

Estudos em
Homenagem à
Professora

Ada Pellegri Grinover

Achille Saletti Adroaldo Furtado Fabrício Alberto Silva Franco Andrea Proto Pisani Angel Landoni Sosa
Antonio Gidi Antonio Magalhães Gomes Filho Antonio Scarance Fernandes Athos Gusmão Carneiro
Cândido Rangel Dinamarco Carlos Manuel Ferreira da Silva Claudia Lima Marques Cristina de Maglie
Édis Milaré Edoardo F. Ricci Elio Fazzalari Elival da Silva Ramos Federico Carpi Fernanda Dias
Menezes de Almeida Flavia Tavares Rocha Loures Flávio Luiz Yarshell Francesco P. Luiso Franco Cipriani
Giulio Ubertis Giuseppe Tarzia Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró Humberto Theodoro Júnior
Ivette Senise Ferreira Jaime Greif Jairo Parra Quijano José Afonso da Silva José Carlos Barbosa Moreira
José Cretella Júnior José Manoel Arruda Alvim José Renato Nalini José Roberto dos Santos Bedaque
Julio B. J. Maier Kazuo Watanabe Luigi Paolo Comoglio Luiz Flávio Gomes Luiz Guilherme Marinoni
Luiz Rodrigues Wambier Manoel Gonçalves Ferreira Filho Maurício Zanoide de Moraes Michelle Taruffo
Miguel Reale Júnior Nelson Nery Júnior Nicola Picardi Nina Beatriz Stocco Ranieri Odete Medauar
Paulo Henrique dos Santos Lucon Pedro J. Bertolino Roberto Omar Berizonce Ronaldo Porto Macedo Junior
Sergio Bermudes Sergio Chiarloni Sergio La China Sídney Agostinho Beneti Tales Castelo Branco
Teresa Arruda Alvim Wambier Vicenzo Vigoriti Zelmo Denari

Organização: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes



struttura del mezzo di prova considerato, la falsa deposizione e la reticenza non influiscono sulla regolarità dell'acquisizione probatoria, ma ne costituiscono il risultato.

In proposito, va evidenziato che la condotta illecita *esterna* è rilevante epistemologicamente perché la sua stessa esistenza insinua il dubbio dell'adulterazione sul comportamento successivo della fonte di prova che ne sia stata vittima. Né, in questa prospettiva, importa se le pressioni siano volte a impedire la conferma dibattimentale di quanto a suo tempo veridicamente asserito al di fuori del contraddittorio oppure a far ritrattare dichiarazioni mendaci anteriormente rese in assenza della parte interessata: lo scopo del comportamento anti giuridico, in questo frangente, è in linea di massima conosciuto soltanto da chi lo mette in opera e da chi lo subisce, né il giudice può presumere aprioristicamente la direzione.

Proprio in una dimensione sensibile al compito giudiziale di verificare un enunciato fattuale senza consentire che il comportamento illecito di cui sia vittima il teste raggiunga il suo scopo, neutralizzando la fonte di prova con effetto per così dire retroattivo, l'ipotesi costituzionale del contraddittorio *inquinato* assolve la sua principale funzione. Essa consente al giudice di decidere valutando anche le pregresse dichiarazioni rese senza osservare il contraddittorio da una persona, riguardo alla quale vengono a mancare le consuete garanzie epistemologiche sulla attendibilità delle conoscenze ottenute in giudizio, perché successivamente sottoposta "a violenza, minaccia, offerta o promessa di danaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso", come recita l'art. 500, comma 4, cpp in attuazione dell'art. 111 cost.

Piuttosto, va sottolineato che, nonostante la deroga appena individuata, il contraddittorio non è sempre eludibile, pur sussistendo una condotta illecita a danno del testimone. Se un soggetto che l'avesse subita fosse chiamato a deporre contro più imputati, ma a solo uno di questi (o addirittura a un terzo interessato all'esito del processo) fossero addebitabili le pressioni anti giuridiche, non sembra legittimo emanare una decisione basandosi essenzialmente su dichiarazioni sfavorevoli, l'autore delle quali non ne abbia reso conto all'accusato che sia incolpevole in relazione a tale comportamento illecito. Per un verso, rispetto ai coimputati, con riferimento alla posizione di siffatto testimone reticente potrebbe reputarsi applicabile l'art. 111, comma 4, parte seconda, sostenendosi che la sottrazione all'interrogatorio sia effetto di una libera scelta, essendo coartata solamente quella concernente il soggetto a cui favore è stato tenuto il comportamento illecito. Per l'altro, più in generale, una condanna fondata, esclusivamente o in maniera determinante, su quanto asserito da una persona per la quale non si sia realizzata un'occasione adeguata e sufficiente di esame da parte di un accusato non responsabile di tale situazione comporterebbe certamente per l'Italia la conseguenza di vedersi addebitata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo la violazione dell'art. 6, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in caso di ricorso dell'interessato a tale organo di giustizia sovranazionale.

Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Advogado criminalista. Mestre e doutor em direito processual penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade de Taubaté. Professor-coordenador dos cursos de pós-graduação em direito processual penal da Universidade Católica de Santos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e coordenador-chefe do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências.

Sumário: 1. As "declarações escritas" de testemunhas. 2. Processo penal e busca da verdade. 3. Prova atípica e prova anômala. 4. Modelo legal da prova testemunhal e da prova documental. 5. O entendimento jurisprudencial. 6. Conclusões.

