

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

PROVAS ILÍCITAS E A LEI 11.690/2008

AMANDA CABRAL DA COSTA

RIO DE JANEIRO
2008

AMANDA CABRAL DA COSTA

PROVAS ILÍCITAS E A LEI 11.690/2008

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre em Direito Político e Doutor em Educação
Nilo César Martins Pompílio da Hora

RIO DE JANEIRO
2008

Costa, Amanda Cabral.

Provas ilícitas e a Lei 11.690/2008 / Amanda Cabral da Costa. – 2008.
f.63.

Orientador: Professor Mestre em Direito Político e Doutor em Educação

Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito.

Bibliografia: f.62-63.

1. Provas em matéria penal – monografia. 2. Provas ilícitas e a Lei 11.690/2008. I. Hora, Nilo César Martins Pompílio de. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.434

Esta monografia está apta para ser apresentada.

Orientador: Professor Mestre em Direito Político e Doutor em Educação
Nilo César Martins Pompílio da Hora.

AMANDA CABRAL DA COSTA

PROVAS ILÍCITAS E A LEI 11.690/2008

Trabalho de conclusão do curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Aos meus maiores incentivadores, meus pais.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmã, pela educação, incentivo e grandioso amor.

Às minhas amigas, por entenderem minha ausência.

Ao meu namorado, por suportar minha impaciência e grosseria nos últimos meses.

Ao meu orientador, Prof. Nilo Pompílio, pelo tempo dedicado às conversas e discussões.

RESUMO

Esse trabalho tem por objetivo demonstrar a necessidade de um processo justo e realizado através do devido processo legal, garantindo às partes, principalmente ao réu, parte mais fraca da relação processual, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Por isso, tem como objeto principal do estudo o tema “provas ilícitas”, a fim de demonstrar que sua possível admissibilidade estaria em total desacordo com os princípios fundamentais constitucionais, violando direitos inerentes a própria condição de ser humano.

Por isso, o presente estudo tenta demonstrar de forma clara a correta inadmissibilidade das provas ilícitas pelo Poder Judiciário, inclusive das provas advindas delas.

Ademais, faz uma análise da Lei 11.690/2008 para demonstrar a preocupação da legislação com a liberdade do acusado, tentando, ao máximo, não violar seus direitos mais importantes, tal qual, como exemplo, o direito à liberdade.

Não obstante, ainda procura demonstrar a preocupação correta que o legislador ordinário teve com o ofendido, garantindo maior proteção a ele.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo demostrar la necesidad de un proceso judicial justo y realizado a través del debido proceso legal, a garantizar las partes, maiormente el reo, parte más frágil de la relación procesal, el derecho ao contradictorio y a la ampla defensa.

Por eso, tiene cómo objeto principal del estudio el tema “pruebas ilícitas”, com el fin de demostrar qué su posible admisibilidad estaria em desacuerdo con los principios fundamentais constitucionales, a violar los derechos inherente a la propia condición de ser humano.

Por eso, la presente análisis intenta demostrar la correcta inadmisibilidad de las pruebas ilícitas por el Poder Judicial, inclusive de las pruebas advenidas de ellas.

Además, hace una análisis de la Ley 11.690/2008 para demostrar la preocupación de la legislación com la libertad del acusado, intentando, al máximo, no violar los derechos má importantes, cómo, por ejemplo, el derecho a la libertad.

No obstante, aún busca demostrar la preocupación correcta qué el legislador ordinario tuvo con el ofendido, a garantir major protección a él.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DAS PROVAS	12
2.1 Sistemas probatórios	12
2.1.1 Sistema da íntima convicção	12
2.1.2 Sistema da livre convicção	13
2.1.3 Sistema do livre convencimento motivado	13
2.2 Provas	15
2.2.1 Objeto de prova	16
2.2.2 Sujeito de provas	17
2.2.3 Meios de prova	17
2.3 Procedimento probatório	17
2.4 Princípios que regem o sistema probatório	19
2.4.1 <u>Princípio da auto-responsabilidade das partes</u>	19
2.4.2 <u>Princípio do contraditório</u>	19
2.4.3 <u>Princípio da aquisição ou comunhão das provas</u>	20
2.4.5 <u>Princípio da oralidade</u>	20
2.4.6 <u>Princípio da imediatidade do juiz</u>	21
2.4.7 <u>Princípio da concentração</u>	21
2.4.8 <u>Princípio da publicidade</u>	21
2.4.9 <u>Princípio do livre convencimento motivado</u>	22
2.5 Especificidade das provas	22
3 DA PROVA ILÍCITA E DA LEI 11.690/2008	24
3.1 Prova ilícita	24
3.2 Prova ilícita por derivação	26
3.3 Desentranhamento das provas ilícitas	30
3.4 O veto do § 4º do art. 157 acrescentado pela lei 11.690/2008	33
3.5 Teoria do encontro fortuito de provas	35
3.6 Prova emprestada	36
4 DAS OUTRAS ALTERAÇÕES DA LEI 11.690/2008	37
4.1 Art. 155 do CPP	37
4.1.1 <u>Sistema acusatório x Sistema inquisitivo</u>	37
4.1.2 <u>Art. 155 do CPP</u>	39
4.1.3 <u>Art. 155, parágrafo único do CPP</u>	40

4.2 Art. 156 do CPP	41
4.3 Art. 159 do CPP	42
4.3.1 <u>Art. 159, § 1º do CPP</u>	45
4.3.2 <u>Art. 159, § 3º do CPP</u>	45
4.3.3 <u>Art. 159, § 4º do CPP</u>	46
4.3.4 <u>Art. 159, § 5º do CPP</u>	47
4.3.5 <u>Art. 159, § 6º do CPP</u>	48
4.3.6 <u>Art. 159, § 7º do CPP</u>	48
4.4 Art. 201 do CPP	48
4.4.1 <u>Art. 201, § 1º do CPP</u>	50
4.4.2 <u>Art. 201, § 2º do CPP</u>	50
4.4.3 <u>Art. 201, § 3º do CPP</u>	51
4.4.4 <u>Art. 201, § 4º do CPP</u>	51
4.4.5 <u>Art. 201, § 5º do CPP</u>	51
4.4.6 <u>Art. 201, § 6º do CPP</u>	52
4.5 Art. 210 do CPP	52
4.5.1 <u>Art. 210, parágrafo único do CPP</u>	52
4.6 Art. 212 do CPP	52
4.6.1 <u>Art. 212, parágrafo único do CPP</u>	54
4.7 Art. 217 do CPP	54
4.7.1 <u>Art 217, parágrafo único do CPP</u>	56
4.8 Art. 386 do CPP	56
4.8.1 <u>Art 386, IV do CPP</u>	57
4.8.1.1 Reparação do dano na esfera cível	58
4.8.2 <u>Art. 386, VI do CPP</u>	58
4.8.3. <u>Art. 386, parágrafo único, II do CPP</u>	59
5 CONCLUSÃO	60
BIBLIOGRAFIA	62

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versará, principalmente, sobre provas ilícitas. Para isto, será iniciado com uma ampla análise geral sobre provas. No entanto, será preciso analisar o sistema probatório adotado pelo ordenamento jurídico ora vigente, qual seja, o sistema do livre convencimento motivado, fazendo comparações aos outros sistemas já adotados por legislações anteriores, sejam eles o sistema da íntima convicção e o sistema da prova tarifada.

A partir daí, será feito um estudo sobre as provas em si, em que serão mostrados o conceito de prova, qual o papel que esta assume no processo, que finalidade a parte busca com a sua produção, a quem se destina e os três elementos que a constitui, que são o objeto de prova, sujeito de prova e meios de provas.

Ainda, no decorrer do capítulo 1, será explicado todo o procedimento probatório, informando como as provas entram no processo, como são produzidas e como são admitidas pelo magistrado. São quatro fases até que a prova esteja apta a ser analisada pelo juízo competente para julgar a causa, e todas serão analisadas no trabalho.

Serão citados, ainda, todos os princípios que regem o sistema de provas, e brevemente comentados, sendo eles os princípios da auto-responsabilidade das partes, do contraditório, da aquisição ou comunhão das provas, da oralidade, da imediatidade do juiz, da concentração, da publicidade e do livre convencimento motivado.

Para finalizar o primeiro capítulo, será falado sobre a especificidade das provas, como uma forma de limitação a produção de provas, mas também como uma garantia ao acusado.

Neste momento, então, no capítulo 2, passará a ser estudado o tema escolhido como objeto desta monografia, as provas ilícitas. Durante todo o tempo, serão feitas referências a Lei 11.690/2008, que modificou de forma significativa o conteúdo de provas no Código de Processo Penal de 1941 (CPP/1941), inclusive no que tratava sobre as provas ilícitas.

Além disso, também serão feitas referências à Constituição Federal de 1988 (CF/1988), porque alguns princípios referentes às provas ilícitas já estão inseridos na Carta Magna como princípios fundamentais.

A prova ilícita por derivação terá um grande espaço de apreciação, posto que a lei acima mencionada positivou esta teoria, antes adotada pela doutrina e aceita, quase que por unanimidade, pela jurisprudência. Também serão explicadas suas exceções, que, assim, como a regra, são advindas do direito norte-americano.

O desentranhamento das provas ilícitas dará seguimento ao estudo, de forma a tentar convencer de que este é o meio mais eficaz de se obter uma menor contaminação do processo. Será discutida a vedação do § 4º do art. 157 da lei 11.691/2008, que determinava a

substituição do magistrado que tivesse contato com a prova ilícita, uma vez que era um dispositivo a acrescentar uma regra de grande valor ao ordenamento.

Antes de passar ao terceiro e último capítulo, será falado sobre o encontro fortuito de provas e a prova emprestada, teorias que visam à inadmissibilidade de determinadas provas no processo, consideradas ilícitas.

