

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

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

Coordenação

MARIA THERESA 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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

As reformas no processo penal : as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma / coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-3375-4

1. Processo penal I. Moura, Maria Thereza Rocha de Assis.

08-10221

CDU-343.1(81)(094.56)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis comentadas : Direito processual penal 343.1(81)(094.56) 2. Leis : Processo penal : Comentários : Brasil : Direito penal 343.1(81)(094.56)

**EDITORA
REVISTA DOS TRIBUNAIS**

sob a égide do regime autoritário de 1937, em face de uma ordem democrática e fundada na tutela dos direitos individuais.

É bem verdade que em muitos pontos essa tarefa já vinha sendo realizada pela jurisprudência, o que não afasta a exigência do estabelecimento de regras mais precisas, num setor do ordenamento em que deve prevalecer o respeito ao princípio da legalidade estrita.

A lei comentada teve sua origem em anteprojeto elaborado por Comissão constituída pelo então Ministro da Justiça Dr. José Carlos Dias e presidida pela Professora Ada Pellegrini Grinover,¹ cujos trabalhos tiveram continuidade na gestão do Ministro Dr. José Gregori. Dessa proposta resultou a apresentação ao Congresso Nacional, pelo Executivo, do Projeto de Lei 4.205/2001. Várias alterações foram feitas na longa tramitação legislativa, algumas com repercussão no espírito da proposta inicial, mas que, de modo geral, não diminuem os significativos avanços na disciplina da prova penal.

São características salientes no novo texto: a delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz; a consagração do contraditório como elemento essencial do próprio conceito de *prova*; a regulamentação legal da proibição das provas ilícitas; e, ainda, uma nova disciplina dos meios de prova pericial e testemunhal, mais adequada ao contraditório como método de formação das provas. Ao lado disso, mesmo fora da matéria probatória, foram introduzidas importantes garantias processuais para a vítima.

Passa-se então ao exame dos novos textos legislativos.

Art. 155. 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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Código de Processo Penal de 1941

Lei 11.690/2008

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Art. 155. 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

PROVAS LEI 11.690, DE 09.06.2008

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O livre convencimento do juiz – 3. Prova e contraditório – 4. A utilização das informações da investigação na formação do convencimento judicial – 5. As provas cautelares e antecipadas – 6. As denominadas provas “não repetíveis” – 7. A questão do ônus da prova no processo penal – 8. Os poderes instrutórios do juiz na nova redação do art. 156 – 9. A Lei 11.690/2008 não atribui poderes de investigação ao juiz penal – 10. Era necessária a regulamentação do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal? – 11. O conceito legal de prova ilícita (art. 157, caput) – 12. A prova ilícita por derivação (art. 157, § 1.º) – 13. O equivocado conceito de fonte independente – 14. A inutilização da prova inadmissível – 15. Prova pericial e contraditório – 16. As modificações da Lei 11.690/2008 em relação aos peritos – 17. A formulação de quesitos pelas partes e os esclarecimentos dos peritos – 18. Os assistentes técnicos – 19. As novas disposições sobre a vítima no processo penal – 20. A nova disciplina da prova testemunhal: observações gerais – 21. A incomunicabilidade das testemunhas – 22. Contraditório e prova testemunhal: o método de exame direto e cruzado – 23. O exame direto e cruzado das testemunhas na Lei 11.690/2008 – 24. A nova redação do art. 217 e a videoconferência – 25. A necessária fundamentação das providências do art. 217 – 26. As alterações introduzidas na redação do art. 386: a absolvição por “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal” – 27. Segue: a absolvição por haver dúvida quanto a causa de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade – 28. Segue: a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas – Bibliografia.

1. Introdução

A Lei 11.690, de 09.06.2008, introduziu substanciais alterações no Código de Processo Penal de 1941, especialmente em relação à disciplina da prova.

Inserir-se o novo diploma num conjunto de reformas setoriais do processo penal brasileiro, há muito discutidas pela comunidade jurídica e acadêmica, que visam ao aperfeiçoamento da legislação, levando em conta a necessária adequação da lei ordinária aos princípios e garantias processuais consagrados pela Constituição de 1988.

A matéria da prova era, sem dúvida, aquela em que se fazia sentir – de forma mais direta e urgente – a atualização dos mecanismos processuais, estabelecidos

1. A Comissão constituída pelo Ministro da Justiça era formada por Ada Pellegrini Grinover (presidente), Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Jr., Nilzardo Carneiro Leão, Petrólio Calmon Filho (secretário), René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Rui Stoco e Sidnei Benetti.

investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 155. No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

2. O livre convencimento do juiz

Um dos pontos fundamentais da nova regulamentação da prova penal, que decorre da Lei 11.690/2008, é uma clara e mais correta delimitação do que se deve entender como *livre convencimento* do juiz.

Como antítese do superado sistema da *prova legal*, em que a eficácia das provas vinha determinada *a priori* pelo legislador, o *livre convencimento* permite ao juiz determinar discricionariamente o valor das provas – isoladamente e no seu conjunto – para estabelecer a verdade dos fatos em que se assentam as pretensões das partes.

Mas se é claro esse *sentido negativo* – de exclusão de prescrições normativas para a avaliação do material probatório –, nem sempre é bem compreendido o seu *conteúdo positivo*, o que leva à frequente confusão entre a liberdade de apreciação de dados objetivos regularmente incorporados ao processo e uma valoração subjetiva isenta de critérios racionais e de controles.²

Por isso, como sublinha MASSIMO NOBILI, a fórmula *livre convencimento* do juiz pode ser entendida de duas maneiras: a primeira, ligada a uma transposição equivocada da *íntima convicção* própria dos julgamentos populares, identifica a liberdade de valoração das provas com uma escolha intuitiva, obscura e irrefletida, que dispensa justificação; a segunda propõe uma interpretação do princípio que não afasta o caráter *racional* do juízo sobre os fatos, vinculando-o não mais às regras da prova legal, mas a certas condições de admissibilidade e formação das provas e, especialmente, aos preceitos da lógica e da experiência no que toca à avaliação do material obtido.³

No primeiro caso, é possível identificar uma ideologia autoritária do julgamento que, sob o rótulo da *certeza moral*, desvaloriza os aspectos lógicos e gnosiológicos das operações realizadas pelo juiz para chegar ao conheci-

mento dos fatos, desprezando em consequência as garantias de racionalidade e controlabilidade das escolhas por ele empreendidas no exercício da função de julgar.⁴

Na segunda aceção, ao contrário, a liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.⁵

Trata-se, assim, de uma liberdade de seleção e de valoração dos elementos probatórios obtidos que reclama *controles* sobre a introdução das provas no processo e sobre a sua utilização pelo juiz na formação do convencimento. Esses *controles* de racionalidade podem operar *ex ante*, pela seleção do material probatório, feita em caráter abstrato pelo legislador (pense-se, por exemplo, nas restrições legais à admissibilidade de certas provas) ou pelo próprio juiz – com a participação das partes em contraditório – nas situações concretas, tanto em relação à seleção como à avaliação das provas, ou *ex post*, quando a validade do raciocínio judicial pode ser verificada por outros sujeitos por meio do exame da motivação.⁶

Dá a nossa afirmação inicial de que a redação do atual art. 155 do CPP, em substituição ao texto do antigo art. 157, circunscreve de forma correta o conceito. É que, ao mencionar que 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”, a nova lei exclui peremptoriamente do juízo de fato quaisquer elementos de convicção que não sejam os estritamente mencionados.

Assim, foi afastada pelo legislador a confusão, ainda muito frequente na prática judicial, entre *livre convencimento* e *liberdade de prova*: aquele tem lugar no momento de valoração e incide apenas sobre as provas produzidas em contraditório e, excepcionalmente, sobre informações trazidas pela investigação (v. infra, n. 4); não significa a possibilidade de utilização, pelo juiz, de outras fontes de conhecimento, nem autoriza a busca da verdade a todo preço e custo.

3. Prova e contraditório

A verdadeira *pedra angular* da nova disciplina da prova penal trazida pela Lei 11.690/2008 é a vinculação do próprio conceito de *prova* à observância do *contraditório*.

2. LUIGI PAOLO COMOGGIO, CORRADO FERRI e MICHELE TARUFFO, *Lezione sul processo civile*, p. 623.

3. MASSIMO NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, p. 50-55, com amplas referências bibliográficas; idem, *Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 14/275-278; entre nós, por todos, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, v. 2, p. 298-299.

4. MICHELE TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, p. 245-246.

5. VITTORIO DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, *Rivista di Diritto Processuale* 27(3)/431, 1972.

6. MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, p. 395.

Ao dizer que o juiz formará o seu convencimento pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, excluindo, ao mesmo tempo, que possa utilizar exclusivamente elementos informativos colhidos na investigação, o legislador consagrou e sublinhou a nítida e apropriada distinção entre o que é prova e aquilo que constitui elemento informativo da investigação.

São, com efeito, conceitos que não se confundem, até porque constituem resultado de atividades com finalidades diversas: os atos de prova objetivam a introdução de dados probatórios (elementos de prova) no processo, que servem à formulação de um juízo de certeza próprio da sentença; os atos de investigação visam à obtenção de informações que levam a um juízo de probabilidade idôneo a sustentar a *opinio delicti* do órgão da acusação ou de fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz.⁷

A Lei 11.690/2008, ao tornar explícita essa diferença essencial entre prova e elemento informativo trazido pela investigação, ressalta que a observância do contraditório é verdadeira condição de existência da prova.

De fato, só podem ser considerados provas, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório.⁸

O contraditório não é apenas uma qualidade do processo, mas uma nota essencial ao seu próprio conceito.⁹ Como ensina FAZZALARI, só o procedimento regulado de modo a que dele participem aqueles em cuja esfera jurídica o ato final produzirá efeitos, em simétrica paridade, pode ser chamado de processo.¹⁰

O contraditório processual tem, em primeiro lugar, um fundamento político-ideológico: no Estado democrático de direito as decisões judiciais não somente são pronunciadas em nome do povo, mas também resultam de procedimentos abertos à participação dos interessados, em igualdade de condições.

Em outra ótica, a contradição entre as partes cumpre ainda uma significativa função social, qual seja a de legitimar a decisão a ser tomada: é a esperança de poder influenciar o resultado do processo que leva os contendores ao compromisso de aceitação de uma solução ainda incerta, e, com isso, imuniza-se o sistema social contra descontentamentos e protestos.

Finalmente – e mais importante em relação ao tema da prova –, no contraditório também pode ser entrevisto um fundamento técnico, pois o melhor

7. AURY LOPES JR., *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, p. 227-228.

8. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANDE FERNANDES e ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *As nulidades no processo penal*, p. 146-148.