1. As "declarações escritas" de testemunhas

Cada vez mais vem se tornando comum, na praxe forense, a substituição da oitiva de testemunha pela juntada de declarações escritas versando sobre fatos relevantes ao processo.

Durante muito tempo esse procedimento foi comumente utilizado pelos advogados, visando principalmente a comprovação dos "bons antecedentes" do acusado. Certamente com o beneplácito e, não raro, até mesmo com o estímulo dos próprios magistrados, em vez de se ouvir em audiência as chamadas "testemunhas de antecedentes"¹, juntavam-se aos autos declarações de pessoas que conheciam o acusado².

1. XAVIER DE AQUINO, José Carlos G. *A prova testemunhal no processo penal*. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 98, denomina-as "fami geradas 'testemunhas de beatificação'", acrescentando que "esse tipo de testemunho, sob o ponto de vista objetivo, não deveria ser aceito com o rótulo de testemunha, uma vez que o teor do depoimento não apresenta o mínimo liame com o objeto da apreciação jurisdicional e nem sequer abala o convencimento do magistrado no que pertine à culpabilidade do agente".
2. É verdade que tais declarações, e mesmo os testemunhos sobre antecedentes, sempre tiveram pouquíssima importância prática. Sua influência no mérito nunca se fez sentir. No que toca à dosimetria da pena, em que tais testemunhas poderiam fornecer dados importantes sobre os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado (art. 59 do CP), a questão normalmente resume-se à análise da certidão de antecedentes crimina is.

A situação é diferente quando a defesa junta aos autos uma declaração escrita de alguém que conhece os fatos objeto do processo, mas não irá prestar depoimento como testemunha. Normalmente, tal prova é considerada sem valor pelo juiz, que em uma ou duas linhas asseve: "a declaração não tem valor como prova, vez que não foi produzida em contraditório"³.

Recentemente, contudo, a questão ganhou um colorido especial, na medida em que vem se tornando uma prática freqüente o representante do Ministério Público levar uma possível testemunha em seu gabinete, "colher" as suas declarações e as reduzir a termo, sendo que, em alguns casos, ainda, o faz na presença de um advogado — que, certamente, não é o advogado do acusado. Tais declarações são posteriormente juntadas aos autos, para que sejam valoradas —, quer como documento, quer como testemunhos — pelo magistrado, na formação do seu convencimento sobre os fatos relevantes do processo.

Na verdade, nem sequer se trataria de uma prova atípica, mas sim de um meio de prova típico: o documento. Assim, a princípio, sua juntada ao processo estaria de acordo com o modelo legal de produção de prova documental, sujeita, pois, ao regime jurídico de tal meio de prova.

O fundamento para tal forma de atuação, como sempre, tem sido a tão invocada "busca da verdade real". Essa forma de agir consistiria num útil e eficaz instrumento de descoberta da verdade.

Há, porém, um outro lado que não pode ser esquecido: tal "procedimento probatório" não consistiria em uma inadmissível afronta aos mais básicos princípios que regem a atividade probatória, como o contraditório e a imediatidade?

2. Processo penal e busca da verdade⁴

A busca da verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo que aspire a uma correta verificação dos fatos⁵.

3. Assim, entre tantos outros, decidiu o TACRIMSP, que é "inadmissível substituir a prova testemunhal de defesa por declarações escritas, sob pena de violação ao princípio do contraditório, eis que se exige que o depoimento seja prestado oralmente, assegurando-se ao Ministério Público o direito de fazer perguntas, preservando-se a disciplina cogente na produção desta espécie probatória" (HC 11.424, 11ª Câmara, Rel. Gonçalves Nogueira, j. 15.09.1986, v. u., rolo/flash 402/443).

4. Tratamos do tema com maior profundidade em: Badaró, Gustavo Henrique I. R. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 24 e segs.

5. Cf. Gomes Flauz, Antônio M. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 54; Camê, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 78; e Barros, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha

Todavia, a "verdade judicial", até mesmo por força de limitações legais decorrentes das regras sobre a produção e valoração da prova, jamais será uma verdade *absoluta*⁶. Trata-se, pois, de uma verdade necessariamente relativa, que tenha a "maior aproximação possível"⁷ com aquilo que se denomina verdade, *tout court*⁸.

De qualquer forma, mesmo aceitando-se a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto, ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade⁹, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa. O juiz deve procurar atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de sua ocorrência — ou inexistência —, fazer justiça no caso concreto.

Partindo de tal premissa, não tem sentido procurar distinguir a denominada verdade *de formal* — que se aplicaria ao processo civil — daquela outra que, em contraposição, costuma-se chamar de verdade *material* — que seria buscada no processo penal¹⁰. Tanto a verdade formal, quanto a verdade material, não são verdades absolutas.

O reconhecimento do caráter relativo da verdade buscada em qualquer tipo de processo, inclusive no processo penal, impede que sejam utilizadas provas ilícitas ou produzidas com violação de princípios que regem o justo processo, sob o fundamento de que permitirão a descoberta da verdade material¹¹.

