

## VISÃO CRÍTICA DAS MODIFICAÇÕES NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA – A “PROVA” (I)

SERGIO DEMORO HAMILTON \*

“O futuro é uma Justiça de faz-de-conta.” \*\*

1. A chamada “reforma pontual” do Código de Processo Penal prossegue a todo vapor. Agora, tomo conhecimento de três novas leis, abrangendo o procedimento do Júri, as provas e os ritos em geral. Como tantas vezes já escrevi, não sou um entusiasta de tais remendos que, aos poucos, transformaram o precário e envelhecido Código numa colcha de retalhos.

A razão invocada para tais modificações é sempre a mesma: tornar mais célere o procedimento. Outra há, não confessada, velada mesmo, mas que surge revestida de clareza solar: deixar a sociedade indefesa, ao enfraquecer, cada vez mais, o Ministério Público. A violência e o “crime organizado”, enquanto tal estado de coisas perdurar, agradecem penhorados. Quem viver, verá.

E o mais grave de tudo é que, se o objetivo declarado do legislador foi o de tornar o processo mais célere, não resta dúvida de que, com as novas leis, a emenda saiu pior que o soneto. Quando do exame dos procedimentos terei a ocasião de examinar os novos ritos, procurando demonstrar o desacerto das reformas.

É certo que há pontos positivos nas três leis que teremos a oportunidade de apreciar e que serão enaltecidos na medida em que o estudo vier a ser desenvolvido. É de ver, no entanto, que eles pouco representam no conjunto.

2. Por ora, vamos nos ater às modificações relativas à prova, consubstanciadas na Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. As outras alterações ficam para posterior

---

\* Sergio Demoro Hamilton é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

\*\* Declaração do Juiz de Direito Fausto Martin de Sanctis, em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, 2ª edição do dia 20 de julho de 2008, p. 29 (Seção de Economia).

momento, merecendo, cada uma delas, estudo específico, quando da abordagem do Júri e dos procedimentos, que pretendemos empreender. Ao exame, pois, do novo texto legal.

3. O sistema do livre convencimento, agora regulado no art. 155, reitera o preceito constitucional do art. 5º, LV, vedando ao juiz fundamentar sua decisão **exclusivamente** em elementos informativos colhidos no decorrer da investigação preliminar, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. A jurisprudência, em obediência ao Texto Magno, já consagrara tal entendimento, agora reafirmado, expressamente, na lei processual. É bom notar que, antes mesmo da nova lei, todas aquelas matérias, ditas irrepetíveis, podiam vir a ser, pelo menos, discutidas, na fase processual, ensejando-se ao juiz mandar suprir, complementar ou esclarecer o laudo (art. 181 do CPP).

4. Na parte concernente ao ônus da prova (art. 156), permite-se ao juiz, em flagrante violação ao sistema acusatório (art. 129, I da CF), atuar de **ofício**, determinando, **mesmo antes de iniciada a ação penal**, a produção antecipada de provas desde que as considere urgentes e relevantes (art. 156, I). É, sem dúvida, uma indevida intromissão do juiz na fase de investigação, desde que ultrapasse os exatos limites traçados pela lei. Uma observação: na fase pré-processual não há falar em provas, na sua acepção técnica, mas em mera colheita de dados que possa ensejar a formulação da acusação. Assim mesmo, nesta fase, numa leitura do texto à luz da Constituição Federal, não se deveria admitir a atuação de ofício do juiz na fase do inquérito, aguardando-se sempre a iniciativa do Ministério Público.

A intervenção do juiz, na fase pré-processual, só se justificaria de ofício para inibir a prática de atos manifestamente ilegais (art. 5º, XXXV da CF).

5. Uma inovação do Código vem inscrita no art. 157 que estabeleceu o desentranhamento do processo das provas ilícitas, assim entendidas aquelas que importem em violação de normas constitucionais ou legais. A lei nova veio ao encontro da Constituição Federal que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI).

Proíbe, também, a chamada prova ilícita por derivação (art. 157, parágrafo primeiro), matéria introduzida em nossa legislação através de influência do direito norte-americano. Trata-se de elaboração cunhada pela Suprema Corte Americana, conhecida como a doutrina do "*Fruit of poisonous tree*" (fruto da árvore venenosa) pela qual o veneno da árvore acaba por contaminar seus frutos. Segundo tal entendimento, muito embora a prova colhida no processo seja lícita, ela deriva de outra obtida por meio ilícito. A nova lei nada mais fez do que registrar o pensamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em mais de um julgado<sup>1</sup>.

