

Coordenação

MARIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA

AS REFORMAS NO PROCESSO PENAL

As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma

- Júri (Lei 11.689/2008)
- Provas (Lei 11.690/2008)
- Procedimentos (Lei 11.719/2008)
- Recursos (Projeto de Lei 4.206/2008)
- Medidas Cautelares (Projeto de Lei 4.208/2008)

Participam desta edição

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

GERALDO PRADO

GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ

LEANDRO GALLUZZI DOS SANTOS

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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

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

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

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

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

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

Código de Processo Penal de 1941

Lei 11.690/2008

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

Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu, pela sua atitude, poderá influir no ânimo da testemunha, de modo a que

Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha

prejudique a verdade do depoimento, fará retirá-lo, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Neste caso, deverão constar do termo a ocorrência e os motivos que a determinaram.

ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

20. A nova disciplina da prova testemunhal: observações gerais

Ao introduzir algumas modificações na disciplina da prova testemunhal, o legislador de 2008 preocupou-se em reforçar a garantia do contraditório em relação a esse importante meio de prova.

O testemunho é a mais antiga – e continua sendo a mais importante – forma de se obterem elementos para o juízo sobre os fatos no processo penal. Trata-se, antes de tudo, de fenômeno natural da vida em sociedade, pois se baseia na capacidade inata ao ser humano de ter percepções e poder comunicá-las, pela linguagem, aos seus semelhantes.

São muitos os fundamentos de sua generalizada aceitação: o primeiro é o de ser a testemunha alguém que não tem interesse na solução do litígio, razão pela qual tende a prestar informações verdadeiras, constituindo regra de experiência universal que, nessa situação, o ser humano é sincero e diz a verdade sobre aquilo que sabe.

Além do mais, a mentira da testemunha sempre foi objeto de séria reprovação moral, religiosa e jurídica, não sendo razoável supor que alguém sem interesse na causa venha a juízo para correr, desnecessariamente, os riscos de uma punição.

Sob o ponto de vista processual, o mais consistente fundamento para a sua aceitação está relacionado ao fato de que a prova testemunhal permite, da forma mais completa, o *controle* da sua formação pelos sujeitos processuais. Sendo uma de suas características essenciais exatamente a de que os depoimentos sejam tomados em audiência, na presença do juiz e das partes, a idoneidade das informações trazidas pela testemunha geralmente pode ser verificada de imediato, pela simples observação do comportamento do depoente, de sua segurança ao narrar os fatos ou, ao contrário, de suas hesitações e contradições.

Daí a importância do *método* pelo qual o testemunho é introduzido ao processo, e o *contraditório* – com a contraposição na formulação de perguntas e objeções pelas partes – é, sem dúvida, o mais adequado para explorar os conhecimentos do depoente a respeito dos fatos, ao mesmo tempo que assegura a imparcialidade do juiz, destinatário das informações obtidas.

21. A incomunicabilidade das testemunhas

A primeira modificação introduzida pela Lei 11.690/2008 a respeito da prova testemunhal decorre da inserção de um parágrafo ao art. 210, visando assegurar a *incomunicabilidade* das testemunhas.

Segundo a nova disposição, “antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.”

A prova testemunhal destina-se a trazer ao processo dados de conhecimento que constituem resultado da *percepção sensorial* daquele que é chamado a depor no processo. A testemunha relata percepções que conservou na memória, e, por isso, as informações que ela detém não só estão sujeitas ao esquecimento, com o passar do tempo, mas também podem ser alteradas pela aquisição de outros conhecimentos.

É por isso que a lei processual se preocupa com o possível contato entre várias testemunhas do mesmo fato, determinando que os depoimentos sejam prestados separadamente, de modo que nenhuma delas possa ouvir as declarações de outras (art. 210, *caput*). A finalidade é preservar a autenticidade da prova, evitando que a testemunha possa ser induzida a considerar como próprias percepções alheias, alterando inconscientemente as informações transmitidas ao juiz.

Com o acréscimo do parágrafo único do art. 210, o legislador pretendeu certamente reforçar a previsão já existente no Código, evitando conversas entre testemunhas no ambiente do fórum, antes da audiência.

Ainda que se trate de providência salutar, não parece que isso possa evitar completamente a contaminação da prova, pois é freqüente que testemunhas de um mesmo fato tenham outras oportunidades de contato e é natural que comentem as percepções que tiveram.