Por fim, no capítulo 3 serão feitas análises sobre todas as outras modificações feitas pela Lei 11.690/2008, sendo analisado cada artigo, a fim de dar uma noção total sobre as mudanças tão importantes e necessárias advindas a partir da lei.

Como pequenos pontos necessários para o entendimento geral, será feita uma comparação entre o sistema acusatório, adotado atualmente pela CF/1988 e pelo CPP/1941, e o sistema inquisitivo, que ainda encontra resquícios no próprio CPP/1941, mas que foi muito recharçado pela nova lei.

2 DAS PROVAS

2.1 Sistemas probatórios

O sistema probatório que vigora no nosso ordenamento jurídico desde o advento do Código de Processo Penal de 1941 é o Sistema da Livre Convicção. Porém, outros sistemas já existiram e, para iniciar o estudo, faremos uma breve análise deles.

2.1.1 Sistema da íntima convicção

O primeiro sistema a vigorar foi o Sistema da Íntima Convicção ou da Certeza Moral do Juiz e, por ele, a sentença não precisa ser fundamentada. O juiz decidirá o caso a partir de sua experiência como magistrado, utilizando-se tanto das provas que constam nos autos como daquelas que não constam. A admissibilidade da prova e sua avaliação ficam a critério do juiz, que poderá até mesmo não utilizar-se de uma prova colhida.

Como afirma Paulo Rangel, o juiz decide de acordo com sua convicção íntima. “O fundamento da sentença é a certeza moral do juiz”¹.

Esse sistema apresenta resquícios no CPP/1941 que, ao tratar do Tribunal do Júri, determina que os jurados não precisam fundamentar seus votos ao responderem os quesitos feitos pelo juiz; eles respondem objetivamente.

A grande crítica feita a este sistema foi no sentido de que nele, o réu acabava por ficar totalmente sobre a vontade do juiz, uma vez que este tinha o poder de decidir sobre a vida daquele da forma que achava melhor, sem ao menos estar preso à lei.

A crítica a este sistema contribuiu para o abandono do Sistema da Livre Convicção e a instauração do Sistema da Prova Tarifada, também chamado de Sistema das Regras Legais ou da Certeza Moral do Legislador.

2.1.2 Sistema da livre convicção

Por este, cada prova passou a ter determinado valor preestabelecido, dado pelo

¹ RANGEL, Paulo. “Direito Processual Penal”, p. 332. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

legislador, o que significava que o juiz não possuía mais a liberdade de avaliar as provas conforme seu entendimento. Até mesmo quando a lei dizia que determinado fato só poderia ser provado com determinada prova, o juiz não poderia utilizar-se de outra para fundamentar sua decisão. “Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.”²

Entretanto, este sistema também foi alvo de críticas, pois no momento em que o juiz não podia mais decidir conforme seu entendimento, e sim, pelas provas cujo valor já fora estabelecido, retirava a liberdade do juiz de tal maneira que, muitas vezes, ele fica impossibilitado de encontrar a verdade real. E, mesmo quando o juiz sabia que estava decidindo erroneamente o feito, nada podia fazer porque estava preso às disposições legais.

Este sistema também deixou resquícios em nosso ordenamento. O art. 158 c/c art. 564, III, b do CPP exige a realização do exame de corpo de delito para as infrações penais que deixam vestígios.

Então, como forma de melhorar os dois sistemas anteriores, o legislador criou o Sistema do Livre Convencimento Motivado ou da Livre Persuasão.

2.1.3 Sistema do livre convencimento motivado

Atualmente, é sistema adotado pelo CPP, como se pode observar no art. 155 do CPP:

“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.”

Esta redação foi dada pela Lei 11.690/2008, que será analisada mais profundamente adiante no trabalho. Assim, é claro que a intenção do legislador foi evidenciar o sistema citado.

Marcellus Polastri Lima nos ensina que “o juiz agirá livremente na apreciação das provas, mas a avaliação deve ser feita com base em regras científicas e preestabelecidas. Deverá o juiz fundamentar e motivar a decisão de optar por esta ou aquela prova”³.

Ou seja, o juiz não está preso à valoração legal da prova, podendo dar o valor que

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. “Curso de Processo Penal”, 291. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³ LIMA, Marcellus Polastri. “A Prova Penal”, p. 74. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

achar ideal, mas, por outro lado, terá que motivar sua escolha, impossibilitando, assim, a sua arbitrariedade.

Assim, apesar de não estar preso a qualquer valor da prova estabelecido previamente no ordenamento jurídico, o magistrado deverá explicitar as razões que o levaram a optar por tal prova, a partir de um argumento racional, para que as partes, se insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.

Mais uma vez citando o jurista Paulo Rangel, este afirma ser a fundamentação da decisão “um direito subjetivo constitucional das partes de conhecerem os motivos da decisão para que possam, se for o caso, recorrerem ao duplo grau de jurisdição”⁴.

Percebe-se, então, que diferentemente do Sistema da Prova Tarifada, no atual sistema não são preestabelecidos valores às provas. Seus valores são relativos, ou seja, dependerão do caso concreto e de todo o conjunto de provas.

E, diferente do Sistema da Íntima Convicção, o juiz somente poderá utilizar-se de provas que estejam incluídas no processo e que sejam legais, jamais podendo justificar sua decisão em provas ilícitas ou moralmente ilegítimas. As provas que não estão nos autos, não existem no mundo.

Salienta-se que a regra do Livre Convencimento Motivado é válida tão-somente para as decisões dos juízes singulares, nunca para os casos solucionados através do Tribunal do Júri. Isto, porque o júri não precisa fundamentar sua escolha, se valendo do Sistema da Íntima Convicção.

É prudente reconhecer que novo sistema adotado pelo CPP/1941, dentre os três citados, é o mais justo, pois, de fato, procura dar ao juiz a liberdade necessária para que possa chegar à verdade real e, ao mesmo tempo, retira sua liberdade de preferir por uma escolha infundada, que retire do acusado algumas garantias fundamentais, como os princípios do devido processo legal e do contraditório.

2.2 Provas

O objetivo que se tem no processo penal é a busca da verdade real, ou seja, a busca daquilo que realmente aconteceu. É necessário que se alcance a verdade; deve-se ter uma

⁴ RANGEL, Paulo. Op. cit., p. 338.

convicção de certeza para que, então, haja a condenação do réu, porque ninguém jamais poderá ser punido quando não houver provas suficientes. É o que se verifica com a simples leitura do art. 386, VII do CPP:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VII – não existir prova suficiente para a condenação.”

Como salienta Fredie Didier,

qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente onde tenha sido proferida (em um baile de carnaval, em um *shopping center* ou em um processo jurisdicional), é resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de fato ou não); é baseada em diversos elementos de prova.⁵

Desta forma, as provas serão os instrumentos utilizados pelas partes e, até mesmo, pelo juiz para alcançar o fim desejado, ou seja, convencer o juiz da verdade dos fatos. A partir da sua produção e análise, o juiz tomará conhecimento do ocorrido e proferirá a sentença.

Fernando Capez conceitua prova como sendo

o conjunto de atos praticados pelas partes e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Tratando-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.⁶

Logo, a prova objetiva reconstruir os fatos considerados delituosos, objetos de investigação no processo, a fim de obter a maior coincidência possível com a realidade histórica, na forma como ocorreram no tempo e no espaço.

O juiz será o destinatário direto da prova, pois é a ele que se quer demonstrar a existência ou não do fato, é a ele que se quer convencer com a utilização dela, enquanto as partes serão os destinatários indiretos, que terão que aceitar a decisão dada a partir das provas produzidas. Sem as provas, as partes poderiam não acreditar na justiça da decisão.

Existem três elementos que compõe a prova: o objeto, o sujeito e o meio de prova.

2.2.1 Objeto de prova

⁵ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. “Curso de Direito Processual Civil – volume 2”, p.23. Podivm, 2008.

⁶ CAPEZ, Fernando. “Curso de Processo Penal”, p.241. São Paulo, Saraiva, 2000.

O objeto de prova é o que as partes desejam demonstrar e o juiz precisa saber, são os fatos relevantes, tanto os diretamente ligados ao delito, quanto aqueles fatos que indicam sua existência.

Até mesmo os fatos incontroversos devem ser objetos de prova no processo penal, diferente do que ocorre no processo civil, no qual decreta-se a revelia, porque, como já dito, no processo penal busca-se a verdade real, uma vez que trata de direito indisponível, a liberdade de locomoção do indivíduo, que não pode ser restringida pela simples falta de apresentação de resposta.

Porém, existem alguns fatos que estão fora do alcance da instrução probatória, como os fatos axiomáticos, os fatos notórios, os fatos inúteis e as presunções legais. Os fatos axiomáticos são os fatos evidentes por si mesmos, sobre os quais já há uma convicção da certeza, não carecendo, portanto, de prova alguma. Os fatos notórios, por sua vez, são aqueles cuja existência são de conhecimento geral, por fazer parte da cultura e informação de uma sociedade. Já os fatos inúteis são aqueles que não influenciam na solução da causa. E, portanto, prová-los ou não, não faz diferença.

As presunções legais não carecem de prova porque assim dispõe a lei. Porém, podem ser relativas ou absolutas. As primeiras permitem prova em contrário, ou seja, a lei garante a ocorrência do fato, porém existindo prova em contrário, se entende pela sua não existência. Já as presunções absolutas não permitem prova em contrário, tendo ocorrido o fato sempre que a lei assim dispuser.

2.2.2 Sujeito de prova

Aquele que transmite a informação, o conhecimento de um objeto de prova é o sujeito da prova. Também chamado órgão da prova.

Ainda buscando os conhecimentos do professor Marcellus Polastri, este afirma que “a

pessoa física é o sujeito ativo das provas supracitadas, uma vez que vai produzi-la reproduzindo uma percepção direta ou indireta do fato ocorrido”⁷.

Como já foi mencionado, o juiz será o destinatário direto da prova, pois é a ele a quem se quer convencer. Enquanto as partes serão os destinatários indiretos.