9. ELIO FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 58.

10. CÂNDIDO R. DINAMARCO, O princípio do contraditório, *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 93.

11. NIKLAS LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, p. 91 e ss.

método para a descoberta da verdade dos fatos é aquele em que se levam em conta as contribuições trazidas pelas partes.

No método *inquisitório* a pesquisa dos fatos é conduzida unilateralmente, com o propósito de confirmar, a todo preço e custo, uma hipótese de verdade previamente estabelecida pelo inquisidor, o que traz em si grave vício epistemológico. Ao contrário, o sistema informado pelo *contraditório*, permitindo a cada uma das partes apresentar provas contrárias para trazer elementos de confronto em relação às provas do adversário, enriquece-se o material probatório à disposição do juiz, aumentando a base cognitiva para o estabelecimento da verdade sobre os fatos.¹²

A Lei 11.690/2008 sublinha, portanto, a diversidade conceitual e o próprio valor, na formação do convencimento do juiz, entre o que constitui prova (dado de conhecimento formado em contraditório) e elemento informativo da investigação (obtido de forma inquisitória).

4. A utilização das informações da investigação na formação do convencimento judicial

Apesar do estabelecimento dessa importante distinção, vinculando a própria noção de prova ao atendimento do contraditório judicial, o legislador de 2008 não acolheu integralmente a proposta do Poder Executivo, que vedava, de forma absoluta, a utilização das informações trazidas pela investigação na formação do convencimento do juiz.

Ao contrário, ao introduzir na nova redação do art. 155 do CPP o advérbio *exclusivamente*, a Lei 11.690 permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os fatos, desde que existiam, *também*, provas produzidas em contraditório judicial.

Em outros termos: para chegar ao *resultado da prova*,¹³ ou seja, à conclusão sobre a veracidade ou a falsidade de um fato afirmado, o juiz penal pode servir-se tanto de elementos de prova (produzida em contraditório) como de informações trazidas pela investigação. Só não poderá se utilizar, diz a lei, *exclusivamente* de dados informativos da investigação.

Isso significa que, para se ter como *provada* – no sentido de *demonstrada*, *verificada* – uma afirmação sobre um fato, com base nos dados de conhecimento existentes no processo, é possível utilizar informações obtidas na investigação, mas sob a condição de que existiam também – para confirmá-las – provas (*elementos de prova*) produzidas em contraditório judicial.

12. MICHELE TARUFFO, *La prova...*, cit., p. 403.

13. Sobre o conceito de resultado de prova, v. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 307-308.

Assim, ao contrário do que se poderia supor, não basta a existência de qualquer prova judicial para permitir a utilização das informações trazidas pela investigação. É essencial que o elemento de prova produzido em contraditório seja convergente com o dado de conhecimento contido no inquérito. E só haverá convergência dos diversos elementos – os da investigação e os produzidos em contraditório – quando, em relação à mesma hipótese, tendam eles a produzir o mesmo resultado.¹⁴

Pense-se, para exemplificar, na situação em que as informações do inquérito policial apontem para a ocorrência de um furto qualificado. Se as provas produzidas em contraditório judicial somente confirmarem a subtração, mas nada disserem sobre a qualificadora, em relação a esse último fato não haverá convergência e, portanto, o juiz não poderá sobre ele formar o seu convencimento exclusivamente com base nas informações do procedimento investigatório.

Dito de outro modo: para demonstração de um fato é possível usar as informações do inquérito, desde que elas estejam corroboradas por prova judicial. Mas a prova de um fato, é evidente, não é apta a confirmar fato diverso.

5. As provas cautelares e antecipadas

Na sua parte final, a disposição em exame faz expressa ressalva em relação às provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, que podem, assim, ser utilizadas na formação do convencimento judicial, mesmo que no momento de sua produção não tenha sido observado o contraditório.

Cabe, então, a esta altura, fixar esses conceitos e os limites da utilização dessas provas no processo, começando pelas cautelares e antecipadas.

Por sua natureza, o processo é uma atividade que reclama tempo, mas isso pode acarretar, muitas vezes, o comprometimento dos seus resultados ou de sua própria realização. Daí a utilização, pela técnica processual, de certos mecanismos tendentes a antecipar algumas providências, de modo a evitar que a demora possa comprometer a eficácia ou a correção da função judiciária.

As atividades cautelares, desenvolvidas por meio do processo que toma o mesmo nome e que objetivam os chamados provimentos acautelatórios, propiciam condições para o êxito das tarefas de conhecimento e execução; são, portanto, “um instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade”.¹⁵

Dentre tais mecanismos incluem-se também aqueles destinados a assegurar a eficiência da atividade probatória, diante do risco de que a ação do tempo impeça ou dificulte que pessoas ou coisas possam servir como fonte de prova.

No dizer de CALAMANDREI, são eles os procedimentos instrutórios antecipados, mediante os quais a formação das provas ou a aquisição e o controle das provas pré-constituídas ocorrem não no processo e no momento oportuno, mas antes da própria instauração da relação processual e também precedendo a própria fixação do objeto da lide.¹⁶

Como providências de natureza cautelar, somente admissíveis em caráter excepcional, estão sujeitas aos requisitos típicos do *fumus boni iuris* – no caso, a relevância da prova que se pretende produzir antecipadamente – e do *periculum in mora* – caracterizado aqui pelo risco de que, ao tempo da instrução, a fonte de prova não mais exista ou não possa trazer as informações que interessam ao processo.

A legislação processual penal prevê diversas situações em que a urgência em se obterem elementos de prova úteis ao esclarecimento dos fatos justifica a antecipação de providências que, em condições normais, somente seriam realizadas em ocasião posterior, com a presença do juiz e das partes.

Pense-se, por exemplo, na determinação judicial de busca e apreensão domiciliar (art. 240 e ss. do CPP), na autorização para as interceptações telefônicas (Lei 9.296/1996), no exame de corpo de delito (art. 158 do CPP), nos depoimentos antecipados (arts. 225 e 366 do CPP) etc.

Nesses casos, é o perigo de desaparecimento ou de comprometimento da fonte de prova, pelo decurso do tempo, que autoriza, excepcionalmente, uma restrição inicial ao pleno exercício do contraditório. Mas isso não significa que as partes não possam, posteriormente, exercer as prerrogativas inerentes à garantia constitucional, discutindo não só a legalidade da antecipação, mas também a validade e idoneidade dos elementos obtidos. Nesses casos, deve haver o *contraditório diferido*.

O novo texto do art. 155 fala em provas cautelares e antecipadas. Na verdade, a distinção entre elas não tem importância prática, pois o que o procedimento cautelar propicia é justamente a antecipação da formação da prova. A diversidade terminológica tem sua raiz na consideração do meio ou do resultado: a medida acautelatória é o instrumento para a antecipação da produção da prova.

O que o legislador pretendeu certamente sublinhar, com a variação de nomenclatura, foi que há situações mais gerais em que os atos de formação de prova são realizados cautelarmente, independentemente da observância do contraditório, e outros casos em que a antecipação ocorre já com a relação processual instaurada (v.g., o art. 225 do CPP), com a necessária participação das partes.

14. MICHELE TARUFFO, *La prova...* cit., p. 257.

15. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 261.

16. PIERO CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, p. 31-33.

Mas, em qualquer caso, a utilização dos elementos de prova resultantes depende da observância do contraditório, ainda que posterior ao ato de produção.

5. As denominadas provas “não repetíveis”

A Lei 11.690/2008 ainda subtrai – excepcionalmente – da exigência do contraditório judicial as provas que denomina *não repetíveis*.

O legislador nacional inspirou-se aqui, claramente, em disposição do Código de Processo Penal italiano, de 1988, que autoriza a leitura, na fase de debates, de declarações prestadas anteriormente perante a Polícia Judiciária ou o MP, na investigação, ou diante do juiz, no curso da audiência preliminar, quando, *por atos ou circunstâncias imprevisíveis, tornou-se impossível a sua repetição* (art. 512 do CPP italiano).

Para que se compreenda o alcance da regra, é preciso lembrar que na Itália todas as provas são produzidas na fase do *dibattimento*, em que há o contraditório. Se houver uma prova cuja realização seja urgente, existe a possibilidade de sua antecipação, num procedimento prévio levado a cabo perante o juiz, com todas as garantias, denominado *incidente probatório*. Assim, se for *previsível* uma circunstância que impeça a posterior produção da prova na fase de *dibattimento*, isso deve ser feito, desde logo, por meio do incidente probatório. Daí por que somente no caso de fato *imprevisível* é admitida a leitura de declarações prestadas em o contraditório em fases precedentes.¹⁷

Essas observações partecem importantes para a exegese do texto nacional agora introduzido, de modo que a disposição em exame não se preste a justificar sistemática derrogação da garantia do contraditório, sob o argumento de que lei permite a utilização de dados probatórios que não puderam ser repetidos na instrução criminal.

Embora a nossa legislação não tenha previsto o mecanismo do *incidente probatório*, como na Itália, é certo que o art. 225 do CPP permite a antecipação do depoimento, se qualquer testemunha tiver de ausentar-se ou, por enfermidade ou elhice, houver receio de que já não exista ao tempo da instrução. Além disso, também o art. 366, na redação da Lei 9.271/1996, que trata da suspensão do processo em caso de citação por edital, prevê a produção antecipada de provas urgentes.

Sendo assim, se for *previsível* que a prova não possa ser repetida na instrução judicial, o procedimento correto – até porque ajustado às garantias constitucionais – será o dos artigos citados, perante o juiz e com a presença das partes. Quanto à defesa, deve estar presente pelo menos um defensor dativo; mas, se já estiver estabelecida a identidade do autor do fato, este também deve ser indicado para os atos de produção da prova antecipada, assegurada inclusive a constituição de advogado.

17. PAOLO TONINI, *A prova no processo penal italiano*, p. 237.

Somente quando tiver sido *imprevisível* a impossibilidade de renovação da prova será viável utilizar os elementos anteriormente obtidos sem o contraditório. Mas também em relação à prova *não repetível* aplica-se o que ficou dito a respeito das *cautelares* e *antecipadas*: sua eventual utilização no processo não afasta a necessidade de submetê-la ao *contraditório diferido*, permitindo-se às partes discutir a sua admissibilidade, regularidade e idoneidade.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Código de Processo Penal de 1941

Lei 11.690/2008

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

7. A questão do ônus da prova no processo penal

Na redação original, o art. 156 do CPP tratava de duas questões correlatas: a *do ônus da prova* e aquela relacionada aos chamados *poderes instrutórios do juiz*.

A Lei 11.690/2008 manteve esse mesmo tratamento, embora, como se verá, tenha introduzido duas relevantes modificações: no tema do ônus da prova, acrescentou ao elenco do art. 386 nova hipótese de absolvição: quando houver *dúvida* sobre a ocorrência de causas de exclusão de antijuridicidade e isenção de pena; quanto aos poderes do juiz, ampliou-os para dizer que podem ser utilizados antes mesmo de iniciada a ação penal (art. 156, I).

