrio entre acusação e defesa:

Portanto, pode-se dizer que se, em um primeiro momento, o contraditório limitava-se ao direito à informação e à possibilidade de reação, a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no sentido de se assegurar o respeito à paridade de tratamento (*par conditio ou paridade de armas*). De fato, de nada adianta se assegurar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. [grifo meu].

No mesmo sentido, Rangel (2015) ressalta que o contraditório não se resume a *dizer e contradizer* sobre a matéria controvertida ou ao debate entre as partes sobre a relação de direito material, pois deve haver simétrica paridade das partes no que tange à participação no processo. Deve existir igualdade de tratamento e de oportunidade no processo, materializando-se a liberdade de todos perante a lei. Essa busca incessante de igualdade processual é que justifica a nomeação de defensor dativo para o réu, pois sem defesa técnica não haveria equilíbrio na relação jurídico-processual.

3.2.4 Limitações ao princípio

A possibilidade de contradizer as teses e alegações constantes nos autos deve ser concedida às partes tanto pelo caráter bilateral da ação quanto para permitir ao juiz proferir uma decisão com qualidade. Entretanto, para Andrade (2013), a aplicação do princípio do contraditório não deve ser visto como algo absoluto e intocável, devendo ser mitigado quando a realidade processual assim impuser.

O direito ao contraditório, assegurado no artigo 5º, inciso LV, da CF/88, aplica-se “aos litigantes, em processo **judicial** ou **administrativo**, e aos **acusados** em geral.” [grifo meu]. A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece, em seu artigo 8.1, que “Toda pessoa tem direito a ser ouvida [...] por um juiz ou tribunal competente,

⁴² CPP Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;

independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de **qualquer acusação penal** formulada contra ela [...]” [grifo meu]. Desse modo, esse direito é garantido na fase judicial, não se aplicando no inquérito policial, pois o investigado não ostenta o estado de acusado.

Acerca da matéria, Rangel (2015) realiza a diferenciação entre o procedimento administrativo, instaurado na delegacia de polícia (inquérito), e o processo administrativo, referido na CF/88. O instituto constante na CF/88 é gênero, que origina várias espécies, como o processo disciplinar que busca infligir uma sanção administrativa ao administrado. Já o procedimento administrativo é a forma pela qual se pratica os atos administrativos. Trata-se do modo de proceder e das formalidades que serão adotadas. Assim, o inquérito policial é apenas um expediente administrativo, sem pretensão punitiva, que busca a apuração de uma infração penal no que tange aos fatos e suas circunstâncias e aos autores e seus cúmplices.

Mesmo na fase judicial, o direito ao contraditório pode ser afastado por urgência ou por perigo de ineficácia da medida. A primeira pode ocorrer quando o réu está prestes a deixar o país. Se o juiz der oportunidade ao acusado de se manifestar antes de apreciar o pedido, o agente pode já estar no exterior quando a decisão for tomada. Já o risco de ineficácia da medida pode ocorrer em caso de intimidação de testemunha. Chamar o réu aos autos para se defender de um pedido de prisão cautelar por intimidação pode fazer com que a ameaça se concretize e o pedido perca o objeto.

3.2.5 Contraditório diferido

Quanto à interceptação telefônica, Rangel (2015) destaca que a ciência do réu acerca da medida determinaria sua ineficácia. Entretanto, para o autor, isso não afastaria o contraditório porque a positivação da publicidade interna restrita, na qual o acesso ao conteúdo do processo ou do procedimento é limitado, permitiu a adoção do princípio do contraditório diferido (retardado ou demorado). Assim, as medidas *inaudita altera pars* apenas postergariam o contraditório.

Da mesma maneira, Avena (2014, p. 73) ensina que o contraditório, assim como outros princípios, é mitigado em algumas situações, “Como ocorre no chamado contraditório diferido ou postergado, que consiste em relegar a momento posterior a ciência e impugnação do investigado ou do acusado quanto a determinados

pronunciamentos judiciais”. Nesses casos, a urgência ou a natureza da medida autoriza a tomada de decisão sem oitiva da parte adversa; do contrário, ocorreria prejuízo ao processo ou ineficácia da decisão judicial. O autor cita como exemplo a decretação de prisão preventiva do agente nos casos de urgência ou de risco de ineficácia da medida e o procedimento de sequestro de bens do executado, obtidos com produto de infração penal. Em ambos os casos a defesa só deve ser intimada após a decisão. Outra situação que autoriza a postergação do contraditório é a escuta ambiental, prevista no artigo 3º, inciso II, da Lei 12.850/2013.

Lima (2017, p. 53 e 54) utiliza as expressões *contraditório para a prova* e *contraditório sobre a prova* para aferir o momento de incidência do contraditório:

O **contraditório para a prova (ou contraditório real)** demanda que as partes atuem na própria formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. É o que acontece com a prova testemunhal colhida em juízo, onde não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando de sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova.

O **contraditório sobre a prova**, também conhecido como **contraditório diferido ou postergado**, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório após a formação da prova. Em outras palavras, a observância do contraditório é feita posteriormente, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito. É o que acontece, por exemplo, com uma interceptação telefônica judicialmente autorizada no curso das investigações. Nessa hipótese, não faz sentido algum querer intimar previamente o investigado para acompanhar os atos investigatórios. Enquanto a interceptação estiver em curso, não há falar, portanto, em contraditório real. Porém, uma vez finda a diligência, juntado aos autos o laudo de degravação e o resumo das operações realizadas (Lei nº 9.296/96, art. 6º), deles se dará vista à Defesa, a fim de que tenha ciência das informações obtidas através do referido procedimento investigatório, preservando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa. Nesse caso, não há falar em violação à garantia da bilateralidade da audiência, porquanto o exercício do contraditório será apenas diferido para momento ulterior à decisão judicial. [grifo do autor]

Assim, o contraditório pode ser observado na produção da prova e na valoração da prova. Quando o Ministério Público realiza o pedido de interceptação telefônica, o juiz deve apreciar essa decisão sem ouvir o réu. Assim, para a produção da prova, o contraditório é afastado momentaneamente. Depois do deferimento do pedido e da efetiva interceptação das ligações, há um momento de valoração da prova. Nesse momento, há um restabelecimento do contraditório. Mas a retomada desse direito em nada afeta a decisão tomada anteriormente, sem o crivo do contraditório, de interceptar ou não as ligações, pois a prova já foi produzida e integra os autos. Desse modo, quanto à produção da prova não há mera postergação, e sim o afastamento do contraditório. Já na valoração da prova, o contraditório volta a ser observado.

3.3 AMPLA DEFESA

3.3.1 Definição

A ampla defesa tem assento constitucional, assim como o contraditório, e estabelece que o Estado deve propiciar ao acusado a mais completa defesa, seja como autodefesa (pessoal) ou efetuada por defensor (técnica). Ao contrário do contraditório, que se aplica a ambas as partes, a ampla defesa aplica-se apenas ao acusado, constituindo um dos fundamentos da obrigatoriedade de o réu se manifestar em último lugar no processo (CAPEZ, 2012).

A concepção moderna da ampla defesa engloba as garantias do direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova legalmente obtida ou produzida. O direito à informação, ou *nemo inauditus damnari potest*⁴³, estabelece que o réu deve ter conhecimento dos atos do processo, principalmente os relacionados à produção da prova. Conhecendo as nuances da acusação, o réu terá melhores condições de se defender quando for ouvido em juízo. A bilateralidade da audiência (contraditoriedade ou princípio da audiência bilateral) estipula que as partes devem ser ouvidas para formar o convencimento do julgador. Por fim, o direito à prova legalmente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade) garante às partes a produção de provas necessárias à demonstração da verdade dos fatos, condicionando-se os elementos probatórios à licitude e à pertinência para o processo (AVENA, 2014).

O contraditório possui estreita relação com a ampla defesa. O direito à informação, um dos elementos do contraditório, possibilita a ampla defesa, pois apenas um réu informado acerca dos atos processuais pode efetivamente defender-se. Mas apesar dos apertados laços, contraditório e ampla defesa não se confundem. Em razão do princípio do devido processo legal, “o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório).” (LIMA, 2017, p. 54). Assim, tanto o contraditório quanto a ampla defesa são manifestações concomitantes, ligadas intimamente pelo processo, sem que se possa afirmar que uma deriva da outra.

⁴³ Ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. [tradução livre].

Entretanto, diferentemente do contraditório, a ampla defesa autoriza o tratamento desigual do acusado, no âmbito formal, objetivando o estabelecimento de igualdade material entre acusação e defesa. Nessa ótica, a ampla defesa guarda relação com o princípio do *Favor Rei*, uma vez que outorga diversos privilégios ao acusado, em detrimento da acusação. Essas prerrogativas materializam-se, por exemplo, por meio da regra *in dubio pro reo*, da previsão de revisão criminal apenas em favor do condenado e da proibição da *reformatio in pejus* (LIMA, 2017).

3.3.2 Ampla defesa e plenitude de defesa

A CF/88 assegura aos acusados em geral o direito à ampla defesa⁴⁴. Mas quando se trata do Tribunal do Júri, a Carta Magna garante a plenitude de defesa⁴⁵. Como o Tribunal do Júri tem competência para julgar crimes dolosos contra a vida, ensejando aplicação de penas mais severas aos acusados, eventual erro no julgamento propiciaria grandes prejuízos ao condenado, justificando essa garantia diferenciada.

Nucci (2016) lembra que se a Lei não possui palavras inúteis, também não as terá a Constituição Federal, fazendo-se necessária a diferenciação entre os termos. *Ampla* significa largo, rico, muito grande ou abundante. Por outro lado, *pleno* quer dizer completo, absoluto, repleto ou perfeito. A segunda expressão é mais vigorosa do que a primeira. No processo criminal, o acusado tem amplas possibilidades de se defender, produzindo provas, questionando e contestando. Já na plenitude objetiva-se a defesa completa e plena, aproximando-se da perfeita.

Prossegue o autor elencando três peculiaridades no Tribunal do Júri que materializam a plenitude de defesa: a) o juiz presidente do Tribunal do Júri deve ter peculiar preocupação com a qualidade da defesa, podendo dissolver o Conselho no caso de considerar o réu indefeso; b) na tréplica, a defesa pode alterar a linha argumentativa, com novas teses, sem que isso viole o contraditório; c) a defesa pode pleitear dilatação do tempo previsto em lei para expor suas teses, sem que seja oferecida igual prerrogativa ao membro do Ministério Público.

⁴⁴ CF/88 LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴⁵ CF/88 XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa;

Acerca do tema, Távora (2017, p 78) afirma que, devido à garantia de plenitude de defesa, no Tribunal do Júri é possível utilizar o sentimentalismo como forma de convencimento:

Por fim, assinale-se que a ampla defesa não se confunde com a "plenitude de defesa", estabelecida como garantia própria do Tribunal do Júri no art. 5º, XXXVIII, "a", CF/1988. É que o exercício da ampla defesa está adstrito aos argumentos jurídicos (normativos) a serem invocados pela parte no intuito de rebater as imputações formuladas, enquanto que plenitude de defesa autoriza a utilização não só de argumentos técnicos, mas também de natureza sentimental, social e até mesmo de política criminal, no intuito de convencer o corpo de jurados.

Por fim, a plenitude de defesa foi uma forma encontrada pelo Poder Constituinte para compensar a desvantagem em que se encontra o acusado no Tribunal do Júri, que será julgado sem necessidade de fundamentação, atributo imprescindível nas decisões do Poder Judiciário (NUCCI, 2016).

3.3.3 Defesa técnica e defesa pessoal

A ampla defesa assegurada pela Constituição Federal abrange a defesa técnica, também conhecida como processual ou específica, e a defesa pessoal, igualmente conhecida por material, genérica ou autodefesa. Essas duas modalidades de defesa devem ser exercidas conjuntamente no processo criminal, pois uma complementa a outra.

A defesa técnica é exercida por advogado, que detém capacidade postulatória, podendo ser constituído pelo próprio acusado, defensor público ou nomeado pelo magistrado. Esse tipo de defesa constitui um direito indisponível, sendo, portanto, irrenunciável. Independentemente de o réu ser revel, ausente ou foragido, é impossível que alguém seja processado sem defensor⁴⁶. Essa obrigatoriedade atinge todas as ações penais, inclusive no âmbito dos Juizados Especiais Criminais e na proposta de Transação Penal⁴⁷. Outro desdobramento do princípio da ampla defesa é o direito do

⁴⁶ CPP Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Verbete sumular 708 do STF: É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

⁴⁷ Lei n. 9.099/95, Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

acusado de escolher seu defensor, em virtude da necessária relação de confiança entre ambos.

A defesa pessoal é exercida pelo próprio réu e manifesta-se de várias formas, como na audiência, no direito de presença e na capacidade postulatória autônoma do acusado. Ao contrário da defesa técnica, a autodefesa é renunciável, uma vez que o réu não pode ser compelido a se defender. Como desdobramento dessa modalidade de defesa, há a necessidade de intimação pessoal do réu preso acerca da sentença⁴⁸ e, via de regra, de citação pessoal do acusado (LIMA, 2017).

A autodefesa divide-se em defesa pessoal positiva e defesa pessoal negativa. A primeira representa o direito do acusado de expor os motivos e as justificativas ou negativas de materialidade ou de autoria dos fatos que lhe são imputados. A defesa pessoal negativa (*Nemo Tenetur se Detegere*) está relacionada ao fato de a defesa ser um direito, e não um dever, podendo o acusado optar por permanecer em silêncio⁴⁹, e está intimamente ligado ao princípio da não auto-incriminação (LOPES JR., 2014).

A Convenção Americana de Direitos Humanos dispõem em seu artigo 8.2, alínea *d*, que é garantido o “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.” [grifo meu]. Assim, a Convenção não garante a ampla defesa, uma vez que não compele o Estado a propiciar concomitantemente aos acusados as defesas pessoal e técnica.

3.4 PROCEDIMENTALIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA INSPEÇÃO JUDICIAL

3.4.1 Transparência no procedimento

No CPC, é possível observar o cuidado do legislador em manter a transparência da inspeção judicial para assegurar os direitos processuais tanto do réu quanto da acusação. Uma das técnicas utilizadas no Código foi a fixação de regras objetivas para a produção da prova, como o objeto, os critérios para a produção e as garantias das partes.

⁴⁸ CPP Art. 392. A intimação da sentença será feita: I - ao réu, pessoalmente, se estiver preso;

⁴⁹ CF/88 Art. 5º 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;

O artigo 481 estabelece que “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”. Assim, o objeto deve ser precisamente definido, uma vez que a inspeção de pessoas ou coisas genéricas ou indeterminadas configuraria abuso de poder e feriria o contraditório. O objetivo deve ser o esclarecimento de fato controvertido no processo, sendo inadmissível a inspeção que vise à satisfação de curiosidade ou perseguição (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2016).

A assistência por peritos, ainda que não seja obrigatória, é outra forma de tornar menos subjetiva a produção da prova. Análises técnicas tendem a ser mais objetivas, facilitando o exercício do contraditório.

3.4.2 Participação das partes

O direito das partes de assistirem à inspeção, positivado no artigo 484, parágrafo único, do CPP⁵⁰, tem por objetivo assegurar a clareza do procedimento e, conseqüentemente, propiciar o contraditório às partes e a ampla defesa ao acusado. O dispositivo prevê, ainda, a possibilidade de as partes prestarem esclarecimentos e fazerem observações que entendam relevantes. No âmbito penal, essa seria uma possibilidade de tanto a acusação quanto a defesa influenciarem a convicção do juiz no momento da produção da prova.

Mesclando a possibilidade de assistência de peritos ao magistrado e a garantia de as partes assistirem à inspeção e manifestarem-se durante o procedimento, Theodoro Jr. (2015) ensina que as partes podem ser assessoradas por técnico de sua confiança, ressalvando que este deve limitar-se a prestar esclarecimentos particulares, não possuindo a qualidade de assistente técnico, como acontece na prova pericial. Essa participação de peritos na inspeção, tanto para auxiliar o julgador quanto na assessoria às partes, atribui um caráter mais técnico à inspeção, amenizando eventual subjetivismo do julgador, que nem sempre detém o necessário conhecimento acerca da matéria em exame.

⁵⁰ Art. 483. Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

No mesmo sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016, p. 341) entendem que a prerrogativa de assessoria técnica não é monopólio do magistrado, estendendo-se às partes:

A despeito da omissão do CPC, na inspeção indireta (perícia simplificada) deve ser dada às partes a oportunidade de serem acompanhadas por seus assistentes técnicos, que lhes prestarão esclarecimentos necessários para que possam fiscalizar, com mais embasamento, a produção da prova. É o que se impõe em nome do contraditório, sob pena de nulidade da inspeção judicial.

Os assistentes poderão ser inquiridos pelo juiz. Também deve ser dada às partes a oportunidade de formular perguntas ao perito e aos assistentes técnicos que se apresentaram no local da inspeção.

O juiz pode ser acompanhado de mais de um perito, diz a lei. Naturalmente, as partes também poderão ter mais de um assistente técnico.

Desse modo, a assistência das partes por peritos é outro mecanismo que assegura o contraditório e a ampla defesa.

3.4.3 Direito de não ser inspecionado

Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) afirmam que a pessoa inspecionada pode ser parte ou terceiro, constituindo dever da primeira colaborar com o juízo durante o procedimento.

No entanto, o princípio da não auto-incriminação assegura que o acusado não seja compelido a produzir prova contra si. O Código de Processo Civil anterior tornava nebulosa a aplicação desse princípio no âmbito da inspeção judicial, uma vez que estabelecia a submissão ao procedimento como dever de ambas as partes:

CPC/73 Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

- I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
- II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;
- III - praticar o ato que lhe for determinado.

Esse impasse foi resolvido no Código de Processo Civil atual:

CPC/15 Art. 379. **Preservado o direito de não produzir prova contra si própria**, incumbe à parte:

- I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;
- II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;
- III - praticar o ato que lhe for determinado. [grifo meu]

Assim, o direito de não produzir prova contra si é garantido no âmbito da inspeção judicial.

3.4.4 Documentação da inspeção

O CPC determina a necessidade de lavratura de auto circunstanciado após a conclusão da diligência⁵¹. Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2016), esse documento é pressuposto de existência da inspeção judicial e, para assegurar o contraditório, apenas as informações nele constantes podem ser utilizadas pelo juízo para fundamentar a decisão. Reputar como inexistente a inspeção não documentada é a materialização da máxima *o que não está nos autos não está no mundo*.

No mesmo sentido, Theodoro Jr. (2015) afirma que o auto circunstanciado deve conter todos os dados úteis ao julgamento da causa. Para que o contraditório seja observado plenamente, o auto pode ser lavrado durante a inspeção, de modo que cada fato possa ser impugnado no momento em que é registrado, evitando as recorrentes contestações inerentes a documentos redigidos posteriormente.