De qualquer modo, é importante observar que a *incomunicabilidade* prevista na disposição em exame não tem o mesmo rigor daquela adotada em relação aos jurados, nem a sua violação conduzirá à nulidade do depoimento, como sucede no procedimento do júri para a comunicação entre jurados (art. 466, § 1.º, do CPP, na redação da Lei 11.689/2008, e art. 564, III, j, na redação original). O que poderá ocorrer, se constatada a sua quebra, é a formulação mais minuciosa de perguntas, para aferição da sinceridade das declarações, além de uma avaliação final mais crítica do conteúdo do depoimento.

22. Contraditório e prova testemunhal: o método de exame direto e cruzado

Ainda no tema da prova testemunhal, a maior novidade da reforma de 2008 foi a adoção do sistema do *exame direto e cruzado* na inquirição de testemunhas, em que as perguntas são dirigidas ao depoente diretamente pelas partes.

Na redação original do art. 212, agora modificado, o Código de Processo Penal consagrara o chamado *sistema presidencial*, em que todas as perguntas à testemunha – inclusive as *reperguntas* das partes – são formuladas pelo juiz. Isso é próprio do processo inquisitório, em que prepondera a figura do juiz na direção da prova.

É bem verdade que a inquirição feita diretamente pelas partes já vinha prevista entre nós para o procedimento do júri, na fase de julgamento em plenário (arts. 467 e 468 do CPP, na redação original, e art. 473, *caput* e § 1.º, na redação da Lei 11.689/2008). Mas é preciso lembrar que nem sempre isso era observado, além do que a jurisprudência entendia não haver nulidade, por ausência de prejuízo, se a inquirição fosse feita com a intermediação do juiz.⁶²

A nova regra geral adotada pelo legislador brasileiro para a produção da prova testemunhal tem suas raízes no sistema *adversarial* anglo-americano, no qual prepondera na atividade probatória a iniciativa dos interessados, tanto na proposição como na produção da prova. Assim, no procedimento de aquisição da prova, o depoente é colocado em contato direto com as partes, sendo inquirido inicialmente por quem o arrolou (*direct-examination*) e, em seguida, submetido ao exame cruzado pela parte contrária (*cross-examination*). O juiz apenas decide sobre a admissibilidade das perguntas, geralmente após impugnação pela parte contrária.

A *cross-examination* constitui um traço saliente do sistema processual da *common law* no tocante à produção das provas e sempre foi visto pela doutrina, desde WIGMORE, como o meio mais eficaz para a descoberta da verdade (*the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth*).⁶³

Na Inglaterra, o direito à *cross-examination* é considerado um elemento essencial do *fair trial*,⁶⁴ enquanto no sistema constitucional norte-americano essa técnica é vista como uma decorrência da garantia fundamental da *confrontation*, assegurada pela VI Emenda à Constituição: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (...) to be confronted with the witness against him*”.

A reforma processual penal italiana de 1988 também introduziu esse método de inquirição, dentro de um conjunto de disposições que valoriza

62. ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO e RUI STOCO, *Teoria e prática do júri*, p. 345, nota 56.

63. MICHELE TARUFFO, La ricerca della verità nell'*adversary system* angloamericano, *Rivista di Diritto Processuale* 32(4)/617; ALESSANDRO GIULIANI, Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 16/657; FRANCESCO DE FRANCHIS, “Cross-examination”, *Digesto delle discipline penalistiche*, p. 279; DOMENICO CARPONI SCHITTAR, *Esame diretto e controesame nel processo accusatorio*.

64. METELLO SCAPARONE, “Common law”... cit., p. 120.

prioritariamente a participação dos interessados nas tarefas de introdução do material probatório no processo. Limitados à fase do *dibattimento*, os exames direto e cruzado são aplicáveis não somente às testemunhas, mas também aos peritos, consultantes técnicos e às denominadas *partes privadas* (acusado, parte civil e responsável civil), embora não se trate de método exclusivo, pois o art. 506 do CPP italiano manteve certos *poderes integrativos* ao juiz presidente.⁶⁵

Na *cross-examination* evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que, após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação. No exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (*cross-examination as to facts*), como também formular questões que tragam à luz elementos para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (*cross-examination as to credit*).⁶⁶

Com suas perguntas, a parte contrária (*cross-examiner*) pode empregar táticas destinadas a extrair informações que a testemunha esteja relutante em fornecer, a evidenciar contradições no depoimento, a colocar em dúvida sua credibilidade etc., procurando, enfim, diminuir o valor das informações que a outra parte pretendeu obter com a inquirição direta.⁶⁷

Embora esse método esteja sujeito a severas críticas, que enfatizam sua abusiva utilização como meio de confundir, humilhar e destruir as testemunhas do adversário, mistificando a verdade,⁶⁸ ainda assim representa a mais importante garantia probatória no sistema *adversarial*.