2.2.3 Meios de prova

Como meio de prova entende-se ser a forma através da qual o juiz conhecerá a verdade dos fatos, Compreendendo tudo aquilo que servirá, direta ou indiretamente, para se demonstrar a verdade real buscada no processo.

Por essa busca da verdade real e pelo caráter público do processo penal, defende-se a idéia de que os meios de prova relacionados no CPP/1941 são meramente exemplificativos, de tal maneira que outros meios serão admitidos, são os chamados meios inominados, salvo quando expressamente ilegais ou em confronto com a moral da sociedade.

2.3 **Procedimento probatório**

O procedimento probatório é o conjunto de atos praticados através do qual se alcançará a verdade desejada, composto por quatro momentos. Inicia-se com o requerimento das partes, e, em seguida, serão analisadas pelo juiz que, se estiver de acordo, irá deferi-las, permitindo sua produção por aquele que a requereu. Por fim, o juiz fará a valoração das provas sob a égide do Sistema do Livre Convencimento Motivado.

A proposição, então, será o momento no qual a produção da prova será requerida pelo querelante ou pelo Ministério Público e, dependendo se a ação for privada ou pública, será ou na apresentação da queixa-crime ou da denúncia, respectivamente. Já a defesa irá fazer a proposição quando responder à acusação.

Assim, de acordo com os art. 41, 395, 231 e 399, todos do CPP/1941, o arrolamento de testemunhas, o pedido de realização de diligências e a juntada de documentos necessários para solucionar o litígio ocorrerão nestas fases processuais.

⁷ LIMA, Marcellus Polastri. Op. cit., p.10.

Porém, não podemos esquecer que, tratando o processo penal de direito indisponível do cidadão e, portanto, busca a verdade real, outras provas poderão ser requeridas no curso do processo, a qualquer tempo, para que não reste dúvida quanto ao ocorrido e o juiz se sinta convencido a dar uma solução justa.

Na admissão das provas, o juiz analisará os requerimentos de produção das provas feitos pelas partes e verificará se preenchem os requisitos para sua admissibilidade; se são provas legais ou legítimas, deferindo-as ou não.

Ressalta-se que toda prova requerida pelas partes deve ser deferida, salvo quando forem protelatórias ou impertinentes.

A próxima fase é a da produção das provas, ou seja, quando são trazidos pelas partes ao conhecimento do juiz todos os elementos a fim de convencê-lo.

As provas renováveis, ou seja, aquelas cuja realização se dá no decorrer do processo judicial, serão objeto do contraditório, ou seja, ambas as partes poderão manifestar-se quanto a elas. Importantíssimo lembrar que o princípio do contraditório está expresso na CF/1988, em seu art. 5º, LV. Ora, desta forma, conclui-se que o contraditório em uma garantia constitucional de todo cidadão, sendo necessário respeitá-la, sob pena de nulidade do processo:

“Art. 5º.

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

Como última fase do procedimento probatório, tem-se a valoração das provas. Como explicitado no início do trabalho, esta valoração será feita livremente pelo juiz, de acordo com sua experiência e convencimento, levando-se em conta tão-somente as provas produzidas no processo, devendo, porém, fundamentar a decisão que achar ser a melhor.

Uma valoração errônea das provas causa *error in judicando*, o que possibilita a reforma ou modificação da sentença por tribunais superiores. A utilização e valoração de provas ilícitas ou ilegítimas leva ao *error in procedendo*, o que torna a sentença nula de pleno direito.

2.4 Princípios que regem o sistema probatório

Faremos uma análise dos princípios que regem o processo penal, mas especificamente os ligados ao sistema de provas.

2.4.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes

As partes no processo têm o ônus de demonstrar tudo aquilo que a elas interesse. E, pelo princípio da auto-responsabilidade das partes, cada parte deverá suportar ou assumir as conseqüências de sua inatividade, negligências, erros e atos intencionais.

2.4.2 Princípio do contraditório

Até 1970, o princípio do contraditório se limitava em garantir às partes a sua participação na produção das provas, de forma a se manifestarem quanto às provas produzidas no processo.

Hoje, além de garantir a manifestação de ambas as partes quanto às provas produzidas, ou seja, garantir a contraprova, garante que essa manifestação seja com paridade de armas, ou seja, como a simétrica paridade entre as partes.

Como já dito anteriormente, é um princípio constitucional, expresso no art 5º, LV da CF/ 1988.

Se uma das partes não tiver a oportunidade de se manifestar quanto determinada prova, acarretará a nulidade do processo. Sendo assim,

o contraditório e a ampla-defesa constituem a base da estrutura do devido processo legal, em que, ao lado do princípio da inocência, autorizam a afirmação no sentido de ser o processo penal um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado.⁸

2.4.3 Princípio da aquisição ou comunhão das provas

⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 283-284.

Toda prova produzida no processo, passa a não mais ser daquela parte que a produziu, mas de ambas as partes e, inclusive, do juiz, já que o fim que se quer com sua apresentação é o convencimento do órgão julgador.

Assim, cada parte tem o ônus de produzir determinada prova, mas ao ser introduzida no processo, a prova passa a servir a ambas as partes.

2.4.4 Princípio da oralidade

Deve haver prevalência da oralidade no processo penal, pois a oralidade dá celeridade ao processo.

A reforma no processo penal ocorrida a partir das Leis 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 buscou fortalecer este princípio, dispondo no art. 403 e art. 534, ambos do CPP/1941, que as alegações finais no procedimento comum deverão ser feitas oralmente, por exemplo:

“Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença..”

“Art. 534. As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.”

Deste princípio decorrem dois subprincípios, quais sejam o princípio da imediatidade do juiz com as partes e com as provas e o princípio da concentração.

2.4.6 Princípio da imediatidade do juiz

Também conhecido como princípio da identidade física do juiz, este princípio exige que aquele que presidiu a audiência de instrução e julgamento é quem deverá proferir a sentença, como forma e haver uma melhor valoração das provas produzidas, principalmente da análise das provas testemunhais.

Há a necessidade do contato imediato de quem irá julgar a causa com a prova, porque

este contato é irrelevantíssimo para a formação do seu convencimento.

É o que dispõe o art. 399, § 2º do CPP/1941, com a nova redação dada pela Lei 11.719/2008, que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Essa regra já existia no processo civil, estando explícita no art. 132 do Código de Processo Civil (CPC). E, este artigo poderá ser aplicado subsidiariamente ao processo penal, quando for impossível o julgamento da lide pelo mesmo juiz que participou da produção das provas ou quando este julgamento, embora possível, for acarretar no retardamento de uma decisão. Mesmo porque, a CPP/1941 não veda a utilização de normas processuais de outra espécie de forma subsidiária.

2.4.6 Princípio da concentração

Este princípio busca concentrar toda a produção da prova em uma única audiência.

Neste sentido afirma o art. 400, §1º do CPP/1941:

“Art. 400.

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

2.4.7 Princípio da publicidade

Todos os atos judiciais são públicos, e assim também é a produção da prova.

Será permitido o segredo, excepcionalmente, quando autorizado por lei como, por exemplo, na realização da interceptação telefônica que, por força do art. 1º da Lei 9.296/1996 garante o segredo de justiça:

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.”

2.4.8 Princípio do livre convencimento motivado

O juiz tem a liberdade de decidir a partir do seu convencimento, sem que haja uma valoração prévia das provas. A única exigência é que o juiz motive sua decisão através dos fatos constantes nos autos.

2.5 **Especificidade das provas**

A fim de finalizar este capítulo, faremos uma breve análise da especificidade das provas no processo penal.

A especificidade de provas é a exigência legal de que a provação de um determinado fato seja feita por um determinado meio de prova.

Ressalte-se que a prova não específica, ainda sim, possui seu valor, não obstante seja insuficiente para motivar uma decisão judicial condenatória.

Essa especificação seria uma restrição à produção de prova, mas de forma a ser uma garantia do acusado, posto que exige determinado meio de prova para o convencimento do juiz e para a motivação da decisão quando da investigação de determinados delitos.

Essa restrição não pode ser considerada como em contraposição ao sistema do livre convencimento motivado, posto que o juiz é livre, até que a lei lhe imponha limites, como os que seguirão para exemplificar o que foi dito.

O art. 155, §§ único do CPP/1941 limita à prova documental quanto ao estado das pessoas. Também o art. 564, III, “b” do mesmo CPP/1941, impõe a exame de corpo de delito como necessário quando as infrações deixarem vestígios.

Desta forma, a especificidade das provas está em total sintonia com o sistema do livre convencimento motivado, e será sempre determinado em lei.

3 DA PROVA ILÍCITA E DA LEI 11.690/2008

3.1 Prova ilícita

A entrada em vigor da Lei 11.690/2008, em agosto do presente ano, trouxe mudanças importantes em relação às regulamentações das provas. Esta lei é uma das tantas que visam reformar o CPP/1941, em uma tentativa de dar, não somente, celeridade ao processo, mas também de torná-lo mais justo, através de decisões melhor fundamentadas.

A partir deste momento, analisaremos as provas ilícitas, levando em consideração as

mudanças ocorridas com o advento desta nova lei.

A proibição de provas adquiridas de forma contrária à lei tem sede na CF/1988, no seu art. 5º, LVI, que dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

E pela expressa disposição no texto constitucional, Ada Pellegrini Grinover já afirmava que “a prova obtida por meio ilícito deve ser repudiada – e *repudiada sempre* – pelos juízes e Tribunais, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se submete ela ao conceito de inconstitucionalidade”.⁹

Com o advento da nova lei e a mudança na redação do art. 157 do CPP/1941, as provas ilícitas ganharam vedação, também, em sede de lei ordinária, conceituadas como “as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Desta forma, prova ilícita é aquela que viola o ordenamento jurídico.