Em matéria de ônus da prova, o legislador manteve a redação original do Código: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Não se preocupou, assim, em explicitar – já nessa regra inicial – os importantes desdobramentos do princípio-garantia da *presunção de inocência* consagrado em nosso ordenamento

pela Constituição de 1988 e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Mas o fez, adiante, ao incluir expressa referência à absolvição em caso de dúvida quanto à ocorrência de causas de justificação ou isenção de pena (nova redação do art. 386, VI).

A discussão sobre a existência de um verdadeiro *ônus* probatório no processo penal tem-se revelado difícil, especialmente em razão das tentativas de transposição pura e simples de conceitos fixados para o processo civil. Neste, com efeito, predominando as disputas sobre direitos de natureza individual e disponível, a repartição do encargo de trazer ao processo o material probatório resulta do próprio tratamento paritário dispensado aos litigantes: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito afirmado, enquanto ao réu a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (CPC, art. 333).

Subjacente a essa distribuição do encargo de provar existe uma *regra de julgamento*: toda alegação não comprovada deve ser tida como contrária à realidade dos fatos; assim, o fato não provado por quem tinha o ônus de fazê-lo é inexistente.¹⁸

No processo penal, a regra de julgamento baseada na repartição de tal ônus revela-se insuficiente, pois, como lembrou GIOVANNI VERDE, o seu objetivo não é simplesmente o de alcançar a paz entre os litigantes, mas atingir, se possível, a verdade e a justiça.¹⁹

É comum afirmar-se; por isso, numa postura mais radical, que simplesmente não existe qualquer ônus da prova em matéria criminal, tanto para a acusação como para a defesa – independentemente de eventuais contribuições trazidas pelas partes, é ao juiz que compete esclarecer os fatos submetidos a julgamento e, a persistir a dúvida, só lhe restará a absolvição por falta de provas, não como consequência do descumprimento de qualquer ônus, mas pela aplicação do princípio *in dubio pro reo*.²⁰

Em outra linha, sustenta-se que, mesmo em um processo dominado pela pesquisa da “verdade real”, não seria descabido falar em ônus da prova, pois a aplicação da regra de julgamento não pressupõe necessariamente uma repartição de encargos entre as partes, revelando-se no momento em que se verifica a ausência de prova acerca de um fato determinado. É nessa situação que a falta de comprovação do fato se resolveria em prejuízo da parte à qual pesa o “*ônus material*” da prova. Não existindo no processo penal uma repartição formal do ônus da prova, é ao Ministério Público que cabe o ônus substancial da prova,

no sentido de que deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obste o surgimento dessa mesma pretensão.²¹

Seja como for, através da negação completa do ônus da prova no criminal, ou pela atribuição integral do encargo ao órgão da acusação, resulta que no processo penal a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até porque a *presunção de inocência* constitui garantia de não intervenção do *ius puniendi* em casos de duvidosa legitimidade.²²

Como observado, o legislador de 2008 não se preocupou em modificar a redação da parte inicial do art. 156 – que aparentemente atribui um ônus da prova também para a defesa –, mas, ao estender explicitamente o *in dubio pro reo* para os casos em que a prova sobre a existência de causas de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade é duvidosa, inovou de forma a adequar a lei ordinária ao mandamento constitucional.

É que, como bem argumenta GUSTAVO BADARÓ, “quando o art. 5.º, LVII, assegura que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cabe indagar se a ilicitude da conduta é ou não necessária para a condenação. Evidentemente a resposta é positiva e, em consequência, a ilicitude da conduta também é objeto da presunção de inocência: se houver dúvida sobre uma causa de exclusão de ilicitude, o acusado deve ser absolvido”.²³ E o mesmo vale, segundo o autor, para as excludentes de culpabilidade.²⁴

Se é assim, é preciso interpretar a cláusula inicial do art. 156 do CPP à luz da Constituição e do modelo acusatório de processo penal que ela consagra, entendendo-se que, ao dizer que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, o legislador dispõe tão-somente sobre a *iniciativa* das provas, sem atribuir qualquer encargo para as partes – muito menos para a defesa – nem estabelecer uma regra de julgamento diversa do *in dubio pro reo*.

8. Os poderes instrutórios do juiz na nova redação do art. 156

Com relação aos poderes do juiz, o legislador de 2008 não só manteve a parte final da antiga redação do art. 156 do CPP, mas estendeu os referidos poderes instrutórios a momentos anteriores à própria ação penal (v. infra, n. 9).

A atribuição de poderes *officio iudicis* em matéria probatória é tema dos mais controversos, mesmo no âmbito do processo civil, porque coloca em

21. GIUSEPPE BETTIOL, La regola “in dubio pro reo” nel diritto e nel processo penale, *Scritti giuridici*, v. 1, p. 315.

22. CRISTINA LIBANO MONTEIRO, *Periculosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*, p. 65.

23. GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY BADARÓ, *Ônus da prova no processo penal*, p. 319.

24. *Idem*, p. 329.

18. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 82.

19. GIOVANNI VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, p. 38-39.

20. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Ônus de alegar e de provar em processo penal? Revista de Legislação e Jurisprudência* 105/140.

confronto dois valores fundamentais da administração da justiça: de um lado, a *imparcialidade* dos julgamentos, e, de outro, a exigência de que a decisão adotada tenha como base uma reconstrução completa e verdadeira dos fatos.

No processo penal, a questão é ainda polêmica, diante de uma contraposição extrema entre os sistemas inquisitório e acusatório, que pode ser explicada pelas experiências históricas desses modelos, desenvolvidos na Europa continental e na Inglaterra, respectivamente, a partir da superação dos *juízos de Deus*.

No continente, a técnica do inquérito visava trazer para o presente os fatos do passado, e, por isso, o objetivo maior do inquisidor era chegar a uma verdade absoluta, a todo preço e custo. O juiz-acusador era alguém comprometido em demonstrar a tese da culpabilidade, e, para tanto, nada mais cômodo do que conseguir a confissão do réu, o que legitimava até mesmo o emprego da tortura. A atividade probatória resumia-se numa tentativa desenfreada de confirmar uma verdade estabelecida *a priori*, na qual o juiz se colocava como verdadeiro inimigo do acusado.

Ao contrário, no modelo *adversary* desenvolvido na Inglaterra - depois transplantado para as colônias americanas -, a iniciativa da atividade probatória incumbia preponderantemente aos próprios litigantes, que deveriam obter, selecionar e apresentar o material probatório ao júri, para convencer os jurados sobre a ocorrência dos fatos. Disso decorria um papel de simples moderador atribuído ao juiz que presidia o julgamento, que raramente utilizava sua faculdade de convocar e interrogar testemunhas, bem como a posição absolutamente passiva dos integrantes do corpo de jurados durante a audiência de julgamento.²⁵

Embora nos sistemas atuais certos traços dessa contraposição ainda se mantenham, até por herança cultural, o certo é que a *constitucionalização* e a *internacionalização* das garantias processuais, ocorridas sobretudo a partir do segundo pós-guerra, constituem hoje poderoso obstáculo aos riscos da atribuição de alguns poderes ao juiz na atividade de instrução.

Além disso, e por outro lado, mesmo no sistema *adversarial* anglo-americano o declínio dos julgamentos pelo júri tem conduzido a uma progressiva concentração de poderes nas mãos do juiz. Este não é mais um simples árbitro da correção do comportamento das partes na introdução das provas, mas alguém que busca informações quando uma questão importante não ficou esclarecida. Como observa DAMASKA, a circunstância de ser pessoalmente responsável pela exatidão do acerto dos fatos induz o juiz a empenhar-se na atividade de produção das provas, alterando o clima *adversary* do debate.²⁶

25. MICHELE PAPA, *Brevi spunti sulle rules of evidence, Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, p. 358; MIRJAN DAMASKA, *Presentation of evidence and factfinding precision, University of Pennsylvania Law Review* 123/1090, esp. nota 16.

26. MIRJAN DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, p. 194-195.

Por isso não é mais possível conceber, nos dias atuais, um juiz que seja espectador totalmente passivo diante da atividade das partes, principalmente na justiça criminal, em que as desigualdades sociais se refletem dolorosamente no processo.

Como lembra ADA PELLEGRINI GRINOVER, o juiz deve estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto; deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par conditio*; e não pode se satisfazer com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova; deve assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, determinando sua produção, sempre que necessário.²⁷

Nem é válido qualificar como inquisitório um sistema processual em que seja atribuída alguma iniciativa instrutória ao magistrado, desde que isso não signifique restringir ou eliminar o contraditório entre as partes.²⁸

Mais importante do que discutir a conveniência da atribuição de tais poderes ao juiz é fixar *limites* a essa intervenção.

De fato, segundo as lúcidas observações de MARCOS ZILLI, a iniciativa instrutória do julgador deve obedecer a uma figura e forma apropriadas, sob pena de violação do devido processo legal e, em última análise, do próprio Estado democrático de direito.²⁹

O primeiro e essencial limite, sem dúvida, é o da *imparcialidade*, verdadeiro pressuposto da atuação judicial e garantia maior de *objetividade* de qualquer julgamento. Daí que a intervenção do juiz, ao determinar a produção de provas, não pode ser orientada por uma predisposição intelectual a determinado resultado do processo, mas só se legitima na medida em que tenha por meta o esclarecimento mais completo e rigoroso dos fatos.

Aqui também é preciso fazer referência a outra garantia fundamental, necessária para que a iniciativa oficial não se converta em porta aberta ao julgamento parcial: a *motivação* das decisões, imposta pelo art. 93, IX, da Constituição.

A obrigatoriedade de apresentação das razões da utilização dos poderes instrutórios representa, de um lado, forte estímulo à efetiva imparcialidade, impedindo escolhas subjetivas, pois é a exigência de explicitação do *iter* decisório que induz a que nele apenas sejam considerados dados objetivos. De outro, pode também a motivação constituir ponto de partida para a descoberta de eventuais motivos subjetivos, que tenham influenciado a intervenção judicial, evidenciando um possível pré-julgamento da causa.³⁰

27. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal-acusatório, A marcha do processo*, p. 80.

28. ALESSANDRO ALBANO, *I poteri istruttori del giudice penale*, p. 8.

29. MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, p. 133-134.

30. ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, *A motivação das decisões penais*, p. 99.