Na inspeção deve imperar a objetividade, não sendo o “local adequado para o juiz proferir julgamento de valor quanto ao fato inspecionado, apreciação que deverá ficar reservada para a sentença.” (Theodoro Jr., 2015, p. 1279). Assim, o procedimento deve limitar-se ao relato dos fatos apurados, devendo a valoração da prova ficar adstrita à decisão a ser proferida.

Auto refere-se a documentos produzidos fora da sede do juízo (auto de penhora, auto de avaliação). Assim, quando a inspeção judicial for realizada na sede do juízo, o auto circunstanciado deve ser substituído por ata ou termo de audiência. Tal como ocorre no auto, todos os fatos relevantes para a elucidação das controvérsias devem ser registrado no documento (DIDIER JR., BRAGA E OLIVEIRA, 2016).

3.4.5 Manifestação sobre o resultado da prova

Sem prejuízo da manifestação durante a inspeção, as partes podem exercer o contraditório após a diligência, com base no auto circunstanciado. Essa prerrogativa, embora não prevista expressamente no CPC, reforça a necessidade de documentação do procedimento, para que possa ser objetivamente impugnado.

⁵¹ CPC Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa. Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

Desse modo, em homenagem ao contraditório, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) ressaltam a necessidade de intimação das partes para manifestação acerca da prova produzida, especialmente quando o procedimento foi realizado após a instrução (em grau recursal, por exemplo).

3.4.6 Inspeção como prova única

Normalmente, a inspeção é realizada após a produção das demais provas, para dirimir dúvida remanescente. Devido a isso, afirma-se “com frequência, que a inspeção tem natureza complementar, servindo para auxiliar na convicção do juiz, quando as outras provas não tiverem sido suficientemente esclarecedoras.” (GONÇALVES, 2016, p. 501).

De outro vértice, Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) entendem que tal procedimento não possui caráter ulterior ou secundário, podendo constituir prova principal e única.

Entretanto, esse entendimento civilista não pode ser aplicado ao processo penal sem qualquer ressalva. Isso porque o processo criminal possui regras e princípios específicos, exigindo arcabouço probatório mais robusto, uma vez que pode culminar com a privação de liberdade do indivíduo.

4 ESTUDO DE CASOS

Como parte final do estudo, serão analisados cinco processos criminais em que a inspeção judicial surgiu como possibilidade probatória. Em dois deles, a inspeção foi efetivada. Nos outros três, serão examinados os motivos que levaram o julgador a indeferir o pedido de realização da diligência.

Devido ao pouco uso dessa modalidade de prova, especialmente na esfera criminal, não foram localizadas ações penais relacionadas ao tema nos tribunais superiores e no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Por esse motivo, todos os casos analisados são oriundos da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul.

4.1 CASO I – ESTUPRO

Apelação Criminal: 70007049273

Apelante: C. R. P. S.

Apelado: Ministério Público

Relator: Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini

Data do Julgamento: 16 de outubro de 2003

Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ementa (RIO GRANDE DO SUL, 2003, p. 1):

ESTUPRO. PROVA SUFICIENTE DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. CERTEZA NECESSÁRIA PARA A CONDENAÇÃO. O conjunto probatório constituído pela palavra da vítima, incontestável, corroborada pela prova testemunhal e **inspeção judicial no local do fato, realizada sob o crivo do contraditório**, é apto à condenação, conferindo certeza sobre a materialidade e autoria. ENQUADRAMENTO NA LEI 8.072/90 AFASTADO. AUSÊNCIA DE LESÕES GRAVES OU MORTE. REGIME INICIAL FECHADO (ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). Apelação parcialmente provida. Voto vencido, em parte. [grifo meu]

Segundo a denúncia, em 23 de fevereiro de 2003, por volta das 20h, o réu constrangeu D. B. S. à conjunção carnal, mediante violência física, causando-lhe lesões na face e abdômen. O acusado abordou a vítima com o uso de uma faca, arrastou-a para uma trilha e agrediu-a fisicamente com chutes e socos. Em seguida, o denunciado despiu-se e constrangeu a vítima a manter relações sexuais com ele.

Para comprovação da materialidade delitiva, foi acostado aos autos exame de corpo de delito, que indicou a presença de ruptura e de espermatozóides no canal

vaginal, além de inúmeras escoriações na face, no abdômen, na coxa direita e nos membros superiores da vítima.

Para aferição da autoria, foi considerado o depoimento da vítima, que apontou o réu como praticante do delito, e o relato da testemunha V. R. C., a quem a violentada teria confidenciado o estupro.

O pedido da defesa para realização de inspeção judicial no local do fato restou deferido pelo juízo *a quo*, que esposou na sentença as seguintes considerações (RIO GRANDE DO SUL, 2003, p. 7):

Além de tudo o que foi realçado, importa ver que a versão trazida pela vítima se reveste de maior credibilidade a partir dos subsídios colhidos com a inspeção judicial. Antes do ato, é verdade, a narrativa de D.B.F. se me apresentava de certa forma nevoenta, considerando a descrição do local. Realizada a visita, dissipou-se a bruma. O traçado do lugar, como se vê do termo de folhas 104, por certo não logrou delinear com a exatidão pretendida o cenário do delito. Todavia, o que dele consta somado com o que se viu *in loco* gera a convicção de que também existe convergência entre o mapa geográfico e o panorama exibido pela vítima quando da sua exposição.

Quatro pontos merecem destaque.

Inicialmente, resalte-se a esclarecedora a fundamentação lançada pelo julgador para a realização da inspeção judicial. O relato da vítima mostrava-se confuso no que tange à descrição do local dos fatos, tornando duvidosas suas declarações. Ao examinar a cena do crime, foi constatado que a geografia da região não desacreditava a versão da vítima.

A matéria foi revolvida no voto condutor do acórdão, deferindo-se credibilidade às palavras da vítima por ausência de disparidade elementar entre o local por ela descrito e o campo verificado na inspeção (RIO GRANDE DO SUL, 2003, p. 11):

Destaco, apenas, que não há discrepância fundamental entre o relato da vítima e a situação verificada na inspeção judicial. A noção de local deserto é relativa. Assim, um campo bem pode, na visão da vítima, ser um local deserto. O que importa, efetivamente, é que há prova da materialidade e inexistência de dúvida sobre a autoria. Aliás, não há motivo para falsa imputação.

Outra questão digna de nota é a divergência entre a parte que fez o pedido e a que teve sua versão corroborada com a produção da prova. A inspeção judicial foi requerida pela defesa. Entretanto, ela foi utilizada nos autos para comprovar o relato apresentado pela vítima. Isso reforça a importância do princípio da comunhão, estudado no item 2.6.1 do presente trabalho, segundo o qual a prova serve para formar a convicção do juiz, e não para beneficiar quem requereu sua produção.

Em terceiro lugar, cabe o questionamento se o réu tem direito a acompanhar pessoalmente a realização da inspeção judicial mesmo estando encarcerado, como no caso dos autos. O CPC estabelece, em seu artigo 483, parágrafo único, que “As partes têm **sempre** direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.” [grifo meu]. Em análise preliminar, a utilização da expressão *sempre* pelo legislador deixa pouca margem para relativização dessa prerrogativa.

Por fim, para fundamentar a decisão, o julgador mesclou as informações do termo de inspeção com o que se viu *in loco*, em clara violação ao princípio do contraditório. Conforme aferido no presente estudo, apenas as informações documentadas podem ser utilizadas para fundamentar a decisão. O que foi visto no local pertence à subjetividade de quem esteve presente na inspeção e, se isso for utilizado para fundamentar a sentença, impossibilita o exercício do contraditório, especialmente em grau recursal. Importante ressaltar que, nesse caso, a disparidade ficou latente porque um elemento estranho ao auto de inspeção foi expressamente utilizado para fundamentar a condenação. Isso pode ocorrer com qualquer elemento probatório quando não respeitadas as regras e princípios processuais. Mas evidencia o quanto a inspeção judicial é vulnerável a impressões pessoais e pode tolher o exercício do contraditório e da ampla defesa.

4.2 CASO II – LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

Apelação Criminal: 70027298256

Apelante: Ana Luíza Batista Fernandes

Apelado: Ministério Público

Relatora: Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos

Data do Julgamento: 05 de fevereiro de 2009

Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ementa (RIO GRANDE DO SUL, 2009, p. 1):

APELAÇÃO – LESÕES CORPORAIS QUALIFICADA – DEFORMIDADE PERMANENTE – GOLPES DE FACA NO ROSTO – PROVA – LEGÍTIMA DEFESA – NÃO COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – APENAMENTO – PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO – SURSIS – ISENÇÃO DAS CUSTAS.

1. Não age em legítima defesa quem investe contra desafeto, armada de faca, desferindo golpes no rosto e ombro da vítima, que estava sentada, aguardando a entrega do seu lanche.

2. A qualificadora da deformidade permanente está demonstrada não só pela prova pericial, mas também pela inspeção judicial que restou consignada em ata quando da colheita do depoimento da ofendida.

3. Desfavoráveis a culpabilidade, as circunstâncias do crime e as consequências do delito, justificado o afastamento da pena-base em 08 meses do mínimo legal.

4. A circunstância atenuante da confissão espontânea não pode conduzir a pena para aquém do mínimo legal. Orientação da Súmula 231 do STJ.

5. Incabível a suspensão condicional da pena, na medida em que a reprimenda imposta à ré supera o limite máximo disposto no art. 77 do CP

6. As custas são efeito da condenação, eventual impossibilidade de pagá-las deve ser solvida pelo juízo da execução.

NEGADO PROVIMENTO. [grifo meu]

Ana Luíza Batista Fernandes foi denunciada porque teria, no dia 13 de março de 2001, por volta das 19h30min, ofendido a integridade corporal de Cleci Terezinha de Oliveira, desferindo golpes de faca no rosto e no ombro da vítima, infringindo-lhe lesões de natureza gravíssima e causando-lhe deformidade permanente.

Condenada em primeira instância, a ré apelou da decisão, postulando sua absolvição pela excludente de ilicitude referente à legítima defesa, considerando a existência de agressões mútuas entre a acusada e a vítima. Subsidiariamente, pleiteou o afastamento da qualificadora da deformidade permanente, a redução da pena privativa de liberdade, a concessão do *surcis* e a isenção das custas processuais.

O Ministério Público manifestou-se pela manutenção da qualificadora do artigo 129, § 2º, inciso IV, do CP (lesão corporal de natureza gravíssima por deformidade permanente) nos seguintes termos (RIO GRANDE DO SUL, 2009, p. 5):

Além disso, vale repisar, demonstrada a qualificadora descrita no inciso IV do § 2º do art. 129 do CP, não só pela prova pericial (folhas 29 e 30), como também pela prova testemunhal, como também pela própria inspeção judicial que restou consignada em ata quando da colheita do depoimento da ofendida (folha 57).

Para fundamentar a manutenção da qualificadora, o relator do acórdão também fez alusão à observação ocular realizada pela julgadora, destacando que a deformidade permanente “restou amplamente provada no feito, seja pela prova pericial, seja pela prova testemunhal e pela constatação feita pela Magistrada em audiência.” (RIO GRANDE DO SUL, 2009, p. 5 e 6).

Tanto nas palavras da Procuradora de Justiça quanto na fundamentação do relator é possível perceber a natureza complementar da inspeção judicial. Essa posição vai ao encontro da corrente defendida por Gonçalves (2016), de que a inspeção judicial serve

para auxiliar o julgador na formação de sua convicção, complementando as demais provas carreadas aos autos.

Vale ressaltar, ainda, que a validade da inspeção judicial, mesmo que tenha sido efetuada durante a produção de outra espécie de prova (declaração da vítima), depende de que tenha sido oportunizado à ré não só o acompanhamento da diligência, como a efetiva participação no procedimento, inclusive prestando esclarecimentos e fazendo observações.

4.3 CASO III – LESÃO CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Apelação Criminal: 70003930971

Apelante: José Cutin

Apelado: Ministério Público

Relator: Desembargador Ranolfo Vieira

Data do Julgamento: 20 de novembro de 2002

Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ementa (RIO GRANDE DO SUL, 2002b, p. 1):

DELITO DE TRÂNSITO. LESÕES CORPORAIS. **INSPEÇÃO JUDICIAL. A NECESSIDADE OU CONVENIÊNCIA DE SUA REALIZAÇÃO FICA AO PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ, A QUEM INCUMBE PROVER A REGULARIDADE DO PROCESSO E MANTER A ORDEM NO CURSO DOS RESPECTIVOS ATOS (CPP, ARTS. 184 E 251).** INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PROVA DESNECESSÁRIA E PROCRASTINATÓRIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. RÉU QUE, DIRIGINDO VEÍCULO AUTOMOTOR, AVANÇA CRUZAMENTO COM SINAL DE PARE, SEM ADOTAR AS CAUTELAS NECESSÁRIAS, ABALROANDO MOTOCICLETA E CAUSANDO LESÕES NO MOTOCICLISTA, QUE TRANSITAVA PELA VIA PREFERENCIAL. AUSÊNCIA DE CUIDADOS EXIGIDOS PARA A MANOBRA. NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA. PREVISIBILIDADE DA OCORRÊNCIA. PROVIMENTO, EM PARTE, DO APELO DEFENSIVO PARA O ÚNICO FIM DE REDUZIR PARA DOIS MESES O PRAZO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. [grifo meu]

O réu foi denunciado porque teria, no dia 30 de junho de 2000, por volta das 22h10min, cometido a infração descrita no artigo 303 do CTB⁵². O apelante dirigia um

⁵² CTB Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

automóvel quando, por ausência de cautela, teria colidido com a motocicleta de Delmar Silveira Gonçalves Júnior, ofendendo a integridade física deste. O acusado foi negligente porque teria desrespeitado a placa indicativa de pare existente em um cruzamento e colidiu com a motocicleta da vítima.

Condenado pelo juízo singular às penas de seis meses de detenção, em regime aberto, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, o réu apelou da sentença, sustentando, preliminarmente, cerceamento de defesa por indeferimento da inspeção judicial e, no mérito, postulando a absolvição por ausência de tipicidade subjetiva.

A inspeção judicial foi indeferida pelo juízo *a quo* nos termos seguintes (RIO GRANDE DO SUL, 2002b, p. 3 e 4):

A inspeção judicial não se fazia necessária no presente, pelo simples fato de que nada havia que devesse ser inspecionado. A defesa pretendia que o magistrado verificasse no local a falta de visibilidade que tem o motorista quando pára na esquina da Rua Pedro Ivo, cruzamento com a Pedro Chaves Barcelos. No entanto, a demonstração pretendida restou suprida nos autos pelas fotografias acostadas às fls. 114, 115, 202 e 203. Sobretudo, a desnecessidade da inspeção deve-se à circunstância de que não importam as dificuldades para a travessia de um cruzamento, porque aquele que pretende cruzar outra via preferencial deverá esmerar-se em todos os sentidos para fazê-lo de modo a não obstruir a passagem dos veículos que trafegam na preferencial. Gize-se que o local é idêntico a outros cruzamentos existentes em qualquer centro urbano; inexistente peculiaridade a desculpar o réu.

O Tribunal *ad quem* rejeitou a preliminar de cerceamento de defesa pelos subsequentes motivos (RIO GRANDE DO SUL, 2002b, p. 3):

A necessidade ou conveniência da realização de vistoria ou perícia requerida fica ao prudente arbítrio do juiz, a quem incumbe prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos (CPP, arts. 184 e 251). Se assim não fosse, todo requerimento seria uma imposição e o processo não teria condutor.

Com efeito, cabe ao magistrado decidir sobre a conveniência e a necessidade da produção da prova⁵³. No caso dos autos, a parte interessada fundamentou o pedido de produção de prova na visibilidade reduzida do local no momento da colisão. Assim, para verificar as condições de visibilidade do local, a inspeção deveria ser realizada em horário noturno, tendo em vista que o fato ocorreu aproximadamente às 22h10min, tornando-se ainda mais dispendiosa para os envolvidos.

⁵³ CPP Art. 400. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Da mesma forma, conforme esposado pelo magistrado sentenciante, caberia ao acusado tomar os devidos cuidados, apenas atravessando o cruzamento se estivesse seguro de que não havia outros veículos ou pessoas na via.

Desse modo, a inspeção judicial mostrou-se irrelevante para o feito, motivo pelo qual seu pedido restou indeferido⁵⁴.

4.4 CASO IV – LATROCÍNIO

Apelação Criminal: 70014670194

Apelante: Ministério Público Federal, Jorge Antônio Machado Borba e Ivan Antônio Machado Borba

Apelado: os mesmos

Relator: Desembargador Roque Miguel Fank

Data do Julgamento: 18 de abril de 2007

Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ementa (RIO GRANDE DO SUL, 2007, p. 1):

APELAÇÃO-CRIME. PRELIMINARES. NULIDADE DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PEDIDOS DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE RECONHECIMENTO E DE INSPEÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA.

Não há falar em cerceamento de defesa quando a realização de audiência e de inspeção judicial postuladas pela Defesa se mostram prescindíveis à apuração do fato delituoso, sendo acertado, por conseguinte, o indeferimento dessas medidas pelo juízo de origem.

[...]

A Jorge Antônio Machado Borba e Ivan Antônio Machado Borba foi imputada a prática dos crimes de roubo qualificado e latrocínio. Narra a denúncia que, na data de 8 de março de 2004, por volta das 6h45min, no *Bar do Evandro*, os réus subtraíram valores e pertences de Lúcio Jacobs, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo. Na ocasião, Ivan alvejou a vítima com quatro disparos de arma de fogo, causando-lhe a morte.

Ivan restou condenado em primeira instância pela prática do delito do artigo 157, § 3º, segunda parte, do CP. Jorge foi condenado pela prática do crime do artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c o artigo 29, § 2º, ambos do CP.

⁵⁴ CPP Art. 411 § 2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

Em razões de apelação, Ivan postulou, preliminarmente, a decretação da nulidade do processo por cerceamento de defesa, considerando o indeferimento de realização de inspeção judicial no local dos fatos pelo juízo sentenciante.

O objetivo da inspeção judicial seria contradizer o depoimento da testemunha Robison, que relatara ter se dirigido até a cozinha de sua residência após ter ouvido os disparos, tendo visualizado Ivan fugindo do estabelecimento em que ocorreu o crime e tirando uma máscara.