6. A doutrina moderna tem negado que a verdade judicial, por mais amplas que sejam as possibilidades instrutórias das partes e do juiz, seja uma verdade absoluta. Cf. Iacovello, Francesco Mauro. "Prova e accertamento del fatto nel processo penale riformato dalla corte costituzionale". In: *Cassazione penale*. Milão, Giuffrè, 1992, p. 2.029; Saraceno, Pascoale. *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*. Padova, CEDAM, 1940, p. 9; Taruffo, Michele. "Modelli di prova e di procedimento probatorio". *Rivista di diritto processuale*. Milão, Giuffrè, 1990, p. 431; Ubertis, Giulio. *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*. Torino, UTET, 1999, p. 5. Na doutrina nacional, cf. Karan, Maria Lúcia. "Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória". *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 35, jul./set. 2001, p. 57; Prombo, Sérgio Marco de M. "O juiz penal e a pesquisa da verdade material". In: Porto, Herminio Alberto Marques; Silva, Marco Antonio Marques (orgs.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 74; Camê, Eduardo. "Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista". *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 96, out./dez. 1999, p. 234-235.

7. Cf. Taruffo, Michele. "Note per una riforma del diritto delle prove". *Rivista di diritto processuale*. Milão, Giuffrè, 1986, p. 249; Comocuo, Luigi Paolo. *Le prove civili*. Torino, UTET, 1998, p. 13; e Ubertis, op. cit., p. 10.

8. Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milão, Giuffrè, 1992, p. 158.

9. Cf. Taruffo, op. cit., p. 157; Lombardo, Luigi Giovanni. "Ricerca della verità e nuovo processo penale". In: *Cassazione penale*. Milão, Giuffrè, 1993, p. 752.

10. Negando essa falsa dicotomia, cf. Cavallone, Bruno. "Critica della teoria delle prove atipiche". *Rivista di diritto processuale*. Milão, Giuffrè, 1978, p. 721; Taruffo, op. cit., p. 248; Ricci, Gian Franco. "Prove penali e processo civile". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milão, Giuffrè, 1990, p. 847, nota 3; e Ubertis, op. cit., p. 57. Na doutrina nacional, cf. Moreira, José Carlos B. "A Constituição e as provas ilícitamente obtidas". In: *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 118; Grinover, Ada P. "A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório". *A marcha no processo*. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 83.

11. Segundo Figueiredo, Jorge D. *Direito processual penal*. Coimbra, Coimbra Editores, 1974, v. I, p. 193, "a verdade material deve ser entendida em um duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através de seu comportamento processual, a acusação ou a defesa possam exercer

3. Prova atípica e prova anômala

O art. 332 do Código de Processo Civil estabelece que "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".

Embora não haja um dispositivo semelhante no Código de Processo Penal¹², há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições¹³.

Todavia, a admissibilidade de provas atípicas não pode servir de pretexto para a produção de provas anômalas. Quando a lei estabelece um determinado procedimento probatório para a produção de um meio de prova, este procedimento não pode ser desvirtuado. Não se nega que o juiz possa produzir meios de prova atípicos. Não poderá, porém, a pretensão de produzir uma prova atípica, desviar-se de um meio probatório típico¹⁴.

Nos casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuinidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova. Toda vez que tal procedimento probatório não é seguido, o problema que se coloca não é saber se o meio de prova produzido é típico ou atípico, mas sim se os requisitos e condições previstos em lei, mas que não foram observados na admissão ou produção da prova, eram ou não essenciais para tal meio probatório¹⁵.

Em suma, é necessário distinguir a prova atípica da "prova irritual", isto é, da prova típica produzida sem a observância de seu procedimento probatório¹⁶. Além disso, a

sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há de ser, antes de tudo, uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer custo, mas processualmente válida". O mesmo conceito é adotado por GRINOVER, Ada P. *Libertades públicas e proceso penal — as interceptações telefônicas*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 61.

12. O Código de Processo Penal Militar estabelece, em seu art. 295, que: "É admissível, nos termos deste Código, qualquer espécie de prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva, ou contra a hierarquia ou a disciplina militares". No direito comparado, pode ser citado o art. 189 do CPP italiano de 1988, que estabelece: "prova non disciplinate dalla legge. 1. Quando è richiesta una prova disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona".

13. Segundo GRACO FIUJO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 177, além dos meios legais, também admitem-se outros "desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade". No mesmo sentido posiciona-se TOURINHO FIUJO, Fernando da C. *Processo penal*. 22 ed. São Paulo, Saraiva, 2000, v. 3, p. 228, lembrando que "o veto às provas que atentam contra a moralidade e dignidade da pessoa humana, de modo geral, decorre de princípios constitucionais".

14. LARONCA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova, CEDAM, 2002, p. 9.

15. CAVALLONE, Bruno. *Il giudice e la prova nel processo civile*. Padova, CEDAM, 1991, p. 350. No mesmo sentido, cf. UBERTIS, op. cit., p. 73-74.

16. Cf. LARONCA, op. cit., p. 13; UBERTIS, op. cit., p. 73.

Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testem

prova atípica não pode ser confundida com uma prova anômala, que é uma prova utilizada ou para fins diversos daqueles que lhes são próprios, ou para fins característicos de outras provas típicas¹⁷.

4. Modelo legal da prova testemunhal e da prova documental

Tanto a prova testemunhal quanto a prova documental são provas típicas. Diferentemente existirá algum código de processo, penal ou civil, que deixe de disciplinar meios de prova. Obviamente, são distintos os modelos probatórios criados pelo legislador para a produção de cada uma dessas provas típicas.