---

1. Veja-se a "Revista do Ministério Público - RJ - n° 11, 3ª Fase, jan-jun 2000", p. 254, nota de rodapé n° 2.

Quando ainda no plano doutrinário e jurisprudencial, tive a ocasião de tecer críticas severas a tal jurisprudência, salientando que aquelas decisões, ainda que movidas pelas mais elevadas intenções de respeito à Constituição, contribuem para o afrouxamento ético dos nossos costumes, conduzindo, cada vez mais, para a impunidade geral. Advogava, então, a adoção da teoria da proporcionalidade<sup>2</sup>. Agora, no entanto, a matéria não comporta mais discussão, não se tratando mais de jurisprudência ou de tertúlia doutrinária mas de disposição que passou a integrar o Código.

O legislador procurou mitigar o aproveitamento da prova ilícita por derivação, desde que não haja nexo de causalidade entre uma e outra ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente, isto é, aquela prova que, por si só, seja capaz de conduzir ao fato objeto da prova (art. 157, §§ 1º, segunda parte, e 2º). Aqui também a jurisprudência já consagrara tal compreensão da matéria, que veio a ser encampada pelo direito positivo.

Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente (art. 157, § 3º). Trata-se, por sinal, de decorrência lógica da invalidação da prova.

É interessante observar que o parágrafo quarto do art. 157, que acabou vetado em nome da celeridade, apresentava o seguinte enunciado: "o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir sentença ou acórdão". Não resta dúvida que o dispositivo em questão era salutar e coerente com o sistema adotado. Porém, os transtornos que traria para a marcha do processo apresentavam-se consideráveis, ao obrigar o juiz que presidiu a instrução a ser substituído por outro que nada sabia sobre o caso. Aplicou-se aqui, observe-se bem, a teoria da proporcionalidade, ao sacrificar-se uma providência razoável em razão dos inconvenientes que causava. Não se pode negar, contudo, que o dispositivo vetado era mais coerente com o caminho traçado pelo legislador em matéria de prova ilícita.

6. Parece-me adequada a modificação sofrida em relação à prova pericial que, agora, passa a ser feita por um só perito, quando realizada por perito oficial, portador de diploma de curso superior (art. 159). Mas aqui termina o elogio.

Quando, no local, não houver perito oficial repete-se, no parágrafo primeiro, a atual redação da lei (art. 159). O texto já merecera críticas em estudo anterior que fiz a respeito da prova penal. Na ocasião dissera:

---

2. Anote-se o meu trabalho "As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito", na "Revista do Ministério Público - RJ - nº 11, 3ª Fase, jan-jun 2000", p. 253 e seguintes.

“Perícia é prova técnica a ser realizada por *expert* na matéria. Nisso, aliás, é que a prova técnica se distingue da prova oral. Toda pessoa pode ser testemunha (art. 202), porém, nem toda a pessoa pode atuar como perito. Em síntese: a perícia, **sempre**, terá que ser realizada por técnicos **especializados**”<sup>3</sup>.

Portanto, o uso da expressão “de preferência”, repetida agora no parágrafo primeiro do art. 159, merece censura. Prova técnica, por excelência, não pode ser elaborada por curiosos, mesmo que competentes em outro ramo do saber.

Aliás, retornando ao *caput* do art. 159, vê-se que ele contém pleonasmos ao usar a expressão “exame de corpo de delito e **outras** perícias”, pois o primeiro nada mais é que mera perícia<sup>4</sup>. São repetidos, aqui, os dizeres do Código de 41 que se revestia da mesma superfluidade.

Já o parágrafo terceiro do art. 159 faculta ao Ministério Público, ao assistente de acusação (*rectius*, do Ministério Público), ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e a indicação de assistente técnico.

Penso que, numa reforma processual que tem por fim imprimir celeridade e simplicidade para o desfecho do processo, o aludido parágrafo contém pecado mortal e incide em flagrante contradição.

Em primeiro lugar por admitir a todos aqueles sujeitos processuais que enumera a faculdade de formulação de quesitos. Somente as partes e o juiz, sujeitos principais do processo, poderiam usar daquela prerrogativa, vedando-se ao assistente do Ministério Público (que não atua no processo com os mesmos objetivos do *Parquet*) e ao ofendido (quando não for parte) sua intervenção no processo com aquela finalidade.

Mas não é só; traz-se para o processo penal a figura do assistente técnico, própria do processo civil, onde, em regra, estão em jogo direitos e interesses disponíveis.

Quanta celeridade!

Quanta simplicidade!

Pelo que se lê do parágrafo quarto do art. 159, o assistente técnico só poderá atuar, uma vez admitido pelo juiz, após a conclusão do exame, quando a perícia for elaborada por perito oficial (a lei fala em “peritos oficiais”, mas, como vimos, com a nova lei, só haverá um perito oficial). A regra não se aplica aos “peritos não oficiais” (art. 159, § 4º).