Para afastar a tese defensiva, o relator expôs os seguintes argumentos:

Da mesma forma, não se verifica razão para realização da inspeção judicial, postulada pela Defesa para que fosse aferida a visão que a testemunha Robison Lima de Moura tinha na ocasião do fato, na medida em que figura inviável reproduzir fielmente o trajeto trilhado por Ivan na ocasião do ilícito, bem como a direção para qual dirigia seu olhar nesse interregno, não havendo motivo para questionar o reconhecimento efetuado pela testemunha referida, sobretudo porque robustecido por outras reconições e também por prova pericial que adiante será referida. Ademais, não apontou a defesa argumentos concretos que permitissem colocar em dúvida a identificação feita por Robison.

Desta forma, constata-se que as diligências requeridas pela Defesa de Ivan não contribuiriam para o esclarecimento do fato delituoso, apresentando-se apenas como medidas que protelariam o andamento do feito, motivo pelo qual seu indeferimento pelo juízo foi acertado, não havendo falar em cerceamento de defesa.

O cerne da fundamentação remete-nos ao artigo 481 do CPC, que limita a inspeção judicial ao exame de pessoas ou coisas que vise ao esclarecimento sobre fato relevante para a causa. Para os desembargadores, a diligência não contribuiria para esclarecimento do fato delituoso, mostrando-se irrelevante.

Importante também rememorar o artigo 400, § 1º, do CPP, que possibilita ao julgador indeferir a produção de provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórios. No caso dos autos, o relator considerou que a realização de inspeção judicial era irrelevante e protelatória.

Além disso, foi mencionada a inviabilidade de realização do procedimento nas mesmas condições do momento do fato e a inexistência de elementos que infirmassem o depoimento da testemunha.

4.5 CASO V – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR

Apelação Criminal: 70004441283

Apelante: Marco Juliano Borges de Azevedo

Apelado: Ministério Público

Relator: Desembargador José Antônio Hirt Preiss

Data do Julgamento: 5 de setembro de 2002

Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Ementa (RIO GRANDE DO SUL, 2002a, p. 1):

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE CIRCULAÇÃO.
PRELIMINARES DEFENSIVAS REJEITADAS POR UNANIMIDADE.
PREJUDICIAIS ERIGIDAS PELA DEFESA, A PRIMEIRA, PORQUE O
MAGISTRADO AO SENTENCIAR 'ARRIMOU A PRETENSÃO DEDUZIDA
PELA DEFESA'. NO QUE DIZ COM A SEGUNDA, **NÃO INSPEÇÃO
JUDICIAL, PELA EXISTÊNCIA DE PROVA ABUNDANTE NO BOJO DO
PROCESSADO.**
DE OUTRA BANDA, A INSPEÇÃO É CRITÉRIO ÚNICO DO MAGISTRADO,
NÃO SE TRADUZINDO EM PROCEDIMENTO IMPRESCINDÍVEL.
MÉRITO.
PROVADA E COMPROVADA A CULPABILIDADE DO RÉU NO SEU AGIR
CULPOSO, INTERCEPTANDO O FLUXO NORMAL DA MOTO CONDUZIDA
PELA VÍTIMA FATAL, MERECE SER MANTIDO O R. ATO SENTENCIAL
MONOCRÁTICO.
PRAZO DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO
AUTOMOTOR REDUZIDO CONFORME O DISPOSTO NO ART. 293 DO CTB.
APELO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. [grifo meu]

De acordo com a peça incoativa, no dia 9 de março de 2001, por volta das 21h30min, o réu agiu de forma imprudente, negligente e imperita na condução de uma caminhonete, colidindo com uma motocicleta e praticando homicídio e lesões corporais culposas. No momento do acidente, Rodrigo Barbiani Cabalheiro dirigia sua motocicleta regularmente quando teve seu percurso interceptado repentinamente pelo veículo conduzido pelo denunciado, que trafegava em sentido contrário. O fato culminou com a morte do condutor da motocicleta e ocasionou lesões corporais no caroneiro. O elemento subjetivo do tipo restou configurado pelas seguintes circunstâncias (RIO GRANDE DO SUL, 2002a, p. 3):

O denunciado agiu com **negligência**, por trafegar sem a atenção e os cuidados necessários para a segurança do trânsito, deixando de observar a preferência do outro veículo; com **imprudência** por efetuar manobra de conversão à esquerda sem adotar as cautelas necessárias, interceptando a trajetória regular da motocicleta; e, com **imperícia** por não conseguir evitar o acidente, ou, ao menos, minorar suas conseqüências. [grifo do autor]

Declarada extinta a punibilidade do réu em relação ao delito do artigo 303 do CTB, o acusado restou condenado pelo juízo singular pela prática do crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Em razões de apelação, a defesa sustentou cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de realização de inspeção judicial no local do fato. Como razões de decidir, o relator utilizou a fundamentação esposada pelo Ministério Público em contrarrazões ao recurso de apelação (RIO GRANDE DO SUL, 2002^a, p. 6):

Equívoco também ocorre na afirmação de cerceamento de defesa em razão do indeferimento de pedido de inspeção judicial no local do evento. A prova coligida demonstrou, à saciedade, as circunstâncias da pista na ocasião dos fatos, tornando o postulado efetivamente desnecessário e incabível. Além disso, caberia a defesa impugnar o indeferimento quando intimado ou nos debates. Não o tendo feito em nenhuma dessas oportunidades, a matéria restou preclusa, não podendo mais ser argüida na fase recursal.

Assim como no caso anterior, o relator considerou a realização da inspeção judicial irrelevante para o esclarecimento dos fatos, uma vez que as demais provas acostadas aos autos já se mostravam suficientes para formar a convicção do julgador.

Destacou, ainda, que a matéria restara preclusa, uma vez que o indeferimento da prova não fora impugnado pela defesa em momento oportuno. Entretanto, a preclusão não afasta definitivamente a possibilidade de realização da inspeção judicial. Acerca da matéria, vale rememorar os ensinamentos de Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) e Marinoni e Arenhart (2009), que ressaltam a possibilidade de realização da diligência em grau recursal. Os últimos autores, entretanto, ressalvam que essa espécie probatória só pode ser realizada em segunda instância de ofício. Desse modo, o primeiro fundamento esposado pelo relator – existência de provas suficientes para formação da convicção – sepultou qualquer possibilidade de realização da inspeção.

5 CONCLUSÃO

Enquanto há certa dissonância acerca do significado da palavra prova, há relativa convergência na doutrina quanto à sua finalidade: demonstrar fatos relevantes ao litígio para influenciar na convicção do julgador. Ocorre que essa demonstração deve respeitar princípios e regras processuais, a fim de que o embate não se torne um vale-tudo jurídico, caindo na retórica maquiavélica de que os fins justificam os meios.

No âmbito penal, o respeito a essas normas ganha maior envergadura porque a condenação pode privar o acusado de um dos maiores valores da humanidade: a liberdade.

As provas nominadas na esfera criminal já têm regras consolidadas na legislação visando ao respeito das normas processuais. O mesmo não ocorre com as provas atípicas na ação penal, onde a ausência de regramento atinge todos os envolvidos. Assim como a possibilidade de utilização de provas atípicas desvincula o acusado da engessada legislação quanto ao meio probatório, essa liberalidade pode ser utilizada pela acusação para demonstrar acontecimentos que convençam o julgador acerca dos fatos narrados na denúncia. Da mesma forma, eventuais patologias inerentes a provas atípicas na seara penal podem prejudicar tanto a acusação como a defesa.

Nesse contexto, foi analisado o instituto da inspeção judicial, espécie probatória prevista na legislação processual civil brasileira e atípica na seara criminal. A utilização desse instituto na esfera penal é outorgada pelo próprio CPP, que prevê o uso subsidiário das normas civis, e pelo direito legalmente concedido às partes de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, para influenciar na convicção do magistrado.

O cerne do trabalho foi a investigação de possível violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na inspeção judicial, uma vez que, nesse meio de prova, o julgador examina as pessoas e objetos de forma direta. Esse contato imediato pode fazer com que o magistrado valora a prova no momento de sua produção, inviabilizando a dialética processual e, conseqüentemente, impossibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O CPC, que prevê expressamente a inspeção judicial, estabelece regras para sua realização, visando à preservação dos direitos processuais das partes. Três dessas medidas se destacam no Código.

A primeira é o direito concedido às partes de assistir à inspeção, podendo inclusive prestarem esclarecimentos e fazerem observações que considerem relevantes para a causa. Essa é uma clara oportunidade de os litigantes influenciarem o julgador no momento da produção da prova, apontando circunstâncias que corroborem a versão dos fatos que lhe for mais conveniente.

A segunda está relacionada à possibilidade de o juiz ser assistido por peritos, dando um aspecto mais técnico à diligência. Para a doutrina, essa prerrogativa deve ser estendida às partes, que também podem indicar assistentes técnicos para acompanhar o procedimento.

Por fim, a validade da inspeção judicial como elemento probatório está condicionada à lavratura de auto circunstanciado, onde será mencionado tudo que for útil para o julgamento da causa. Didier Jr., Braga e Oliveira (2016) vão além, afirmando que o auto circunstanciado é pressuposto de existência da diligência, que será reputada inexistente no caso de ausência do documento. Essa é a principal ferramenta que propicia o exercício do contraditório e da ampla defesa após a realização do procedimento, pois a decisão deverá ser fundamentada apenas com informações constantes no auto de inspeção.

A análise de processos judiciais em que a inspeção foi proposta como meio de prova revelou o que Marinoni e Arenhart (2009) já sinalizavam no campo teórico: o pedido de realização da diligência só deve ser deferido quando as provas constantes nos autos mostrarem-se insuficientes para formar a convicção do julgador. E quando se trata inspeção judicial a ser realizada fora da sede de juízo, esse exame de admissibilidade da prova ganha maior importância devido ao dispêndio financeiro e temporal que a diligência inflige ao magistrado, às partes, aos advogados e aos eventuais peritos.

Dos cinco casos analisados, três deles tiveram o pedido negado porque o julgador entendeu que as provas constantes nos autos já eram suficientes para formar sua convicção. Em todos eles, houve alegação de cerceamento de defesa perante o TJ/RS, tendo o Colegiado rejeitado a preliminar por considerar que o juízo singular possui discricionariedade para decidir sobre a conveniência e a necessidade da prova.

O exame do primeiro caso sinalizou que a inspeção judicial realmente pode comprometer a contraditório e a ampla defesa quando não respeita os parâmetros estabelecidos pela doutrina e pela legislação, especialmente no que tange à utilização de apenas elementos constantes no auto de inspeção para fundamentar a decisão. No caso concreto, o julgador considerou tanto as informações constantes no auto de inspeção

quanto o que se viu *in loco* para justificar o decreto condenatório. As circunstâncias descritas no documento podem ser impugnadas e contestadas, mas o que foi visto no local pertence à subjetividade do julgador, podendo fundamentar tanto um decreto condenatório quanto um absolutório.

É evidente que o juiz, enquanto ser humano, utiliza o subjetivismo para decidir. Do contrário, a figura do julgador poderia ser substituída por um computador, com algoritmos mesclando legislação, doutrina e jurisprudência, que proferiria decisões objetivamente perfeitas. Entretanto, esse sentimento do julgador, que inclusive origina o termo que designa o fim do processo em primeira instância, a *sentença*, deve pautar-se em elementos objetivos, para ensejar o regular exercício do contraditório e da ampla defesa.

É na ambiência desse cenário que a inspeção judicial pode ser um instrumento perigoso, pois propicia ao magistrado a utilização de fundamentos subjetivos, tácitos ou expressos, para embasar uma decisão que já é subjetiva por natureza.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca de. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 25 mar. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 25 mar. 2018.

_____. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em 10 abr. 2018.

_____. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 04 abr. 2018.

_____. Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em 04 jul. 2018.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. **Planalto**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 mar. 2018.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 25 mar. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Planalto. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

BRITO, Alexis Couto; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal: Tipo Processual, Provas Típicas e Atípicas**. Campinas: Millennium, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. In: LENZA, Pedro (Coord.). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção Esquemático).

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOUAISS, A. e Villar, M. de S. **Dicionário Houaiss Eletrônico**. Versão 1.0. CD-ROM. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2009.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. único. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de prova**, RT: São Paulo, 2004.

MIRANDA. Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. IV. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Provas Atípicas**. Revista de Processo n. 76, p. 114/126, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), 1969. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 28 mar. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. In: LENZA, Pedro (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime 70027298256**. Apelante: Ana Luíza Batista Fernandes. Apelado: Ministério Público. Relatora: Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. DJ/RS em 13 mar. 2009. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70027298256&ano=2009&codigo=99118>. Acesso em 13 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime 70014670194**. Apelantes: Ivan Antônio Trevisan, Jorge Antônio Machado Borba e Ministério Público. Apelados: os mesmos. Relator: Des. Roque Miguel Fank. DJ/RS em 19 jun. 2007. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70014670194&ano=2007&codigo=469511>. Acesso em 13 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime 70007049273**. Apelante: Clóvis Roberto Peres da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Dês. Marco Antônio Bandeira Scapini. Julgado em 16 abr. 2003. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70007049273&ano=2003&codigo=450567>. Acesso em 13 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime 70003930971**. Apelante: José Cutin. Apelado: Ministério Público. Relator: Dês. Ranolfo Vieira. Julgado em 20 nov. 2002b. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70003930971&ano=2002&codigo=177762>. Acesso em 13 abr. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime 70004441283**. Apelante: Marco Juliano Borges de Azevedo. Apelado: Ministério Público. Relator: Dês: José Antônio Hirt Preiss. Julgado em 05 set. 2002a. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/

consulta/download/exibe_documento.php?numero_processo=70004441283&ano=2002&codigo=184890>. Acesso em 13 abr. 2018.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol.3. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ANEXO A – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO I

ESTUPRO. PROVA SUFICIENTE DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. CERTEZA NECESSÁRIA PARA A CONDENAÇÃO. O conjunto probatório constituído pela palavra da vítima, indubitosa, corroborada pela prova testemunhal e inspeção judicial no local do fato, realizada sob o crivo do contraditório, é apto à condenação, conferindo certeza sobre a materialidade e autoria.

ENQUADRAMENTO NA LEI 8.072/90 AFASTADO. AUSÊNCIA DE LESÕES GRAVES OU MORTE. REGIME INICIAL FECHADO (ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL).

Apelação parcialmente provida.

Voto vencido, em parte.

APELAÇÃO CRIME	SEXTA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70007049273	SÃO PEDRO DO SUL
CLÓVIS ROBERTO PERES DA SILVA	APELANTE
MINISTÉRIO PÚBLICO	APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em dar parcial provimento ao apelo para reduzir a pena a 6 anos de reclusão, vencido o Relator, que mantinha a pena estabelecida na sentença, e, à unanimidade, estabeleceram o regime inicial fechado.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Desembargador JAIME PITERMAN.

Porto Alegre, 16 de outubro de 2.003.

DES. MARCO ANTONIO BANDEIRA SCAPINI

Relator

DES. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA
Presidente e Revisor

RELATÓRIO

DES. MARCO ANTONIO BANDEIRA SCAPINI (RELATOR) –

Na Comarca de São Pedro do Sul, o Ministério Público ofereceu denúncia contra CLÓVIS ROBERTO PERES DA SILVA, como incurso nas sanções do art. 213 e 147, c/c art. 69, todos do CP, pela prática dos seguintes fatos delituosos:

“I) No dia 23 de fevereiro de 2.003, por volta de 20h, na Rua Silva Jardim, próximo aos trilhos do trem, em São Pedro do Sul, o denunciado constrangeu a vítima Dáfine Behling dos Santos à conjunção carnal, mediante violência física, causando-lhe escoriações no rosto, abdômen e face, de acordo com auto de exame de corpo de delito de fls.

Na ocasião, a vítima retornava para sua residência quando foi abordada pelo denunciado, que fazendo uso de uma faca, a conduziu para uma trilha, onde agrediu-a fisicamente, dando socos na cabeça e no rosto, chutes na barriga e costas e puxando-a pelo cabelo, até que a derrubasse no chão. Nesse momento, o denunciado tirou as calças que a vítima fazia uso, despindo-se também, constrangendo a vítima a manter com ele relação sexual.

O representante legal da vítima representou criminalmente contra o autor do fato.

II) Nas mesmas circunstâncias de tempo e local do fato I, o denunciado ameaçou a vítima Dáfine Behling dos Santos de causar-lhe mal injusto e grave.

Ao agir, o denunciado, após constranger a vítima à conjunção carnal, ameaçou-lhe, dizendo que “se o denunciado iria matá-la, se caso fosse denunciado e pegasse cadeia voltaria para matá-la.” (fls. 02/5)

A prisão preventiva do acusado foi decretada em 25/02/2.003 (fl. 49).

A denúncia foi recebida em 11/3/2.003 (fl. 58).

O réu foi citado (fl. 73v.) e interrogado na presença de defensor 'ad hoc' (fl. 74). Por defensor constituído, apresentou defesa prévia (fl. 81).

Foram inquiridas vítima e testemunhas (fls. 93-94 e 104-107) e realizadas inspeção judicial no local do fato (pleiteada pela defesa) e avaliação psiquiátrica da vítima (pleiteada pela acusação) (fls. 104 e 114-115).

Encerrada a instrução, no prazo do art. 499 do CPP, o Ministério Público requereu a atualização dos antecedentes do réu (fls. 120-123).

Em alegações finais, a acusação postulou a condenação do réu pelos crimes de estupro e ameaça, em concurso material, com determinação do regime integral fechado para cumprimento da pena (fls. 124-138).

A defesa, por sua vez, postulou a absolvição, por inexistência do fato ou falta de provas (fls.141-142).

Em sentença publicada em 14/7/2.003, a MM^a Juíza de Direito julgou parcialmente procedente a ação. Absolveu o réu da imputação do art. 147, 'caput', do CP, com base no art. 386, V, do CPP, e condenou-o como incurso no art. 213, 'caput', do CP, à pena de sete anos de reclusão, em regime integralmente fechado (fls. 144-154).

O réu foi intimado pessoalmente da sentença, manifestando interesse de (fl. 157).

Apresentada apelação pela defesa, foi recebida (fls. 158-159). Em razões, alegou que as acusações da vítima restaram isoladas nos autos, comprovando, o laudo, que precisa de ajuste psicológico. A inspeção judicial demonstrou que os fatos não ocorreram, mas foram inventados pela vítima, sendo incompatíveis com seu relato. Pugnou pela absolvição, ante a instauração da dúvida (fls. 162-165).

Foram oferecidas contra-razões (fls. 167-177).

Nesta Instância, o Dr. Procurador de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo, para fixação do regime inicial fechado (fls. 180-185).

É o relatório.

VOTO

DES. MARCO ANTONIO BANDEIRA SCAPINI (RELATOR) –

O juízo condenatório deve ser mantido.