Assim, ainda lembrando a excelente monografia de MARCOS ZILLI, o mesmo Estado democrático de direito que inspira a necessidade de um “poder-dever” instrutório do julgador, tendente a uma profícua aplicação do direito substantivo, exige que aquele se materialize por intermédio de uma decisão devidamente fundamentada, permitindo, dessa forma, que os sujeitos processuais parciais tenham conhecimento das justificativas invocadas para uma postura mais ativa do juiz.³¹

Por último, mas não menos importante, é assegurar que a iniciativa judicial não comprometa o pleno exercício do contraditório. É que os poderes do juiz em matéria de prova, além de excepcionais e residuais, devem ser exercidos dentro do contexto das atividades desenvolvidas pelas partes.³²

Aliás, como ressalta do próprio texto adotado pela Lei 11.690/2008 na nova redação do art. 155 do CPP, só são provas, em sentido próprio, aquelas produzidas em contraditório judicial (v. supra, n. 3). Isso vale evidentemente para aquelas cuja produção é determinada pelo juiz. Quando o juiz introduz a prova de ofício, encontra-se, perante a exigência do contraditório, na mesma situação da parte – por isso, a intervenção e participação dos sujeitos do processo devem ser prévias.³³

9. A Lei 11.690/2008 não atribui poderes de investigação ao juiz penal

Como antes mencionado (supra, n. 8), constitui inovação do novo texto do art. 156 a extensão dos poderes instrutórios do juiz a momentos anteriores à própria ação penal. No seu inc. I, o artigo em exame dispõe ser facultado ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

A disposição tem levado à justificada preocupação de que essa previsão poderia levar o juiz ao perigoso terreno da atuação investigatória, subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória.³⁴

De fato, é difícil imaginar que um juiz ativo na fase de investigação possa ser, ao mesmo tempo, um magistrado imparcial no momento da decisão, porque a tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal é, por natureza, parcial e, no nosso sistema, realizada unilateralmente pelos órgãos oficiais incumbidos da persecução.

Lembrem-se, a propósito, as argutas ponderações lançadas por ADA PELLEGRINI GRINOVER a propósito de previsão da Lei 9.034/1995, que permite ao juiz

31. MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI, *A iniciativa instrutória...* cit., p. 156.

32. LINA CARACENI, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, p. 85-86.

33. GRINOVER, SCARANZE e MAGALHÃES, *As nulidades...* cit., p. 148.

34. MARCOS ZILLI, *O pomar e as pragas*, *Bol. IBCCrim* 188/2.

penal realizar pessoalmente diligências de colheita de dados sigilosos, em qualquer fase da persecução. Com razão, observou que, segundo a Constituição, os juízes têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual.³⁵

Essa posição, por sinal, foi adotada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 1.570/DF, em que ficou assentado que a referida previsão legislativa compromete o princípio da imparcialidade judicial e viola o devido processo legal.³⁶

Dai por que o novo texto do inc. I do art. 156 do CPP só pode ser lido à luz da Constituição e, em especial, no quadro do modelo de processo acusatório que ela consagra. E isso afasta, sem dúvida, a figura do juiz investigador.

Ademais, para uma interpretação sistemática da Lei 11.690/2008, cabe retomar aquilo que ficou dito a propósito da redação dada ao art. 155: o legislador sublinha uma nítida e apropriada distinção entre o que é *prova* e aquilo que constitui *elemento informativo* da investigação.

Ao dizer, assim, que o juiz pode determinar produção antecipada de *provas consideradas urgentes e relevantes*, a lei não contempla outra coisa senão a iniciativa judicial para a antecipação de atos tendentes à formação de *provas* – não de elementos de investigação –, diante do risco de desaparecimento ou deterioração das fontes de informação.

São, por exemplo, os casos de depoimentos antecipados, perícias urgentes etc. – que até mesmo podem resultar em provas destinadas a demonstrar teses defensivas –, que, de outro modo, estariam comprometidos pela ação do tempo. Somente essa leitura é possível extrair do texto comentado.

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3.º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4.º (Vetado.)

35. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Que juiz inquisidor é esse?* *Bol. IBCCrim* 30.

36. STF, Pleno, ADIn 1.570/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12.02.2004, RTJ 192/838.

Código de Processo Penal de 1941

Art. 157. O juiz formatá sua convicção pela livre apreciação da prova.

Lei 11.690/2008

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2.º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3.º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4.º (Vetado.)

10. Era necessária a regulamentação do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal?

Com a nova redação dada ao art. 157 do CPP e pela inclusão de três parágrafos, a Lei 11.690/2008 pretendeu disciplinar, no plano infraconstitucional, a matéria das provas ilícitas, antes restrita à previsão do art. 5.º, LVI, da CF: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A opção pelo tratamento legislativo de tema tão controverso e sujeito a variadas interpretações não parece ter sido a melhor, especialmente diante de certos equívocos e imprecisões do legislador, que em seguida serão indicados.

A vedação da prova *contra legem* constitui resultado de longa elaboração jurisprudencial, iniciada na Suprema Corte americana no final do século XIX e, depois, nas décadas de 60 e 70 do século passado, pelo Tribunal Supremo Federal alemão (BGH) e pela Corte Constitucional italiana.

Coube à jurisprudência norte-americana a primazia na consideração da inadmissibilidade processual da prova obtida ilicitamente.

Até o final do século XIX, prevalecia o entendimento de que a admissibilidade da prova não era afetada pela ilegalidade nos meios utilizados para

sua obtenção.³⁷ Somente no célebre julgamento do caso *Boyd v. United States*, de 1885, a Suprema Corte americana entendeu inadmissível como prova um documento que o acusado fora obrigado a apresentar no processo, entendendo que isso configurava, a um só tempo, violação das Emendas IV, que assegura a inviolabilidade dos papéis privados, e V, que garante o acusado contra a auto-incriminação.³⁸

Depois disso, em 1914, na importante decisão do caso *Weeks*, a Suprema Corte considerou ter sido um *prejudicial error* a admissão, por uma corte federal, de documentos apreendidos na casa do acusado sem o respectivo mandado, com violação da IV Emenda. A partir daí fixou-se, nas cortes federais, a regra de exclusão segundo a qual são inadmissíveis as provas obtidas com violação das garantias constitucionais, e essa regra passou a vigorar também, posteriormente, na maioria dos Estados americanos.³⁹

Na justificação dessa orientação, a maioria dos juízes da Suprema Corte observou que a previsão de sanções civis, penais ou administrativas não constitui freio suficiente à atuação ilegal da polícia. Assim porque, em primeiro lugar, na maioria dos casos os abusos são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, que não teriam recursos para promover ações de ressarcimento; segundo, porque a repressão penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinavam as provas obtidas ilicitamente e, em um sistema dominado pela oportunidade da ação penal, dificilmente tal ocorreria; finalmente, seria muito otimismo esperar que os próprios organismos policiais aplicassem penalidades disciplinares a seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei. Por tais motivos, entendeu-se que apenas a exclusão das provas conseguidas ao arripio da lei seria um eficaz impedimento a tais abusos.⁴⁰

O interesse pelo tema nos países de *civil law*, embora mais recente, tem sido intenso, resultando não somente em trabalhos doutrinários e decisões dos tribunais, mas, posteriormente, em previsões legais e constitucionais a respeito da inadmissibilidade das provas resultantes de procedimentos ilegais.

Assim é que, mesmo em ordenamentos como o alemão, no qual a componente inquisitória do sistema misto e a crença na *verdade material*, como objetivo supremo do processo penal, representam sérios obstáculos à aceitação das regras de exclusão, a partir da década de 60 o Bundesgerichtshof (BGH) vem fixando a orientação de que, no Estado de direito, existem limites intransponíveis à busca

37. JOHN HENRY WIGMORE, *Evidence in trials at common law*, v. 8, p. 7.

38. *Idem*, p. 31-32; YALE KAMISAR, WAYNE R. LAFAVE e JEROLD H. ISRAEL, *Modern criminal procedure*, p. 701 e ss.

39. WIGMORE, *Evidence...* cit., p. 32 e ss.; CHARLES T. MCCORMICK, *Handbook of the law of evidence*, p. 291-296; ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Libertades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*, p. 120-126.

40. METELLO SCAPARONE, “Common law” e processo penal, p. 19-20.

da verdade processual: não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo preço; o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado.⁴¹

Também na Itália, onde a doutrina e a jurisprudência vinham relutando em aceitar, definitivamente, a inadmissibilidade das provas obtidas com violação de normas de direito material,⁴² a Corte Constitucional, em decisão de 1973, a respeito de interceptações telefônicas realizadas sem prévia e motivada autorização judicial, assentou a impossibilidade de utilização de provas obtidas com infringência a garantias constitucionais.⁴³

Em alguns países, a proibição foi consagrada na própria Constituição, como se verifica na Carta portuguesa de 1976, cujo texto, nesse particular, foi mantido na revisão de 1982: Artigo 32.º (...) 6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

O Código de Processo Penal italiano, de 1988, também inseriu disposições expressas, no art. 191, nos seguintes termos: 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento. Com base nisso, a doutrina, embora sem unanimidade, vem entendendo que a ampla previsão da norma se aplica não somente às proibições previstas na lei processual, mas também inclui os tipos incriminadores da lei penal, que, evidentemente, também constituem uma *legge che vieta*.⁴⁴

No Brasil, durante muito tempo vigorou nessa matéria o que RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO denominou "*princípio da veracidade da prova*", segundo o qual a prova era analisada pela carga de convencimento que continha, abstraída a

41. Os enunciados transcritos referem-se aos *leading cases* do gravador (1960) e o primeiro caso do diário (1964), mencionados por MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, p. 117; sobre a doutrina alemã a respeito das proibições de prova, v. especialmente COSTA ANDRADE (*Sobre as proibições...* cit.) e KARL-HEINZ GOSSEL (*As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha*, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2(3)/397-441).

42. FRANCO CORDERO, *Prove illecite, Tre studi sulle prove penale*, p. 147 e ss.; GRINOVER, *Libertades publicas...* cit., p. 137-43.

43. V. GIANNI ALENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova nel processo penale*, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 32(2)/509 ss.

44. MASSIMO NOBILI, *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*, v. 2, p. 409-414. No mesmo sentido, DELFINO SIRACUSANO, *Le prove, Manuale di diritto processuale penale*, v. 1, p. 384. Em sentido contrário, com o argumento de que a rubrica do art. 191 menciona as *prove illegittimamente acquisite*, o que significaria apenas a violação das normas de aquisição da prova ao processo, ANIELLO NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, p. 106.

forma de sua obtenção; eventual irregularidade era vista como matéria de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada em órbita própria, sem repercussão em sua admissibilidade.⁴⁵

A partir do final da década de 1960, registrou-se, no entanto, acentuada tendência do Tribunal de Justiça de São Paulo de considerar que irregularidades cometidas pela polícia, principalmente em casos de buscas e apreensões realizadas em casos de entorpecentes, contaminavam todo o processo.⁴⁶

Também significativa foi a posição do Supremo Tribunal Federal, antes mesmo de ser incluída a proibição no texto constitucional, em três julgamentos - dois em matéria de família e um criminal -, ao proclamar a inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos.⁴⁷

Depois da Constituição de 1988, com a proibição expressa do ingresso da prova ilícita no processo (art. 5.º, LVII), em inúmeros julgados, os tribunais estaduais, federais e superiores vinham aplicando o preceito constitucional, sem que fosse necessária qualquer regulamentação legislativa.