Antes de viger esta nova lei, necessário era fazer a distinção entre provas ilícitas de provas ilegítimas. As primeiras, como já dito, eram aquelas obtidas com violação às normas constitucionais ou leis ordinárias. Já estas, as ilegítimas, violavam direito processual, ou seja, apesar de serem obtidas em consonância com o direito material, havia inobservância à formalidades processuais.

A partir da leitura do texto constitucional do art. 5º, LVI citado, entendia-se que proibidas eram as provas ilícitas, que não poderiam ser admitidas no processo. Já as ilegítimas iriam se valer do sistema de nulidades, podendo até serem aceitas diante da teoria da proporcionalidade. É o que afirma Andrey Borges de Mendonça, em seu livro, usando as palavras de Luiz Flávio Gomes,

dizia-se que a CF, no art. 5º, LVI, somente seria aplicável às provas ilícitas ou ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo, ou seja, não se aplicaria para as provas (exclusivamente) ilegítimas. Para esta última valeria o sistema da nulidade, enquanto para as primeiras vigoraria o sistema da inadmissibilidade.¹⁰

Hoje, apesar de haver alguma controvérsia, melhor entende-se pela proibição de ambas, uma vez que não é plausível que provas obtidas erroneamente construam o entendimento do magistrado e se configurem como fundamentação para uma decisão.

E até mesmo através da simples leitura do novo dispositivo já mencionado, o art. 157 do CPP/1941, é plausível o entendimento de que as provas ilegítimas são hoje consideradas

⁹ MORAES, Alexandre. “Direito Constitucional”, p. 123. São Paulo: Atlas S.A., 2001 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini.

¹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. “Nova Reforma do Código de Processo Penal”, p. 170-171. São Paulo: Método, 2008.

ilícitas, uma vez que as provas ilegítimas são obtidas em desconformidade com normas legais. Desta maneira, não há porque defender a utilização destas provas, em detrimento dos direitos individuais, ao qual se busca proteger com essa proibição.

Nas palavras de Alexandre de Moraes,

a prova ilícita é prova idônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.¹¹

Claro é que a proibição da utilização de provas ilícitas no processo penal é uma limitação ao direito das partes de produção de provas, e, em uma visão mais trágica, um limite a própria defesa. Visto que o réu tem direito à prova, e este direito existe em decorrência do direito de acusar inerente ao órgão acusador, ao qual inclui também o direito à prova de existência do ato ilícito.

Mas é evidente a necessidade dessa proibição, como uma forma de garantir direitos fundamentais do indivíduo, como o direito à intimidade, o direito à privacidade, o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, dentre outros.

O Ministro Gilmar Mendes defende claramente essa idéia em seu livro, afirmando que “as regras que regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas são direcionadas ao Estado, no intuito de proteger os direitos fundamentais do indivíduo atingido pela persecução penal”¹².

Essa limitação seria, portanto, uma forma de controlar a atividade estatal persecutória, com o intuito de inibir e desestimular práticas ilegais para obtenção da prova. Além disso, visa, ainda, equilibrar os dois pólos da ação penal, posto que o Estado é visivelmente mais forte. Logo, é necessária esta medida para que haja uma equilibrada entre as partes, seria a idéia da paridade de armas já mencionada anteriormente no estudo.

E, assim, certo é que a decisão baseada unicamente em prova ilícita, ou seja, a decisão que não se fundamenta em qualquer outra prova obtida em conformidade com o ordenamento jurídico, é nula. Nesse sentido relata Fredie Didier, ao afirmar que “a prova ilícita é defeituosa e acarreta a nulidade da decisão que a toma por base, desde que o faça como único ou principal fundamento”¹³.

¹¹ MORAES, Alexandre. Op. cit. p. 124.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. “Curso de Direito Constitucional”, p. 641. Brasília: Saraiva, 2008.

¹³ DIDIER JR., Fredie. Op. cit. p. 39.

Porém, mesmo havendo essa proibição da utilização de provas ilícitas, mister discutirmos quanto à possibilidade do réu de produzir prova ilícita para demonstrar a sua inocência. Tem-se admitido a prova nestes casos porque não é racional que o acusado seja condenado quando inocente é, somente porque a única prova possível para demonstrar sua inocência é ilícita. “Em um Estado de Direito não há como se conceber a idéia de condenação de alguém que o próprio Estado acredita *ser inocente*.”¹⁴

Pode-se basear essa utilização da prova ilícita nos princípios da razoabilidade, advindo do direito norte-americano, ou da proporcionalidade, advindo do direito alemão, pelos quais deve prevalecer o direito mais importante em detrimento do menos importante. Mas, vale ressaltar, quando em favor do réu.

Mais uma vez, Gilmar Mendes:

Ressalte-se, nesse contexto, que, em alguns casos, a prova ilícita poderá ser produzida pelo próprio interessado, como único meio de sustentar sua inocência, configurando, dessa forma, o estado de necessidade que exclui a ilicitude do ato.

O Supremo Tribunal Federal tem admitido a prova, que em princípio seria ilícita, produzida pelo réu em estado de necessidade ou legítima defesa, causas excludentes da antijuricidade da conduta.¹⁵

Destarte, podemos falar que a vedação a utilização de provas ilícitas encontra uma limitação quando sua produção é realizada pelo réu, a fim de demonstrar sua inocência, visto que seria “uma garantia individual contra o Estado, e/ou, como pontua a doutrina, traduz uma hipótese de legítima defesa, o que lhe excluiria a antijuricidade”¹⁶.

Ainda, há quem defenda, como Pacelli, como outra exceção a vedação de provas ilícitas, aquelas obtidas em flagrante delito. Quem entende desta forma, afirma que essas provas obtidas no momento de realização do crime não são consideradas ilícitas e devem ser admitidas no processo. Seria o caso, por exemplo, da gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem autorização do outro, durante o crime de extorsão mediante seqüestro.

Na verdade, haveria, para estes doutrinadores, também neste caso, uma exclusão de ilicitude desta prova porque no momento da prática do crime o agente não se encontra protegido por quaisquer direitos fundamentais existentes em nosso ordenamento jurídico;

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 310.

¹⁵ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 642,643.

¹⁶ TASSE, Adel El, MILÉO, Eduardo Zanoncini, PIASECKI, Patrícia Regina. “O Novo Sistema de Provas no Processo Penal”, p.44. Curitiba: Juruá, 2008.

a prova do crime deve ser tranqüilamente admitida no processo, porque obtidas *durante a prática do delito*, situação em que seus autores jamais poderão alegar violação a qualquer de seus direitos (intimidade, privacidade, imagem etc.), pela ausência de extensão a eles, *naquele momento*, das garantias constitucionais individuais. No momento do crime, que configura sempre uma violação de direitos, e não *exercício deles*, nenhuma norma de direito poderá proteger a ação delituosa.¹⁷

De toda forma, essas seriam exceções à teoria de inadmissibilidade das provas ilícitas, de forma que a regra é a não admissibilidade desta provas obtidas em desconformidade com o ordenamento jurídico.

3.2 Prova ilícita por derivação

Como prova ilícita por derivação entende-se aquela obtida de forma lícita, porém obtida a partir de uma prova ilícita, como, por exemplo, o documento encontrado após uma invasão de domicílio, uma interceptação telefônica sem a autorização judicial etc.

Essa idéia advém do direito norte-americano, quando a Suprema Corte Americana julgou o caso “Silverthorne Lumber Co v. United States (1920), que criou a chamada “fruit of poisonous tree”, ou seja, Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada. Por esta teoria, os frutos estariam envenenados quando envenenada estivesse a árvore, pois “a ilicitude da prova original se transmite às subseqüentes”¹⁸, no sentido de que o acessório segue o principal.

Antes mesmo do advento da Lei 11.690/2008, a doutrina já adotava essa teoria, assim como o Supremo Tribunal Federal (STF) também já seguia este caminho. Mas, hoje, ela foi positivada com a nova redação do art. 157, § 1º do CPP/1941, que dispõe:

“Art. 157.

§ 1º 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.”

Ora, não resta dúvida da inadmissibilidade destas provas, tanto quanto da inadmissibilidade das provas ilícitas por elas mesmas. É o que se verifica na jurisprudência que se segue:

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 318.

¹⁸ SAAD, Marta. “Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação”, Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

“Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.”¹⁹

Esta inadmissibilidade se faz precisa porque se a partir da prova ilícita, fosse possível a obtenção de outra prova, então considerada lícita, facilmente se burlaria o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita.

Apesar disso, a própria Suprema Corte Americana já previa exceções. E o nosso ordenamento não fez diferente, excetuando as situações nas quais não ficar evidenciado o nexo de causalidade das provas ou quando puderem ser obtidas por outro meio distinto, independente e lícito.

Novamente o Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, esclarece quando afirma “daí falar-se em existência de provas autônomas (independent source) e em descobertas inevitáveis (inevitable Discovery) como exceções à proibição ao uso da prova derivada da prova ilícita”²⁰.

Logo, nem sempre as provas obtidas a partir de uma prova ilícita serão inadmitidas no processo. É preciso observar se elas estão incluídas nas exceções referidas no próprio dispositivo infra-constitucional.

O § 2º deste mesmo artigo conceitua fonte independente, como sendo “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”.

Assim, pode-se dizer que quando a descoberta for inevitável, não há porque se aplicar a teoria da ilicitude por derivação. A ilicitude até pode existir quando na obtenção da prova, mas é afastada no momento em que se percebe que de qualquer forma ela seria obtida.

Mas, é importante frisar que a aplicação deste dispositivo só pode ocorrer quando há uma certeza de que por outro meio, independente, se chegaria à prova. É o que nos ensina

¹⁹ RHC 90376 / RJ, Rel. Min. Celso de Mello. DJ 18-05-2007.

²⁰ MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 642.