Essa forma de inquirição é vista como portadora de duas vantagens fundamentais à administração da justiça: em primeiro lugar, sob o aspecto *epistemológico*, contribui para uma reconstrução dos fatos mais aproximada da realidade, pois com a inquirição sucessiva pelas partes contrapostas é sempre possível extrair do depoente um maior número de lembranças, às vezes mascaradas consciente ou inconscientemente,⁶⁹ ampliando-se, assim, o número de elementos de prova acessíveis ao julgador; além disso, cumpre uma não menos significativa *função ritual*, confirmando os valores de uma sociedade

65. MARIO PISANI, Introduzione alla tematica dell'esame diretto e del controesame, *L'Indice Penale* 23/483-486.

66. SCAPARONE, "Common law" ... cit., p. 114-118.

67. PAUL ROBERTS e ADRIAN ZUCKERMAN, *Criminal evidence*, p. 254.

68. TARUFFO, La ricerca... cit., p. 620 e ss.; ELISABETA SILVESTRI, "Adversary" e "inquisitorial system" nella prospettiva di "common law": un problema aperto, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 42/257-264; Jenny McEwan, *Evidence and the adversarial process - The modern law*, p. 16-19.

69. SCHITTAR, *Esame diretto*... cit., p. 78.

extremamente competitiva e também a crença de que através desse mecanismo é possível separar o verdadeiro do falso.⁷⁰

Trata-se, portanto, de mecanismo característico de um sistema acusatório puro, cuja função é fundamental não somente para uma apuração mais correta dos fatos, mas principalmente para atestar a correção do debate dialético entre as partes, servindo igualmente à *legitimação* das decisões.⁷¹

23. O exame direto e cruzado das testemunhas na Lei 11.690/2008

Ao consagrar esse método de inquirição como regra geral (antes previsto apenas no procedimento do júri, como visto), o legislador brasileiro de 2008 reforçou a garantia constitucional do contraditório em relação à prova testemunhal, propiciando, ademais, a efetividade do *direito ao confronto*, que já havia sido reconhecido no nosso ordenamento com a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8.º, 2, letra f).⁷²

A aplicação prática da nova técnica certamente trará, de início, algumas dificuldades, diante da falta de experiência dos nossos operadores no manejo desse instrumento, que reclama não só conhecimentos jurídicos, mas também algum preparo nas áreas da psicologia e da argumentação. Não bastará formular perguntas à testemunha, mas principalmente saber como fazê-lo e, em certos casos, deixar de fazer.⁷³

A propósito da nova redação do art. 212, são necessárias algumas observações.

Anote-se, em primeiro lugar, que o legislador não adotou um procedimento uniforme para a inquirição de testemunhas na instrução criminal comum, regulada pela Lei 11.690/2008, e na instrução no plenário do júri, com as alterações da Lei 11.689/2008. Neste, manteve-se o sistema anterior do Código, em que o juiz presidente formula as perguntas iniciais, após o que as partes podem fazer a inquirição direta e cruzada (art. 473 do CPP, com nova redação).

De modo diverso, no art. 212 é estabelecida outra ordem, em que as perguntas são desde logo formuladas diretamente pelas partes. A intervenção do

70. TARUFFO, La ricerca... cit., p. 621 e nota 82. Sobre a função do ritual na formação da verdade judicial, v. ainda, FRIEDRICH LACHMAYER, Rituel et rhétorique de la preuve juridique, *Revue Internationale de Sémiotique Juridique* 1(3)/275-278; ANTOINE GARAPON, *L'âne portant des reliques: essai sur le rituel judiciaire*, p. 167-168.

71. LUIGI PAOLO COMOGGIO e VLADIMIRO ZAGREBELSKY, Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 32(2)/439.

72. Sobre o direito ao confronto, v. especialmente, DIOGO RUDGE MALAN, *Processo penal de partes: "right of confrontation" na produção da prova oral*.