Tendo a culta e operosa Juíza de Direito Ângela Martini analisado corretamente a prova, respondendo a todas as teses defensivas, adoto os fundamentos da sentença, passando a transcrevê-los:

“A materialidade do crime de estupro vem consubstanciada no auto de exame de corpo de delito - conjunção carnal (folhas 91), que descreve a presença nos quadrantes posteriores de duas soluções de continuidade superficial que atingiram a parede vaginal (ruptura completa cicatrizada), bem como a presença de espermatozóides no canal vaginal. Ainda, corroboram a prova da existência do ilícito o auto de exame de corpo de delito (folhas 69), o auto de reconhecimento de pessoa (folhas 18) e a prova testemunhal carreada.

Insta o exame acerca da autoria. Nesse passo, como sói acontecer em delitos dessa natureza, impera seja bem valorada a palavra da vítima.

Ao que se depreende do cenário fático recriado a partir dos dados de prova colhidos, no dia do evento criminoso, o réu abordou a vítima, em via pública, inicialmente, forjando um roubo, vez que lhe solicitou dinheiro. Ante a afirmação de que não trazia consigo qualquer valor, o acusado a arrastou até um descampado. Na tentativa de se desvencilhar, foi agredida fisicamente e, na seqüência, violentada sexualmente. Depois, sobrou ameaçada pelo acusado que prometeu matá-la, caso narrasse o ocorrido para alguém.

Eis o teor do relato da ofendida, Dáfine Behling dos Santos, em juízo:

(...) por volta das 20h30min voltava da casa da tia, aonde havia ido fazer cobrança, quando, perto dos trilhos, nas imediações da ponte seca, foi atacada pelo réu que a surpreendeu saindo do lado de um barranco. O réu estava armado com um canivete, que encostou à sua barriga, no lado direito. Pegou-a e disse "vem comigo agora", tendo-a arrastado para o mato. Pediu-lhe dinheiro, ao que lhe disse que não tinha. Indignado o réu retrucou dizendo que não acreditava, pois a vítima se vestia bem o que fazia presumir que tinha dinheiro (..) O réu falou ainda que sabia que a declarante morava no centro (...) Depois que lhe disse que não tinha dinheiro passou a agredi-la, dizendo que era brigadiano e que sabia aonde atacar para não deixar marcas. Batia na cabeça, junto ao couro cabeludo, depois, acertou-lhe no olho esquerdo, tendo ficado roxa. Em seguida, pareceu à declarante que "baixou um santo" o réu, quando o mesmo ficou se remexendo. Aproveitou a oportunidade para escapar. O réu saiu correndo atrás da declarante quando perdeu o celular, o boné e os chinelos. Conseguiu alcançá-la, quando a derrubou, ocasião em que

arranhou o rosto nos espinhos. Era noite e bem escuro. No local não tinha luz. Havia apenas a iluminação pública que ficava longe. O réu a puxou pelos cabelos e a obrigou a procurar pelo celular. Conseguiu encontrá-lo. A toda hora agredida com socos e pontapés (...) Disse que se não encontrasse o celular iria matá-la. Usou a mochila que declarante portava a puxou pelo pescoço (...) Não tinha vizinhos a quem pudesse pedir socorro. Disse-lhe então que a levaria para cometer um assalto, com o que a declarante seria depois encaminhada para a Febem. Acha que deixou o canivete no chão. Depois de tudo, o réu tirou suas calças e as calcinhas, tendo lhe estuprado (...) Depois do ato sexual, o acusado falou que a deixaria sem roupas para que os mosquitos a pegassem (...) Por fim, o réu lhe pegou pelos braços e lhe levou até a saída do beco, dizendo que se falasse para a polícia a mataria. (...) acha que parou o ato porque o réu ejaculou.” (folhas 94/94v)

De se notar que as declarações prestadas na fase policial, de modo genérico, coadunam-se com a versão apresentada em juízo, como se vê no fragmento que segue:

(...) nas proximidades dos trilhos do trem foi abordada pelo elemento que conhecia pela alcunha de Macaco, este que lhe apontou uma faca e a encostou ao seu corpo do lado direito embaixo do braço e a arrastou para uma trilha e lá disse que a depoente era filhinha de papai e que deveria ter dinheiro, a depoente disse que não tinha dinheiro. Tal elemento lhe disse que iria deixá-la toda arrebatada, mas que não deixaria marcas, pois já tinha sido brigadiano. Logo passou a dar socos na cabeça da depoente, no rosto e a puxou pelos cabelos e a derrubou e encheu de chutes na barriga e nas costas, enquanto a agredia falava que iria levá-la em uma casa onde tivesse bastante gente para praticar um assalto deste modo iriam levar a depoente para a Febem. Depois que a agrediu fisicamente retirou a sua calça de brim e a derrubou no chão e retirou os tênis e a bermuda que ele usava e pelado passou a fazer sexo com a depoente. Tentou se desvencilhar mas não conseguiu. Macaco lhe estuprou e continuava dizendo que se o denunciasse iria matá-la, se caso fosse denunciado e pegasse cadeia voltaria para matá-la. Depois que lhe estuprou o Macaco vestiu as roupas dele e deixou a depoente sem as calças para que os mosquitos lhe mordessem bastante. (folhas 17)

Importante ter em conta que os peritos que firmaram o auto de exame de corpo de delito de folhas 69 descreveram: na superfície da face, nos membros superiores, no abdômen e na coxa direita há inúmeras soluções de continuidades superficiais (escoriações), medindo a maior 8,0 cm e a menor 0,1 cm de comprimento. No joelho direito, na perna direita e no nariz três manchas violáceas (equimose).

Nessa linha de desdobramento, os mesmos peritos, ao subscreverem o auto de exame de corpo de delito - conjunção carnal de

folhas 91, atestaram a presença nos quadrantes posteriores de duas soluções de continuidade superficial que atingiram a parede vaginal (ruptura completa cicatrizada), bem como de espermatozóides no canal vaginal.

Em cotejo os relatos da vítima com a descrição dos autos em destaque vêem-se elementos probatórios em harmonia, o que aclara fortes noções de verossimilhança.

O quadro de provas até então evidenciado avigora com o depoimento de Vera Regina Cassel (folhas 105). Segundo ela, esteve na casa da mãe da ofendida, no dia seguinte, oportunidade em que percebeu que Dáfine tinha arranhões pelo rosto e lesões nos braços e nas costas. No instante em que se quedaram sozinhas, a vítima contou-lhe chorando que havia sido estuprada, apontando "Macaco" como autor do crime. Falou-lhe ainda que o fato fora consumado em um campo onde havia eucaliptos, tendo sido abordada quando voltava da casa da tia Liege.

Além de tudo o que foi realçado, importa ver que a versão trazida pela vítima se reveste de maior credibilidade a partir dos subsídios colhidos com a inspeção judicial. Antes do ato, é verdade, a narrativa da Dáfine se me apresentava de certa forma nevoenta, considerando a descrição do local. Realizada a visita, dissipou-se a bruma. O traçado do lugar, como se vê do termo de folhas 104, por certo não logrou delinear com a exatidão pretendida o cenário do delito. Todavia, o que dele consta somado com o que se viu *in loco* gera a convicção de que também existe convergência entre o mapa geográfico e o panorama exibido pela vítima quando da sua exposição.

Relevante notar também que não sobressai dos autos qualquer outro motivo para a ofendida imputar ao réu a conduta delituosa. Aliás, dita circunstância vem confirmada pelo próprio Clóvis, quando aduziu que desconhece qualquer motivo que ela (a vítima) teria para lhe acusar (folhas 74); de igual sorte, tenha-se presente que Dáfine declarou ter visto o réu em apenas duas ocasiões.

Todo o contexto apurado (que assim o foi, como se viu, a partir da versão trazida pela vítima) ganha remate e bem se encerra com o laudo psiquiátrico assinado pelo médico Vilmar Seixas. No campo "histórico", refere o antecedente de violência sexual sofrida pela paciente e o estado que a acometeu após o episódio. No espaço "exame do estado mental", observa o perito que a ofendida se apresenta com memória conservada, inteligência adequada e juízo crítico de sua situação atual, embora refira um medo do que pode vir a ocorrer em futuro próximo. De modo conclusivo, assim encerra o laudo:

“Trata-se de uma adolescente normal, em fase de ajustamento ao fato ocorrido, necessita de apoio psicológico devido ao momento atual de expectativa e por ser referida na escola por ter recebido abuso sexual. Quadro somente será elaborado com o tempo, de acordo com sua reação interna, o que deverá ocorrer em aproximadamente seis a doze meses após. Não apresenta patologia mental (folhas 114/115).

Nada existe nos autos, portanto, a indicar que a vítima agiu animada por qualquer outro sentimento senão aquele que impulsiona o homem comum a buscar reparação pelo ilícito contra si praticado. Daí a

garantia de que não foi movida por vil paixão; daí a garantia de que sua versão merece crédito.

Por todo o exposto, não pode aproveitar ao réu a tese defensiva de negativa de autoria e de insuficiência de provas a amparar decreto condenatório.

Vã a tentativa do acusado de estabelecer um alibi. Márcia Alves dos Santos (folhas 106), com quem Clóvis convive, prestou depoimento confuso e de despertar estranheza. No dia dos fatos fez aniversário. Todavia, embora a relevância da data, não lembra se o réu saiu de casa; não recorda também se esteve na habitação dos pais do companheiro. Apenas soube informar que, por volta das 21h jantaram, mas depois, outra vez, não lembra se o réu ficou em casa ou se saiu e, se assim o fez, a que horas chegou.

Em contrapartida, Clóvis, ao ser interrogado, afirma que na data do fato estava com a esposa e o filho na casa dos pais, tendo vindo por volta das 19h. (folhas 74).

Além de existir dissenso entre o que falou sua companheira (que, diga-se, figura como vítima do crime de rapto praticado pelo réu - processo nº 2.02.0000416-3), também não guarda coerência com o relato prestado por Eder Silva de Souza (folhas 107), testemunha arrolada pela defesa. Ao que narrou, conversou com Clóvis no dia dos fatos, à tardinha, na zona do meretrício, quando estava "quase anoitecendo". Ora, como bem lembrou a agente ministerial, no mês de fevereiro, considerado o horário de verão, 19 horas ainda é dia.

De igual sorte não desmerece a palavra da vítima a circunstância de ter sido conduzida por trajeto largamente povoado, sem que tivesse despertado a atenção dos moradores. À evidência que se Dáfine estava acuada, sob a mira de arma branca, como alegou que estava, não poderia ter gritado por socorro, sob pena de ser censurada pelo réu. Demais disso, não se sabe como poderia despertar curiosidade duas pessoas andando pela rua (certamente o réu, nesse trajeto, não agia de forma a demonstrar que estava na iminência de cometer crime grave).

Registre-se que do mesmo modo não é causa de aviltamento da palavra da ofendida, a circunstância de ter, primeiro, aduzido que fora atacada por duas mulheres. Ao contrário, tenho que a fantasia criada assim o foi na tentativa de ocultar o crime, por estar sob o jugo da tensão provocada pela ameaça.

Por fim, lembro que o réu já foi processado por crime de estupro (processo nº 3.865-278/97 - certidão de antecedentes de folhas). Condenado em primeiro grau, foi dado provimento ao apelo para absolvê-lo ante a ausência de provas. Em consulta àquele feito, observei que há pontos comuns entre esse e aquele fato. Também naquele, a exemplo deste, teria havido um prenunciado assalto, ao que se seguiu o ato de violência sexual; do mesmo modo naquele, o réu teria mantido a vítima consigo por longo tempo.

Insta mencionar que, naquele feito, Clóvis confessou a prática do estupro diante da autoridade policial, oportunidade em que esteve acompanhado por advogado (folhas 25). Também confesso o co-réu Ademar, nas mesmas condições (folhas 21).

Se é verdade que a decisão absolutória transitou em julgado, também o é que o fundamento da absolvição foi a ausência de provas suficientes para a condenação. Diante disso, tenho que nada obsta a lembrança do fato narrado lá, ao menos como referência a mais para robustecer a palavra da vítima aqui.

Ao ensejo de concluir, anoto que a jurisprudência, em casos como tais, adotou como paradigma a fórmula de que prepondera, para efeitos de condenação, a palavra do ofendido, sempre que se mostrar coerente, firme e em harmonia com o contexto probatório.

A propósito, as ementas a seguir transcritas, cujo conteúdo segue aditado a essa peça:

“ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PALAVRA DA VÍTIMA. COEFICIENTE DE AMPLA VALORAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 9º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS.

Palavra da vítima - As declarações vitimárias se harmônicas e coesas entre si com os demais elementos probatórios, avultara de imenso relevo face à clandestinidade da infração, mormente quando inexistente no compêndio probatório qualquer razão para maculá-las.

Aplicação do art. 9º da lei 8.072/90 - reservada a casos de lesão grave ou morte. Inaplicabilidade na hipótese.

Regime prisional - em se tratando de crime tido como hediondo, é o integralmente fechado, consoante orientações das cortes superiores. Improvido apelo defensivo. Parcialmente provido recurso ministerial para impor o regime integralmente fechado.” (apelação crime nº 70005734645, Câmara Especial Criminal do TJRS, São Pedro do Sul, Rel. Desa. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak. j. 15.05.2003)

“ESTUPRO.

No confronto entre a palavra do acusado e da vítima, sobrepõe-se a da vítima, se verossímil e compatível com os demais elementos de prova, caracterizando-se como a única versão aceitável, enquanto a do acusado, negando a autoria, potencializada com a prova, nela não encontra apoio que lhe confira credibilidade oponível a da vítima. Seria, como é, absolutamente impossível que a vítima pudesse tê-la engendrado, como se preparando a incriminação do acusado cora a antecedência necessária e preparado a convergência entre os depoimentos de testemunhas tão diferentes, em situações tão distintas, os quais conferem manifesta e invidiosa seriedade e qualidade de versão a sua palavra, no sentido técnico-jurídico-jurisprudencial.

Recurso da defesa, visando a absolvição, ao qual não se dá provimento. (apelação crime nº 70000011072, Câmara de Férias Criminal do TJRS, Passo Fundo, Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, j. 31.03.2000)

Em suma, a versão apresentada pela ofendida, mostrou-se, desde o início, segura e coerente, encontrando respaldo nas demais circunstâncias que antecederam e sucederam o cometimento do delito. Além disso, os demais dados que aportaram aos autos indicam que inexistia motivo para que, injustificadamente, atribuisse ao réu a prática do ilícito penal. À vista do

exposto, há de ser acolhida a pretensão acusatória, para o fim de condenar o réu pela prática do delito de estupro.

Consoante descreve a peça incoativa, após ter praticado o estupro, o réu ameaçou a vítima, dizendo-lhe que se o denunciasse, voltaria para matá-la. Todavia, considerando o contexto exposto, tenho que a ameaça que se seguiu ao estupro não subsiste como crime autônomo.

De efeito, o ânimo do acusado estava voltado à prática do crime de estupro, com o que pretendia satisfazer a lascívia. A ameaça que a ele sucedeu se encontra dentro da esfera do dano já produzido: característica-hipótese de pós-fato impunível. Ensinando sobre o tema, Wessels afirma que, a ele

... se adapta o pensamento fundamental da consunção. Um pós-fato será consumido, quando se esgota no aproveitamento ou na garantia da posição obtida através do fato antecedente, não alarga essencialmente o dano já provocado e não lesa novo bem jurídico. O nexos típico de ambos os fatos se assenta em que o autor de qualquer modo deve cometer também o pós-fato, se o fato principal tiver um sentido para ele. (WESSELS, Johannes. Direito penal. Parte geral. 1976: 181).

Aqui, pois, cabe o julgamento de improcedência da ação penal, visto que presente circunstância que exclui o crime como figura autônoma.” (fls.145-152)

Destaco, apenas, que não há discrepância fundamental entre o relato da vítima e a situação verificada na inspeção judicial. A noção de local deserto é relativa. Assim, um campo bem pode, na visão da vítima, ser um local deserto. O que importa, efetivamente, é que há prova da materialidade e inexistente dúvida sobre a autoria. Aliás, não há motivo para falsa imputação.

Passo à análise do apenamento.

A pena-base é resultado da valoração desfavorável dos vetores culpabilidade, conduta social, circunstâncias e inexistência de colaboração da vítima ao evento criminoso.

Embora não considere a conduta social, pela reiteração criminal, com base no princípio da secularização e no repúdio ao *direito penal de autor*⁵⁵, agrego

⁵⁵ Sobre o conceito, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli referem: “...o certo é que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode

às referidas circunstâncias do crime (o tempo e o local em que permaneceu com a vítima) a violência real descrita no auto de exame de lesão corporal de fl. 69, que descreve escoriações e equimoses, decorrentes dos socos e pontapés desferidos pelo réu contra a vítima, já rendida, por ameaça perpetrada por meio de arma branca. Assim, mantenho a pena-base, acima do mínimo, em 7 anos, tornando-a definitiva ante a ausência de causas modificadoras.

Adoto o entendimento de que a caracterização do estupro como crime hediondo depende da natureza das lesões corporais, como dispõe o art. 1º, incisos, V e VI da Lei 8.072/90. Reconheço como relevantes os argumentos que sustentam posição diversa, que, no entanto, esbarram em expressa disposição legal, favorável ao réu. Não cabe ao juiz, portanto, desconsiderar garantia instituída.

Afastado o enquadramento na Lei 8.072/90, em face das disposições do art. 33, § 3º, e 59, ambos do Código Penal, o regime de cumprimento da pena será o fechado, inicialmente, em razão da gravidade dos fatos, fundamentada na análise das circunstâncias judiciais.

Por esses motivos, dou parcial provimento ao apelo defensivo, apenas, para determinar o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

DES. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA, Presidente e Revisor –

Acompanho o eminente Relator na análise probatória, dele divergindo parcialmente apenas para reduzir a pena imposta ao apelante.

Reexamino a pena-base.

O réu é tecnicamente primário. Responde a outros processos, mas estes não podem ter reflexo sobre o presente feito, para que não se puna duas vezes um réu pela mesma causa. Pouco se sabe sobre a sua personalidade ou conduta social anterior. Dolo e motivos comuns à espécie. O comportamento da vítima não contribuiu para o fato. Conseqüências ínsitas à espécie.

Assim examinadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, estabeleço a pena-base em 6 anos de reclusão, concretizando-a nesse patamar, à falta de agravantes ou atenuantes, majorantes ou minorantes.

penalizar o 'ser' de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação." (*Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 4ª ed. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 2.002, pp.114-119)

Acompanho o Relator quando estabelece regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena carcerária.

Em resumo, dou parcial provimento ao apelo para reduzir a pena carcerária do réu para 6 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

É o voto.