---

3. Vide meu livro “Processo Penal – Reflexões”, p. 6, nº 6, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

4. *Apud*, *op. cit.* em o nº 03 da nota de rodapé, pp. 3 e 4. -

Suponhamos, *ad argumentandum tantum*, que, em determinado caso, o assistente do *Parquet* e o acusado resolvam indicar assistente técnico. Caso tal venha a ocorrer teremos um gigantesco volume dedicado somente à prova pericial, valendo o registro de que, podemos ter mais de um assistente do Ministério Público, vários ofendidos (não habilitados como assistentes) e diversos acusados, todos eles indicando assistente técnico.

Quanta celeridade!

Quanta simplicidade!

Cumpre salientar que a hipótese acima formulada, tão somente para o fim de argumentação, nada tem de absurda, pois nos grandes escândalos financeiros, que pululam em nosso país, ela é, perfeitamente, plausível até mesmo com a finalidade única de tumultuar e eternizar o processo, retardando seu deslinde. Se observarmos que todos os réus "VIPs" responderão soltos ao processo (há alguma dúvida?) e o disposto na Súmula 146 do STF, chegaremos, com facilidade, à conclusão de que o futuro apresenta-se sombrio para a defesa da sociedade.

A fórmula antiga era muito superior: caso a perícia oficial não fosse satisfatória, a autoridade judiciária poderia mandar suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo, ordenando, inclusive, que se procedesse a novo exame, por outros peritos, caso julgasse necessário ou conveniente. Deixava-se ao juiz, assim, possibilidade de examinar a respeito da conveniência da nova perícia ou de, apenas, esclarecer ponto duvidoso do laudo, dando-se ao magistrado prudente discrição (art. 181 e seu parágrafo).

É caso dizer agora: a partir da nova lei os criminosos de colarinho branco agradecem, mais uma vez, a possibilidade de criar o maior tumulto no processo, que poderá ter dezenas de pareceres técnicos, dependendo da sua extensão. Refiro-me a tal modalidade de criminoso porque, normalmente, os pobres não se valerão de assistente técnico.

É preciso ter em conta que o confronto pretendido entre diversos laudos e pareceres (nos grandes crimes financeiros), longe de prestar esclarecimentos, só servem para confundir e só aproveitam aos criminosos ricos, que podem contratar técnicos de renome com a finalidade única de espolhar falhas no laudo oficial, garantindo-lhes a impunidade.

O trabalho da perícia oficial, em regra, apresentava-se de boa qualidade técnica não só pela qualificação dos peritos como por sua imparcialidade, restando, sempre, ao juiz a possibilidade de proceder na forma do art. 181 e seu parágrafo do CPP. A afirmação acima não se trata de mera alegação abstrata mas decorre da minha longa vivência como Promotor e Procurador de Justiça no Rio de Janeiro.

Somente quando a perícia for realizada por peritos não oficiais é que se exigirá a presença de duas pessoas idôneas portadora de diploma de curso

superior, preferencialmente, dotados de habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. Restam de pé as críticas acima feitas em relação à fórmula que, apenas, estabelece o caráter “preferencial” quanto à especialização, uma vez que esta será sempre necessária. Assim, por exemplo, um engenheiro não pode realizar uma necropsia.

A parte relativa às perícias em geral encontra encerramento com o parágrafo quinto do art. 159, que indica uma série de regras relativas às providências que os interessados poderão requerer no curso do processo judicial e que são decorrência lógica dos preceitos antes estabelecidos na própria lei.

São elas:

a) requerem a oitiva de peritos para o esclarecimento da prova ou ainda para responderem a quesitos, intimando-se os mesmos com antecedência mínima de 10 (dez dias), podendo as respostas integrarem um laudo complementar. A última providência é, sem sombra de dúvida, superior, pois o laudo requer a precisão técnica que o mero depoimento não pode conter.

Desde logo, impõe-se observar; volta a lei a usar o vocábulo peritos no plural, quando, na realidade, agora só haverá um perito oficial. Somente no caso de peritos não oficiais é que atuarão dois técnicos (art. 159, parágrafo primeiro). Penso que as medidas alvitadas acima poderão ser efetivadas em ambos os casos;

b) outra anotação que se faz necessária é que tais providências somente poderão ser levadas a efeito durante a ação penal, pois o parágrafo quinto do art. 159 alude ao processo judicial e às partes. Nada impede que o juiz de ofício tome a iniciativa de todas aquelas medidas embora a lei somente faça alusão às partes. O sistema da livre convicção motivada e o princípio da verdade processual assim o exigem;

c) os assistentes técnicos também poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou serem inquiridos em audiência. Como de óbvia constatação, no caso dos processos envolvendo os grandes escândalos financeiros, os réus irão requerer toda a sorte de esclarecimentos através de pareceres (ou complementação dos laudos dos assistentes técnicos), gerando um tumulto incontrolável nos processos respectivos. Pergunta-se: e se o juiz, por sentir-se esclarecido, impedindo a alicantina, vier a indeferir, no todo ou em parte, algum daqueles atos? Sempre sobrarão à oportunidade para o réu poderoso impetrar um *habeas corpus* alegando cerceamento de defesa e — quem sabe? — obter êxito, em fase do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF).