Para a produção da prova testemunhal, o procedimento probatório prevê a testemunha seja ouvida na presença do juiz, mediante compromisso de dizer a verdade (art. 203 do CPP), e sob a advertência das penas cominadas ao crime de falso testemunho (art. 210 do CPP). Salvo exceções expressamente previstas¹⁸, o depoimento é prestado oralmente (art. 204 do CPP), sendo permitido às partes formular perguntas (art. 205 do CPP), bem como contraditar a testemunha (art. 214 do CPP). Nada disso é observado, porém, quando a prova testemunhal é transformada em um simples "documento", isto é, no instrumento que corporifica o registro escrito das declarações que alguém presta perante uma das partes, mas sem a presença do juiz.

Há, também, uma disciplina legal para a prova documental. O documento constitui qualquer escrito, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares (art. 232 do CPP), que, em regra¹⁹, podem ser juntados em qualquer fase do processo (art. 231 do CPP).

Com relação à produção da prova documental, é de se observar que o procedimento judicial sobre a admissibilidade da prova ocorre posteriormente à própria produção da prova, que é juntada nos autos, na própria petição em que é requerida. Diferentemente do que ocorre com os meios de prova produzidos em juízo (por exemplo, prova testemunhal), não há uma prévia proposição da prova, que se sujeitará ao juízo de admissibilidade para, só então, ocorrer a sua produção. Na prova documental

17. LARONCA, op. cit., p. 9. Como o juiz, op. cit., p. 23, admitem que "l'atipicità possa riguardare, tutt'al più, i possibili fonti di prova, ma non mai i mezzi tecnici o gli strumenti materiali, sempre (e necessariamente) tipici, attraverso i quali sia consentito assicurare l'acquisizione al processo".

18. O § 1º do art. 221 do CPP, com a redação dada pela Lei 6.416/77, estabelece que: "O Presidente do Supremo Tribunal Federal poderá optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício". Também, por escrito, os surdos-mudos, nos termos do disposto no art. 223, parágrafo único do art. 192, III, ambos do CPP.

19. Não podem ser juntados documentos na fase de alegações finais, no juízo de acusação, do processo dos crimes dolosos contra a vida (art. 406, § 2º, do CPP), bem como nos três dias antecedente ao julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 475 do CPP).

o juízo de admissibilidade é realizado *a posteriori*, seja para manter a prova já produzida, seja para determinar a sua exclusão.

Importante ressaltar que o documento é um meio de prova típico, idôneo a introduzir no processo elementos de prova pré-constituídos²⁰, enquanto a prova testemunhal é constituída no próprio processo, em contraditório e na presença do juiz. Essa é uma diferença fundamental: enquanto a produção da prova testemunhal já ocorre em contraditório, a produção da prova documental foge ao método dialético, somente vindo o contraditório a se operar na fase de admissão da prova no processo²¹.

A necessidade de respeito ao contraditório na produção da prova não se justifica em razão da garantia política de um justo processo, mas também por um fundamento epistemológico: o contraditório é o melhor método de conhecimento²². A verdadeira prova não se obtém em segredo ou com pressão unilateral, mas de modo dialético²³.

Além do contraditório, também o princípio da imediação está presente no momento da produção de prova testemunhal, mas ausente na prova documental²⁴.

A presença do juiz no momento da produção de prova testemunhal é fundamental para, posteriormente, haver uma correta valoração da prova²⁵. Por isso, muitos dos fatos que o juiz analisa para formar o seu convencimento em relação à prova testemunhal perdem-se se não for observado o princípio da imediação²⁶. Além do próprio conteúdo

20. LARONCA, op. cit., p. 86.

21. GOMES FILHO, op. cit., p. 148, observa que: "A introdução contraditória da prova significa que, admitida uma prova por decisão judicial, a participação dos interessados nos procedimentos de sua produção deve ser ativa e efetiva. Assim, se se tratar de prova pré-constituída, suficiente será a possibilidade de manifestação sobre a legalidade ou idoneidade do material probatório introduzido; mas, no caso de provas que se formam no próprio procedimento, as partes devem ter oportunidade de acesso a todos os atos de sua elaboração, formulando questões às testemunhas ou peritos, obtendo e contestando informações e, ainda, podendo oferecer a contraprova".

22. UBERTS, op. cit., p. 55.

23. TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4 ed. Padova, CEDAM, 2002, p. 14. VASSALLI, Giuliano. "Il diritto alla prova nel processo penale". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 1968, p. 17, destaca que "non è ammissibile che i testimoni a carico rimangano nell'ombra".

24. TONINI, op. cit., p. 190. Deve-se destacar que no processo penal brasileiro, por não vigorar a regra da identidade física do juiz, todos os benefícios decorrentes da imediação podem ser perdidos se um juiz diverso daquele que colheu a prova vier a sentenciar o processo. O CPP italiano, em seu art. 525, § 2º, estabelece que "alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta [179], gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento".

25. TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 4 ed. São Paulo, Saraiva, 1987, v. 1, p. 394. O autor inclui entre as características da prova testemunhal a *judicialidade*: "Técnicamente só é prova testemunhal o depoimento prestado em juízo. Faltando o imediato, o contato direto do juiz com a testemunha, não pode aquele avaliar a sinceridade desta, sentir-lhe as reações e mesmo interrogá-la sobre o que julgar necessário. A prova perde o calor do testemunho e cai sobre os sentidos do juiz com a frieza das coisas mortas".