DES. JAIME PITERMAN – Acompanho o Desembargador Revisor.

Julgadora de 1º Grau: Juíza de Direito Angela Martini.

(VP)

ANEXO B – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO II

APELAÇÃO – LESÕES CORPORAIS QUALIFICADA – DEFORMIDADE PERMANENTE – GOLPES DE FACA NO ROSTO – PROVA – LEGÍTIMA DEFESA – NÃO COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – APENAMENTO – PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO – SURSIS – ISENÇÃO DAS CUSTAS.

1. Não age em legítima defesa quem investe contra desafeto, armada de faca, desferindo golpes no rosto e ombro da vítima, que estava sentada, aguardando a entrega do seu lanche.

2. A qualificadora da deformidade permanente está demonstrada não só pela prova pericial, mas também pela inspeção judicial que restou consignada em ata quando da colheita do depoimento da ofendida.

3. Desfavoráveis a culpabilidade, as circunstâncias do crime e as consequências do delito, justificado o afastamento da pena-base em 08 meses do mínimo legal.

4. A circunstância atenuante da confissão espontânea não pode conduzir a pena para aquém do mínimo legal. Orientação da Súmula 231 do STJ.

5. Incabível a suspensão condicional da pena, na medida em que a reprimenda imposta à ré supera o limite máximo disposto no art. 77 do CP

6. As custas são efeito da condenação, eventual impossibilidade de pagá-las deve ser solvida pelo júízo da execução.

NEGADO PROVIMENTO.

APELAÇÃO CRIME	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70027298256	COMARCA DE CACHOEIRINHA
ANA LUIZA BATISTA FERNANDES	APELANTE
MINISTÉRIO PÚBLICO	APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo defensivo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS.**

Porto Alegre, 05 de fevereiro de 2009.

DES.^a ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):

ANA LUÍZA BATISTA FERNANDES foi denunciada como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, inc. IV, do Código Penal, porque, segundo a denúncia, no dia 13 de março de 2001, por volta das 19h30min, na Rua Pedro João Becker, nº 578, na Parada 57, em Cachoeirinha, a denunciada, ofendeu a integridade corporal de Cleci Terezinha de Oliveira ao desferir golpes de faca no rosto e ombro da vítima, causando-lhe lesões de natureza gravíssima, com deformidade permanente.

A denúncia foi recebida em 07 de março de 2002 (folha 40).

Citada, a ré foi interrogada (folha 43), apresentando defesa prévia (folhas 45/46). Na instrução foram ouvidas a vítima (folha 57) e 03 testemunhas (folhas 90/92). Certificado os antecedentes criminais (folhas 97, 102 e 105/106). Em alegações finais, o Ministério Público requereu a condenação da ré nos termos da denúncia (folhas 107/115), ao passo que a defesa técnica pugnou por absolvição (folhas 116/124).

Em 23 de novembro de 2007 (folha 131), sobreveio sentença da Juíza de Direito da Vara Criminal de Cachoeirinha, Dr^a. Marina Wachter Gonçalves, que julgou procedente a ação penal, para condenar Ana Luíza Batista Fernandes, por incurso nas sanções do art. 129, § 2º, inc. IV, do Código Penal, à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão (pena-base de 02 anos e 08 meses tornada definitiva), a cumprir em regime aberto (folhas 125/130).

Inconformada, apelou a ré. Nas razões, a defesa técnica pugna por absolvição defendendo a tese de legítima defesa e que houve agressões mútuas provocadas pela vítima. Subsidiariamente, requer o afastamento da qualificadora da deformidade permanente, a redução da pena-base para o mínimo legal, a redução

da pena provisória para aquém do mínimo pela confissão, pela concessão do sursis e pela isenção das custas processuais (folhas 137/148).

O Ministério Público ofereceu contra-razões ao apelo defensivo (folhas 149/159).

Nesta instância, o parecer da Procuradora de Justiça, Dr^a. Juanita Rodrigues Termignoni, opinou pelo parcial provimento do recurso defensivo (folhas 163/168).

Os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

DES.^a ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS (RELATORA):

Trata-se de apelação interposta por Ana Luiza Batista Fernandes contra a sentença que a condenou à pena de 02 anos e 08 meses de reclusão em regime aberto por incurso nas sanções do art. 129, § 2º, inc. IV, do CP.

O apelo não merece provimento.

Inquestionáveis a materialidade e autoria do delito.

A alegação de legítima defesa restou isolada no contexto probatório, já que a prova testemunhal é uníssona no sentido de que a ré investiu contra a vítima que estava sentada, aguardando seu lanche.

Para evitar tautologia, adota-se como razões de decidir parte do parecer da eminente Procuradora de Justiça, Dr^a. Juanita Rodrigues Termignoni, que bem analisou a prova dos autos e concluiu pela solução condenatória. Transcrevo, com a devida vênia, o que pertine:

“A ré ANA LUIZA admitiu em juízo (fls. 43/43v) ter efetuado golpes de faca contra a vítima. Aduziu que agrediu a vítima em legítima defesa, pois essa lhe teria ofendido verbalmente. Referiu que a faca estava com a vítima e que após ter conseguido desarmá-la ambas rolaram no chão, “momento este que acredita que a faca atingiu o rosto” (fl. 43v). Em sede policial nada referiu acerca de agressões físicas mútuas (fls. 23/24). Disse que não recordava o número de facadas que havia desferido contra a vítima, lembrando-se apenas de tê-la atingido no rosto.

A vítima CLECI TERESINHA (fl. 57) referiu desavenças anteriores entre si e a ré ANA LUIZA. Mencionou que no dia dos fatos a acusada a

agrediu no rosto com uma faca que tirou da cintura. Relatou que caiu com a cadeira em que estava sentada e a ré caiu por cima. Afirmou que lhe restaram lesões no rosto, na testa e no ombro direito.

A testemunha JÚLIO CARVALHO DE OLIVEIRA (fl. 69) referiu que no dia dos fatos “estava a passeio na casa de sua tia, a vítima, e se encontravam sentados em frente à casa quando a ré chegou”. Declarou que a ré chegou proferindo xingamentos à vítima. Disse que em meio à discussão entre ré e vítima a ré “pulou” na vítima com uma faca, a atingindo no rosto, na testa e no ombro. Afirmou que a vítima estava desarmada e que ela não fez nenhuma menção de agredir a acusada. Relatou que sua tia estava quando atingida pelas facadas. Acrescentou que a vítima ficou com cicatriz no rosto e na testa.

A testemunha VERA NAIR DE OLIVEIRA FRAGA (fl. 90) declarou que a ré deu um pontapé na cadeira em que estava a vítima, derrubando-a. Disse não ter percebido se alguma das partes portava faca, referindo que, como a vítima sangrava muito, alcançou-lhe uma blusa para “tapar o sangue de Cleci”. Ainda, narrou que a vítima estava ferida na testa e na bochecha direita.

A testemunha VALDOCI DE OLIVEIRA MARQUES (fl. 91) declarou ter presenciado os golpes de faca desferidos pela ré à vítima. Relatou que a faca já estava com a acusada e que a ofendida não tinha qualquer faca. Mencionou que a vítima estava sentada e que ninguém poderia imaginar o que iria acontecer. Ainda, declarou que separou ré e vítima quando essas entraram em luta corporal.

A testemunha ADÃO GALVÃO DE FREITAS NUNES (fl. 92) declarou não ter presenciado as agressões e que estava em seu armazém quando chamado a socorrer a vítima. Narrou que a ofendida estava ferida no rosto.

Restou consignado nos autos, quando da oitiva da ofendida, pela Juíza, que “a vítima possui visíveis cicatrizes na testa e no rosto” e ainda que “no ombro há pequenas pontas” (fl. 57).

Dessa forma, comprovada ação delitiva da ré ANA LUIZA a ofender a integridade física da vítima CLECI TEREZINHA e nela produzir lesão corporal gravíssima, consistente em deformidade permanente, a forma como proferida condenação.

Além disso, vale repisar, demonstrada a qualificadora descrita no inciso IV do § 2º do art. 129 do CP, não só pela prova pericial (folhas 29 e 30), como também pela prova testemunhal, como também pela própria inspeção judicial que restou consignada em ata quando da colheita do depoimento da ofendida (folha 57).

Ainda, o apenamento fixado dispensa retoques.

A pena-base restou adequadamente fixada em patamar distanciado do mínimo legal diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente, mormente em face das circunstâncias do crime, em que a magistrada ‘ad quo’ bem anotou a forma repentina e incessante como ocorreu o ataque.

Demais disso, não há que se falar em aplicação das circunstâncias atenuantes pretendidas pela defesa.

A confissão da ré não guardou utilidade tal ao deslinde do caso, uma vez que alegado agir em legítima defesa. E, na esteira de marcante

entendimento jurisprudencial (à vista, inclusive, do colacionado pelo recorrido em fls. 154/156), a confissão qualificada não enseja reconhecimento da atenuante.

Da mesma forma, não demonstrada a injusta provocação da vítima à ação delitiva da ré.

Ademais, obstada está a suspensão condicional da pena, na medida em que a reprimenda imposta à ré supera o limite máximo disposto no art. 77 do CP.”

A qualificadora que pretende ver excluída não merece acolhimento.

O inciso IV do § 2º do art. 129 do Código Penal descreve a circunstância da deformidade permanente, que restou amplamente provada no feito, seja pela prova pericial, seja pela prova testemunhal e pela constatação feita pela Magistrada em audiência.

As razões para a não concessão dos benefícios da substituição da pena privativa de liberdade e da suspensão condicional da pena estão bem esclarecidas na sentença e não merecem reparos.

Por fim, acrescenta-se apenas que não se pode excluir as **custas**, eis que efeito da condenação, cabendo, se houver, eventual impossibilidade no pagamento, exame no juízo executório.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo.

DES. JOSÉ ANTÔNIO HIRT PREISS - De acordo.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO - Presidente - Apelação Crime nº 70027298256, Comarca de Cachoeirinha: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO."

Julgador(a) de 1º Grau: MARINA WACHTER GONCALVES

ANEXO C – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO III

1.1.1 DELITO DE TRÂNSITO. LESÕES CORPORAIS.

1.1.2 INSPEÇÃO JUDICIAL. A NECESSIDADE OU CONVENIÊNCIA DE SUA REALIZAÇÃO FICA AO PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ, A QUEM INCUMBE PROVER A REGULARIDADE DO PROCESSO E MANTER A ORDEM NO CURSO DOS RESPECTIVOS ATOS (CPP, ARTS. 184 E 251). INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PROVA DESNECESSÁRIA E PROCRASTINATÓRIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA.

RÉU QUE, DIRIGINDO VEÍCULO AUTOMOTOR, AVANÇA CRUZAMENTO COM SINAL DE PARE, SEM ADOTAR AS CAUTELAS NECESSÁRIAS, ABALROANDO MOTOCICLETA E CAUSANDO LESÕES NO MOTOCICLISTA, QUE TRANSITAVA PELA VIA PREFERENCIAL. AUSÊNCIA DE CUIDADOS EXIGIDOS PARA A MANOBRA. NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA. PREVISIBILIDADE DA OCORRÊNCIA.

PROVIMENTO, EM PARTE, DO APELO DEFENSIVO PARA O ÚNICO FIM DE REDUZIR PARA DOIS MESES O PRAZO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO.

APELAÇÃO CRIME	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70003930971	PORTO ALEGRE
JOSÉ CUTIN,	APELANTE;
MINISTÉRIO PÚBLICO,	APELADO;
DELMAR SILVEIRA GONÇALVES JÚNIOR,	APELADO/ASSIST. ACUSAÇÃO

ACÓRDÃO

Acordam, em Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar a preliminar e em dar provimento, em parte, ao apelo da defesa para o único fim de reduzir a pena cumulativa de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação para dois meses, mantidas as demais disposições da sentença.

1. - JOSÉ CUTIN foi denunciado, na Comarca de Porto Alegre, por imputada infração ao art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro.

Isso porque, conforme a inicial acusatória, no dia 30 de junho de 2000, por volta das 22h10min, na Rua Pedro Ivo, proximidades do n.º 881, em via pública, no Bairro Mont Serrat, nesta Cidade, o denunciado, obrando culposamente, com negligência, na condução do automóvel Corolla, placas IJI 1616, ofendeu a integridade corporal de Delmar Silveira Gonçalves Júnior. O acusado dirigia o referido veículo no sentido bairro-centro, sem as cautelas exigíveis, razão pela qual colidiu contra a motocicleta Honda CG Titan, placa IJK 1435, conduzida pela vítima, causando-lhe as lesões descritas no auto de corpo de delito.

O denunciado foi negligente porque trafegava pela Rua Pedro Ivo e, ao aproximar-se do cruzamento formado entre a referida artéria e a Rua Pedro Chaves Barcellos, desrespeitou a sinalização indicativa de pare existente no local, ingressando na via preferencial, colidindo frontalmente contra a motocicleta.

Em audiência preliminar, restaram inexitosas a tentativa de conciliação e a transação penal (fl. 47). Não houve, também, interesse na aceitação da proposta de suspensão condicional do processo ofertada pelo Ministério Público (fls. 52-3).

A vítima foi admitida como assistente da acusação (fl. 219v.).

Instruído o feito, sobreveio sentença que condenou o réu, por incurso nas sanções do art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro, às penas de seis meses de detenção, em regime aberto, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo mesmo período, tendo sido substituída a pena privativa de liberdade por multa (fls. 271-8).

Irresignada, a defesa apelou (fl. 282).

Em suas razões, o defensor argüi, preliminarmente, a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, requerendo seja determinada inspeção judicial no local do fato. No mérito, requer a absolvição, alegando que o acusado não obrou com culpa no evento. (fls. 283-312).

Contra-arrazoando, o assistente de acusação e o agente de 1º grau do *Parquet* pugnam pelo improvimento do recurso, aduzindo haver prova da materialidade, da autoria e da conduta culposa praticada pelo acusado (fls. 316-9 e 321-6).

Nesta instância, o parecer da Dra. Procuradora de Justiça é pelo improvimento da apelação (fls. 329-44).

2. – A necessidade ou conveniência da realização de vistoria ou perícia requerida fica ao prudente arbítrio do juiz, a quem incumbe prover a regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos (CPP, arts. 184 e 251). Se assim não fosse, todo requerimento seria uma imposição e o processo não teria condutor.

No presente caso, o pedido da defesa, de vistoria no local do fato, foi correta e fundamentadamente indeferido pelo Juiz, na sentença, nos seguintes termos:

“A inspeção judicial não se fazia necessária no presente, pelo simples fato de que nada havia que devesse ser inspecionado. A defesa pretendia que o magistrado verificasse no local a falta de visibilidade que tem o motorista quando pára na esquina da Rua Pedro Ivo, cruzamento com a Pedro Chaves Barcelos. No entanto, a demonstração pretendida restou suprida nos autos pelas fotografias acostadas às fls. 114, 115, 202 e 203. Sobretudo, a desnecessidade da inspeção deve-se à circunstância de que não importam as dificuldades para a travessia de um cruzamento, porque aquele que pretende cruzar outra via preferencial deverá esmerar-se em todos os sentidos para fazê-lo de modo a não obstruir a passagem dos veículos que trafegam na preferencial. Gize-se que o local é idêntico a outros cruzamentos existentes em qualquer centro urbano; inexistente peculiaridade a desculpar o réu.

“Por essas razões, rejeito a preliminar de nulidade.” (fl. 274).

Não há falar em cerceamento de defesa ou prejuízo para esta, pois os elementos de convicção constantes dos autos, mormente as fotografias juntadas, como referido, são esclarecedores em relação à prova que a defesa pretendia produzir, retratando suficientemente a sinalização, características e visibilidade do local do fato, tornando inútil e procrastinatória a realização de vistoria (CPP, art. 563).

Colaciona-se doutrina e jurisprudência sobre a matéria:

“O exame de corpo de delito é obrigatório, mas quanto às demais perícias há uma faculdade da autoridade policial ou judiciária na sua realização. Requerida pela parte, cabe à autoridade deferi-la ou não, conforme a considera ou não necessária para a elucidação dos fatos ou de suas circunstâncias. Evitando-se a realização de perícias desnecessárias, impertinentes e procrastinatórias, a lei deixa ao prudente arbítrio do juiz sua realização, devendo a parte que a deseje convencê-lo fundamentadamente da sua conveniência. O indeferimento de exame pericial ou sua renovação não é constrangimento ilegal e não comporta recurso. Só pode ser desfeito pela via de reconsideração ou de mandado de segurança, se presentes seus requisitos.” (Código de Processo Penal Interpretado, Júlio Fabbrini Mirabete, Editora Atlas S.A., 7ª ed. – 2000, p. 442).

“Vige na lei processual brasileira o princípio da livre apreciação da prova, impondo-se ao julgador apenas o

dever de fundamentar os parâmetros norteadores da decisão. Como corolário, não é retirada da autoridade judiciária a exclusiva apreciação da conveniência ou necessidade de qualquer exame pericial, requerido, não ficando o juízo sujeito a seu deferimento, e a negativa do pedido não constitui cerceamento de defesa” (TARS – RT 577/427).

“Cabe ao juiz, na condução do processo, nos termos do art. 251 do CPP, prover a sua regularidade e, dentro desse poder, deve indeferir a realização de prova que entenda desnecessária, sem que isso redunde em cerceamento de defesa” (TACRSP – RJDTACRIM 21/88).

Por tais motivos, rejeita-se a preliminar argüida.

3. - A materialidade do fato vem demonstrada pelo auto de exame de corpo de delito, que atesta ter a vítima apresentado equimoses na coxa e perna esquerda e no joelho direito, e uma escoriação no tornozelo esquerdo (fl. 12).

A constatação de danos materiais nos veículos envolvidos no acidente também integram a prova da materialidade (fls. 10-1).

O acusado afirmou, na polícia, que trafegava pela Rua Pedro Ivo, sentido bairro-centro e, no cruzamento com a Rua Pedro Chaves Barcelos, parou, observou o fluxo de veículos e ao “pressentir” que dava para avançar, prosseguiu lentamente, momento em que teve a frente de seu veículo cortada pela motocicleta conduzida pela vítima (fl. 19).