Andrey Borges de Mendonça, ao afirmar que

não é possível se valer da teoria da descoberta inevitável com base em meros elementos especulativos, sendo imprescindível a existência de dados concretos que demonstrem que a descoberta seria inevitável. (...) Assim, não se podem admitir especulações, sem fundamento em qualquer prova produzida. (...) Para admitir a teoria da descoberta inevitável não basta o juízo do possível (que é um juízo neutral, em que existem motivos fortes pró ou contra), mas sim um juízo do provável (juízo neutral, que parte de robustas razões), fundado em elementos concretos de prova.²¹

Existem duas críticas a serem feitas quanto a essas exceções. Uma delas é que essas exceções acarretam em um estímulo à produção de provas ilícitas pelas partes, já que há uma possibilidade, ainda que remota, delas serem utilizadas no processo. É o que diz Maria Elizabeth Queijo, quando afirma que “o risco na adoção de tais exceções, (...), é um certo estímulo à utilização de expedientes ilícitos para obtenção de provas que, de alguma forma, poderão vir a ser aproveitadas”.²²

A outra crítica que pode ser feita seria em relação à prova que poderia ser utilizada quando pudesse ser obtida através de uma fonte independente. O texto constitucional não faz qualquer menção à possibilidade de utilização de uma prova obtida através de outra prova, quando esta é ilícita.

Na verdade, o que se fez foi limitar a aplicabilidade de um dispositivo constitucional, através de uma lei ordinária, o que não é possível. Somente uma outra norma de caráter constitucional poderia inserir este dispositivo. Neste sentido, afirma Cleunice Valentim Bastos Pitombo, “não se pode tolerar a perquirição do ilícito penal com a prática de ilícito constitucional”²³.

Porém, não obstante as críticas, essas exceções, ainda sim, se mostram importantes, porque do contrário, o agente do ato delituoso se encontraria tão amplamente protegido, que, em determinados casos, seria muito difícil, quiçá impossível, provar sua participação e/ ou autoria na ação criminosa.

Assim sendo, o que se conclui a partir da leitura do art. 157 e seus parágrafos é que “não comprovado o nexo de causalidade, a prova é válida. E, ainda que evidenciado nexo de causalidade entre ambas, a prova derivada é quando puder ser obtida por meio de fonte

²¹ MENDONÇA, Andrey Borges. Op. cit, p. 176-177.

²² QUEIJO, Maria Elizabeth. “O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal”, Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

²³ PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. “Considerações iniciais sobre a lei 11.690/08”, Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

independente”²⁴.

3.3 Desentranhamento das provas ilícitas

O desentranhamento sempre foi o futuro das provas ilícitas defendido pela maior parte da doutrina e jurisprudência. É o que aponta José Carlos Teixeira Giorgis, ao afirmar que “o desentranhamento da prova de alegação preclusa é natural no processo”²⁵. Portanto, é tão-somente uma inovação legislativa, não se podendo falar que será uma nova prática no processo penal, como se verifica no acórdão que se segue:

EMENTA: PROVA. Criminal. Documentos. Papéis confidenciais pertencentes a empresa. Cópias obtidas, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado. Juntada em autos de inquérito policial. Providência deferida em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público. Inadmissibilidade. Prova ilícita. Ofensa ao art. 5º, LVI, da CF, e aos arts. 152, § único, 153 e 154 do CP. Desentranhamento determinado. HC concedido para esse fim. Não se admite, sob nenhum pretexto ou fundamento, a juntada, em autos de inquérito policial ou de ação penal, de cópias ou originais de documentos confidenciais de empresa, obtidos, sem autorização nem conhecimento desta, por ex-empregado, ainda que autorizada aquela por sentença em mandado de segurança impetrado por representante do Ministério Público.²⁶

Com a Lei 11.690/2008, a nova redação do art. 157 dispõe:

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

Destarte, essa prática, já há muito utilizada, foi positivada no nosso ordenamento jurídico, estando o juiz obrigado a realizá-la de ofício, sem necessidade que as partes abram uma discussão jurídica.

Esse desentranhamento tem a finalidade de diminuir o máximo possível a influência dessas provas sobre a decisão do magistrado. Porque, por mais que ele não possa fundamentar sua decisão em tais provas, como ser humano que é, acaba por levá-las em consideração. E, neste sentido, afirma Eduardo Luiz Santos Cabette, melhor é “a solução de seu

²⁴ SAAD, Marta. Ob. cit.

²⁵ GIORGIS, José Carlos Teixeira. “As mudanças na prova penal”, Informativo COAD, ano 28, fascículo semanal nº 28, 2008.

²⁶ HC 82862 / SP, Relator Ministro Cezar Peluso. DJ 13-06-2008.

desentranhamento dos autos a fim de reduzir o seu potencial de influência sobre a consciência dos julgadores”²⁷. E, mais adiante, continua a afirmar que “a solução do desentranhamento visa preservar a consciência do julgador da influência psicológica espúria daquelas provas inadmitidas”.

Ademais, com o desentranhamento da prova ilícita, caso o processo passe à instância superior, aqueles que o julgarão não terão acesso a esta prova e, conseqüentemente, a decisão será mais justa, visto que será fundada tão-somente nas provas lícitas constantes nos autos.

Desta forma, o desentranhamento é como uma estratégia, realizada para não impressionar esses magistrados, que ainda não tiveram contato com a prova ilícita, com as informações destas provas, já que elas não podem servir de base para a decisão.

Assim, pode-se dizer que como sanção processual, as provas ilícitas que ingressarem nos autos serão consideradas ineficazes, não podendo ser valoradas e deverão ser desentranhadas.

O projeto da lei em questão, originariamente, determinava o arquivamento sigiloso do material desentranhado no cartório. Mas isso não foi adiante porque não há motivo para tal, a não ser que a prova sirva para instruir algum delito penal realizado para sua obtenção.

O § 3º do art 157 dispõe:

“Art. 157.

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

Ainda o projeto determinava que contra a decisão que determinava o desentranhamento da prova ilícita caberia agravo de instrumento. Mas esse dispositivo não foi inserido na Lei 11.690/2008.

Daí, alguns autores estarem defendendo que contra tal decisão seria cabível o recurso em sentido estrito, do art. 548, XIII do CPP/1941. Defendem esta idéia Pacelli e Andrey Borges de Mendonça, que afirma que

por interpretação extensiva, o art. 581, inc.XIII, que dispõe ser cabível o recurso em sentido estrito da decisão que ‘anular o processo de instrução criminal, no todo ou em parte’. Como a decisão que declara a ilicitude demonstra a incompatibilidade da referida prova com alguma disposição constitucional ou legal, inclusive determinando o seu desentranhamento, equipara-se a uma decisão que anula a instrução, seja no todo ou em parte.²⁸

²⁷ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. “A reforma do Código de Processo Penal e a polêmica da inadmissibilidade das provas ilegítimas”. www.jus.uol.com.br. Retirado dia 13/10/2008.

²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges. Op. cit, p.178.

Mas Pacelli ainda entende que se a decisão de reconhecimento e de desentranhamento da prova ilícita foi dada na própria sentença, posto que a prova foi apresentada na audiência e já nela se proferiu a sentença, caberia apenas recurso de apelação.

Ressalta-se que Pacelli alega que o exame de admissibilidade da prova pelo juiz deve ser realizado antes da audiência de instrução e julgamento. Quando, então, caberia contra a decisão que determinasse o desentranhamento da prova considerada ilícita o recurso em sentido estrito. O caso relatado acima ocorreria tão-somente quando a prova fosse apresentada em audiência, e, então, o juiz faria de imediato o juízo de admissibilidade da prova.

Maria Elizabeth Queijo, porém, considera não ser cabível qualquer recurso contra tal decisão, sendo possível, apenas, a impetração de

habeas corpus, pelos inegáveis efeitos produzidos pela prova ilícita na persecução penal em relação ao direito de liberdade. Para a acusação, restaria a possibilidade de impetrar mandado de segurança, com suporte no direito à prova, dentro do prazo de 120 dias.²⁹

3.4 O veto do § 4º do art. 157 acrescentado pela lei 11.690/2008

Este § 4º do art. 157 determinava que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão”.

Esse parágrafo expressava a teoria da descontaminação do julgado, que nada mais é que a substituição do juiz que teve contato com a prova ilícita por outro, para que aquele não fosse influenciado pelas informações obtidas através da análise daquela prova inadmitida.

O objetivo era, sem dúvidas, descontaminar a decisão que seria dada pelo juiz que conheceu da prova ilícita. Porque, como já dito anteriormente, por mais que as provas sejam desentranhadas do processo, nas lembranças do magistrado restarão resquícios das informações obtidas através de tais provas, o que influenciará na escolha de sua decisão. É neste sentido que afirma Ticiano Alves e Silva em seu artigo, defendendo que

não há, pela própria condição humana, pelas próprias características que revestem qualquer tipo de interpretação, como garantir-se, no caso, uma pretensa imparcialidade. Ainda que o magistrado tente a todo custo mantê-la, poderá contrariar inconscientemente todo o conjunto probatório válido apenas para poder emitir um juízo de procedência.³⁰

²⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit.

É certo que ele não poderá se fundamentar em tais provas, mas fundamentado-se em outras provas constantes nos autos, ele dará sua decisão sob total influência das provas ilícitas.

Os motivos do veto são bastante razoáveis. O objetivo da reforma processual que ensejou a criação da Lei 11.690/2008, dentre outros, é dar celeridade ao processo. Ora, a mudança do juiz que conheceu da prova ilícita por outro vai de total encontro a este fim, posto que o juiz que assumir o caso não terá conhecimento do processo, não terá tido contato direto com as outras provas, e, assim, levaria um tempo maior para que se inteirasse do caso concreto e avaliasse de forma justa.

Neste sentido, foram os pareceres do Ministério da Justiça e do Advogado Geral da União, que como razões do veto entenderam que

“o objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.”

Outro motivo do veto seria porque esse dispositivo só seria compatível quando o processo estivesse ainda na primeira instância, uma vez que em instância superior, aquele que conheceu da prova ilícita deixaria apenas de ser o relator do processo, mas ainda poderia dar seu voto na questão, eis que a decisão é coligada. É o que consta ainda nos mesmos pareceres já mencionados do Ministério da Justiça e o Advogado Geral da União quanto a esta questão:

“Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.”