26. Esse aspecto foi ressaltado pelo TACRIMSP, em caso no qual a defesa juntou declarações escritas sobre o fato, em que se decidiu: "Individuadamente colimou-se suprimir o Magistrado, no instante adequado do processo de conhecimento, a oportunidade de aquilatar-se, nas sobriedas nuances, o desempenho direto e pessoal dos então apenas subscritores de declarações escritas" (HC 1153.370/8, 11ª Câmara, Rel. Gonçalves Nogueira, j. 15.09.1986, v. u.)

da narrativa, o juiz também avalia o próprio sujeito da prova testemunhal²⁷. Substituindo-se o ato de ouvir a testemunha pela juntada de declarações escritas prestadas por quem poderia ter sido testemunha, será impossível ao juiz analisar o estado emotivo revelado ao prestar o depoimento²⁸, bem como a sugestibilidade ou a firmeza da testemunha diante das perguntas que lhe são feitas²⁹, além de outros fatores, como a loquacidade da testemunha ou sua excessiva insegurança³⁰.

É fácil perceber que o "documento-declaração" sobre fatos do conhecimento de quem poderia ou deveria ser testemunha não pode ser aceito como meio de prova, por ferir frontalmente as garantias do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LV e LIV, da CF, respectivamente).

Além disso, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, e) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, f), que integram o nosso ordenamento jurídico³¹, prevêm, expressamente, o direito da defesa de *inquirir as testemunhas presentes no tribunal*. Nesse contexto, quando uma das partes pretende transformar a oitiva de uma testemunha em uma prova documental, ela está suprimindo o direito da parte contrária de inquirir tal testemunha. Há, pois, sob tal ângulo, inadmissível violação do direito à prova. O acusado tem o direito de que as testemunhas de que se pretende valer a acusação, sejam levadas perante o juiz para depor. Trata-se de um direito incondicionado, decorrente da exigência de que as provas sejam abertas, controladas e legalmente produzidas³².

Ao se juntar aos autos a declaração de uma pessoa que tem ciência de um fato relevante para o processo (*fonte de prova*), valendo-se para tanto da disciplina legal da prova documental (*meio de prova*), está se pretendendo atingir a finalidade da prova testemunhal — alguém dar ciência ao juiz de um fato de que teve conhecimento — com o emprego de prova documental.

27. CAMARGO ARANHA, Adalberto José de Q. T. *Da prova no processo penal*. 3 ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 130.

28. ARANHA, *Da prova...* op. cit., p. 130.

29. Idem, ibidem, p. 130.

30. BATISTA, João L. *A prova no direito processual civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 145.

31. O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966. O Congresso Nacional aprovou o seu texto por meio do Decreto Legislativo 226/91. A carta de adesão ao Pacto foi depositada em 24.01.1992, tendo o tratado entrado em vigor para o Brasil, no âmbito internacional, em 24.04.1992, na forma do art. 49, § 2º, que estabelece uma *vacatio legis* de três meses. No ordenamento jurídico interno, o Pacto foi recepcionado pelo Decreto 592/92. A Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San Jose da Costa Rica, em 22.12.1969, só entrou em vigor, internacionalmente, em 18.07.1978, na forma do parágrafo único do seu art. 74. O Brasil subscreveu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O Congresso Nacional, posteriormente, por meio do Decreto 27/92, aprovou o texto da referida convenção. Uma vez aprovada, o governo brasileiro, em 25.09.1992, depositou a carta de adesão, isto é, ratificou a Convenção Americana. Para o Brasil, então, no plano internacional, somente nesta data a convenção entrou em vigor, consoante o disposto no art. 74, § 2º, daquele documento internacional. Por fim, o presidente de República promulgou o Decreto 678/92.

32. VASSALLI, op. cit., p. 17.

Ora, é lição sabida e repetida que a prova, para ser válida, deve ser produzida em contraditório, na presença das partes, e perante o juiz natural da causa³³. A prova colhida sem a presença das partes e do juiz não é prova, não se submeteu ao contraditório e não pode, validamente, integrar o acervo sobre o qual o juiz — togado ou leigo — irá se debruçar para formar livremente o seu convencimento³⁴.

O “documento” em que se consubstanciam as “declarações” da pseudotestemunha³⁵, produzido no gabinete do promotor de justiça, ou no escritório de advocacia, ou em qualquer outro local que não seja a sala de audiência³⁶, não foi produzido na presença do juiz e, via de regra, a colheita das declarações e sua redução a termo acontecem na presença de apenas uma das partes, sem a participação da parte contra quem a declaração, normalmente, será utilizada.

Por se tratar da supressão do contraditório em um meio de prova de característica essencialmente dialética, como é a prova testemunhal, a prova produzida unilateralmente, no gabinete do Ministério Público, não pode ser admitida como prova, devendo ser desentranhada dos autos³⁷.

5. O entendimento jurisprudencial

O tema não tem sido debatido com muita frequência na jurisprudência. Entre os poucos julgados encontrados sobre a matéria, merece destaque um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi declarada a ilicitude de declarações produzidas em gabinete do Ministério Público e³⁸, posteriormente, juntadas aos autos, como se fossem “documentos”³⁹. Na oportunidade, considerou-se que tal prova viola o direito à ampla defesa e ao contraditório, assim como a sua forma de produção não se compatibiliza com o devido processo legal⁴⁰. Consequentemente, sendo a prova ilegal, outro caminho não resta senão determinar seu desentranhamento, quando já juntada aos autos.

informa que o Ministério Público não pode desenvolver atividade integrativa da *indagine*, durante o *dibattimento*, “quando si tratti di atti per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore di questo”.