Em juízo, disse que ao atingir o referido cruzamento se deteve no sinal de pare, ***“mas acontece o seguinte: dali não se pode ver à direita que vem o trânsito da Pedro Chaves Barcelos, porque tem uma casa e uma cerca viva que absolutamente impede a visibilidade, quer dizer, é impossível ver a Pedro Chaves Barcelos, observar o trânsito sem avançar, senão fica bloqueado ali. Então eu fiz, avancei gradativamente para poder observar o trânsito (...) quando um intenso ruído, e eu pensei que foi qualquer coisa com o motor, olhei assim, não entendi (...) era uma motocicleta de entregador de mercadoria, o baú dele cortou o capô do carro na parte bem dianteira”***. O motociclista ***“foi até 30 m de distância e se chocou contra uma grade de uma residência do outro lado da rua”***. Sobre os danos da parte da frente do carro, afirmou: ***“Mas essa circunstância é impossível de ter sido evitada se eu não avançasse, por exemplo”*** (fls. 53-6).

A testemunha Vitor Jaci Rodrigues de Moraes, indagada sobre o acidente, afirmou: ***“Presenciei. Eu vinha vindo um pouco atrás, coisa de uma quadra antes eu vi***

quando o veículo do senhor não respeitou a preferencial, tinha um sinal PARE, ele não respeitou e colidiu com a moto". Disse que a moto trafegava no meio da pista, desenvolvia velocidade aproximada de 60 Km/h, e foi parar na beira da rua, no cordão da calçada (fls. 242-5).

Rubem Seib Corso relatou: "*Na altura do cruzamento com a Pedro Ivo, eu presenciei uma moto ser abalroada por um carro. A moto sentia (sic) no mesmo sentido que eu, ou seja, ela ia pela Pedro Chaves Barcelos, no mesmo sentido que eu ia e ela foi abalroada num cruzamento por um carro. A preferencial era da moto, nós estávamos na preferencial. (...) houve o choque, a moto caiu adiante e o carro ainda seguiu. Ele saiu do cruzamento e no ponto que eu parei, segui até a esquina para ver se o carro havia parado. Ele encostou e eu voltei correndo até onde estava o motoqueiro. (...) Não parou, não diminuiu, eu tenho a impressão que ele não se deu conta que ele não tinha preferencial ali. Na velocidade em que vinha, ingressou no cruzamento. Os dois veículos mantiveram a mesma velocidade*". Disse ainda que o veículo do réu atingiu a lateral esquerda da motocicleta (fls. 246-8).

O confuso depoimento de Jardel Gomes não merece crédito, pois afirmou que o acidente ocorreu na Rua Pedro Ivo e o carro não chegou a ingressar na preferencial (fls. 250-3). Nem mesmo o réu fez tal afirmação.

Emilson Rodrigues Araújo não viu o acidente, apenas ouviu, embora estivesse inflitando seu veículo à direita no referido cruzamento. Presta depoimento vago, nebuloso (fls. 254-5).

O boletim de ocorrência confeccionado por policial militar do 11º BPM trás o croqui com a posição final dos veículos, onde se verifica que o acusado, após o acidente, veio a estacionar o carro na Rua Pedro Ivo, sentido bairro-centro, lado direito, depois do cruzamento com a Rua Pedro Chaves Barcellos, a indicar que o acidente ocorreu no leito da via preferencial, terminando o réu de cruzar a Rua Pedro Chaves Barcellos (fl. 09v.).

O fato de a avaria causada pelo baú da motocicleta no veículo do réu ter sido em linha perpendicular ao eixo do veículo não indica, por si só, que o carro não estivesse em movimento, tanto é que ao invés de seguir reto, o motociclista e a motocicleta foram parar junto à calçada da direita da Rua Pedro Chaves Barcellos.

Também, a circunstância de existir uma casa com cerca viva na esquina onde ocorreu o acidente não elide a culpa do réu, pois tanto a casa como a cerca viva guardam

distância normal da rua, ficando afastados do meio-fio por uma calçada, como comumente se apresenta qualquer esquina, inclusive em ruas com pequeno aclive, como é o caso. A situação não é excepcional, e mesmo que fosse, não dispensaria as redobradas cautelas exigíveis do condutor de veículo que pretendesse cruzar a preferencial.

O sinal de PARE não é sinônimo de redução de velocidade, nem de avanço gradativo, significa estancar o veículo, detê-lo, interromper a marcha ao alcançar o cruzamento das vias, e só avançar com o veículo por sobre a via preferencial depois de assegurar-se da existência de condições favoráveis para tal manobra.

Tanto o réu não adotou essas cautelas exigíveis, que sequer entendeu o que estava acontecendo por ocasião do fato, tudo a reforçar a idéia de que não viu a motocicleta se aproximar. Não observou, portanto, o trânsito existente na preferencial, o que atesta a negligência com que se houve na direção do veículo, ao trafegar sem a atenção e cuidados necessários à segurança do trânsito.

Como bem referiu o Dr. Promotor de Justiça em contra-razões:

“Evidente que, não tivesse o automóvel pilotado pelo acusado ingressado na rua Pedro Chaves Barcellos, não haveria acidente algum. O sinistro somente ocorreu em razão da atitude negligente do apelante.

“As alegações da defesa no sentido de que Delmar seria o causador do sinistro, pois estaria trafegando em alta velocidade, representa pálido argumento defensivo. Porém, ainda que fosse esta a hipótese, inviável afastar a culpa com que se houve o réu, pois cruzou, inadvertidamente e de maneira perigosa, via preferencial. Ademais, se o réu tivesse adotado as cautelas que lhe eram exigíveis, teria percebido a presença da motocicleta na rua Pedro Chaves Barcellos” (fl. 324).

Portanto, a causa eficaz e determinante do acidente, sem a qual ele não teria ocorrido, foi o ingresso do veículo conduzido pelo réu no leito da via preferencial, sem que houvesse condições favoráveis para tanto. Se o réu tivesse aguardado o desimpedimento do trânsito o acidente não teria ocorrido, mesmo que o motociclista estivesse trafegando em alta velocidade.

Presente, pois, o nexa causal entre a conduta do réu e o resultado, lesões corporais culposas no motociclista.

Era previsível que, ao cruzar a via preferencial sem adotar as cautelas necessárias, pudesse vir a colidir com outro veículo, como ocorreu.

As pequenas diferenças existentes nos depoimentos das testemunhas de acusação, habilmente pinçadas pela defesa, não afetam a parte essencial dos testemunhos e consideram-se normais, pois, como freqüentemente proclamado, os testemunhos uníssonos, idênticos, superpostos é que são menos confiáveis.

Por fim, as demais questões invocadas no apelo não possuem pertinência com o objeto do presente feito, eis que dizem respeito à esfera cível.

Não pesa menor dúvida sobre a materialidade, autoria e culpabilidade do delito atribuído ao réu, estando devidamente demonstrada a negligência na direção de seu veículo, por dirigir de forma desatenta, sem adotar as cautelas exigíveis para cruzar a via preferencial com segurança.

3.1. - A pena detentiva foi fixada no mínimo legal e substituída, benignamente, por multa, sem que tivesse sido levado em conta o disposto no art. 60 do Código Penal. Desimporta, por outro lado, tivesse o réu mais de 70 anos na data da sentença, ou mesmo do fato, pois as atenuantes não têm o dom de retrair o apenamento para alguém do mínimo legal.

Já quanto à pena cumulativa de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação, ou proibição de obtê-la, nada autoriza sua fixação além do mínimo cominado no art. 293 do Código Brasileiro de Trânsito. Trata-se de réu médico e professor universitário, com mais de oitenta anos de idade, hoje, que não registra antecedentes criminais, desconhecendo-se seu envolvimento em qualquer outra ocorrência de trânsito. A sentença, aliás, não contém fundamentação específica quanto ao prazo de suspensão da CNH.

Tendo em vista os parâmetros adotados pela Câmara, em outras oportunidades, levando em conta a finalidade predominantemente pedagógica da suspensão, sem descurar a proteção social também por ela proporcionada, tal pena vai reduzida para dois meses.

4. - Essas as razões pelas quais rejeitam a preliminar e dão provimento, em parte, ao apelo da defesa para o único fim de reduzir a pena cumulativa de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação para dois meses, mantidas as demais disposições da sentença.

Custas “ex lege”.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Desembargadores Silvestre Jasson Ayres Torres e Manuel José Martinez Lucas.

Porto Alegre, 20 de novembro de 2002.

Des. Ranolfo Vieira,

Presidente e Relator.

Julgador de 1º Grau: Luiz Renato Alves da Silva.

ANEXO D – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO IV**APELAÇÃO-CRIME.****PRELIMINARES.****NULIDADE DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PEDIDOS DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE RECONHECIMENTO E DE INSPEÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA.**

Não há falar em cerceamento de defesa quando a realização de audiência e de inspeção judicial postuladas pela Defesa se mostram prescindíveis à apuração do fato delituoso, sendo acertado, por conseguinte, o indeferimento dessas medidas pelo juízo de origem.

NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INOCORRÊNCIA.

Aplicada pena em patamar superior a oito anos, pode-se inferir tenha o Magistrado calcado a definição do regime fechado como inicial para cumprimento da reprimenda na disposição expressa do artigo 33, §2º, “a”, do Código Penal.

MÉRITO.**LATROCÍNIO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO.**

Os relatos de testemunhas que viram um dos agentes se dirigindo ao estabelecimento comercial da vítima e, logo após a efetivação dos disparos que causaram a morte desta, partido em fuga do local e adentrado no automotor dirigido pelo co-denunciado, deixando ambos aquela localidade, determinam a condenação pelo delito de latrocínio, sobremodo quando evidenciada a subtração operada.

LATROCÍNIO. PARTICIPAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO.

Tendo o acusado conduzido o agente que causou a morte da vítima e perpetrou a subtração até o local dos fatos e permanecido nas proximidades em seu automotor buscando assegurar a fuga, pode-se concluir que concorreu significativamente para a consecução de crime de latrocínio, não havendo falar em participação dolosamente distinta quando os elementos trazidos aos autos permitem sustentar que tinha plena ciência de como se daria a ação delitiva, inclusive em relação à patente possibilidade de causação de morte do ofendido.

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. INICIAL FECHADO.

Conforme nova redação conferida ao artigo 2º § 1º, da Lei nº 8072/900, o regime inicial de cumprimento da pena tangente a crimes hediondos dever ser o inicial fechado. Trata-se de

norma de caráter material com aplicabilidade, por conseguinte, imediata.

À unanimidade, negaram provimento ao apelo do réu Jorge Antônio Machado Borba e deram parcial provimento aos recursos do denunciado Ivan Antônio Trevisan e do Ministério Público a fim de estabelecer em 24 anos de reclusão em regime inicial fechado a reprimenda cominada a este e em 22 anos de reclusão em regime inicial fechado a pena cominada a Jorge, por incursos nos termos do artigo 157, § 3º, parte final, do Código Penal.

APELAÇÃO CRIME	OITAVA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70014670194	COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL
MINISTÉRIO PÚBLICO	APELANTE/APELADO
JORGE ANTÔNIO MACHADO BORBA	APELANTE/APELADO
IVAN ANTÔNIO TREVISAN	APELANTE/APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo do réu Jorge Antônio Machado Borba e dar parcial provimento aos recursos do denunciado Ivan Antônio Trevisan e do Ministério Público a fim de estabelecer em 24 anos de reclusão em regime inicial fechado a reprimenda cominada a este e em 22 anos de reclusão em regime inicial fechado a pena cominada a Jorge, por incursos nos termos do artigo 157, § 3º, parte final, do Código Penal.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA E DR.ª MARLENE LANDVOIGT.**

Porto Alegre, 18 de abril de 2007.

**DES. ROQUE MIGUEL FANK,
Relator.**

RELATÓRIO

DES. ROQUE MIGUEL FANK (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO denunciou IVAN ANTÔNIO TREVISAN e JORGE ANTÔNIO MACHADO BORBA como incurso nos termos do artigo 157, § 2º, incisos I e II e § 3º, 2ª parte, do Código Penal, c/c o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, pela prática do seguinte fato delituoso:

No dia 08 de março de 2004, por volta das 6h45min, na Rua Maringá, nº 76, no Bairro Arroio Grande, nesta Cidade, os denunciados, em ação conjunta e em comunhão de esforços, atitudes e vontades, mediante grave ameaça e violência exercidas contra a vítima LÚCIO JACOBS, com emprego de arma de fogo (instrumento ainda não apreendido), portada pelo denunciado IVAN ANTÔNIO TREVISAN, sem autorização e em desacordo com as determinações legais, subtraíram, para si, além de certa quantia, não conhecida, em moeda nacional corrente, dois talões de cheques, sendo um do Banco HSBC, cc 1386.00454.90, com vinte folhas não preenchidas ou assinadas, em prejuízo da Empresa Jacobs Ely e Cia Ltda., e, outro do Banco do Brasil, Ag. Centro, cc 6.025-9, em prejuízo da Sociedade Beneficente Cemitério Santo Antônio, que estavam no interior de uma bolsa do tipo “leva-tudo”, também subtraída e não apreendida, porém avaliada pela forma indireta no valor de R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais), consoante auto de fl., de propriedade da vítima LÚCIO JACOBS, que foi alvejado por projéteis (quatro) de arma de fogo, decorrentes de quatro disparos realizados pelo co-denunciado IVAN ANTÔNIO TREVISAN, vulgo “Preta”, resultando na morte da vítima em decorrência de ferimento transfixante de tórax por projétil de arma de fogo, hemorragia interna e choque, consoante auto de necropsia de fl.

Na oportunidade, conforme anterior concerto de vontades, havido no dia antecedente ao fato, no “Bar do Evandro”, localizado na Rua Coronel Jost, nº 2647, onde os denunciados adentraram e sentaram-se a uma mesa disposta em um dos cantos do estabelecimento, objetivando maior discricção e reserva, quando ingeriram cerveja e solicitaram caneta e papel ao proprietário do estabelecimento e esboçaram um croqui do local dos fatos, sendo que no dia posterior, conforme planejamento prévio, os denunciados deslocaram até o local

dos fatos tripulando o veículo VW/GOL CL, cor prata, produto de furto praticado em data anterior na Capital deste Estado (consoante registro de comunicação de ocorrência de fl. e que é objeto de investigação própria em andamento da 1ª DP local), com placas e numeral do motor e chassi adulterados, estando na posse e conduzindo pelo denunciado JORGE ANTÔNIO MACHADO BORBA, vulgo “Neco” e “Borbinha”, que ficou aguardando do lado de fora do veículo supramencionado, estacionado defronte ao “Bar do João”, localizado na Rua Barão do Arroio Grande, próximo do estabelecimento comercial da vítima, para onde o denunciado IVAN ANTÔNIO TREVISAN, vulgo “Preta”, deslocou e ao adentrar a empresa, subtraiu os bens e objeto supra-referidos, mediante grave ameaça e violência, realizando quatro disparos com a arma de fogo que portava, sem autorização e em desacordo com as determinações legais, contra a vítima LÚCIO JACOBS que reagiu dizendo “não leva meu dinheiro, filho da puta” (sic), sendo este alvejando por quatro projeteis, causando-lhe a morte por ferimento transfixante de tórax por projétil de arma de fogo, hemorragia interna e choque, consoante auto de necropsia de fl.

De imediato, o denunciado IVAN ANTÔNIO TREVISAN, vulgo “Preta”, de posse de certa quantia, ainda não esclarecida, em moeda nacional corrente, bem como dos talões de cheques e de uma bolsa do tipo “leva-tudo” de propriedade da vítima, retirou a máscara que até então usava (foto de fl.), dispensou-a e correu até o veículo VW/GOL CL, cor prata, supra-referido, onde o co-denunciado ANTÔNIO MACHADO BORBA, vulgo “Neco” e “Borbinha”, o esperava, dando partida e arrancando com o veículo ao perceber aproximação do co-denunciado, que embarcou no automóvel já em movimento, fugindo ambos do local.

Na data do fato havia na empresa da vítima LÚCIO JACOBS um cofre e em seu interior cerca de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em moeda nacional corrente.

A denúncia foi recebida em 25 de março de 2004 (fl. 240).

Citados (fl. 264v.), os réus foram interrogados (fls. 265/270) e apresentaram defesa prévia (fls. 276/277).

Na instrução, foram ouvidas dezessete testemunhas (fls. 341/361).

No prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal, o Ministério Público nada vindicou (fl. 568), enquanto a defesa de Ivan buscou diligências (fl. 569). A defesa de Jorge nada requereu (fl. 570).

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação de Ivan e Jorge nos termos do artigo 157, § 2º, incisos I e II, e § 3º, segunda parte, do Código Penal, c/c o artigo 2º, § 1º, da Lei n.º 8.072/90 (fls. 574/621).

A seu turno, a defesa de Ivan aduziu, em preliminar, ser nulo o processo por cerceamento de defesa, e, no mérito, buscou a absolvição em face de alegada insuficiência probatória. Alternativamente, requereu a desclassificação do fato para homicídio ou para latrocínio tentado, assim como postulou o afastamento das majorantes do concurso de agentes e emprego de arma de fogo. Sustentou, por fim, ser inviável a fixação do regime integral fechado para cumprimento de eventual reprimenda (fls. 623/648).

A defesa de Jorge, por sua vez, aduziu ser inepta a denúncia por não atender ao disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal. No mérito, requereu a absolvição com base no artigo 386, incisos III, IV e VI, do Código de Processo Penal, ou, subsidiariamente, o afastamento das majorantes, assim como fossem observados os artigos 20, § 1º, e 29, § 2º, ambos do Código Penal. Por fim, propugnou pela desconsideração do regime integral fechado (fls. 679/691).

A sentença, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou IVAN ANTÔNIO TREVISAN, por incurso nos termos do artigo 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal, à pena de 20 (vinte) anos de reclusão em regime integral fechado, bem como ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo; e JORGE ANTÔNIO MACHADO BORBA, por incurso nos termos do artigo 157, § 2º, incisos I e II, c/c o artigo 29, § 2º, ambos do Código Penal, à pena de 09 (nove) anos de reclusão em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo (fls. 700/728).

A defesa de Jorge Antônio opôs embargos de declaração (fl. 792), os quais foram rejeitados (fl. 792v.).

As partes interpuseram recursos de apelação.

O Ministério Público, em razões, requer a reforma da sentença para que os réus sejam condenados nos termos da peça acusatória, pois entende que inexiste dúvida quanto à caracterização da conduta típica de latrocínio, pois, além da consumação do homicídio, a subtração também ocorreu. Sustenta que as majorantes são plenamente aplicáveis ao caso, porquanto o delito foi perpetrado mediante concurso de agentes e emprego de arma de fogo, assim como aduz que para fixação do regime de cumprimento da reprimenda há de ser observada a Lei de Crimes Hediondos. Por fim, requer seja fixada a pena-base acima do mínimo legal em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis (fls. 738/787).