73. Sobre a "arte" do exame cruzado, v. especialmente, GIANRICO CAROFIGLIO, *L'arte del dubbio*.

juiz vem prevista a seguir, no parágrafo único no mencionado art. 212: “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

Trata-se, aqui, de *poderes integrativos* que o juiz pode exercer na inquirição de testemunhas. No Código italiano de 1988 esses mesmos poderes vêm estabelecidos no art. 506: o presidente do tribunal tanto pode indicar às partes temas novos ou mais amplos de prova, como pode formular perguntas às testemunhas já inquiridas pelas partes, mas neste último caso é ressalvado às partes o direito de concluir o exame.

Embora o legislador brasileiro não tenha feito essa ressalva final, deixando de prever a prerrogativa das partes de concluir o exame, depois da intervenção judicial, essa possibilidade não pode ser simplesmente afastada. Sempre que das indagações feitas pelo magistrado surgirem outras dúvidas ou omissões, não pode ser subtraído às partes processuais o *direito à prova* – de índole constitucional –, que no caso significa a faculdade de formular outras questões, desde que surgidas a partir do exercício do poder integrativo do juiz.

Outra lacuna do texto nacional diz respeito à previsão de que a parte que arrolou a testemunha, e fez o exame direto, possa dirigir novas perguntas, depois de encerrado o exame cruzado. Isso é previsto tanto no sistema anglo-americano (*re-examination*) como na legislação italiana (*riesame*), e tem por objetivo apenas o esclarecimento de novas circunstâncias e contradições porventura surgidas no exame cruzado.⁷⁴

Pelos mesmos motivos apontados em relação às perguntas formuladas pelo juiz, também nessa situação – de aparecerem no exame cruzado informações novas – deve ser dada oportunidade a quem fez o primeiro exame de esclarecê-las. Mas isso, é claro, sempre dentro dos limites de pertinência e relevância, não sendo possível imaginar que a reinquirição se preste a tornar o depoimento interminável, nem ocasião para antecipar a discussão da causa. Também é evidente que à parte contrária, que já fez o exame cruzado, não serão admitidas outras indagações.

Finalmente, como antes aludido (supra, n. 18), cabe lembrar que a técnica de inquirição de testemunhas adotada pelo legislador deve ter sua aplicação estendida à tomada de declarações da vítima, dos peritos e dos assistentes técnicos. Para a ordem na formulação das perguntas, a vítima e os peritos oficiais devem ser considerados como se fossem testemunhas da acusação, enquanto os assistentes técnicos serão indagados diretamente pela parte que os indicou, cabendo à parte contrária o exame cruzado.

Com relação ao interrogatório do acusado, a Lei 11.690/2008 nada dispôs, pelo que deve entender-se em vigor o disposto no art. 188 do CPP, na redação

74. RICHARD MAY, *Criminal evidence*, p. 419; CARPONI SCHITTAR, *Esame direto...* cit., p. 135; PAOLO TONINI, *A prova...* cit., p. 139.

da Lei 10.792/2003, que prevê perguntas iniciais do juiz, com possibilidade de esclarecimentos pelas partes. Quanto a estas, a defesa deve fazer as suas indagações em primeiro lugar, seguindo-se, pela lógica do sistema agora introduzido, as perguntas da acusação.

24. A nova redação do art. 217 e a videoconferência

À disciplina da produção da prova testemunhal foi incorporada outra polêmica novidade, que é a possibilidade de utilização da *videoconferência*.

O emprego dessa moderna tecnologia no processo penal tem suscitado, com efeito, infundável discussão entre os especialistas, pois se, de um lado, pesam em seu favor argumentos ligados à economia processual e à segurança pública – principalmente pelos custos e riscos de freqüentes deslocamentos de réus presos –, de outro deve ser considerado o comprometimento das garantias processuais – direito de defesa e publicidade interna do processo, em especial.

Por isso, entre nós a utilização da *videoconferência* para a realização de interrogatório de acusados presos tem sido admitida em algumas decisões dos tribunais,⁷⁵ mas foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento em que ficou assentada a sua incompatibilidade com a garantia da publicidade, além de ser sublinhada a falta de previsão normativa.⁷⁶

Em relação ao testemunho, essa forma de colheita de prova à distância é prevista pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 5.015, de 12.03.2004, mas com a ressalva da “conformidade com os princípios fundamentais do direito interno” (art. 18.18 da referida Convenção), o que também não auxilia na solução da controvérsia.