38. Não se pretende, nesse passo, ingressar na tormentosa questão sobre a possibilidade ou não de o Ministério Público realizar diretamente a investigação criminal. Importante, porém, observar que, mesmo para os que admitem tal possibilidade, na fase que antecede a instauração da ação penal, tal poder não pode significar eliminação do contraditório na fase processual da persecução penal. Merece ser transcrito passo do mesmo acórdão, no qual se asseriu: “E nem se invoquem as atribuições conferidas ao Ministério Público e relativas à iniciativa das investigações, ou à superintendência delas e nem mesmo a dispensabilidade do inquérito policial a servir de base ao oferecimento da denúncia; é que não se pode perder de vista que tudo isso deve anteceder a instauração da ação penal; uma vez instaurada a *lite*, torna-se obrigatória a observância do contraditório, indispensável ao exercício da ampla defesa e, pois, ao desenrolar do devido processo legal” (TJSP, HC 368.417-3/9-00, 4ª Câmara Criminal de janeiro/2002, Rel. Des. Sinésio de Souza, j. 12.03.2002, m. v.). A mesma atitude foi adotada em outro julgado, no qual se decidiu: “Se não houvesse processo instaurado, com partes conhecidas, poderia se admitir que o Dr. Promotor de Justiça colhesse declarações para tomar providências no seu ofício” (TJSP, Correição parcial 145.555-3/1, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Renato Talli, j. 22.08.1993, v. u.). Em sentido oposto, no caso em que o promotor de justiça requisiou que a pessoa fosse ouvida pela autoridade policial, decidiu-se que: “Aliás, poderia até o próprio representante do Ministério Público chamar ou solicitar a presença da assistente social em seu gabinete e ali bater uma declaração que ela assinasse, pedindo, posteriormente, sua juntada aos autos” (TJSP, Correição parcial 57.396-3, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Weiss de Andrade, j. 21.12.87, v. u., RT 627/293).

39. A questão também foi enfrentada no aresto anteriormente citado: “E também não afasta a ilegalidade dizer-se que as partes podem juntar documentos em qualquer fase do processo; inquirição de testemunhas — e nisso se transformou, indiretamente, o co-téu ouvido — se faz em audiência pública, presentes as partes e sob a presidência do juiz, que é quem dirige o processo; a juntada de prova obtida *contra legem* e, por isso mesmo, ilícita, desde que oferecida pela promotória, o que fazer quando a defesa pretender juntar aos autos provas produzidas no escritório do advogado, sem a presença de juiz e a participação do promotor?” (TJSP, HC 368.417-3/9-00, 4ª Câmara Criminal de janeiro/2002, Rel. Des. Sinésio de Souza, j. 12.03.2002, m. v.). Podemos acrescentar, a tal exemplo, a seguinte hipótese: poderia um juiz chamar uma testemunha em seu gabinete e ouvi-la, sem a presença das partes e sem o respeito ao contraditório, reduzir a termo o que foi por ela dito e juntar tal “documento” ao processo? Tal declaração seria válida como meio de prova? Certamente que não, sob pena de retornarmos ao período inquisitório. Então por que permitir que assim o façam as partes? Em sentido diverso, o TJSP já decidiu que: “Declarações reduzidas a termo se transformam, inequivocamente, em documento” (TJSP, Correição parcial 57.396-3, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Weiss de Andrade, j. 21.12.87, v. u., RT 627/293).

40. Nesse sentido, cf. TJSP, HC 368.417-3/9-00, 4ª Câmara Criminal de janeiro/2002, Rel. Des. Sinésio de Souza, j. 12.03.2002, m. v.; TJSP, Correição parcial 145.555-3/1, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Renato Talli, j. 22.08.1993, v. u.

33. Nesse sentido, na doutrina italiana, em especial, em face do art. 526 do CPP de 1988, cf. BARGI, Alfredo. *Procedimento probatorio e giusto processo*. Napoli, Jovene, 1990, p. 117; UBERTI, Giulio. “Confini del diritto alla prova nel procedimento penale”. In: —. *Verso un “giusto processo” penale*. Torino, Giappichelli, 1997, p. 111-112; ZAPPALÀ, Enzo. “Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio”. *Diritto penale e processo*, 1998, p. 887; SIRACUSANO, Delfino. “Introduzione”. In: *Il giusto processo*. Milano, Giuffrè, 1998, p. 25; TAORMINA, Carlos. “Il processo di parti di fronte al nuovo regime delle contestazioni e delle letture dibattimentali”. *Giustizia penale*, 1992, III, p. 458. Na doutrina nacional, analisando o processo penal italiano, cf. GOMES FIUHO, op. cit., p. 70.

34. GANOVER, Ada P. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 22. A autora explica que “tanto será viciada a prova que for colhida SEM A PRESEÇA DO JUIZ, como o será a prova que for colhida pelo juiz, SEM A PRESEÇA DAS PARTES” (destaque do original).

35. Como bem destaca AQUINO, op. cit., p. 74: “O indivíduo somente assume a função de testemunha propriamente dita, isto é, juridicamente considerada, quando, depois de ter sido convocado pelo órgão jurisdicional a comparecer em juízo a fim de narrar os fatos relacionados como o processo, objeto da investigação judicial, efetivamente comparece, preste compromisso (nos casos exigidos pela lei) e transmita seu conhecimento ao magistrado”. No mesmo sentido, na doutrina estrangeira, cf. TONINI, Paolo. *La prova penale*. 4 ed. Padova, CEDAM, 2002, p. 97.