Começa, então, tudo de novo, com maiores esclarecimentos, outros depoimentos e quejandos.

Como era simples, objetivo e seguro o sistema anterior!

Retorno à minha fala inicial: se o objetivo da reforma foi o de imprimir celeridade aos processos, o tiro saiu pela culatra.

Observe-se, ainda, que os parágrafos 6º e 7º são decorrência do sistema adotado em matéria de perícias, valendo dar ênfase que me parece correta e até mesmo indispensável a adoção da exigência da especialização (parágrafo 7º) por parte do perito oficial e do eventual assistente técnico que atuar no caso em exame, desde que a matéria a ser apreciada venha a abranger mais de uma área de conhecimento. A regra é correta; o vício vem da origem do sistema adotado que veio a permitir a figura espúria do assistente técnico no processo penal.

Restará ao juiz, sempre e sempre, fazer uso da regra do art. 184 do CPP (não-derrogada), indeferindo a perícia que entender desnecessária ao esclarecimento dos fatos, vedando, *ipso facto*, a admissão do assistente técnico (art. 159, parágrafo 4º).

7. Passemos ao ofendido. No Código, em sua versão original, ele foi regulado em único artigo contendo um parágrafo (art. 201 do CPP). Agora, com a Lei 11.690/2008, ele viu-se enriquecido com seis parágrafos que lhe emprestaram melhor tratamento.

Foram tomadas diversas providências legais no sentido de dar maior proteção para a vítima. Dessa maneira, o parágrafo segundo determina que ela seja informada do ingresso e da saída do acusado da prisão. Sabe-se que, por força da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, já são estabelecidas normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas. O diploma legal em questão complementa aqueles cuidados cogitados no parágrafo em tela, subsistindo em toda a sua plenitude. São normas que se completam. O aludido parágrafo segundo, ora examinado, ganha extensão, em sua parte final, com os necessários atos de comunicação processual, que, a partir da nova lei, terão que ser fornecidos ao ofendido, mesmo que ele não se tenha habilitado como assistente (dia e hora da audiência, sentença e acórdãos). Sabe-se que, mesmo antes da Lei 11.690/2008, o ofendido podia apelar da sentença ainda que não atuasse como assistente (art. 598). Na atualidade, amplia-se a sua participação no processo, podendo qualquer ato de comunicação processual ser levado a efeito através do uso de meio eletrônico, desde que, para tanto, haja opção da vítima, ficando cópia nos autos do *e-mail* expedido, ou ainda de qualquer outra forma de aviso usada.

Providenciou a lei, com louvável cuidado, para que, antes do início da audiência e durante sua realização, seja reservado espaço separado para o ofendido (201, § 4º).

Haverá, não se pode negar, dificuldade prática na execução da providência tendo em conta as limitadas instalações das diversas varas criminais.

Nem por isso a medida, tanto quanto possível, deverá ser negligenciada, adaptando-se os locais, dentro do possível, de molde a que a vítima fique protegida. Averte-se que a regra do art. 217 do CPP, que afasta a presença direta do réu durante a instrução criminal, desde que por sua atitude possa ela prejudicar a verdade do depoimento da testemunha, agora foi estendida também ao ofendido, pois antes, absurdamente, só fazia referência à testemunha. A nova lei veio, com inteira propriedade, dar proteção à vítima, não se compreendendo a omissão anterior, embora, no meu entendimento, no regime anterior, por mera integração analógica, deveria encontrar aplicação também em relação ao ofendido<sup>5</sup>. Agora, no entanto, é lei.

Dá-se, ainda, a faculdade de o juiz, caso entenda necessário, encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, compreendendo, de modo especial, as áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado (art. 201, § 5º). Quanto à assistência jurídica, dispomos, no Rio de Janeiro, da Defensoria Pública, que, ordinariamente, presta assistência aos réus. Nada impede, no entretanto, que, em caso de colisão de interesses, atuem dois defensores públicos, um promovendo a defesa do acusado e outro postulando em favor da vítima. Quanto aos demais atendimentos, incumbirá ao juiz, conforme o caso e de acordo com as possibilidades do local, providenciar como de direito. Nada impede que o magistrado exija a prestação devida a expensas do ofensor, como autoriza a lei, diminuindo o ônus do Estado. Aliás, sempre que possível, o réu é que deverá arcar com as despesas de tais programas de assistência ao ofendido, desde que fique demonstrado que dispõe de meios para tal. Na prática, não tenho grande esperança que todas essas medidas possam ser aplicadas, em sua plenitude, apesar do caráter salutar de que se revestem.