Daí por que as disposições ora trazidas pela Lei 11.690/2008, naquilo que confirmam o preceito constitucional - e também os entendimentos jurisprudenciais assentados -, eram perfeitamente dispensáveis. Mas o pior, como se verá, é que, em determinados pontos, os textos poderão gerar confusões e, em outros, consagram mesmo flagrante inconstitucionalidade (v. como exemplos, os comentários n. 10, 11 e 12, a seguir).

11. O conceito legal de prova ilícita (art. 157, caput)

O *caput* do novo art. 157 do CPP fornece uma definição do que se deve entender por provas ilícitas: "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

A vedação processual da admissibilidade da prova ilícita, como se viu (supra, n. 10), foi a solução encontrada pelas cortes constitucionais para a proteção de certos direitos e garantias fundamentais, que não devem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas. Trata-se, em resumo, de uma forma especial de tutela destinada a assegurar a efetividade daqueles direitos e garantias.

Da a distinção, proposta por NUUVOLONE e acolhida na doutrina, entre *provas ilícitas* e *provas ilegítimas*: as primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto nas segundas o vício decorre da infringência de normas

45. RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO, *A inadmissibilidade da prova ilícita em processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 3(12)/162-200.

46. Idem, p. 169, com referência a julgados insertos em RT 440/343, 440/368, 447/337, 426/363 e 426/354.

47. RTJ 84/606, 110/798 e 122/47.

processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da sua *obtenção*; nas ilegítimas, na fase de *produção*. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são *inadmissíveis* no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); as ilegítimas são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então as regras processuais pertinentes.

Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo.

O descumprimento da lei processual leva à *nullidade* do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573, *caput*, do CPP.

12. A prova ilícita por derivação (art. 157, § 1.º)

A disposição contida no § 1.º do art. 157 cuida da chamada *prova ilícita derivada*, ou seja, do problema da *extensão* dos efeitos da ilicitude da prova.

Trata-se aqui de verificar se, reconhecida a violação de uma regra do ordenamento para a obtenção da prova, deve ser excluída somente a prova assim conseguida, ou, por *derivação*, devem também ser afastadas eventuais outras provas cuja descoberta somente foi possível a partir daquela inicialmente viciada.

Essa questão foi colocada à Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, em 1920, que a partir de então formulou a chamada *fruit of the poisonous tree doctrine* ou *taint doctrine*, segundo a qual a regra de exclusão é aplicável a toda prova maculada por uma investigação inconstitucional.⁴⁸

O tema também tem sido objeto de consideração pela doutrina⁴⁹ e pela jurisprudência alemãs, que, não sem dissensões, têm se manifestado contra o chamado *efeito à distância* (*Fernwirkung*) em relação à prova proibida: entende o BGH, por exemplo, que, se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas se, nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita. Em sentido contrário, segundo informa GÖSSEL, o tribunal tem reconhecido um *efeito à distância* em casos de interceptação telefônica quando, através de uma operação autorizada para apuração de um dos crimes

48. JEROLD H. ISRAEL e WAYNE R. LAFAVE, *Criminal procedure: constitutional limitations*, p. 281. V., ainda, GRINOVER, *Libertades públicas...* cit., p. 126 e nota 216.

49. Para um quadro das posições mais importantes na doutrina alemã, v. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...* cit., p. 172 e ss.

catalogados, descobre-se uma prova de um outro crime, não relacionado entre os que admitem a interceptação.⁵⁰

Apesar das evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme de tais situações, dadas as particularidades de cada caso concreto, é impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de *causalidade*, mas principalmente em razão da *finalidade* com que são estabelecidas as proibições em análise. De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz — nessa matéria importa ressaltar o elemento *profiático*, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.

Nesse sentido, no Brasil, a orientação consagrada pelo STF no julgamento do HC 69.912-0/RS, em que prevaleceu voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Vedar que se possa trazer ao processo a própria *degravação* das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”.⁵¹

Na jurisprudência norte-americana, a adoção do critério dos *frutos da árvore envenenada* não tem levado, entretanto, a uma proibição absoluta da utilização de elementos derivados da prova ilícita, sendo admitidas algumas exceções, dentre elas a da *independent source*⁵² e a da *inevitable discovery*,⁵³ casos em que a prova derivada pode vir a ser aproveitada.

A exceção pela “fonte independente” (*independent source limitation*) foi reconhecida pela Suprema Corte, no caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, assim resumindo: o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais, que comprovavam seu relacionamento com um roubo; a prova foi excluída porque *derivada* da prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do FBI. Assim, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.

50. GÖSSEL, *As proibições de prova...* cit., p. 436.

51. *Lex-jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* 183/290-330. Em caso anterior, decidido antes da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal não somente reconheceu a ilicitude de gravações clandestinas, mas também determinara o trançamento do inquérito policial instaurado com base nelas, por inexistirem nos autos outros elementos, não contaminados pelo vício, que justificassem o prosseguimento das investigações (RTJ 122/47).

52. ISRAEL e LAFAVE, *Criminal procedure...* cit., p. 283-284.

53. *Idem*, p. 284-286.

Com outra linha de argumentação, no caso *Nix v. Williams* (Williams II), de 1984, a Suprema Corte concluiu que a doutrina dos frutos envenenados também não se aplicava aos casos em que a prova seria *inevitavelmente* descoberta por uma investigação legal (*inevitable discovery*). Na situação então examinada, o acusado havia matado uma criança e ocultado o corpo. Iniciadas buscas pela polícia, com a ajuda de cerca de 200 voluntários, o acusado fez uma confissão, ilegalmente obtida, indicando a localização do corpo. A Corte considerou ilegal essa confissão, mas válida a descoberta do corpo, pois era inevitável e não tinha relação com a ilegalidade.

Os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma *fonte independente*, a prova derivada tem concretamente duas origens – uma ilícita e outra lícita –, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso, pode ser validamente utilizado. Já na situação de *descoberta inevitável*, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, *por hipótese*, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.

Assim, no primeiro caso (*fonte independente*) nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade. Esse é, por sinal, o entendimento do Tribunal Supremo espanhol, que tem aplicado o conceito de fonte independente afirmando que não se dará a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer *desconexão causal* entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente. Daí por que a questão não está colocada como exceção à regra de exclusão, mas como permissão de valoração por não ocorrer derivação de prova inconstitucional.⁵⁴

O legislador nacional, com a nova redação dada ao art. 157 e parágrafos do CPP, pela Lei 11.690/2008 acolheu expressamente a orientação que reconhece a inadmissibilidade processual das provas derivadas da ilicitude inicial, ressaltando, no entanto, duas situações: a) “quando não evidenciado o *nexo de causalidade entre umas e outras*”; e b) “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Em relação à primeira situação, era perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não estiver evidenciado, é intuitivo que não se trata de *prova derivada*.

Mas, apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação.

54. Sentenças 210/97, 2783/93 e 311/94, citadas por MAXIMILIANO HAIRABEDIÁN, *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*, p. 70, nota 178.

13. O equívocado conceito de fonte independente

Mais grave foi o equívoco da lei ao consagrar a exceção da *fonte independente*.

Aqui o legislador afastou-se completamente da noção original fixada na jurisprudência americana, que, como visto, supõe que o dado probatório possui efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal.

Com efeito, já na parte final do § 1.º, ao empregar o verbo no condicional – “*puderem ser obtidas*” –, a lei dá a entender que basta a simples *possibilidade* de que a prova venha a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial.

Não bastasse isso, no § 2.º aventurou-se o legislador a estabelecer um conceito normativo de *fonte independente* que subverte não só aquela idéia original, mas também coloca em risco a própria *finalidade* da vedação constitucional, que não é outra senão a de coibir atentados aos direitos individuais estabelecidos na Lei Maior.

Ao dizer que “*considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*”, a disposição analisada abre as portas para que, sob esse fundamento, toda e qualquer prova derivada de outra ilícita venha a ser convalidada.

Pense-se, como exemplo extremo, numa confissão obtida mediante tortura e na qual o suspeito indique o local em que se encontra uma prova documental. Realizada uma busca e apreensão, com mandado judicial e com observância de todas as formalidades, o documento é apreendido.

Segundo o entendimento consagrado a respeito da inadmissibilidade da prova derivada, essa segunda prova será também ilícita, uma vez que tem como *causa* uma grave violação de direito fundamental. Mais do que isso, admitir tal prova seria, na verdade, incentivar atividades ilegais, como sublinhado no acórdão do STF antes mencionado.⁵⁵

Mas, pelo que se depreende do texto do § 2.º introduzido pela Lei 11.690/2008, nem mesmo seria necessário que a prova derivada tivesse sido efetivamente conseguida de forma regular, bastando que houvesse uma mera *possibilidade* disso. Trata-se, à evidência, de disposição que subverte o espírito da garantia constitucional do art. 5.º, LVI.

Parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da *fonte independente* e da *descoberta inevitável*. Assim mesmo, como antes anotado, na situação de *inevitable discovery*, são as circunstâncias especiais do caso

55. V. supra, n. 11, nota 50.

concreto (como no exemplo do encontro do cadáver) que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia.

Em resumo, como está redigido, o texto do art. 157, § 2.º, é inconstitucional.

14. A inutilização da prova inadmissível

A Lei 11.690/2008 determina, ainda, no art. 157, § 3.º, que, “*preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, está será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente*”.

Também nesse ponto o texto afastou-se do Projeto de Lei 4.205/2001, que previa: “*Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório*”.

A solução proposta no Projeto era, com todo o respeito, a mais correta, tanto do ponto de vista teórico como sob o aspecto prático.

É que a sanção prevista na Constituição para a prova reconhecida ilícita é a *inadmissibilidade processual*. Isso significa que a prova viciada não pode ter ingresso nos autos do processo – se isso ocorrer, deve ser desentranhada. Mas o mais importante é que, de qualquer modo, não pode ser valorada pelo juiz na decisão (a *inutilizzabilità* do direito italiano).

A impossibilidade de utilização da prova pelo juiz, no processo (*rectius*, em determinado processo), não implica, assim, a necessidade de destruição física da prova ou, mais precisamente, do documento que a contém.

Aliás, é perfeitamente viável que a prova declarada ilícita num determinado processo possa vir a ser utilizada validamente em outro. Pense-se, como exemplo, na situação em que os autores da violação de direito, da qual resultou a prova ilícita, venham a ser processados pelo crime correspondente (tortura, violação de domicílio, interceptação telefônica ilegal etc.). Nesse caso, se inutilizada a prova, como manda a lei, ficaria prejudicada a demonstração do próprio fato praticado para obtê-la. Não se pode descartar, ainda, a hipótese de se usar uma prova ilícita *pro reo* em outro processo, como o de revisão criminal.⁵⁶

Diante disso, seria mais razoável que o legislador tivesse acolhido a proposta do Projeto, prevendo o arquivamento sigiloso em cartório.