36. Destaque-se que o art. 221, *caput*, do CPP, com a redação dada pela Lei 3.653/59, estabelece que: “O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados das Assembléias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz”. Além disso, o art. 798, *caput*, já prevê, como regra geral, que: “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízes e tribunais”, sendo que seu realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

37. É a conclusão de GOMES FIUHO, op. cit., p. 169-170, que acrescenta: “A impossibilidade de consideração da prova é absoluta, uma vez que uma renovação do ato, com observância do contraditório, é simplesmente inviável”. Comentando tal situação no processo penal italiano, GREGÓRIO, G. Giulio de. “L'inutilizzabilità”. In: MARZANDURI, Enrico coord. *Le prove*. Torino, UTET, 1999, t. I, p. 284,

Tal situação mostra-se particularmente mais gravosa quando tais "documentos" são juntados aos autos de processo que será julgado pelo júri popular⁴¹. Como já teve oportunidade de destacar o Desembargador Renato Talli:

Fora um processo de competência do juiz singular, sujeito a uma sentença motivada, ainda seria de indagar se não bastaria verificar se a sentença se fundara, ou não, nesse depoimento viciado. Mas, num julgamento de consciência, como o do júri! Só quem jamais viu um júri funcionar pode dizer que se pode evitar a influência de provas como esta, simplesmente dissertando para os jurados sobre o princípio constitucional do contraditório, a fim de que eles tenham como inexistente tal ou qual prova, que diz respeito ao fato que se está julgando⁴².

Em sentido diverso, já se admitiu a utilização de declarações produzidas pelo Ministério Público, por considerar que as mesmas seriam uma prova típica, no caso, um documento. É bem verdade que, no caso, não se tratava, propriamente, de declarações de uma "virtual" testemunha, mas sim de uma assistente social que houvera atuado anteriormente no processo, como auxiliar do juiz, tendo elaborado um laudo juntado aos autos⁴³.

Nesse passo não se pode deixar de registrar a confusão entre os conceitos de *documento* e *documentação*. Documento é meio de prova pré-constituído, no qual se materializa a representação de um fato estranho e, normalmente, anterior ao processo. Outra coisa bem distinta é a documentação dos atos processuais, isto é, o seu registro por meio de símbolos. Enquanto o documento representa algo que está *fora* do procedimento, sendo *extraprocessual*, a documentação representa um ato do próprio procedimento, sendo, portanto, *endoprocessual*⁴⁴. Assim, pois, tal declaração da possível testemunha é a

Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha

documentação de um ato do procedimento investigatório, realizado pelo Ministério Público, e não um *documento* propriamente dito⁴⁵.

Em síntese, tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que as declarações prestadas perante o Ministério Público não constituem provas atípicas, posto que produzidas segundo as regras de uma prova típica — prova documental —, embora substancialmente não seja um documento, mas sim um "testemunho" travestido de "documento", o que lhe tira todo o valor e eficácia probatória⁴⁶.

6. Conclusões

O Ministério Público e os advogados podem colher declarações de possíveis testemunhas, enquanto exercem seu direito à prova, em sua subespécie direito à investigação⁴⁷, com o objetivo de obter informações e fontes de prova para que, posteriormente, por meio de prova próprio — o testemunho — sejam introduzidas no processo, respeitando o contraditório, a imediação e a oralidade.

Todavia, tais declarações colhidas unilateralmente não constituem documentos e, muito menos, podem ser utilizadas como uma espécie de "prova testemunhal atípica", já que significam uma prova anômala, isto é, um desvirtuamento do procedimento probatório estabelecido para a produção da prova testemunhal, suprimindo-se o contraditório entre as partes, além de desrespeitar o princípio da imediação, por não permitir um contato direto do juiz com a prova produzida.

Trata-se de prova inadmissível no conjunto dos elementos de convencimento que podem ser validamente valorados pelo juiz na sentença, para a formação do seu convencimento, posto que produzida com violação do contraditório, não podendo ser utilizada pelo juiz para a formação de seu convencimento, devendo ser desentranhada dos autos, mormente nos processos de júri.

45. Os documentos podem ser *narrativos* quando contêm a declaração de um fato que é do conhecimento de alguém, ou *constitutivos*, quando contêm uma declaração de vontade apta a gerar direitos ou obrigações para o declarante (cf. DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo, Malheiros, 2001. v. III, p. 568). Se as declarações de uma possível testemunha fossem consideradas prova documental, seriam documentos narrativos ou declarativos e, neste caso, teria aplicação, por analogia, o art. 368, parágrafo único do Código de Processo Civil, que dispõe que tais documentos provam o *fato da declaração*, "mas não o *fato declarado*, cabendo ao interessado em sua veracidade o ônus da prova do fato".

46. A mesma conclusão aplica-se no caso de declarações juntadas pela defesa. "A toda evidência, revela-se aqui um canhestro ensaio de menoscabar a ordem norteadora das provas em Juízo, de modo especial quanto ao mecanismo a observar-se atinente a testemunhos" (TACRIMSP, HC 1153.370/8, 11ª Câmara, Rel. Gonçalves Nogueira, j. 15.09.1986, v. u.).