Proteção da maior importância vem inscrita no parágrafo 6º do art. 201, ao preservar a intimidade da vítima, compreendendo a sua vida privada, a sua honra e a sua imagem. É de ser ressaltado que o ofendido não está em julgamento, não se justificando, destarte, a sua retaliação. Não se admite, pois, a exibição de seu nome na mídia, seja ela qual for. Para tanto, o juiz **poderá** decretar segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e qualquer outra informação que possam levar a exposição da vítima aos meios de comunicação. Em tal caso poderão ter acesso aos autos somente o juiz, o Ministério Público e o advogado que atuam no processo, sem falar no escrivão do feito que terá, sob sua guarda, os arquivos respectivos envolvendo aqueles atos.

Cumpra por em destaque que tal mandamento vem ao encontro da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, que estabelece as normas de proteção à vítima e testemunhas ameaçadas. Porém, há uma diferença; a nova redação do pará-

---

5. Consulte-se o meu livro *Processo Penal - Reflexões*, p. 11, nº 12, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, onde o assunto é tratado de forma mais detalhada.

grafo sexto do art. 201 do CPP autoriza o juiz a preservar a intimidade do ofendido independentemente de qualquer ameaça explícita que a vítima esteja sofrendo. O Juiz, antecipando-se, tem a faculdade de determinar, *ad cautelam*, a ocultação dos dados do ofendido. Não resta dúvida de que a providência, se bem aplicada, trará bons resultados, principalmente nos crimes praticados mediante violência ou grave ameaça.

Outra observação a merecer registro é a de que o ingresso no programa da Lei 9.807/99 dependerá, sempre, da anuência da pessoa protegida ou de seu representante legal (art. 2º, parágrafo terceiro), que, a qualquer tempo, poderá solicitar a sua exclusão do programa de proteção, caso venha a ocorrer uma das situações cogitadas nos diversos incisos do art. 10 da Lei 9.807/99. Já no regime da Lei 11.690/2008, a vontade da vítima não conta, ficando a critério do juiz determinar o segredo de justiça de maneira que fique preservada a intimidade do ofendido, na sua vida privada, honra e imagem. Evita-se, dessa forma, o risco que a vítima possa sofrer por parte de criminosos de alta periculosidade. Prevalece, aqui, o interesse público, objetivando a adequada apuração dos fatos e não somente o risco que o ofendido possa sofrer.

Não resta dúvida de que o princípio da publicidade, que encontra respaldo na própria Constituição Federal (art. 5º, LX e 93, IX) e no CPP (art. 792) sofrerá mitigação, justificável diante da necessária apuração da verdade processual, sem falar no resguardo da própria pessoa ofendida. Por sinal, a Carta Magna admite possa ser restringida a publicidade quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

#### 8. É chegada a vez das testemunhas.

Repete-se, aqui, o cuidado, havido com o ofendido, de mantê-las em “espaços reservados”, antes do início da audiência e durante a sua realização (art. 210, parágrafo único do CPP). O objetivo do novo texto legal é o de assegurar a sua incomunicabilidade, objetivando não contaminar a prova. A medida é merecedora de louvor, embora vá ocorrer dificuldade de ordem prática para sua efetivação, pois os juízos terão que ser adaptados às novas exigências da lei. Até que tal não ocorra, só caberá ao juiz colocá-las sob permanente vigilância de um oficial de justiça ou de um policial requisitado para tal fim, principalmente antes do início da audiência, pois que, durante ela, sem dúvida, o próprio juiz exercerá a fiscalização, valendo-se do auxílio das partes e do oficial de justiça que servir no ato. Outra finalidade reside na proteção da própria testemunha.

A grande novidade técnica vem contida no art. 212 do CPP ao consagrar a inquirição direta. As perguntas, a partir de agora, serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz, sobre os pontos não esclarecidos, complementar a inquirição. Não mais vige, entre nós, o sistema presidencial, consagrado na antiga redação do art. 212 do CPP, em que as perguntas das partes eram requeridas ao juiz que, após, caso as deferisse, as formulava

para as testemunhas. Isto não quer dizer que o juiz deixe de exercer seu poder de fiscalização na colheita da prova, cabendo-lhe indeferir as perguntas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com a causa ou ainda importarem na repetição de outra já respondida.

Ao final, segundo dispõe o parágrafo único do art. 212 do CPP, em sua nova redação, o juiz poderá complementar a inquirição no objetivo de aclarar pontos que ainda não ficaram suficientemente esclarecidos.

A via traçada pela nova lei é a mais compatível com o sistema acusatório, que, de acordo com o Texto Magno, deveria orientar toda a legislação processual penal, de maneira a garantir a imparcialidade do juiz.