Embora razoáveis os motivos que levaram ao veto deste dispositivo, é de considerável importância ressaltar que, como dito no início deste tópico, que o que se buscava com ele era uma decisão justa, sem qualquer influência de uma possível parcialidade do magistrado surgida em decorrência da produção de uma prova ilícita.

Pela celeridade do processo, se sacrifica essa justiça e imparcialidade do juiz quando no momento de proferir a decisão. Reportando-se mais uma vez ao Ticiano Alves, é como ele

³⁰ SILVA, Ticiano Alves e. “O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado”. www.jus2.uol.com.br. Retirado dia 10/10/2008.

entende, ao afirmar que

valores caros à ordem constitucional – julgamentos imparciais e justos – são sacrificados pelo utilitarismo e por imposição de circunstâncias não jurídicas. Toda a atividade do legislador atualmente é guiada pela celeridade que se deve imprimir a prestação jurisdicional e à atividade judiciária, o que é bem-vindo desde que não tenha como preço – alto, que se diga – a desconsideração de princípios estruturantes e garantísticos do sistema normativo de um Estado que é Constitucional.³¹

Portanto, com o veto deste dispositivo, a única solução plausível que se tem, continua sendo a do juiz, de ofício, declarar sua suspeição por motivo íntimo, para que não contamine sua decisão com a sua imparcialidade.

3.5 Teoria do encontro fortuito de provas

Totalmente ligada ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, a teoria do encontro fortuito de provas visa garantir ao acusado uma maior proteção ao seu direito à intimidade e à privacidade, de forma a limitar a possibilidade de utilização de uma prova de um delito encontrada quando da realização de diligência em busca de provas de um outro delito.

Utilizaremos um exemplo de Pacelli para ilustrar uma situação na qual se faz necessária a proibição dessa prova:

Quando, na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mando judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente para a busca de *animais silvestres*. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão. Em semelhante situação, como é óbvio, o local revistado jamais abrigaria o objeto do mando judicial.³²

Porém, deve haver cautela na proibição de utilização das provas obtidas desta forma. Não há porque não admiti-la quando não se configurar em crime a prática do ato da autoridade que acarretou na obtenção de tal prova. E, mais uma vez utilizando-me do exemplo de Pacelli, illustrei situação na qual a prova seria perfeitamente aceitável:

Quando, no curso de determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a conseqüente

³¹ SILVA, Ticiano Alves. Op. cit.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit. p. 314.

violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos porque recusar a prova ou a informação relativa a *outro crime* ali obtida. A tanto não se prestaria a teoria do encontro fortuito, dado que a sua finalidade e *ratio essendi* nem de longe seria atingida. Em tal situação, se até as conversações mais íntimas e pessoais dos investigados e das pessoas que ali se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não o estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais?³³

Desta forma, a aplicação desta teoria dependerá do caso concreto, de forma que será necessária sua aplicação quando estiverem em risco direitos fundamentais do acusado, quais sejam o direito à intimidade e à privacidade.

3.6 Prova emprestada

A inadmissibilidade da prova emprestada no processo penal se dá quando a prova, advinda de outro processo no qual foi obtida até mesmo de forma lícita, não se submete ao crivo do contraditório.

Ora, o contraditório é uma garantia individual do acusado, de forma que a violação a este princípio acarreta na violação do princípio devido processo legal, norteador do processo penal.

Não obstante toda discussão existente na doutrina quanto à diferença entre prova ilícita e prova ilegítima, já explicamos no início deste capítulo que o art. 157 do CPP/1941, com a nova redação que recebeu da Lei 11.690/2008, tornou ambas as provas ilícitas, pois conceituou prova ilícita como sendo aquela obtida com violação a normas constitucionais e legais.

Assim, tanto para aqueles que entendem ser o contraditório um princípio inerente ao processo penal, quanto para aqueles que entendem ser uma norma objeto do direito material, essa distinção se torna irrelevante. A prova emprestada será ilícita, quando for impossível submetê-la ao contraditório no processo ao qual se quer introduzi-la.

³³ Ibid. p. 314-315.

4 DAS OUTRAS ALTERAÇÕES DA LEI 11.690/2008

4.1 Art. 155 do CPP

“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.”

Como afirmado no início deste estudo, o que se consagra com este artigo é o Sistema do Livre Convencimento Motivado, por isso, não entraremos a fundo novamente nesta discussão.

Mas, ainda, o dispositivo mencionado reforça a idéia de um processo penal acusatório, no qual a prova se faz no contraditório, não podendo ser tida como prova aquela produzida no momento do inquérito policial, anterior ao processo, salvo as exceções que serão analisadas mais adiante.

Aqui, vale diferenciar de forma sucinta o sistema acusatório do sistema inquisitivo.

4.1.1 Sistema acusatório x Sistema inquisitivo

No sistema inquisitivo, o acusado é mero objeto de investigação, o que justifica determinadas práticas que são realizadas em busca da verdade, que batem de frente com os direitos inerentes à condição de ser humano. Por exemplo, a tortura, aceita a fim de se conseguir a confissão, pois esta é a rainha das provas. Além disso, a vítima é irrelevante no processo.

O juiz tem o poder não só de julgar, mas, também, de acusar, pois não há divisão das três funções no processo, que são de acusar, defender e julgar. O juiz recolhe a prova antes de qualquer outro e, ainda, determina sua produção.

Já no sistema acusatório, o acusado passa a ser sujeito de direitos, não podendo ser realizada qualquer prática que vá de encontro aos direitos fundamentais do cidadão. Por ser sujeito de direitos, o acusado tem a possibilidade de se defender em posição de igualdade em relação à acusação.

O juiz tem o dever tão-somente de julgar. Acusar e defender são funções de competência de outros órgãos. Pode-se dizer que “o juiz tem, primordialmente, a função de *garante das regras do jogo*”³⁴.

E, neste sentido, veio a Lei 11.690/2008, dando redação nova a este dispositivo, visando diminuir a influência do sistema inquisitivo no processo penal brasileiro, uma vez que a própria CF/1988 e o próprio CPP/1941 já visualizavam um processo penal de natureza acusatória. É o que salienta o acórdão que se segue:

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Alegações de: i) ofensa ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal; e ii) omissão na aplicação do art. 9o da Lei no 10.684/2003 ao caso concreto. 3. **No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o sistema acusatório.** Porém, a hipótese descrita nos autos não configura iniciativa probatória exercida pelo juiz. 4. Ausência de violação ao art. 28 do CPP, vez que o próprio magistrado consignou em seu despacho não poder determinar medidas apuratórias, em face do pedido de arquivamento, limitando-se a remeter à consideração do Ministério Público "a possibilidade de se realizar ainda uma tentativa de elucidação" (fl. 148). 5. No caso concreto, a ocorrência de fatos novos ensejou o legítimo oferecimento de denúncia pelo Parquet. Não há colisão com o entendimento firmado pelo Plenário no julgamento do INQ nº 2.028/BA, Relatora Ministra Ellen Gracie, maioria, DJ 16.12.2005. 6. Configuração de ofensa ao art. 9o da Lei no 10.648/2003, pois a paciente tem direito à suspensão da pretensão punitiva, diante do parcelamento concedido à pessoa jurídica - PAES. 7. Ordem parcialmente deferida, para que o Superior Tribunal de Justiça, completando o julgamento do acórdão recorrido (Recurso Especial nº 502.881/PR), examine a alegação do paciente, no sentido da aplicação do art. 9º da Lei no 10.684/2003 ao caso ora em apreço conforme orientação da

³⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “As Reformas Parciais e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo”. Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

Ainda outro dispositivo, o art. 201, que será analisado posteriormente, também veio a fortalecer essa idéia de um sistema acusatório, na medida que coloca a vítima em maior proximidade e contato com a ação penal.

4.1.2 Art. 155 do CPP

Porém, voltando ao dispositivo em epígrafe, o art. 155, dele podemos extrair que será considerada prova a informação submetida ao contraditório. Ora, como já visto no capítulo anterior, o princípio do contraditório é essencial no processo judicial e administrativo, o que pode ser entendido pela simples leitura do art. 5º, LV da CF/1988, que elenca este princípio como uma garantia individual, de forma que sua inobservância acarreta em uma violação ao princípio do devido processo legal.

Sendo assim, o aludido dispositivo trata as informações obtidas no curso do inquérito policial como meros “elementos informativos”, que não podem, sozinhos, fundamentar uma decisão judicial. Esses elementos serviriam, apenas, para permitir o exercício da persecução penal em juízo.

Mas, não poderão sozinhos fundamentar uma decisão judicial, “exclusivamente”, para utilizar o termo empregado pelo legislador ordinário. Ou seja, quando de forma suplementar a outras provas, poderão, sim, ser objetos de fundamentação. Nas palavras de Andrey Borges,

é possível que seja reputados na sentença condenatória elementos produzidos durante o inquérito policial, desde que apenas como reforço às provas produzidas em juízo (aqui sim em observância ao contraditório). Dito de outra forma: o juiz pode levar em conta as provas produzidas no inquérito, desde que conjuntamente com provas produzidas “em contraditório judicial”. [...] Desde que o magistrado não se apóie apenas em provas produzidas durante o inquérito, poderá valorá-las em conjunto com as provas produzidas em juízo, sempre de maneira fundamentada.³⁶

Esses elementos informativos, então, pelo princípio da judicialização das provas, defendidos por alguns autores, deverão ser repetidos no curso da ação penal, para que se

³⁵ HC 84051 / PR . Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ 02-03-2007.

³⁶ MENDONÇA, Andrey Borges. Op. cit. p. 155-156.

submetam ao crivo do contraditório.