A defesa de Jorge Antônio, arrazando, pugna, em preliminar, pela decretação de nulidade da sentença, visto não ter havido fundamentação da fixação do regime fechado. No mérito, busca a absolvição em face de alegada fragilidade probatória. Afirma que Jorge apenas conduzia o veículo e que não sabia que Ivan estava armado, sendo sua conduta irrelevante para a consumação do delito, bem como aduz que a prova testemunhal é contraditória, motivos pelos quais postula a aplicação do disposto no artigo 386, incisos III, IV, e VI, do Código de Processo Penal. Alternativamente, busca o afastamento das majorantes, assim como a fixação da pena-base no mínimo legal e do regime para cumprimento da reprimenda em semi-aberto (fls. 794/805).

Em contra-razões, a defesa de Jorge Antônio requer seja negado provimento ao recurso ministerial (fls. 807/810).

Por derradeiro, a defesa de Ivan Antônio, preliminarmente, busca a decretação de nulidade do feito por ocorrência de cerceamento de defesa quando do

indeferimento das diligências requeridas pelo acusado, provas essas imprescindíveis para apuração da verdade. Quanto ao mérito, aduz que Ivan é perseguido pela polícia e que o exame pericial realizado a partir dos pêlos encontrados na máscara utilizada pelo agente do fato é ineficaz em face da teoria dos “frutos da árvore envenenada”. Requer a absolvição por entender que as provas são frágeis, não tendo havido sequer apreensão da alegada “res furtiva”. Em caso de entendimento diverso, argüi não se tratar de delito contra o patrimônio, devendo ser operada a desclassificação para homicídio simples, ou, ainda, para a forma tentada do latrocínio. Por fim, pugna pelo afastamento da integralidade do regime (fls. 812/841).

Em contra-razões, a defesa de Ivan Antônio postula seja negado provimento ao apelo ministerial (fls. 842/848).

O Ministério Público, contra-arrazoando, pugna pela manutenção da sentença, exceto no que foi objeto de sua irresignação (fls. 852/897).

Nesta corte, o Dr. Procurador de Justiça opina pelo parcial provimento dos apelos (fls. 907/919).

É o relatório.

VOTOS

DES. ROQUE MIGUEL FANK (RELATOR)

1. DOS APELOS DEFENSIVOS.

1.1. PRELIMINARES.

1.1.1. NULIDADE DO PROCESSO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PEDIDOS DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE RECONHECIMENTO E DE INSPEÇÃO JUDICIAL. INOCORRÊNCIA.

Não merece acolhida a preliminar de nulidade do processo argüida pela defesa do réu Ivan Antônio Trevisan, calcada na alegação de que houve cerceamento de defesa, porquanto indeferido pelo juízo pedido de inspeção judicial no local do ilícito e postulação de realização de audiência para que fotografia de pessoa apontada pelo denunciado como autora do latrocínio fosse submetida a reconhecimento pelas testemunhas do fato.⁵⁶

As diligências requeridas pela Defesa mostram-se inócuas para desvelamento da materialidade e autoria delitivas, sendo acertado, por conseguinte, o indeferimento ora hostilizado, não restando caracterizado cerceamento de defesa.

A realização de audiência para que fotografia do apenado Cristian Diones de Oliveira Silva fosse submetida à identificação pelas testemunhas do crime em exame figura nitidamente desnecessária, na medida em que todos aqueles que efetuaram ato de reconhecimento apontaram com convicção para Ivan como sendo um dos agentes presentes na cena delituosa, não manifestando dúvida acerca da reconhecimento, tanto que ponderaram estar ele usando camiseta azul na ocasião do fato, o que foi confirmado pelo réu. Além disso, a fotografia apresentada é de péssima qualidade (fl. 542), sequer servindo para adequado ato de identificação e comparação das características físicas de Cristian e Ivan. Vale notar, outrossim, que nenhum indicativo há no sentido de que Cristian tenha estado no local do fato delituoso, sendo inconsistente, por conseguinte, a acusação levada a efeito por Ivan, imputando àquele a autoria delitiva.

Da mesma forma, não se verifica razão para realização da inspeção judicial, postulada pela Defesa para que fosse aferida a visão que a testemunha Robison Lima de Moura tinha na ocasião do fato, na medida em que figura inviável reproduzir fielmente o trajeto trilhado por Ivan na ocasião do ilícito, bem como a direção para qual dirigia seu olhar nesse interregno, não havendo motivo para questionar o reconhecimento efetuado pela testemunha referida, sobretudo porque robustecido por outras recognições e também por prova pericial que adiante será

⁵⁶ Pedidos de diligências acostados nas fls. 539/540 e 549.

referida. Ademais, não apontou a Defesa argumentos concretos que permitissem colocar em dúvida a identificação feita por Robison.

Desta forma, constata-se que as diligências requeridas pela Defesa de Ivan não contribuiriam para o esclarecimento do fato delituoso, apresentando-se apenas como medidas que protelariam o andamento do feito, motivo pelo qual seu indeferimento pelo juízo foi acertado, não havendo falar em cerceamento de defesa.

1.1.2. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. INOCORRÊNCIA.

Vindica a Defesa do réu Jorge Antônio Machado Borba a declaração de nulidade da sentença, asseverando que não teria o Magistrado fundamentado a imposição do regime inicialmente fechado.

Entendo que não se pode falar em nulidade, na medida em que a pena cominada a Jorge Antônio na sentença supera oito anos de reclusão, podendo-se reputar como justificativa para a imposição do regime fechado a expressa disposição do artigo 33, § 2º, “a”, do Código Penal. Não se pode deixar de referir, ainda, que reputou o sentenciante intensa a culpabilidade de Jorge Antônio e também significativas as conseqüências do ilícito, servindo esse exame das balizadoras judiciais, também, para lastrear a determinação do regime inicial fechado.

Destarte, não há falar em nulidade da sentença.

1.2. MÉRITO.

1.2.1. LATROCÍNIO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO.

A autoria do fato delituoso descrito na inicial acusatória exsurge clara dos elementos trazidos aos autos, não havendo falar em falta de provas para condenação dos acusados.

Os depoimentos e reconhecimentos levados a efeito por testemunhas que perceberam a atuação delitativa, conjugada com exame de DNA acostado aos autos, permitem concluir que Ivan e Jorge cometeram o ilícito em exame.

Robison Lima de Moura, que reside ao lado do estabelecimento comercial onde executado o latrocínio, esclareceu que na ocasião do fato, por volta das 6h30min, já estava acordado e ouviu gritos e disparos de arma de fogo, razão pela qual se deslocou até a cozinha, onde tinha visão frontal do estabelecimento referido, acabando por ver o réu Ivan deixando correndo aquele local, tirando da cabeça uma máscara que acabou apreendida pela autoridade policial. Deve-se salientar que Robison identificou Ivan com convicção tanto na fase administrativa quanto em juízo, inclusive declinando características físicas peculiares, tais como o formato das orelhas do acusado, e também reconheceu a máscara apreendida como sendo a que foi abandonada pelo réu enquanto deixava correndo o local do fato.⁵⁷

Rochele dos Santos, que se encontrava nas proximidades de onde cometido o fato delituoso porque estava chegando ao seu local de trabalho, aduziu ter ouvido um “estouro” logo depois que tirou o capacete, enquanto desembarcava da motocicleta de seu noivo, tendo de imediato visto Ivan correndo do local onde situado o estabelecimento da vítima em direção a um automóvel Gol tripulado por indivíduo que vestia camisa verde. Ademais, esclareceu ter Ivan, ao perceber que estava sendo observado, parado de correr, acabando quase atropelado por um ônibus, e destacou que o réu se deslocava com uma das mãos junto ao bolso da calça. A identificação efetuada por Rochele se deu tanto na esfera policial quanto perante o Magistrado e é fortalecida pela descrição das vestes de Ivan, o qual admitiu estar usando camiseta azul na ocasião do fato, tal como asseverado pela testemunha. Além disso, Rochele esclareceu que o veículo Gol já estava em

⁵⁷ Fl. 347.

movimento quando Ivan embarcou, tendo este denunciado ficado momentaneamente com a perna para fora do automotor.⁵⁸

Ernane Arno Krumenauer, noivo de Rochele, confirmou o relato desta, ponderando ter escutado três estampidos e, logo em seguida, visto Ivan correndo, vindo da direção onde localizado o estabelecimento comercial da vítima. Salientou que Ivan estava aparentemente desnorreado, acabando quase atropelado por um ônibus, e parou de correr logo que percebeu estar sendo observado. Afirmou, ainda, que Ivan corria com a mão junto à cintura, como se estivesse mancando, e embarcou em um veículo Gol que estava do outro lado da rua, deixando o local.⁵⁹

Ernani Maleitzke, mecânico que reside em frente ao estabelecimento comercial onde cometido o delito, afirmou ter visto Ivan se dirigindo até este local com uma máscara que cobria a parte superior de sua cabeça, mas que permitia até mesmo ver os cabelos. Em seguida, entrou novamente em casa e escutou três disparos, tendo de imediato se dirigido à porta e verificado que a vítima havia sido alvejada. Reconheceu com convicção o denunciado porque na ocasião se viram frontalmente e também tendo em conta que Ivan usava a camiseta azul escura com a qual aparece nas fotografias acostadas aos autos. Além disso, identificou a máscara apreendida como sendo a utilizada pelo réu na ocasião do fato.⁶⁰

Como se verifica, os relatos de Robison, Rochele e Ernane Krumenauer permitem delinear quadro circunstancial imediatamente posterior à consecução do delito de latrocínio, no qual o réu Ivan corria logo após a efetivação dos disparos que provocaram a morte de Lúcio, deixando o estabelecimento comercial da vítima e embarcando em um veículo Gol, dirigido por outro indivíduo, com o qual deixou o local dos fatos. Além disso, os informes de Rochele e Ernane deixam claro que Ivan corria com uma das mãos na cintura, o que pode ter se dado em razão do porte da arma de fogo utilizada na consecução do ilícito, e noticiam o

⁵⁸ Fl. 348.

⁵⁹ Fl. 353.

⁶⁰ Fl. 350.

estado de abalo transparecido pelo denunciado, que inclusive buscou disfarçar, deixando de correr, quando verificou que estava sendo observado.

Não se pode deixar de referir, outrossim, que Robison aduziu ter visto Ivan usando uma máscara, que acabou deixando cair ao solo enquanto empreendia fuga, o que se coaduna com o relato de Ernani Maleitzke, a partir do qual é possível traçar quadro circunstancial imediatamente anterior à consecução do latrocínio, no qual fica patente que Ivan se dirigiu ao estabelecimento comercial da vítima usando a máscara referida.

Esse contexto permite concluir que Ivan foi autor dos disparos que vitimaram Lúcio Jacobs, na medida em que se dirigiu ao local do fato usando máscara e, logo após a efetivação dos disparos, foi visto empreendendo fuga, inclusive deixando para trás o disfarce referido.

Importante sublinhar que o laudo pericial do Instituto–Geral de Perícias do Estado⁶¹ confirmou que pêlos encontrados na máscara usada pelo agente possuem fator genético compatível com o de Ivan, sendo este fator elemento que se soma às recognições levadas a efeito, fortalecendo a convicção de que esse denunciado executou o latrocínio em apreço.

Robustece a conclusão anteriormente externada o fato de o réu ter parado subitamente de correr quando percebeu que estava sendo observado, e também a forma como se deslocava, com uma das mãos junto à cintura, o que pode seguramente decorrer do interesse em manter algo sob as vestes, tal como a arma de fogo utilizada na consecução do ilícito.

A alegação de Ivan no sentido de que outros agentes teriam sido os autores da empreitada delitiva não encontra amparo nos autos, tendo em conta que nenhuma das pessoas que estavam presentes nas imediações do fato delituoso declinaram terem visto outros indivíduos que poderiam ter cometido o ilícito e

⁶¹ Laudo pericial acostado nas fls. 472/476.

aduziram não terem verificado nas imediações do fato os automóveis Parati e Golf, apontados pelo acusado como sendo os utilizados pelos supostos agentes na prática delituosa.

Diante desse panorama, fica claro que Ivan se dirigiu ao estabelecimento comercial de Lúcio Jacobs e provocou a morte deste.

Com relação ao denunciado Jorge Antônio, sua concorrência para execução do ilícito em apreço, da mesma forma, é inudividosa.

Enfim, Jorge admitiu que na ocasião do fato estava na companhia de Ivan, tripulando o veículo Gol que, em face de características peculiares - tais como aerofólio e rodas especiais -, foi identificado pelas testemunhas presentes nas imediações do estabelecimento comercial de Lúcio como sendo o automotor no qual Ivan embarcou logo após a prática subtrativa.

Além disso, a testemunha Roberto Marcelo Jacobs⁶² reconheceu o réu Jorge como sendo aquele que estava dirigindo o veículo apontado, tendo essa identificação sido confirmada pelo relato da testemunha Rochele, a qual aduziu que o tripulante do automotor estava usando camisa verde, tal como admitido pelo réu.

A forma como Ivan adentrou o automotor dirigido por Jorge e o fato de ter este denunciado levado aquele até o local do fato, aguardando por ele para dar-lhe fuga, traduzem nitidamente a conjunção de esforços e comunhão de vontades entre eles. Cabe lembrar nesse aspecto que a testemunha Rochele ponderou que o automóvel estava em movimento quando Ivan nele embarcou, circunstância esta capaz, por força lógica, de justificar a conclusão de que Jorge tinha conhecimento da atuação delitiva levada a efeito pelo co-denunciado, já que evidencia a intenção dos agentes de deixar o mais rapidamente possível o local dos fatos.

⁶² Fl. 342.

Robustece a certeza de que Jorge tinha conhecimento da ação que seria desfechada por Ivan o fato de estar este denunciado na posse de máscara e também de arma de fogo, objetos com os quais executou a subtração e causou a morte da vítima.

Cabível destacar, ainda, que Evandro Carlos Federizzi⁶³ asseverou terem os denunciados estado em seu bar, utilizando mesa situada em ambiente reservado, na noite anterior ao fato delituoso, sendo o fato de terem pedido papel e caneta nessa ocasião indicativo concreto de que poderiam estar ajustando a consecução do roubo.

Assim, tenho como certa a concorrência de Ivan e Jorge para a consecução do fato descrito na inicial acusatória.

O intento patrimonial dos denunciados, essencial à caracterização do latrocínio, restou demonstrado nos autos pelos informes de Robison, que aduziu ter a vítima, mesmo depois de alvejada, determinado que o réu devolvesse seu dinheiro, e também pelo depoimento de Mário Gladir Jacobs, irmão da vítima, que afirmou ter sido subtraída a “pochete” de Lúcio, contendo talonários de cheques. Essa caracterização fática inviabiliza falar em delito de homicídio em concorrência com furto, porquanto a morte da vítima decorreu da intenção subtrativa dos agentes.

Vale notar que o fato de ter sido encontrado no local do fato delituoso a carteira de Lúcio, contendo cartões e dinheiro, não descaracteriza a prática do crime de latrocínio, porquanto comprovada a ocorrência da subtração pelos elementos anteriormente expostos, ficando nítido o intento patrimonial dos agentes. O fato de não ter sido o ofendido despossado de sua carteira pode ter se dado em face de não ter sido percebida pelo causador da morte de Lúcio ou por ter Ivan, diante da efetivação de disparos contra a vítima, decidido deixar o local dos fatos imediatamente.

⁶³ Fl. 354.

Com isso, consumada a subtração e também a morte da vítima, e exurgindo cristalino o intento patrimonial dos agentes, não se pode falar em homicídio e nem em tentativa de latrocínio, devendo ser mantido o reconhecimento da figura consumada da espécie delitiva tipificada no artigo 157, § 3º, parte final, do Código Penal.

1.2.2. PENA. MITIGAÇÃO. INVIABILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO POR FORÇA DO RECONHECIMENTO DAS MAJORANTES E QUANTUM DE DIMINUIÇÃO EM FACE DO RECONHECIMENTO DA COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. TEMAS PREJUDICADOS.

As questões concernentes à pena-base estabelecida aos acusados, bem como ao quantum de exasperação decorrente do reconhecimento das causas de aumento relativas ao concurso de agentes e ao emprego de arma, e o patamar de diminuição operado em face da aplicação da minorante da cooperação dolosamente distinta no que se refere ao denunciado Jorge Antônio, restam prejudicadas diante do parcial provimento do apelo ministerial, adiante analisado.

1.2.3. PENA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Com relação ao regime prisional imposto para cumprimento da pena do réu Ivan, entendo que merece acolhida o pleito defensivo, porquanto a integralidade do regime fechado vem sendo reiteradamente reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por afronta ao princípio da individualização da pena.

Desta forma, o regime inicial para cumprimento da reprimenda cominada a Ivan é alterado para o inicial fechado.

2. DO APELO MINISTERIAL.

2.1. LATROCÍNIO. RÉU JORGE ANTÔNIO MACHADO BORBA. COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA. INOCORRÊNCIA.

Busca o Ministério Público o afastamento da figura da cooperação dolosamente distinta, reconhecida em favor do denunciado Jorge Antônio.

Tenho que assiste razão ao agente ministerial, porquanto Jorge, tal como delineado anteriormente, participou ativamente da execução do crime de latrocínio, ajustando a prática delitiva com o acusado Ivan e também conduzindo este até o local do fato, tendo permanecido a sua espera para patrocinar a fuga, que efetivamente veio a ocorrer.

Ademais, Ivan estava na posse de uma máscara e de arma de fogo com a qual causou a morte do ofendido, denotando essas circunstâncias que Jorge Antônio tinha pleno conhecimento de que poderia haver a causação da morte da vítima em conjunto com a subtração colimada.

Diante desse quadro, entendo que não se pode falar em cooperação dolosamente distinta, porquanto Jorge concorreu ativamente para a consecução do delito de latrocínio, tendo plena consciência de que a ação de Ivan poderia implicar a morte da vítima.

Desta forma, não se pode dizer que Jorge desejava apenas a consecução do crime de roubo na sua forma majorada, uma vez que assumiu o risco latente de que a ação delitiva provocasse a morte da vítima, o que determina sua responsabilização na condição de co-autor de crime de latrocínio.

LATROCÍNIO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA. RECONHECIMENTO E VALORAÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. INVIABILIDADE. ESPÉCIE DELITIVA QUE NÃO ADMITE EXASPERAÇÃO COM LASTRO NAS MAJORANTES DO § 2º DO ARTIGO 157 DO CÓDIGO PENAL.

Inviável a exasperação da reprimenda com lastro no parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal quando se está diante da prática de crime

de latrocínio, porquanto a qualificação do roubo, característica dessa figura delitiva prevista na parte final do parágrafo terceiro do dispositivo legal citado, abarca as causas de aumento de pena contempladas naquele ditame repressivo.