Não chega a ser novidade em nosso direito positivo tal forma de inquirição de testemunhas. Com efeito, em se tratando de depoimento prestado perante o plenário do Tribunal do Júri (antigo art. 467) já havia a inquirição direta, facultando-se, inclusive, aos próprios jurados a formulação de perguntas às testemunhas de forma direta, sem a intermediação do juiz.

Em alguns países (como ocorre no Júri anglo-americano), as partes inquiram as testemunhas de forma alternada. É o sistema do *cross examination*. Porém, há particularidades, pois o juiz que preside o Júri não intervém formulando perguntas. A afirmação é bastante genérica, pois lá, nos Estados Unidos, existem em torno de 40 sistemas processuais diferentes. Entre nós, não se pode dizer que a nova lei adotou o exame cruzado em toda a sua pureza, pois neste o juiz não intervém, ficando a inquirição das testemunhas como tarefa exclusiva das partes.

Curiosamente, na atual legislação, em relação ao Tribunal do Júri, há um sistema misto, que se afasta do regramento geral previsto no art. 212, pois o sistema presidencialista ressurgiu no art. 473, § 2º, ao permitir possam os jurados formular perguntas por intermédio do juiz presidente. Além do mais a intervenção do juiz presidente se dará, em primeiro lugar (art. 473, cabeça).

Portanto, a participação do juiz na inquirição de testemunhas não foi, de todo, abolida.

Ambos os sistemas apresentam vantagens e desvantagens. O sistema presidencial, tradicional em nosso direito processual, apresentava o inconveniente de possibilitar à testemunha preparar a resposta. O atual, da inquirição direta, pode atemorizar a testemunha, acarretando a intervenção do juiz para corrigir a distorção, assim como enseja ao magistrado, ao final do depoimento, possa complementar a inquirição, suprimindo eventuais pontos não esclarecidos. De qualquer maneira, o critério agora adotado é o que mais se compadece com o sistema acusatório.

Ainda no tópico das testemunhas, a redação do art. 217 do CPP tornou-se mais explícita ao prever que a presença do réu possa causar "humilhação, temor ou sério constrangimento" à testemunha ou ao ofendido de modo que

prejudique a verdade do depoimento. Se assim for, a inquirição dar-se-á por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, é que será determinada a retirada do réu, prosseguindo, então, a colheita da prova na presença somente do defensor do acusado.

O primeiro aspecto a ser destacado com a nova dicção do art. 217 reside no fato de que o legislador procurou ser mais específico ao indicar os casos em que a norma em questão terá aplicação: “humilhação, temor ou sério constrangimento” causados à testemunha ou ao ofendido. Antes a lei falava apenas na presença do réu que, “pela sua atitude”, pudesse influir no ânimo da testemunha.

O segundo ponto a merecer ênfase foi a inclusão do ofendido, ao lado da testemunha, entre os beneficiários da providência. Sempre sustentamos que, por mera integração analógica, a proteção em questão deveria ser estendida ao ofendido<sup>6</sup>. Não se compreendia a omissão do legislador, agora suprida com a nova redação do art. 217.

Também inovou a lei ao determinar, nos casos indicados no art. 217, que a inquirição se faça por videoconferência. A jurisprudência, voltada para o interrogatório do réu, recebia, com reservas, a adoção da videoconferência (*on line*), ocorrendo ora manifestações favoráveis (TACrim SP, RJTACrim, SP, 33/377), bem como outras no sentido da sua invalidade (TACrim SP, RJTACrim SP 33/382), ao passo que o STJ, ao decidir sobre a matéria, não a vedou de todo, desde que a saída do réu do estabelecimento prisional viesse a acarretar algum perigo (5ª Turma, 742/579)<sup>7</sup>.

Incumbe salientar ainda que o Pretório Maior, embora, repita-se, voltado para o interrogatório, entendeu pela inadmissibilidade da sua realização mediante videoconferência, por tratar-se de forma singular não prevista no ordenamento jurídico (STF, HC, 88.914/2ª Turma)<sup>8</sup>.

Agora, passa a ser lei a aplicação da videoconferência pelo menos para a inquirição da testemunha e do ofendido desde que presentes os motivos indicados no art. 217. **Somente na impossibilidade dessa forma**, é que o juiz determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do defensor do acusado. Sacrifica-se, por relevância de motivo, a autodefesa, mantendo-se, sempre, a indispensável defesa técnica (art. 261 do CPP).

Há um fator complicador na aplicação da aludida novidade legislativa.

---

6. *Apud op. cit.* in nº 05 destas notas.

7. Para melhor exame, leia-se o meu livro *Estudos de Processo Penal*, 3ª série, pp. 134/135, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

8. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Pena*, nº 20, p. 72 e seguintes, com rica apreciação doutrinária do Promotor de Justiça, Rômulo de Andrade Moreira (MP da Bahia), no comentário a respeito da decisão sob o título “O STF e o interrogatório por videoconferência”.