Duas observações parecem ainda necessárias a propósito desse parágrafo.

A primeira diz respeito ao momento em que ocorre a *preclusão* da decisão que declara inadmissível a prova ilícita, pois a ela se refere o texto examinado.

56. GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES, *As nulidades...* cit., p. 162.

A proposta contida em outro Anteprojeto elaborado pela Comissão, depois convertida no Projeto de Lei 4.206/2001, do Poder Executivo, sobre recursos e ações de impugnação, continha previsão expressa a respeito do cabimento de recurso de *agravo* contra a decisão que “*declarar ilícita ou ilícita a prova*” (art. 583, VI). Ocorre, no entanto, que essa matéria ainda está em discussão no Legislativo.

Mas, de *lege lata*, tanto a Lei 11.690/2008 como o CPP não prevêem um recurso contra esse tipo de decisão. Seria possível imaginar a aplicação, por analogia, do art. 581, XVIII, do CPP, que indica o recurso em sentido estrito como meio de impugnação da decisão que decidir o incidente de falsidade da prova; ou então da apelação, com apoio no art. 593, II, do CPP, por ser uma decisão *com força de definitiva*. De qualquer modo, sempre haverá pelo menos uma dúvida a respeito da impugnação cabível e, em consequência, sobre a ocorrência de preclusão se a decisão não for objeto de recurso.

Daí por que mais razoável entender que a aludida preclusão da decisão sobre a inadmissibilidade da prova só ocorre com o trânsito em julgado da sentença final, condenatória ou absolutória. Vale aqui o que ensinou DENTI: os atos de aquisição probatória não produzem efeitos imediatos, mas têm a sua eficácia diferida para o momento da sentença, em que existe um vínculo do juiz à exclusão valorada das provas admissíveis e regularmente adquiridas.⁵⁷

Esse entendimento também diminui os eventuais prejuízos que poderiam resultar da completa *inutilização* da prova prevista na lei.

A segunda questão que o texto suscita está relacionada ao entendimento da parte final do § 3.º: “*facultado às partes acompanhar o incidente*”.

Nesse ponto, o legislador de 2008 reproduz parcialmente o que já constava do art. 9.º, parágrafo único, da Lei 9.296/1996, sobre interceptações telefônicas, que prevê que o incidente de inutilização das conversas que não interessarem à prova seja assistido pelo Ministério Público, *facultada* a presença do acusado ou de seu representante legal.

Mas, como sustentado a propósito em trabalho anterior de autoria coletiva, essa previsão da lei de interceptações é de evidente inconstitucionalidade, sendo *imprescindível* a presença das partes, o que significa, em relação à defesa, do acusado e de seu defensor, para garantia da autodefesa e da defesa técnica, ambas constitucionalmente asseguradas.⁵⁸

Assim, também na situação agora disciplinada pela Lei 11.690/2008, a presença do MP, do acusado e do defensor não pode ser simples *faculdade*, mas é de rigor, diante da importância do ato e de seus possíveis efeitos.

57. VITTORIO DENTI, Perizie, nullità e contraddittorio, *Rivista di Diritto Processuale* 22/401.

58. GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES, *As nulidades...* cit., p. 225.

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1.º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2.º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3.º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4.º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5.º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6.º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7.º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.

Código de Processo Penal de 1941

Art. 159. Os exames de corpo de delito e as outras perícias serão feitos por dois peritos oficiais.

§ 1.º Não havendo peritos oficiais, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas, de preferência, entre as que tiverem habilitação técnica relacionada à natureza do exame.

§ 2.º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

Lei 11.690/2008

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1.º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2.º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3.º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4.º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5.º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6.º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7.º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.

15. Prova pericial e contraditório

A redação dada pela Lei 11.690/2008 ao art. 159 e parágrafos do CPP traz importantes disposições sobre a disciplina da prova pericial. Algumas estão relacionadas ao número e qualificação dos peritos, enquanto outras – sem dúvida mais inovadoras – dizem respeito à introdução, no processo penal, da figura do *assistente técnico*.

A *prova pericial* objetiva trazer ao processo informações fundadas em especiais conhecimentos científicos, técnicos ou artísticos. É o instrumento para ingresso de elementos de prova apoiados em um saber especializado que o juiz e demais operadores do direito, como homens comuns, normalmente não possuem.

Daí a sua importância cada vez maior, pois os negáveis progressos da ciência, da técnica e das artes muito podem contribuir para o esclarecimento mais preciso das questões de fato discutidas no processo. Mas essa constatação também traz à tona alguns problemas.

De um lado, a necessidade de utilizar no processo conhecimentos cada vez mais especializados envolve o risco de o juiz e as partes se transformarem em destinatários passivos de informações incompreensíveis, cuja idoneidade para a reconstrução dos fatos nem sempre pode ser concretamente verificada. Diante da crescente complexidade da ciência, a máxima segundo a qual cabe sempre ao juiz a última palavra a respeito dos resultados da perícia (*iudex peritus peritorum*) perde progressivamente sua eficácia, pois nem sempre o profissional do direito possui conhecimentos suficientes até mesmo para exercer algum tipo de controle sobre aquilo que é afirmado pelo perito.

Sob outro aspecto – e aumentando o perigo de se aceitarem como definitivas as conclusões periciais –, também é preciso sublinhar que nenhum conhecimento humano pode considerar-se absoluto e infalível. Bem ao contrário, é a própria evolução das ciências que mostra a provisoriedade dos seus enunciados, pois são justamente os erros que permitem chegar a novos conhecimentos, que por sua vez serão igualmente superados por teorias mais sofisticadas. Em outras palavras, a ciência não pode assegurar uma verdade isenta de erros, até porque os métodos de pesquisa são corretos somente na medida em que são aceitos pelos estudiosos em determinado momento histórico, podendo ser considerados equivocados numa ocasião sucessiva.⁵⁹

O que deve ser buscado, assim, é o indispensável *equilíbrio* entre a autoridade do saber especializado e a necessidade de apresentar-se à sociedade uma decisão judicial fundada em uma argumentação coerente e compreensível.

Daí também a indeclinável necessidade de que a prova pericial, como qualquer outra, seja produzida e discutida com a observância da garantia do *contraditório*, que, como visto, além de ter fundamentos políticos e sociológicos, também constitui o melhor *método* para se chegar a uma reconstrução mais verdadeira dos fatos (supra, n. 3).

No sistema acusatório anglo-americano – ao contrário do que sucede nos ordenamentos ainda impregnados pela tradição inquisitória, nos quais o perito é visto como um auxiliar do juiz –, o perito é trazido ao processo como uma

testemunha da parte (*expert witness*) e presta um depoimento oral, sujeito às mesmas *rules of evidence* pertinentes à prova testemunhal comum. Assim, com a inquirição direta e cruzada das partes, as informações técnicas ou científicas são introduzidas no processo por meio de uma discussão contraditória.

Entre nós, no sistema vigente antes da Lei 11.690/2008, sempre houve dificuldade para um exercício pleno do contraditório em relação à prova pericial. Como as perícias são realizadas, na sua grande maioria, na fase do inquérito policial, em que ainda não existe a participação da defesa, nem sempre as informações técnicas eram elaboradas com vistas a uma discussão em contraditório, acabando por prevalecer uma versão única sobre os fatos examinados, aceita acriticamente não só pelo juiz, como pelas próprias partes.

Por isso, são positivas as inovações da lei, não só pela expressa previsão da figura do assistente técnico, antes existente apenas no processo civil, mas ainda pela possibilidade de formulação de quesitos e pedidos de esclarecimentos aos peritos oficiais. Trata-se, aliás, de providências que já decorriam das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF) e, em especial, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo art. 8.º, n. 2, letra f, assegura o direito da defesa de inquirir testemunhas e *peritos* que possam esclarecer os fatos.

16. As modificações da Lei 11.690/2008 em relação aos peritos

A nova disciplina legislativa da prova pericial traz alterações, em primeiro lugar, em relação à figura do perito.

O *perito* é a pessoa que possui uma formação cultural especializada e que traz os seus conhecimentos ao processo, auxiliando o juiz e as partes na *descoberta* ou na *valorização* de elementos de prova. Daí enquadrar-se o perito entre os *órgãos* ou *sujeitos* de prova, ou seja, alguém que traz ao processo elementos de prova que servirão à verificação dos fatos afirmados pelas partes.

Ao contrário da testemunha, que informa sobre fatos cujo conhecimento obteve de forma acidental, o perito o faz em virtude de um *encargo judicial*. Por isso, é tratado pela lei processual como um auxiliar do juízo, estando sujeito à disciplina judiciária (art. 275 do CPP), bem como a impedimentos (art. 279 do CPP) e aos mesmos casos de suspeição previstos para os juízes (art. 280 do CPP).

No sistema processual penal brasileiro, os peritos podem ser *oficiais* e *não oficiais*. Os primeiros são funcionários públicos de carreira, cuja função consiste exatamente em realizar perícias determinadas pela autoridade policial, na fase do inquérito policial, ou pelo juiz da causa, no curso do processo penal. Os segundos funcionarão no caso de não haver peritos oficiais (art. 159, § 1.º, do CPP).

Importante modificação introduzida pela Lei 11.690/2008 está relacionada ao *número* de peritos oficiais, exigindo-se agora apenas *um*.

59. VITTORIO DENTI, *Scientificità della prova...* cit., p. 417.

Na sua redação original, o art. 159, *caput*, do CPP falava em *peritos*, o que levará à interpretação de que deveriam ser, pelo menos, *dois*, chegando o STF a editar a Súmula 361, no sentido da nulidade do exame pericial realizado por um só perito. Depois, a Lei 8.862/1994 consagrou esse entendimento, dando nova redação ao dispositivo para estabelecer textualmente a exigência de *dois* peritos.

A regra era salutar, pois, diante das naturais deficiências do conhecimento humano, é sempre mais seguro confiar em duas opiniões convergentes. Mas, na prática, nem sempre se verificava uma efetiva participação do segundo perito na elaboração do laudo.

Talvez por isso, na nova redação dada ao dispositivo legal, o legislador tenha optado por consagrar a exigência de um só perito oficial, até porque, com a inovadora previsão da figura do *assistente técnico*, a possibilidade de discussão a respeito das conclusões periciais será facilitada. Ademais, na dúvida sobre as questões técnico-científicas, sempre restará ao juiz a faculdade de nomear um segundo ou até mesmo terceiro perito para o completo esclarecimento dos fatos.