A Lei 11.690/2008 introduziu-a em contexto mais restrito, ao dar nova redação ao art. 217 do CPP, prevendo o seu emprego apenas nas situações excepcionais em que a presença do réu na sala de audiência possa causar “*humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento*”.

Na redação original do CPP, o dispositivo modificado estabelecia providência drástica e muito mais lesiva ao direito de defesa e à publicidade interna do processo, qual seja a retirada do réu da sala de audiência quando este, *por sua atitude*, pudesse influir no ânimo da testemunha, com prejuízo à veracidade do depoimento.

Sucedendo ainda que, na sua aplicação prática, o texto em exame acabava por autorizar restrições ainda mais graves, pois era freqüente a retirada automática do

75. TJSP, RT 854/603; STJ, HC 76.046/SP e 63.524/SP.

76. STF, HC 88.914/SP, *Informativo STF* 476.

acusado ou mediante simples manifestação de temor da testemunha, antes mesmo de iniciado o depoimento e da verificação de qualquer *atitude* por parte do réu.

Daí por que, sob a ótica das garantias processuais, trata-se de inovação que possibilitará uma avaliação mais criteriosa da providência, além do que, com o emprego da videoconferência, o acusado não ficará impossibilitado de acompanhar o depoimento e de indicar ao defensor eventuais perguntas que possam ser feitas à testemunha. É muito importante, na produção da prova testemunhal, que o contato entre o acusado e o advogado seja efetivo, pois, em geral, é o primeiro que tem melhor conhecimento das circunstâncias de fato que devem ser esclarecidas.

Uma dúvida poderá surgir a respeito do procedimento a ser seguido na produção da prova: ficará a testemunha em sala separada, comunicando-se com o juiz e as partes por videoconferência, ou, ao contrário, será o acusado levado a outra dependência para acompanhar o depoimento?

Diante da redação do texto legal, parece que deve ocorrer a primeira alternativa, pois a lei diz claramente que, “somente na impossibilidade dessa forma [a videoconferência], determinará a retirada do réu”. Assim, juiz e partes devem permanecer na sala de audiência, enquanto a testemunha prestará depoimento em sala separada, com comunicação pelo sistema de videoconferência.

Caso assim não se entenda ou, por qualquer motivo prático, seja o réu levado a outra dependência para acompanhar o depoimento por vídeo, deverá sempre estar assegurada a comunicação do advogado com o cliente, pois a este não poderá ser subtraída a faculdade de passar ao defensor informações úteis ao completo esclarecimento dos fatos. Lembre-se, a propósito, que, com o novo método de inquirição de testemunhas – exame direto e cruzado –, será essencial essa comunicação.

25. A necessária fundamentação das providências do art. 217

A Lei 11.690/2008 também incluiu um parágrafo único na redação do art. 217: “A adoção de qualquer das medidas previstas no *caput* deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram”.

O legislador torna clara e explícita aqui a exigência constitucional de que “todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX, da CF).

A propósito, já sustentamos, em trabalho anterior, que “a obrigatoriedade de motivação constitui uma condição de legitimidade das decisões que resolvem sobre as restrições à *publicidade externa* dos atos processuais admitidas pelo texto constitucional: mesmo naqueles casos em que tal limitação é permitida (arts. 5.º, LX, e 93, IX), sem uma expressa justificação sobre a existência de fatos concretos que caracterizem as exceções constitucionais não é possível ao juiz determinar o segredo.

“Ainda nessa ótica, e mesmo sem discutir a questão de constitucionalidade que certamente pode ser levantada, não é possível dispensar uma adequada motivação nos casos em que a própria *publicidade interna* acaba por ser restringida. É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz, aplicando a regra do art. 217 do CPP, dispõe sobre a retirada do réu da sala de audiência para que não possa influir no ânimo da testemunha. Tratando-se no caso de evidente restrição à publicidade interna, que além disso implica cerceamento da autodefesa, sem uma pertinente justificação, que demonstre a ocorrência dos fatos que configuram a hipótese legal, não será legítima a providência”.⁷⁷

Art. 386. (...)

(...)

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único. (...)

(...)

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

(...).

Código de Processo Penal de 1941	Lei 11.690/2008
Art. 386. (...)	Art. 386. (...)
(...)	(...)
IV – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;	IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
	V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
V – existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1.º, do Código Penal);	VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
VI – não existir prova suficiente para a condenação.	VII – não existir prova suficiente para a condenação.

77. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação...* cit., p. 105.