É que os diversos juízos precisarão adaptar-se à lei, dotando-se dos necessários recursos técnicos para que a nova orientação possa encontrar aplicação. A verbe-se que a lei somente admite a retirada do réu quando não for possível a videoconferência. Acredito, que esta e outras inovações trazidas pela lei, ainda por bom tempo, custarão a ser adotadas (lugar reservado para o ofendido e para as testemunhas, videoconferência, etc.). Outrossim, é preciso que se tenha em conta que a realidade do país não é a dos grandes centros, impondo-se, ademais, a observação de que, mesmo estes ainda irão demorar a adaptar-se às inovações, pois terão que buscar espaços e recursos para que a lei possa ser cumprida.

O art. 217, em seu único parágrafo, estabelece que a adoção da providência, devido ao seu caráter excepcional, deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. A advertência já constava ao final da redação original do art. 217 do CPP e torna-se indispensável para que fique memória nos autos, pois tratando-se de medida restritiva de direitos, implica em sacrifício da autodefesa, subsistindo, de qualquer maneira, a defesa técnica, esta sempre indispensável (art. 261 do CPP e art. 5º, LV e 133 da CF).

Há, ainda, um outro aspecto a ser analisado. Ele diz respeito às novas regras de procedimento que irão reger o processo penal. De acordo com elas, o procedimento será comum ou especial, sendo que aquele será ordinário, sumário ou sumariíssimo (art. 394), aplicando-se, subsidiariamente, aos procedimentos especial, sumário e sumariíssimo as disposições do procedimento ordinário (art. 394, § 5º). Pois bem: adota o Código, agora, o princípio da identidade física do juiz (art. 399, § 2º), sendo toda a prova oral colhida na audiência de instrução e julgamento (art. 400) em que o acusado é interrogado, sempre, por último. Caso ocorra a hipótese do art. 217, duas situações podem ocorrer: dá-se a videoconferência ou, caso não seja possível a sua realização, o afastamento do réu. De qualquer maneira, o réu terá que aguardar para ser interrogado ao final da colheita das provas.

Não foi sem razão que POLASTRI<sup>9</sup>, ao examinar os projetos de reforma do CPP, salientou, ao cogitar da videoconferência para a colheita da prova oral, que a matéria ainda demandará melhor regulamentação.

9. Para finalizar, ao tratar do art. 386 do CPP, a nova lei acrescentou mais um fundamento para a absolvição, no inciso IV, "quando ficar provado que o acusado não concorreu para a infração penal" e não somente pelo fato de não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal. A nova redação, sem dúvida mais completa, apresenta reflexos perante a jurisdição civil.

---

9. Lima, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal*, p. 867, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007.

10. Que dizer, em resumo, da reforma pretendida em relação à prova, abordando seus principais tópicos?

10.1. Se o objetivo da reforma foi o de imprimir celeridade para os processos, não resta dúvida de que ele não será atingido.

É que não se cogitou de providenciar uma ampla reforma estrutural do Poder Judiciário de molde a atender às pretendidas finalidades.

O mais grave, porém, foi o enfraquecimento da sociedade para realizar o enfrentamento do crime, saindo, mais uma vez, prejudicada a atuação do Ministério Público no sentido de órgão promotor da ação penal pública, pois a maioria das medidas implementadas só servirão para criar novos entraves para o andamento do processo.

10.2. As providências indicadas nos itens 3 e 5 (*supra*) limitam-se a incorporar ao Código regras emanadas da Constituição Federal e já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, o que é aconselhável e correto.

Mas aqui termina o encômio.

10.3. No item 4 (*supra*) vê-se, da análise feita, que o juiz pode, de ofício, determinar a colheita de provas **mesmo antes da propositura da ação penal**, violando, nesse passo, frontalmente o sistema acusatório em fase eminentemente inquisitiva e fazendo do Ministério Público uma espécie de dois-de-paus no inquérito policial.

Por que a desconfiança para com o *Parquet*?

Por que a violação ao texto constitucional (art. 129, I)?

10.4. Agora, um louvor: a adoção de um só perito oficial (art. 159) ao invés de dois, como ocorria na lei anterior (item 6, *supra*). Porém, logo após, o próprio legislador encarrega-se de destruir a simplificação, ao permitir a figura do assistente técnico, personagem típica do processo civil, que, no campo penal, só irá contribuir para eternizar os feitos criminais. É o ponto negativo por excelência da reforma.

É evidente que somente os réus "vips" irão beneficiar-se de assistentes técnicos, engrossando os processos com dezenas de pareceres técnicos, nos casos de grandes escândalos financeiros que agitam, a todo momento, o nosso país, todos contestando o laudo do perito oficial na parte em que não lhes seja favorável. Averbete-se que é comum, em tais casos, haver vários acusados. Todos, seria ocioso dizer, constituirão assistentes técnicos, pagos a peso de ouro, no objetivo de invalidar a perícia oficial ou, quando menos, com o fito único de gerar tumulto processual.