A expressão “exclusivamente” foi objeto de controvérsia quando em trâmite de aprovação o projeto da lei em estudo, posto que se tentou retirá-la do dispositivo, com o argumento de que os elementos informativos nem deveriam, sequer, ser levados em consideração pelo juízo.

Porém, ficou decidido pela permanência da expressão, uma vez que, ainda assim, estaria resguardada a garantia ao contraditório do indivíduo acusado, posto que outras provas deveriam existir para fundamentar a decisão judicial. Além disso, essa fundamentação, como garantia constitucional encontrada no art. 93, IX da CF/1988, deve ser razoável quando na utilização de elementos informativos.

Ficam ressalvadas, porém, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, visto que há necessidade delas serem recolhidas antes do processo, no momento do inquérito policial, sob pena de desaparecerem com o tempo. Destaca-se que essa ressalva não configura em violação ao princípio do contraditório, já que o acusado, em contestação, poderá manifestar-se quanto às provas cautelares, no chamado contraditório diferido. E quanto às provas antecipadas, estas, por sua vez, já são obtidas em total acordo com o princípio do contraditório, embora antes de iniciada a ação penal.

Podemos dizer, que essas exceções se dão pela presença do *fumus bonus iuris* e do *periculum in mora*.

Portanto, concluímos que “a prova, embora produzida extrajudicialmente, terá plena validade e eficácia na formação da convicção do Juiz. Trata-se, porém, de medida excepcional”.³⁷

4.1.3 Art. 155, parágrafo único do CPP

O parágrafo único consagra um limite ao meio de prova, mas por se tratar de um limite legal, é totalmente válido.

A partir dele, concluímos que quanto ao estado das pessoas, a prova deve observar as restrições estabelecidas na lei civil. Assim, por exemplo, a morte, fator extintivo da

³⁷ GOMES, Luiz Flávio, CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. “Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito”, p. 271. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

punibilidade do réu – art. 107, I do Código Penal (CP) – somente pode ser demonstrada por meio da respectiva certidão de óbito – art. 62 do CPP/1941.

Ainda, a Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), afirma que “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”.

Assim, quanto ao estado das pessoas, a lei poderá estabelecer um meio de prova, de forma que outros meios não possam ser considerados quando na falta daquele para fundamentar uma decisão judicial.

4.2 Art. 156 do CPP

“Art. 156. A prova de 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 a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.”

O ônus da prova, como verificado no *caput* deste artigo, caberá a quem afirmar o fato. Lembrando que, como ônus não se entende uma obrigação em provas, mas, tão-somente, tem a parte a faculdade de provar ou não aquilo que alegar. Observa-se isto nas linhas escritas por Luiz Flávio Gomes, que defini “ônus probatório como a faculdade que tem a parte de demonstrar determinado fato relevante no processo penal, valendo-se, para tanto, dos meio admissíveis”³⁸.

Como o Ministério Público, pela divisão das funções que se tem em razão do nosso sistema processual, é quem tem a competência de acusar, é ele quem terá o ônus de provar os fatos constitutivos, sua autoria e materialidade. Até mesmo, pelo princípio constitucional da inocência. Ao acusado, então, caberá provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da ação penal.

Desta forma, a regra é que cabe às partes demonstrar o que alegam. Somente excepcionalmente o juiz de ofício poderá determinar a produção de provas ou uma diligência. Essa atividade inerte do juiz quanto à produção de provas se justifica na sua imparcialidade no processo.

³⁸ Ibid. p. 274.

São duas as possibilidades do juiz determinar de ofício a produção de provas, mas sempre, de forma fundamentada. A primeira possibilidade, referente ao inciso I, autoriza a produção antecipada de provas pelo juiz quando elas forem urgentes e relevantes, observada a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Destaca-se a possibilidade desta produção ser até mesmo anterior à ação penal, ou seja, durante a investigação. Seria, então, uma prova extrajudicial.

É essencial que haja a urgência na produção da prova, com receio de que a mesma desapareça antes do momento que seria certo para sua colheita. Outro requisito, necessário é averiguar a relevância da prova. E, ainda, o juiz deve observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

O art. 225 do CPP/1941 já previa uma possibilidade de produção antecipada de provas, ao dispor que “se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”. E, também, os arts. 92 e 366 do mesmo CPP/1941, autorizam esta produção nos casos de suspensão do processo.

Alguns autores, como o professor Flávio Gomes, têm entendido que o juiz, ao determinar a produção antecipada de provas antes de iniciada a ação penal, se comporta como delegado de polícia e promotor de justiça, condenando a sua imparcialidade, tão necessária no momento em que for julgar a lide, visto que formularia um juízo antecipado.

Desta forma, alega que o inciso I está contrário ao sistema acusatório adotado, já que há uma confusão nas funções de acusar, defender e julgar a causa. Assim, seria inconstitucional tal dispositivo, ao igualar o magistrado ao juiz inquisidor.

A segunda possibilidade, do inciso II, autoriza ao juiz, em dúvida sobre fato relevante, requisitar diligência a fim de saná-la. Esta determinação só poderá ocorrer no curso da instrução probatória ou antes de proferida a sentença.

Essas exceções são necessárias porque o que está em jogo na ação penal é um dos direitos fundamentais mais importantes, qual seja a liberdade do indivíduo. Daí, a necessidade do magistrado saber a verdade sobre os fatos, a fim de não cometer uma injustiça com a decisão que entender ser a melhor.

Importante salientar que são exceções, utilizadas sempre de forma fundamentada pelo juiz, para que o mesmo não comprometa sua imparcialidade e acabe por ocupar a função de acusador ou defensor.

A regra é que as partes são responsáveis por provar aquilo que alegam.

4.3 Art. 159 do CPP

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

§ 1º 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 tiveram habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

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

§ 3º 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.

§ 4º 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.

§ 5º 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.

§ 6º 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.

§ 7º 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.”

Para Andrey Borges de Mendonça,

foram duas as finalidades que guiaram as alterações referentes à prova pericial: a) simplificar a realização das perícias; b) melhor assegurar às partes a garantia do contraditório. [...] a reforma assegurou maior possibilidade de as partes exercitarem o contraditório em relação à prova

produzida pelo *expert*, seja por intermédio de questionamentos em audiência ou por escrito, seja diante da possibilidade de nomeação de assistentes técnicos³⁹.

O *caput* deste artigo sofreu duas alterações. A primeira modificação é a redução no número de peritos oficiais necessário para a realização do exame de corpo de delito e outras perícias. A nova redação determina que é preciso apenas um perito oficial, enquanto a redação antiga reclamava por dois peritos.

Esta inovação já havia sido feita pelo art. 50 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas, que exigia somente um perito oficial no caso de exame de constatação de natureza de substância entorpecente, para lavratura de prisão em flagrante e oferecimento de denúncia. E, ainda, apenas uma pessoa idônea para tal ato quando na falta do perito oficial.

Interessante perceber que a partir desta nova regra, da necessidade de apenas um perito oficial para realização dos exames e perícias, perde sentido o art. 180 do próprio CPP/1941 quando se tratar de perito oficial.

Não obstante seja a regra a atuação de um perito oficial, havendo a necessidade de nomeação de mais um perito, por se tratar de conhecimento técnico em mais de uma área de conhecimento especializado, o § 7º deste dispositivo abre essa possibilidade.

Flávio Gomes contempla esta modificação, ressaltando que

a inovação é louvável, na medida em que sintonizada à realidade de nosso país e à precariedade, muitas vezes vista, no serviço público de perícias, com dificuldade de contar com um perito, que dizer com dois, como reclamava o revogado dispositivo⁴⁰

A outra modificação é em relação à necessidade de diploma de curso superior para atuar como perito oficial.

Antes desta Lei 11.690/2008, a necessidade de diploma de curso superior existia, por determinação do § 1º do antigo art. 159, somente para as pessoas com conhecimento técnico escolhidas pelo juiz, na falta de perito oficial. Faz-se uma pausa para explicar que existem os peritos oficiais e os peritos não-oficiais. Aqueles são os peritos investidos na função em decorrência de concurso público, e, portanto, fazem parte dos quadros públicos. Estes, por sua vez, são escolhidos pelo juiz, e não fazem parte dos quadros públicos.

Hoje, a necessidade de ter diploma de curso superior está não somente para ser perito não-oficial, mas, também, para ser perito oficial.

Porém, os peritos que não possuem o diploma exigido contratados antes da vigência da

³⁹ MENDONÇA, Andrey Borges. Op. cit. p. 182.

⁴⁰ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit. p. 289.

nova lei poderão continuar atuando. Pois o diploma passa a exigido apenas nas novas contratações.

4.3.1 Art. 159, § 1º do CPP

Este parágrafo estabelece a nomeação pelo juiz de duas pessoas idôneas para atuar como peritos não-oficiais, quando não houver um perito oficial na comarca. Isto costuma ocorrer em cidades pequenas.

Também para atuar como tal, a legislação ordinária exige o diploma de curso superior, preferencialmente na área específica da natureza do exame a ser feito.

Neste caso, como pode ser entendido pelo que foi dito no item anterior, ainda será aplicado o art. 180 do CPP/1941, quando houver divergência entre os laudos oferecidos pelos dois peritos não-oficiais, caso em que a autoridade nomeará um terceiro perito.

4.3.2 Art. 159, §3º do CPP

A figura do assistente técnico prevista neste parágrafo há muito já é expressamente permitida no campo do processo civil. Porém, por falta de previsão legal no CPP/1941, a jurisprudência entendia pela sua impossível nomeação no campo do processo penal.

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. HOMICÍDIOQUALIFICADO. PRONÚNCIA. EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA. NULIDADE. FALTA DE INTIMAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO. PROVA ILÍCITA. EXCESSO DE PRAZO. I - A ausência de intimação do assistente técnico nomeado pelo réu quando da realização do exame de dependência de drogas não se constitui em nulidade processual. Isso porque, no âmbito do processo penal, a teor do disposto no art. 159 do CPP, o exame de corpo de delito, assim como as demais perícias em geral, enquadrando-se nestas o laudo de dependência toxicológica, é realizado por peritos oficiais. Desse modo, não há falar, nessa seara jurídica, nas figuras dos peritos das partes ou assistente

técnico.”⁴¹

A nova lei, então, veio a expressar de forma positivada essa possibilidade, incluindo, além das partes – réu e Ministério Público ou querelante, o ofendido e o assistente de acusação.