Até mesmo a topografia dos dispositivos concernentes ao roubo majorado e ao latrocínio denota que não se pode aplicar a este as causas de aumento descritas naquele.

PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO. VIABILIDADE.

Vindica o Ministério Público a exasperação da reprimenda cominada aos acusados.

Tenho que as circunstâncias judiciais do ilícito determinam a fixação da pena-base dos denunciados acima do mínimo legal, valendo notar que foi afastado com relação ao denunciado Jorge o reconhecimento da cooperação dolosamente distinta, devendo sua reprimenda, por conseguinte, ser dimensionada com lastro no parâmetro estabelecido no artigo 157, § 3º, parte final, do Código Penal.

A culpabilidade dos denunciados é acentuada, sendo alto o grau de reprovabilidade da conduta perpetrada, na medida em que previamente arquitetada e revestida de violência desmedida, tendo sido desferidos diversos disparos contra a vítima, que acabou desfalecendo em frente a seu local de trabalho, enquanto gritava para o réu devolver seu dinheiro. Com relação ao denunciado Ivan a culpabilidade é ainda mais acentuada do que a do co-réu Jorge, na medida em que executou diretamente a prática delitiva, dirigindo-se ao estabelecimento comercial da vítima e desferindo disparos que lhe causaram a morte. Os réus não registram antecedentes criminais. Não há nos autos elementos para perquirir acerca da conduta social e personalidade dos agentes. O motivo do ilícito é o inerente ao tipo, qual seja, a busca do lucro fácil à custa do patrimônio alheio. As circunstâncias do fato são negativas, porquanto previamente ajustada a consecução do ilícito, tendo os acusados atuado de forma organizada, com nítida divisão de tarefas, nitidamente

buscando a asseguarção da impunidade e reduzindo a possibilidade de resistência da vítima. As conseqüências do delito também são negativas, já que a “res furtiva” não foi recuperada integralmente. O comportamento da vítima não instigou a consecução do ilícito, o que também deve ser tido como desfavorável aos agentes.

Diante dessas operadoras, despontando negativas as atinentes à culpabilidade, às circunstâncias, às conseqüências e ao comportamento das vítimas, entendo adequada a fixação da pena-base em vinte e quatro anos de reclusão para o acusado Ivan e em vinte e dois anos para o réu Jorge, patamar no qual restam definitivas em face da ausência de causas modificadoras.

O regime de cumprimento da pena é o inicial fechado, conforme nova redação conferida ao artigo 2º, § 1º, da Lei n 8072/90, que tem cunho material e, por conseguinte, aplicabilidade imediata em favor dos acusados.

A multa é mantida no patamar estabelecido na sentença (40 dias-multa no valor de 1/30 do salário mínimo), porquanto condizente com as circunstâncias judiciais anteriormente analisadas e à condição financeira dos acusados. Ademias, não há impugnação ministerial no tocante.

Com tais aportes, voto pelo desprovimento do apelo do réu Jorge Antônio Machado Borba e pelo parcial provimento do recurso do denunciado Ivan Antônio Trevisan e do Ministério Público a fim de estabelecer em 24 anos de reclusão em regime inicial fechado a reprimenda cominada este acusado e em vinte e dois anos de reclusão em regime inicial fechado a reprimenda cominada a Jorge, por incursos nos termos do artigo 157, § 3º, parte final, do Código Penal.

DES. MARCO ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA (REVISOR) - De acordo.

DR.^a MARLENE LANDVOIGT - De acordo.

DES. ROQUE MIGUEL FANK - Presidente - Apelação Crime nº 70014670194, Comarca de Santa Cruz do Sul: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DO RÉU JORGE ANTÔNIO MACHADO BORBA E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DO DENUNCIADO IVAN ANTÔNIO TREVISAN E DO MINISTÉRIO PÚBLICO A FIM DE ESTABELEECER EM 24 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO A REPRIMENDA COMINADA ESTE ACUSADO E EM 22 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO A REPRIMENDA COMINADA A JORGE, POR INCURSOS NOS TERMOS DO ARTIGO 157, § 3º, PARTE FINAL, DO CÓDIGO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: GERSON LUIZ PETRY

ANEXO E – ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DO CASO V

**APELAÇÃO CRIME.
 DELITO DE CIRCULAÇÃO.
 PRELIMINARES DEFENSIVAS REJEITADAS POR UNANIMIDADE.
 PREJUDICIAIS ERIGIDAS PELA DEFESA, A PRIMEIRA, PORQUE O MAGISTRADO AO SENTENCIAR ‘ARRIMOU A PRETENSÃO DEDUZIDA PELA DEFESA’. NO QUE DIZ COM A SEGUNDA, NÃO INSPEÇÃO JUDICIAL, PELA EXISTÊNCIA DE PROVA ABUNDANTE NO BOJO DO PROCESSADO.
 DE OUTRA BANDA, A INSPEÇÃO É CRITÉRIO ÚNICO DO MAGISTRADO, NÃO SE TRADUZINDO EM PROCEDIMENTO IMPRESCINDÍVEL.
 MÉRITO.
 PROVADA E COMPROVADA A CULPABILIDADE DO RÉU NO SEU AGIR CULPOSO, INTERCEPTANDO O FLUXO NORMAL DA MOTO CONDUZIDA PELA VÍTIMA FATAL, MERECE SER MANTIDO O R. ATO SENTENCIAL MONOCRÁTICO.
 PRAZO DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR REDUZIDO CONFORME O DISPOSTO NO ART. 293 DO CTB.
 APELO PARCIALMENTE PROVIDO.
 DECISÃO UNÂNIME.**

APELAÇÃO CRIME	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
Nº 70004441283	PORTO ALEGRE
MARCO JULIANO BORGES DE AZEVEDO	APELANTE
MINISTERIO PUBLICO	APELADO(A)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, rejeitadas as preliminares de nulidade, no mérito, em dar provimento, em parte, ao apelo defensivo, para reduzir o prazo da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para dois meses, forte no art. 293 do CTB.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Desembargadores DANÚBIO EDON FRANCO, Presidente, e ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS.

Porto Alegre, 05 de setembro de 2002.

DES. JOSÉ ANTONIO HIRT PREISS,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ ANTONIO HIRT PREISS (RELATOR) – Na comarca de Porto Alegre, MARCO JULIANO BORGES DE AZEVEDO foi dado como incurso nas sanções dos arts. 302, “caput”, e 303, ambos do CTB, na forma do art. 70 do CP.

Narra a inicial acusatória (*verbis*):

“No dia 09 de março de 2001, por volta das 21h30min, na Av. Diário de Notícias, defronte ao nº 1475, nesta capital, o denunciado, agindo de forma negligente, imprudente e imperita na direção da camioneta Jeep Cherokee, de placas MJB-2040, praticou homicídio e lesões culposos, ao se envolver em um acidente de trânsito com a motocicleta Honda/CG-125 Titan, placa IHA-2753, matando o condutor desta, RODRIGO BARBIANI CABALHEIRO e ocasionando lesões corporais no caroneiro, MÁRCIO ZORTEA BATISTA, o qual representou criminalmente (fl. 33).

Na ocasião, RODRIGO BARBIANI CABALHEIRO conduzia regularmente a motocicleta pela referida via pública, sentido centro-bairro, quando teve a sua trajetória repentinamente interceptada pela camioneta conduzida pelo denunciado, que trafegava em sentido contrário, o qual efetuou manobra de conversão à esquerda, invadindo a pista do outro veículo, ocasionando a colisão da moto contra a lateral direita do Jeep, próximo à porta dianteira.

*O denunciado agiu com **negligência**, por trafegar sem a atenção e os cuidados necessários para a segurança do trânsito, deixando de observar a preferência do outro veículo; com **imprudência** por efetuar manobra de conversão à esquerda sem adotar as cautelas necessárias, interceptando a trajetória regular da motocicleta; e, com **imperícia** por não conseguir evitar o acidente, ou, ao menos, minorar suas conseqüências.*

A vítima RODRIGO faleceu em decorrência de hemorragia intra e extraparenquimatosa consecutiva a traumatismo cranioencefálico, segundo consta no auto de necropsia das fls. 14/15/IP.

MÁRCIO sofreu lesões corporais no cotovelo direito, conforme Boletim de Atendimento do HPS (fl. 38/IP).”

Recebida a denúncia em 26.06.2001 (fl. 02), o réu foi citado (fl. 107) e interrogado (fls. 99-101), apresentando defesa prévia, por defensor constituído, com rol de testemunhas (fls.102-103).

Declarada a extinção da punibilidade (fl. 150) referente ao delito de lesões corporais previsto no art. 303 do CTB, em acordo às fls. 135 e 136.

Durante a instrução foi ouvida uma das vítimas (fls. 132-135) e inquiridas 9 (nove) testemunhas (fls. 137-141; 142-144; 145-147; 161-162; 172; 181-187; 188-189; 221; 222-223).

Em debates orais o Ministério Público requereu a procedência da denúncia relativamente à infração penal tipificada no art. 302, do CTB. A defesa, por sua vez, requereu a absolvição (fls. 223-224).

Prolatada a sentença, registrada em 14.05.02, julgando procedente a denúncia, restou MARCO JULIANO BORGES DE AZEVEDO condenado por infração ao art. 302, do CTB, às penas de 2 (dois) anos de detenção a ser cumprida em regime aberto, a qual foi substituída por prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período da pena corporal, cumulada com suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por igual prazo (fls. 223-229).

Irresignada, apelou a defesa (fl. 219). Em suas razões aduziu, preliminarmente, cerceamento de defesa, pelo fato do julgador não ter analisado a prova da vítima não estar habilitada para dirigir motocicleta e pelo indeferimento de pedido de inspeção judicial no local do evento. No mérito, sustentou culpa exclusiva da vítima e prova insuficiente para ensejar um juízo condenatório, postulando a absolvição do réu com fulcro no art. 386, inciso IV, do CPP (fls. 233-244).

Em sede de contra-razões, o Ministério Público propugnou pela manutenção do *decisum* (fls. 245-250).

Nesta instância, o douto Procurador de Justiça, Dr. Eduardo Wetzel Barbosa, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

DES. JOSÉ ANTONIO HIRT PREISS (RELATOR) – Vênia concedida das doudas e abalizadas opiniões em contrário, fixo-me nas contra-razões ministeriais produzidas pelo Ilustrado Promotor de Justiça designado, Dr. GÉRSON LUÍS TEIXEIRA, as quais ficam fazendo parte deste, como razões de decidir, in verbis:

‘DAS PRELIMINARES

Ao contrário do que sustenta o recorrente, a preliminar que postula nulidade da sentença com base na existência de omissão de ponto sobre o qual deveria o juiz manifestar-se não merece acolhimento. O insubsistente fundamento de não estar a vítima habilitada para dirigir a motocicleta buscou, de fato, amparar tese absolutória central, qual seja, culpa da vítima.

Ocorre que, da análise conjuntural da sentença, nota-se que o Magistrado, após sopesar e valorar as provas produzidas, reconheceu a culpa do ora apelante, enfrentando e afastando, com isso, referida tese central que arrimou a pretensão deduzida pela defesa. Acrescenta-se, ainda, apenas para argumentar, que, mesmo que se admitisse culpa por parte da vítima, não restaria afastada a responsabilidade do réu, pois, em matéria penal, não há compensação de culpas. Ou seja, provada a culpa do réu, como no presente caso, deve ele ser condenado.

Assim, havendo apreciação da tese central, inexistente qualquer vício que possa ter eivado de nulidade a presente sentença criminal.

Equívoco também ocorre na afirmação de cerceamento de defesa em razão do indeferimento de pedido de inspeção judicial no local do evento. A prova collgida demonstrou, à saciedade, as circunstâncias da pista na ocasião dos fatos, tornando o postulado efetivamente desnecessário e incabível. Além disso, caberia a defesa impugnar o indeferimento quando intimado ou nos

debates. Não o tendo feito em nenhuma dessas oportunidades, a matéria restou preclusa, não podendo mais ser argüida na fase recursal.

DO MERITUM CAUSAE

Quanto ao mérito, muito bem andou o Douto Julgador ao condenar o ora apelante pelo delito previsto no artigo 302 , caput, do Código Nacional de Trânsito, não se dissociando a decisão condenatória do contexto probatório.

A MATERIALIDADE do delito está suficientemente comprovada pelo incluso AUTO DE NECROPSIA (fl. 18), que confirma a morte da vítima, Rodrigo Barbieri Cabalheiro, como consequência de traumatismo crânioencefálico.

Quanto à AUTORIA, é ela certa, recaindo na pessoa do réu, Marco Juliano Borges de Azevedo (fls. 98/101) que, em seu interrogatório, admite ser o condutor do veículo que colidiu com a motocicleta pilotada pela vítima, causando-lhe a morte. Refere o acusado que preparava-se para fazer a conversão à esquerda para ingressar em um posto de gasolina, parou o carro, ocasião em que foi colidido pela motocicleta da vítima.

Registra-se, inicialmente, que, no presente caso, podemos observar que a autoria dos fatos, o sentido em que dirigiam-se os veículos envolvidos, bem como a manobra pretendida pelo motorista da caminhonete encontram-se comprovadas nos autos e são incontestas. O questionamento do recorrente está no que pertine à ocorrência de interceptação abrupta da trajetória do motociclista, ou culpa exclusiva da vítima que, em razão trânsito precário ocasionado por obras na pista, precipitou-se contra o veículo parado, que aguardava oportunidade para realizar conversão pretendida.

As testemunhas presenciais ouvidas em juízo, em síntese, apontam o sentido dos veículos envolvidos, o local da colisão, a manobra pretendida pelo motorista da caminhonete, bem como confirmam a existência de obras na pista.

Ocorre que Márcio Zortea Batista (fls. 132/135), vítima, afasta a alegada culpa exclusiva da vítima ao referir que “uma camionete, provavelmente estava entrando no posto, cortou nossa frente, batemos no meio da camionete”.

Observa-se, ainda, que o próprio acusado, em seu interrogatório judicial (fls. 98/101), presta valiosas informações ao dizer que antes do acidente não viu nada, acreditando que a moto estava com o farol apagado. Ora, porque o réu estaria com o veículo parado, aguardando a conversão, se não via nada. E evidente que, não vendo o motociclista, efetivamente cortou a frente do veículo da vítima, não estando, com isso, com a caminhonete parada, conforme asserta.

Por fim, a inverossímil tese defensiva — culpa exclusiva da vítima — restou fulminada pelas reveladoras provas documentais que demonstram que caminhonete foi atingida na lateral, e apontam, de forma indubitosa, a ocorrência de abrupta interceptação da trajetória do veículo da vítima.

Merece mesmo ser colacionado excerto da respeitável sentença hostilizada, que, com perspicácia, afirmou (fl. 228).

“...É indubitoso que conforme a prova existente nos autos, notadamente as fotos, temos que à folha 69 vemos a caminhonete atingida no pára-lama dianteiro e no pára-brisa, portanto é licito afirmar-se que o impacto ocorreu sobre o pára-lama dianteiro, depois da roda dianteira. Se esse fato ocorreu dessa maneira, fato, este provado pelas fotos existentes os autos, não há como afastar-se o entendimento de que a caminhonete ao infletir à esquerda cortou a frente da motocicleta, o que é verdade, conforme os autos, que o réu trafegava na direção da caminhonete, no sentido pela Diário de Notícias, no sentido bairro/centro e a moto em sentido contrário. Ora, considerando o sentido em que trafegavam os veículos, se efetivamente a caminhonete estivesse parada, aguardando para adentrar no posto, ela teria sido atingida na frente e o que se vê na foto é que ela foi atingida no lado. Para ser atingida no lado ela já teria que ter infletido à esquerda, desta forma cortando a frente da moto. Não há como chegar-se a outra conclusão, considerando a prova documental existente nos autos, dessa sorte tenho que efetivamente os fatos ocorreram como consta na denúncia...”

Dúvida não resta, destarte, que o réu transitava com o veículo sem atenção e os cuidados necessários para a segurança do trânsito, pois deixou de observar a preferência da motocicleta da vítima, fazendo denotar, com isso, evidente culpa do réu. Os fundamentos da culpa assentam-se na previsibilidade objetiva e na ausência de previsão subjetiva. Ambos estão perfeitamente

comprovados: O réu era conhecedor dos riscos do trânsito desatento e sem os cuidados necessários para segurança do trânsito.

O fato, pois, era perfeitamente previsível - tanto mais para um morador da localidade -, mas não foi esperado, de modo particular e subjetivo, pelo acusado. A negligência caracterizou-se pela ausência de atenção e os cuidados necessários para a segurança do trânsito. A imprudência pela manobra de conversão à esquerda sem as cautelas necessárias que interceptou a trajetória regular da motocicleta, e a imperícia por não evitar o acidente. Sem dúvida, se réu tivesse, na ocasião, agido com todas as cautelas, o evento danoso não teria sido verificado.

Em suma, a prova carreada aos autos do processo corrobora para a responsabilidade do réu pelo delito previsto no artigo 302, caput, do Código Nacional de Trânsito, tal como condenado, e a versão apresentada pelo apelante é inverossímil e restou isolada.

Presentes estão os elementos do TIPO PENAL em análise, pelo que o fato é típico. Ante a inexistência de qualquer EXCLUDENTE DA ILICITUDE, o fato é antijurídico. Presentes estão os elementos da CULPABILIDADE, quais seja, a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, pelo que o fato é culpável. Formada a TRÍADE, perfectibilizado está o CRIME, impondo-se a aplicação da sanção correspondente.'

De mais a mais, 'culpa evidente da condutora do automóvel e., portanto, passível a motorista de censura penal. Por tratar-se de manobra excepcional, só se justifica a inflexão à esquerda depois de bem certificada a inexistência de trânsito na avenida, nos dois sentidos. Cortar o fluxo do tráfego e causar ferimentos em motociclista que trafega na mesma via, mas em sentido oposto, denota imprudência no agir' (JULGADOS, 73/48).

Por derradeiro, 'neste domínio, em que o agir preenche a forma culposa, não há falar-se em compensação de culpas' (JULGADOS, 77/71).

Com relação à suspensão, estou reduzindo o prazo para dois meses de suspensão, levando em conta o passado do réu como cidadão. Estou

adotando o critério objetivo: 2 (dois) meses que é a pena mínima da suspensão. O art. 293 do CTB nos traz este parâmetro.

Em suma, rejeitadas as preliminares, dou parcial provimento à apelação para reduzir o prazo da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para 2 (dois) meses, forte no art. 293 do Código de Trânsito Brasileiro.

É como voto.

SR. PRESIDENTE (DES. DANÚBIO EDON FRANCO) – De acordo.

DESA ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS – De acordo.

Decisor(a) de 1º Grau: Dalvio Leite Dias Teixeira.