Por que não manter o sábio critério adotado no art. 181 e seu parágrafo do CPP, de tão bons resultados?

A trazida dos assistentes técnicos para o processo penal talvez tenha sido o ponto mais vulnerável das inovações em matéria de prova.

10.5. Na parte relativa ao ofendido (7, *supra*) que, antes, era tratado em apenas um artigo do CPP (201) acrescido de um parágrafo, teve ele resguardada a sua proteção através da prática de uma série de providências, sem dúvida, elogiáveis mas que irão retardar bastante a marcha processual. Com efeito, basta ler os diversos parágrafos que passaram a ornamentar o art. 201. Talvez fosse de melhor aviso que tais medidas protetoras ficassem restritas somente ao processo por crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, ressaltando-se a possibilidade de o ofendido requerer os resguardos da lei em outras hipóteses. No fim de contas, o objetivo da reforma não foi o de acelerar os processos? Seria o caso concreto o indicador do caminho a seguir. Não se pode esquecer que o ofendido já conta com o programa especial de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, preconizado na Lei 9.807 de 13 de julho de 1999.

Aliás, era inexplicável a omissão do nome do ofendido no art. 217 que, somente, protegia as testemunhas.

O espaço separado que ficou reservado para a vítima (antes e durante a realização das audiências), louvável e correta providência do legislador, por enquanto figurará como mero exercício de futurologia, já que o Foro não está habilitado a propiciar nem à vítima nem às testemunhas (7, *supra*) tais instalações.

Da mesma forma, o cuidado de preservar a imagem da vítima de maneira que sua vida privada, honra e imagem não sejam expostas à mídia merece encômios, facultando-se, mesmo, ao juiz decretar segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos ou qualquer outra informação que possa trazer risco à pessoa do ofendido.

10.6. Quanto às testemunhas (8, *supra*).

Repete-se, aqui, o cuidado digno de aplauso, de resguardar a incomunicabilidade das testemunhas, através de "espaços reservados" para elas de maneira que uma não se comunique com a outra, bem como que fiquem protegidas. Ficam, aqui registradas as mesmas observações feitas acima em relação ao ofendido (10.5). As dificuldades estruturais do nosso Foro (não só no interior como também nos grandes centros) bem demonstram que a reforma processual passou ao largo da realidade.

O ponto alto da reforma em relação à prova testemunhal, sob o aspecto técnico, situa-se no art. 212, ao dispor sobre a inquirição direta. Agora, as partes, formulam suas perguntas diretamente às testemunhas, ficando abolido o sistema presidencial, tradicional em nosso direito. A intervenção do juiz dar-se-á ao final do depoimento sobre pontos não esclarecidos, complementando a inquirição. Isto não significa que o juiz fique impedido, já

no decorrer do depoimento, de interferir nas perguntas, vedando aquelas que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com a causa ou ainda importarem na repetição de outra já respondida. Ao presidir a relação processual ao juiz incumbe prover à regularidade do processo (art. 251 do CPP), evitando qualquer distorção na colheita de material probatório.

Não se pode negar que tal modalidade de inquirição é a mais compatível com o sistema acusatório. Assinale-se que, no Júri, perante o plenário, nossa lei processual já previa a inquirição direta feita pelos jurados (art. 467), que já excepcionava a regra geral do sistema presidencial.

Na atualidade, há um sistema singular em relação ao Tribunal do Júri (art. 473, § 2º), que será estudado no momento oportuno, quando nos ocuparmos daquela modalidade de procedimento.

Ainda em relação à prova testemunhal determina-se, no caso particular do art. 217 do CPP, a realização da inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade da sua realização, é que se determinará a retirada do réu. Vislumbramos sérias dificuldades práticas para a adoção da medida, sem falar em outros aspectos que já analisamos acima, quando nos ocupamos do ofendido (7, *supra*).

Penso, assim, que a lei exigirá prévia regulamentação, mesmo no caso de afastamento do imputado, em face da topologia no procedimento adotado pela nova lei em relação ao réu, sempre interrogado ao final da prova oral.

11. Terminei como comecei: lamentando, no geral, a nova lei, embora, aqui e ali, possam ser apontados pontos positivos. Seria funesto que ela somente apresentasse aspectos negativos. A parte-ré, mais uma vez, saiu amplamente beneficiada, em detrimento da sociedade que se vê cada vez mais desprotegida. Nem mesmo quanto à celeridade, os objetivos (pelo menos, oficiais) foram atendidos.

Agora, só nos resta rezar e passar a tranca na porta.

Outubro de 2008