47. Nesse sentido, na doutrina estrangeira, cf. TONINI, op. cit., p. 67. Na doutrina nacional, cf. GOMES FILHO, op. cit., p. 86.

41. GRINOVER, Ada P.; GOMES FILHO, Antonio M.; SCARANEC, Antonio F. (*As nulidades no processo penal*, 6 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 142) também observam que "alguma peculiaridade oferece a questão da prova ilícita no júri. Se a decisão de pronúncia tiver nela se apoiado, poderá ser reformada pela via recursal ou anulada mediante *habeas corpus*. Mas se consumar a preclusão e o *habeas corpus* não for impetrado, não compete ao juiz Presidente qualquer providência: o veredicto dos jurados, porém, será irremediavelmente nulo, até porque a ausência de motivação impede o conhecimento das razões de julgar. Se as provas ilícitas tiverem ingressado no processo, mas não tiverem sido levadas em consideração na pronúncia, o Presidente mandará desentranhá-las, antes que delas tomem conhecimento os jurados".

42. TJSP, Correição parcial 145.555-3/1, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Renato Talli, j. 22.08.1993, v. u. Em sentido contrário, admitindo a juntada de declarações na forma de documento, em processo de júri, cf. TJSP, Correição parcial 57.396-3, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Weiss de Andrade, j. 21.12.1987, v. u., RT 627/293.

43. TJSP, Correição parcial 57.396-3, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Weiss de Andrade, j. 21.12.1987, v. u., RT 627/293.

44. Segundo MAZZARRA, Assunta e PONZETTI, Roberta. Documenti. In: MARZANDURI, Enrico (coord.). *Le prove*. Torino, UTET, 1999, t. II, p. 307, com relação à prova documental, a novidade de maior relevo do CPP italiano de 1998 foi a "chiarificazione della diversa natura del concetto di documento — inteso come prova documentale — e quello di atto interno del processo: il primo fa riferimento alla disciplina delle res preesistenti al di fuori ed indipendente al processo e trova la sua regolamentazione nell'ambito dei mezzi di prova; il secondo riguarda, invece, gli atti endoprocedurali — che rappresentano fatti e situazioni verificatisi all'interno del processo". No mesmo sentido, cf. TONINI, op. cit., p. 190-191.

Tal forma de pensar não impede ou dificulta a busca da verdade processualmente atingível. Se a pessoa que prestou as declarações tem conhecimentos importantes sobre os fatos debatidos no processo, deveria ter sido arrolada como testemunha no momento do oferecimento da denúncia ou queixa (art. 41 do CPP), ou pela defesa, quando do oferecimento da defesa prévia (art. 395 do CPP). E, mesmo que já não seja mais possível à parte requerer a produção de tal prova, caberá ao juiz, considerando que os fatos de que aquela pessoa tem conhecimento são relevantes e pertinentes para a descoberta da verdade, determinar, *ex officio*, sua oitiva como testemunha do juízo (art. 209 do CPP).

O livre convencimento judicial permite que o juiz, togado ou leigo, valorar toda a prova existente nos autos, mas somente é prova aquela produzida lícitamente, com observância das regras processuais e das garantias constitucionais aplicáveis. A prova ilícita não é prova, não podendo ser valorada pelo juiz. A questão, pois, não é de valoração da prova, mas de formação do material probatório válido, que posteriormente será submetido à apreciação judicial.

¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?

Julio B. J. Maier

Profesor de derecho penal y procesal penal,
Universidad de Buenos Aires.

El artículo contiene, básicamente, la conferencia que el autor, pronunciada en el 17. Sachtagymposium "Krise des Strafrechts und Kriminalwissenschaften" (17 Simposio técnico "Crisis del derecho penal y las ciencias criminales"), organizado por la Alexander von Humboldt Stiftung, en Bamberg, República Federal de Alemania, entre los días 5 de octubre de 2000. El texto alemán fue traducido, en principio, por Gabi G. Córdoba y, con el tiempo, fue reformado por el mismo autor. É venían que ahora se publica el texto agradeciendo la amistad que, por años, brinda la Profesora Clara Pellegrini Brincker, con quien terminé un trabajo que he tenido oportunidad de publicar en Latinoamérica, pues muchas veces he tenido que adaptar el Código de la Ley para la América Latina en el marco de la reforma de la legislación penal, según la in Profesor Clara Pellegrini Brincker lo ha expuesto en foros internacionales. La amistad, que sólo se inició bajo el impulso académico-científico, pero que luego se extendió no sólo como amistad personal, sino, también núcleo de personas que trabajan con la Profesora Pellegrini Brincker dedicada a la colaboración.

Sumario: 1. Introducción. 2. La "inflación del derecho penal" y sus consecuencias. 3. Tipos y procedimiento penal. 4. ¿Debemos renunciar al procedimiento penal del Estado de Derecho? 5. Conclusiones.

1. Introducción

Cuando se formula la pregunta acerca de si el procedimiento penal de nuestros países aún es realizable, se piensa inmediatamente en una constelación de problemas que padece la justicia penal actual. Me ocuparé de algunos de esos problemas que, según constituyen el núcleo de la cuestión, y los nombraré ya al comenzar, pues así intentaré facilitar la comprensión de su contenido. Naturalmente no pretendo agotar el tema, sino que, por lo contrario, sólo quiero abordar tres problemas que, según mi opinión, son de capital importancia. Del mismo modo, debo advertir que no puedo evitar