De qualquer modo, no § 7.º do art. 159, introduzido pela Lei 11.690/2008, é expressamente consignada a possibilidade de ser designado mais de um perito oficial, quando se tratar de perícia complexa, envolvendo mais de uma área de conhecimento especializado. Essa regra vale também para a indicação de assistentes técnicos pelas partes.

Com relação aos peritos não-oficiais, mantém-se a exigência da lei anterior de *duas* pessoas idôneas, o que parece ser justificado pela circunstância de que nem sempre serão eles profissionais experientes na realização de exames e elaboração de laudos periciais, como sucede com os peritos oficiais.

Outra inovação salutar – e que certamente contribuirá para a qualidade do trabalho pericial – é a necessidade de que os peritos oficiais sejam portadores de diploma de curso superior (art. 159, *caput*), devendo ser lembrado que o art. 2.º da Lei 11.690/2008 assegura o exercício do cargo aos que ingressaram no serviço público antes da vigência da lei, ressalvados os médicos. A mesma regra vale para os peritos não-oficiais, sendo que em relação a estes o curso superior deve ser *preferencialmente* na área específica (art. 159, § 1.º).

17. A formulação de quesitos pelas partes e os esclarecimentos dos peritos

Como sublinhado de início, o traço mais significativo da reforma processual, em relação à prova pericial, foi a indispensável adequação das regras infraconstitucionais aos parâmetros constitucionais e internacionais, notadamente no que toca à observância do contraditório.

Nesse aspecto, cabe primeiro mencionar que a Lei 11.690/2008 previu textualmente a possibilidade de formulação de quesitos pelos interessados: Ministério Público, assistente de acusação, ofendido, querelante e acusado (§ 3.º do art. 159).

A rigor, não se trata de inovação, pois o art. 176 do CPP já estabelecia: “A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência”.

Na verdade, tanto a disposição original como a atual contêm impropriedades de redação: no art. 176, porque o Código, ao usar a expressão *autoridade*, poderia estar se referindo à autoridade policial ou judiciária, mas *partes* só há no processo judicial; no texto de 2008 fala-se em Ministério Público e ofendido, cuja atuação pode ocorrer ainda na fase de investigação, e, conjuntamente, de assistente de acusação, querelante e acusado, que são partes no processo judicial.

Diante disso, embora a lei não seja suficientemente clara, é possível entender que nas perícias realizadas durante a fase de investigação (o que ocorre com mais frequência) só o MP e o ofendido terão a faculdade de apresentar quesitos; o querelante, o assistente de acusação e o acusado só poderão fazê-lo nas perícias determinadas em juízo ou, então, na hipótese de serem pedidos esclarecimentos aos peritos (art. 159, § 5.º, também introduzido pela nova lei).

A prerrogativa de formular os *quesitos*, que deverão ser respondidos pelos peritos, é de suma importância para o êxito da prova pericial, pois o seu resultado depende, em grande parte, das questões submetidas aos especialistas. Por isso, é da natureza do contraditório que os interessados possam ter acesso ao amplo esclarecimento das questões de fato que são objeto da prova pericial, não podendo ser restringido esse importante aspecto do *direito à prova*. Mas é claro que essas indagações devem ter relação com a natureza do exame pericial a ser realizado e também com os fatos que estão sendo investigados.

Uma verdadeira inovação relacionada ao contraditório diz respeito à previsão textual de ouvida dos peritos, a requerimento das partes, para esclarecimento da prova ou para responderem a quesitos, como consta do § 5.º do art. 159, introduzido pela Lei 11.690/2008. A disposição foi reforçada, aliás, com a nova redação dada ao art. 400 do CPP pela Lei 11.719/2008, na qual a inquirição dos peritos é arrolada entre os atos da audiência de instrução e julgamento.

Essa possibilidade, há muito sustentada pela doutrina processual penal,⁶⁰ já era contemplada pelo art. 435 do Código de Processo Civil e visa à superação de eventuais dúvidas das partes a respeito da fundamentação ou das conclusões dos laudos periciais, propiciando assim um efetivo *controle* sobre o meio de prova, insíto à garantia do contraditório.

Atento à própria natureza da prova pericial, que não só supõe conhecimentos especializados por parte dos peritos, mas também exige em certos casos o aprofundamento dos estudos relacionados ao tema, o legislador previu que os

60. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos...* cit., v. 2, p. 355-356; ADA PELLEGRINI CIRINOVERI, O conteúdo da garantia do contraditório, *Novas tendências do direito processual*, p. 29-30.

questões ou questões a serem esclarecidos sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, admitindo ainda que as respostas sejam apresentadas em laudo complementar.

Mas isso não obsta a que na audiência sejam feitas outras indagações sugeridas pelas respostas apresentadas, até porque o objetivo da inquirição é o de efetivamente aclarar aquilo que ficou consignado no laudo. Tudo, é evidente, dentro dos limites da pertinência e relevância das indagações.

18. Os assistentes técnicos

Em matéria de prova pericial, a grande novidade da Lei 11.690/2008 é certamente a introdução da figura do *assistente técnico* no processo penal, cuja atuação era antes reservada ao processo civil (art. 422 do CPC).

Da mesma forma como ocorre em relação ao perito, o *assistente técnico* é pessoa dotada de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, que traz ao processo informações especializadas, relacionadas ao objeto da perícia. Mas, ao contrário do perito – que é um auxiliar do juiz e por isso tem o dever de imparcialidade –, o assistente atua no interesse da parte e não está sujeito, como o perito, a impedimento ou suspeição (art. 422 do CPC, aplicável também ao processo penal).

Daí por que eventuais falsidades do *assistente técnico* não caracterizam o crime de falsa perícia (art. 342 do Código Penal), embora as exigências da ética profissional e o interesse na própria credibilidade recomendem que sua conduta seja sempre pautada pela isenção e objetividade. Constituirá rematado engano, com efeito, que, para atender a momentâneo e duvidoso benefício da parte, o assistente coloque em risco o seu conceito na comunidade técnico-científica.

Do mesmo modo que se observou a propósito da formulação de quesitos (supra, n. 17), a lei não foi muito clara sobre a fase em que será possível a indicação de assistente técnico, pois a redação do § 3.º do art. 159 dá a entender que isso poderia ocorrer já no inquérito policial. Mas, como mencionado, essa leitura levaria a restringir-se a possibilidade de indicação ao MP e ao ofendido, pois os demais sujeitos mencionados no parágrafo em análise só atuam na fase judicial.

Ocorre, no entanto, que o § 5.º é taxativo ao estabelecer que, “*durante o curso do processo judicial*”, é permitido às partes, quanto à perícia: (...) II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência”. Parece mais adequada, assim, à natureza da atividade do assistente – que é, como visto, profissional ligado ao interesse das partes – a interpretação de que a intervenção somente será possível em juízo.

Observe-se, ainda, que a atuação do assistente técnico no processo penal somente se dá após a sua admissão *pelo juiz* e uma vez concluída a perícia oficial (art. 159, § 4.º). Tudo isso exclui, à evidência, a intervenção dos assistentes na fase de investigação.

Com a introdução do § 6.º do art. 159 do CPP, a Lei 11.690/2008 estabelece ainda que, havendo requerimento das partes (*rectius*, da parte interessada), o material que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes técnicos, salvo se for impossível a sua conservação.

Criou-se, com isso, uma dupla obrigação para os órgãos oficiais: que conservem sob sua guarda os objetos materiais que forem objeto de perícia e, ainda, que o perito oficial esteja presente na realização de exames pelos assistentes técnicos.

A expressão “*sempre sua guarda*” empregada pelo legislador pode ensejar o entendimento de que a conservação desses objetos é indefinida. Mas isso deve ser lido à luz do sistema do Código de Processo Penal, que, no art. 118, prevê textualmente: “*Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo*”.

Assim, com o trânsito em julgado da sentença final, cessa essa obrigação para o órgão oficial. Mesmo antes disso, será possível que o juiz, depois de ouvir os eventuais interessados na realização de exames pelos assistentes técnicos, verifique que a conservação dos referidos objetos é dispensável.

Finalmente, com relação à inquirição do assistente técnico para prestar esclarecimentos (art. 159, § 5.º, II), deve ser lembrado que ele é um sujeito de prova que atua no interesse da parte que o indicou. Assim, na inquirição deve ser observada a mesma ordem seguida em relação às testemunhas de acusação ou de defesa, conforme tenha sido indicado por uma ou outra parte.

CAPÍTULO V DO OFENDIDO

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1.º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2.º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantêm ou modificam.

§ 3.º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4.º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5.º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6.º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Código de Processo Penal de 1941

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.
Parágrafo único. Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

Lei 11.690/2008

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1.º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2.º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3.º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4.º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5.º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6.º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

19. As novas disposições sobre a vítima no processo penal

As inovações introduzidas pela Lei 11.690/2008 no Capítulo V, do Título VII, do Código de Processo Penal não dizem propriamente respeito à disciplina da prova, mas à tutela do ofendido no processo penal.

De fato, o legislador manteve integralmente o texto do art. 201 e de seu parágrafo único – este agora como § 1.º –, que tratam da tomada de declarações da vítima da infração penal, fazendo o acréscimo de outras disposições em mais cinco (5) parágrafos, que melhor estariam se acrescentadas ao Capítulo IV do Título VIII, em que o Código cuida dos sujeitos processuais.

As novas previsões, certamente influenciadas pela moderna tendência de conferir maior proteção à vítima,⁶¹ dizem respeito à sua participação em atos processuais (§§ 2.º, 3.º e 4.º do art. 201), a medidas de atendimento pessoal (§ 5.º) e à preservação de direitos da personalidade (§ 6.º).

O novo § 2.º do art. 201 prevê a comunicação ao ofendido dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

Com isso, ampliou-se a possibilidade de participação do ofendido na ação penal pública, antes restrita à intervenção como assistente da acusação (art. 268 e ss. do CPP), desde que habilitado, assegurando-se especialmente o conhecimento das decisões para efetivo exercício do direito de recurso supletivo, nos casos em que a lei processual o admite (arts. 584, § 1.º, e 598 do CPP).

Quanto à informação sobre o ingresso e a saída do acusado da prisão, a providência parece estar ligada à adoção de medidas de prevenção de atos contra a pessoa da vítima, em relação aos quais evidentemente não basta a mera cientificação sobre aqueles fatos, mas sim a efetiva proteção por parte das autoridades. De qualquer modo, observe-se que a lei fala em *acusado*, não se aplicando a providência na fase de execução penal.

A lei inova, ainda, ao prever a possibilidade de comunicação por meio eletrônico (§ 3.º do art. 201) e ao assegurar espaço reservado para o ofendido na audiência e mesmo antes dela (§ 4.º do art. 201).

As medidas de assistência à vítima, de natureza psicossocial, jurídica e de saúde, previstas no texto do novo § 5.º, são elogiáveis, mas é preciso lembrar que só podem correr às expensas do ofensor após o trânsito em julgado, inserindo-se na disciplina dos efeitos civis da sentença penal.

Finalmente, a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido (art. 201, § 6.º) constitui salutar especificação, na legislação ordinária, do preceito constitucional do art. 5.º, X, da CF. Por isso, a sua violação implica responsabilidade civil por danos materiais e morais.

61. V., especialmente sobre o tema, ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Reavaliação do papel da vítima no processo criminal*, p. 193 e ss.

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

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

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. 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.

Dai 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 frequente que testemunhas de um mesmo fato tenham outras oportunidades de contato e é natural que comecem 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, consulentes 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.

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*).⁶⁵

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.; ELISABETH 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 dispõe, 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 põlêmica 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.

Sucedeu 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.

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 atafada. 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 dispõe, pelo que deve entender-se em vigor o disposto no art. 188 do CPP, na redação

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

A disciplina da produção da prova testemunhal foi incorporada outra po-lêmica novidade, que é a possibilidade de utilização da *videoconferência*.

O emprego dessa moderna tecnologia no processo penal tem suscitado, com efeito, infindável 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 provi-dência 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

74. RICHARD MAX, *Criminal evidence*, p. 419; CARPONI SCHITTAR, *Esame diretto...* cit., p. 135;

PAOLO TONINI, *A prova...* cit., p. 139.

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. (...)

(...)

IV – não existir prova de ter o réu concorrido 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 – não existir prova suficiente para a condenação.

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.

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

Parágrafo único. (...) (...)
 II – ordenará a cessação das penas acessórias provisoriamente aplicadas; (...).

Parágrafo único. (...) (...)
 II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas; (...).

26. As alterações introduzidas na redação do art. 386: a absolvição por “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”

Resta comentar, por último, as inovações trazidas pela Lei 11.690/2008 na redação do art. 386 do CPP, que trata da sentença de absolvição.
 Na sentença absolutória o juiz declara infundada a acusação e julga a ação penal improcedente. O art. 386 do CPP indica, no seu *caput*, as causas de im procedência da acusação e prevê, no parágrafo único, as providências que o juiz deve adotar ao proferir essa decisão.

A expressão indicação pela lei dos motivos de absolvição atende não apenas a um propósito didático, mas cumpre ainda outra função importantíssima, que é a de delimitar os efeitos civis da absolvição penal.

É que a jurisdição, enquanto poder estatal, é substancialmente uma e seria anti-econômica a duplicação do seu exercício, razão pela qual o legislador prevê, em certos casos, a interação entre a jurisdição civil e a penal.⁷⁸ Assim, por exemplo, a condenação criminal transitada em julgado constitui título executório civil, impedindo que o juiz civil venha a reexaminar as questões definitivamente resolvidas pelo juiz penal (arts. 91, I, do CP, 63 do CPP e 475-N, II, do CPC).

O mesmo ocorre quando a absolvição do réu no processo criminal se dá por determinados motivos, como pelo reconhecimento de causas de exclusão de ilicitude (art. 65 do CPP) ou da inexistência material do próprio fato (art. 66 do CPP).

Havia nessa matéria, no entanto, uma discrepância entre o disposto pelo Código Civil e o texto do Código de Processo Penal. Enquanto o Código Civil dispõe que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal” (art. 935), o Código de Processo Penal afasta a possibilidade de propositura da ação civil para reparação do dano apenas “quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato” (art. 66). A lei processual penal não prevê, assim, a situação de reconhecimento peremptório da não autoria do fato atribuído ao réu do processo penal.

78. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 157-158.

Por isso, embora com críticas, a melhor doutrina entende ter sido o art. 66 do CPP parcialmente revogado pelo Código Civil de 2002, admitindo-se a negativa de autoria como impeditivo da ação de reparação do dano.⁷⁹

Apesar disso, havia uma dificuldade prática de se aplicar a regra do art. 935 do CC, uma vez que o CPP, ao elencar os motivos de absolvição penal, não fazia referência ao reconhecimento categórico de não ter sido o acusado o autor do fato, limitando-se a prever a absolvição por “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” (art. 386, IV, na redação original).

Daí o acerto da Lei 11.690/2008 ao incluir novo inciso, estabelecendo, como motivo de absolvição, o “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”. Assim, se o juiz absolve o réu e declara no dispositivo da sentença que há prova positiva de que o réu não é autor, co-autor ou partícipe do fato delituoso, impedida estará também a propositura de ação civil para reparação do dano.

27. Segue a absolvição por haver dúvida quanto a causa de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade

A Lei 11.690/2008 incluiu ainda, no inc. VI (antes inc. V) do art. 386, que trata da absolvição por reconhecimento de causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, a expressão “ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”, tornando explícita, assim, a aplicação do *in dubio pro reo* quando a prova delas não for cabal.

Sobre essa disposição, remetemos o leitor ao que foi dito a propósito do art. 156 (supra, n. 7).

28. Segue a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas

Finalmente, no texto do parágrafo único do art. 386, o legislador substituiu a referência a “penas acessórias provisoriamente aplicadas” por “medidas cautelares e provisoriamente aplicadas”, evidenciando com isso a preocupação em adequar a disposição ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF), que impede a imposição de qualquer sanção antes do trânsito em julgado de sentença condenatória.

Art. 2.º Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos.

Art. 3.º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

79. RUI STOCCO, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 265-266.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANO, Alessandro. *I poteri istruttori del giudice penale*. Padova: Cedam, 2003.
- ALLENA, Gianni. Reflexões sul conceito de incostitucionalidade della prova nel processo penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 32(2)/509 ss., 1989.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BETTIOL, Giuseppe. La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale. *Scritti giuridici*. Padova: Cedam, 1966. v. 1.
- CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.
- CARACENI, Lina. *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*. Milano: Giuffrè, 2007.
- CAROFILIO, Gianrico. *L'arte del dubbio*. Palermo: Sellerio, 2007.
- CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita em processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 3(12)/162-200, 1995.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2002.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Vladimiro. Modelo acusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 32(2)/439, 1993.
- CORDERO, Franco. Prove illecite. In: ———. *Tre studi sulle prove penale*. Milano: Giuffrè, 1963.
- DAMASKA, Mirjan. *Il diritto delle prove alla deriva*. Bologna: Il Mulino, 2003.
- . Presentation of evidence and factfinding precision. *University of Pennsylvania Law Review* 123/1090, 1975.
- DE FRANCHIS, Francesco. "Cross-examination". *Digesto delle discipline penalistiche*. Torino: Utet, 1989.
- DENTI, Vittorio. Perizie, nullità e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale* 22/401, 1967.
- . Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. *Rivista di Diritto Processuale* 27(3)/417, 1972.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Ônus de alegar e de provar em processo penal? *Revista de Legislação e Jurisprudência* 105/140, 1971.
- DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- . *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3.
- . O princípio do contradittorio. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1986.
- ; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Reavaliação do papel da vítima no processo criminal*. Tese de livre-docência, São Paulo, 1993.
- ; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo; TARUFFO, Michele. *Lezione sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva; MARREY, Adriano; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000.
- GARAPON, Antoine. *L'âne portant des reliques: essai sur le rituel judiciaire*. Paris: Centurion, 1985.
- GIULIANI, Alessandro. Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 16/657, 1962.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.
- . Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- ; FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- GOSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2(3)/397-441, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.
- . A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- . O conteúdo da garantia do contradittorio. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- . Que juiz inquisidor é esse? *Boletim do IBCCrim*, n. 30, jun. 1995.
- ; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- ; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HAIRABEDIAN, Maximiliano. *Eficácia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002.
- ISRAEL, Jerold H.; LAFAYE, Wayne R. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 4. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1988.
- ; ———; KAMISAR, Yale. *Modern criminal procedure*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1994.
- KAMISAR, Yale; LAFAYE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Modern criminal procedure*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1994.
- LACHMAYER, Friedrich. Rituel et rhétorique de la preuve juridique. *Revue Internationale de Sémiotique Juridique* 1(3)/275-278, 1988.
- LAFAYE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H. *Criminal procedure: constitutional limitations*. 4. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1988.
- ; ———; KAMISAR, Yale. *Modern criminal procedure*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1994.

- LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Córte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MALAN, Diogo Rudge. *Processo penal de partes: "right of confrontation" na produção da prova oral*. Tese de doutoramento, São Paulo, 2008.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. 2.
- MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000.
- MAY, Richard. *Criminal evidence*. 2. ed. Londres: Sweet and Maxwell, 1990.
- MCCORMICK, Charles T. *Handbook of the law of evidence*. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1954.
- MC EWAN, Jenny. *Evidence and the adversarial process – The modern law*. Oxford: Blackwell, 1992.
- MONTEIRO, Cristina Líbano. *Periculosidade de inimputáveis e "in dubio pro reo"*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.
- NAPPI, Aniello. *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1992.
- NOBIL, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.
- _____. *Lecture testimonial consentie al dibattimento e libero convincimento del giudice. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 14/275-278, 1971.
- _____. *Commento (art. 191)*. In: CHIAVARIO, Mario (org.). *Commento al nuovo Codice di Procedura Penale*. Torino: Utet, 1990. v. 2.
- PAPA, Michele. *Brevi spunti sulle rules of evidence*. In: AMODIO & BASSIOUNI (org.). *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè, 1988.
- PISANI, Mario. *Introduzione alla tematica dell'esame diretto e del controesame. L'Indice Penale* 23/483-486, 1989.
- ROBERTS, Paul; ZUCKERMAN, Adrian. *Criminal evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- SCAPARONE, Metello. *"Common law" e processo penale*. Milano: Giuffrè, 1974.
- SCHITTAR, Domenico Carponi. *Esame diretto e controesame nel processo accusatorio*. Padova: Cedam, 1989.
- SILVESTRI, Elisabetta. *"Adversary" e "inquisitorial system" nella prospettiva di "common law": un problema aperto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 42/257-264, 1988.
- SIRACUSANO, Delfino. *Le prove*. In: _____ et al. *Manuale di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1990. v. I.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.
- _____; FRANCO, Alberto Silva; MARREY, Adriano. *Teoria e prática do júri*. 7. ed. São Paulo: RT, 2000.
- TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.
- _____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- _____. *La ricerca della verità nell'adversary system angloamericano*. *Rivista di Diritto Processuale* 32(4)/617, 1977.

- _____; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezione sul processo civile*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2002.
- TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.
- VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene, 1974.
- WIGMORE, John Henry. *Evidence in trials at common law*. Rev. John T. McNaughton. Aspen Publishers, 1961. v. 8.
- ZAGREBELSKY, Vladimiro; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 32(2)/439, 1993.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *O pomar e as pragas*. *Boletim do IBCCrim*, n. 188, p. 2, jul. 2008.
- ZUCKERMAN, Adrian; ROBERTS, Paul. *Criminal evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2004.