Ora, essa medida é de relevante valor porque auxilia a parte que contratou o assistente técnico em demonstrar sua estratégia ao órgão julgador. Para o réu, então, principalmente, já que fortalece os princípios da ampla-defesa e do contraditório. Pois, com o laudo de um assistente técnico, o réu terá bases para convencer o juiz quanto a sua inocência, em uma tentativa de desbancar o laudo do perito, se em seu desfavor. Até mesmo porque o magistrado “não está vinculado ao laudo do perito (sistema liberatório, previsto no art. 182 do CPP)”⁴², podendo aceitar ou não o laudo, parcial ou integralmente.

Para a figura do assistente técnico não há porque se falar em causas de suspeição ou impedimento do magistrado, diferentemente do perito, posto que o assistente técnico é pessoa de confiança daquela que a contratou.

4.3.3 Art. 159, § 4º do CPP

Não há qualquer dúvida quanto ao disposto no § 4º. O assistente técnico contratado pela parte deverá ser admitido pelo juiz. E só poderá entrar no processo após o término da perícia, ou seja, após a conclusão dos exames e quando estiver pronto o laudo do perito.

Percebe-se, então, que o assistente técnico só será permitido já no processo judicial; jamais no inquérito policial. O § 5º do mesmo artigo 159, que será analisado em seguida, também deixa clara a possibilidade de se ter a atuação do assistente técnico somente quando instaurado o processo judicial.

Flávio Gomes se contrapõe a essa vontade do legislador, defendendo a idéia de que a presença do assistente técnico no inquérito policial garante maior respeito aos direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório, na medida que, por muitas vezes, a prova pericial não é passível de repetição ao longo do processo judicial, mas, mesmo assim, pode haver sua utilização como fundamentação para decisão final do processo⁴³.

⁴¹ HC 27025 / RJ. Relator Ministro Feliz Fischer. DJ 28/10/2003.

⁴² MENDONÇA, Andrey Borges. Op. cit. p. 185.

⁴³ GOMES Luiz Flávio. Op. cit. p. 291.

Tão logo esteja pronto o laudo, as partes serão intimadas para contestá-lo se assim quiserem. Essa contestação será feita através de um parecer do assistente técnico, responsável por elaborá-lo com a finalidade de convencer o magistrado do cometimento de falhas por parte do perito.

Uma vez contestado o laudo, a outra parte terá ainda a possibilidade de se manifestar e, até mesmo, contestar o laudo pericial. Mais uma vez Flávio Gomes critica o legislador ordinário, se baseando no CPC, que permite à parte nomear mais cedo o assistente técnico, de maneira que ele possa elaborar quesitos no decorrer da diligência⁴⁴.

Mas não foi esse o trâmite escolhido para o processo penal, pois, como explicitado, as partes só poderão eleger seu assistente técnico após a conclusão do laudo pelo perito.

4.3.4 Art. 159, § 5º do CPP

Pelo já exposto no item anterior, as partes somente poderão requerer a participação do assistente técnico no curso do processo judicial.

O inciso I deste parágrafo possibilita às partes a requerer a oitiva do perito para responder em audiência aos quesitos feitos por elas. Mas, estabeleceu-se um prazo para que a parte requeira tal oitiva e para que o perito seja intimado, que é de até dez dias antes da audiência.

Pode-se dizer que este prazo foi concedido com o objetivo de garantir ao perito um tempo razoável para estudar os quesitos e formular as respostas a partir da conclusão que chegou com os exames periciais realizados.

Não obstante a parte tenha a possibilidade de requerer a oitiva do perito em audiência, ele pode optar por, ao invés de responder os quesitos oralmente em audiência, elaborar um laudo complementar com as respostas solicitadas.

O inciso II, por sua vez, abre a possibilidade das partes indicarem assistentes técnicos que apresentarão seus pareceres, em uma tentativa de convencer o órgão julgador sobre a tese sustentada pelo seu cliente.

Além disso, assim como os peritos, também os assistentes técnicos poderão ser inquiridos em audiência.

⁴⁴Loc. cit.. p. 291.

4.3.5 Art. 159, § 6º do CPP

A finalidade da lei aqui foi garantir o contato direto do assistente técnico com o material probatório utilizado pelo perito na realização dos exames periciais, para que o parecer seja o mais convincente possível em relação às conclusões obtidas.

Fato é que existe uma preocupação com a guarda e com o não deterioramento do material probatório, até mesmo porque o juiz, caso seja necessário, poderá pedir a repetição dos exames periciais. Portanto, para a preservação deste material, ficou determinado, ainda, que a análise pelo assistente técnico deverá ser feita sob a fiscalização do perito, em órgão oficial.

4.3.6 Art. 159, § 7º do CPP

Apesar de ser uma inovação na esfera do processo penal, no campo do processo civil já havia legislação neste sentido, como se verifica no art. 431-B do CPC.

Trata-se de perícia complexa, ou seja, de uma perícia que abrange mais de uma área especializada de conhecimento, o que importa em uma necessidade de mais de um perito para a conclusão do laudo pericial.

Ora, desta forma, serão nomeados pelo juiz mais de um perito oficial, e, também, às partes é facultada a indicação de mais de um assistente técnico. Porém, como na regra, esses assistentes técnicos deverão ser admitidos pelo magistrado.

4.4 Art. 201 do CPP

“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

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

§ 2º 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.

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

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

§ 5º 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.

§ 6º 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.”

Não houve qualquer modificação no *caput* deste artigo, mas uma inclusão de seus parágrafos e a retirada do parágrafo único. E essas modificações foram feitas no sentido de dar maior importância ao ofendido no processo.

“Esta propensão de colocar luzes sobre a vítima pode ser verificada pela própria alteração do nome do Capítulo, que antes se chamava “Das perguntas ao ofendido” e agora passou a ser mais amplo, denominando-se “Do ofendido”.⁴⁵

O ofendido será inquirido em audiência porque ninguém mais que ele sabe o que aconteceu, como aconteceu e quem fez acontecer o ato delituoso. Portanto, é importante que a vítima seja ouvida. E seu depoimento, obviamente, será submetido ao contraditório a fim de garantir o devido processo legal.

Deve-se lembrar que a vítima não presta compromisso, como as testemunhas e os peritos, mas não é por isso que ela possa mentir quanto aos fatos ocorridos. Embora tenha que ser levado em consideração a fragilidade da vítima e seu estado emocional já abalado com a ocorrência do delito, o que pode levar a ver os fatos um pouco mais graves do que realmente possam ser, ao mentir, estará cometendo o crime de falso testemunho, encontrado no art. 342 do CP, como mostra o julgado a seguir:

⁴⁵ MENDONÇA, Andrey Borges. cit. p. 189.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DA PRÁTICA DOS CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. Imputação delituosa contida em informações prestadas à Polícia, em depoimento ou por escrito, notadamente pela vítima dos ilícitos investigados, não configura os crimes irrogados ao paciente, mas, eventualmente, o de denúncia caluniosa ou de falso testemunho, insuscetíveis de ser apurados em ação penal privada. Habeas corpus deferido para o fim de determinar-se o arquivamento da ação penal.⁴⁶

4.4.1 Art. 201, § 1º do CPP

O antigo parágrafo único, atual parágrafo primeiro dispõe que se a vítima for intimada para inquirição em audiência de instrução, deve comparecer, sob pena de ser conduzida coercitivamente.

4.4.2 Art. 201, § 2º do CPP

A lei inovou neste sentido, pois, antes, o ofendido só era intimado quando participava do processo como assistente de acusação. Atualmente, o ofendido será intimado de todos os atos processuais.

Esta intimação seria uma “atitude de respeito do Estado perante aquela pessoa que já foi fragilizada com a ofensa ao seu bem jurídico, e de quem o Estado subtraiu a administração do conflito”⁴⁷.

A informação à vítima do ingresso e saída do acusado da prisão tem o objetivo de dar mais segurança ao ofendido, a fim de “maximizar a proteção à vítima do crime objeto da persecução, tanto para atenuar os riscos de uma vitimização secundária quanto para salvaguardá-la de novas ações delitivas do acusado”⁴⁸.

Já quanto à sentença e acórdão proferidos, o objetivo é dar execução imediata à indenização civil determinada neles.

⁴⁶ HC 81385 / DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJ 19/12/2002.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. cit. p. 298.

⁴⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. “Com a palavra, as partes”. Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

4.4.3 Art. 201, § 3º do CPP

Como um complemento ao parágrafo anterior, este dispositivo determina que a intimação ao ofendido seja realizada no endereço que ele indicar, sendo, ainda, possível a utilização de meio eletrônico, se ele assim preferir.

4.4.4 Art. 201, § 4º do CPP

A fim de se manter a segurança da vítima é que a legislação ordinária inclui este parágrafo, que garante um lugar reservado ao ofendido antes e durante a audiência. Esta segurança é ainda mais relevante se pensássemos na possibilidade da vítima tivesse que permanecer na mesma sala que o réu.

Porque esse contato direto com o réu pode causar medo e constrangimento à vítima, o que poderia acarretar na prejudicialidade do seu depoimento.

4.4.5 Art. 201, § 5º do CPP

Este é mais um dispositivo que vislumbra totalmente a figura do ofendido, dispondo que o juiz determinará um atendimento multidisciplinar à vítima, quando achar necessário, nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde.

As despesas desses atendimentos ficarão por conta do ofensor ou do Estado. Mas ocorre que não seria justo, pelo princípio da presunção de inocência, que antes de proferida uma sentença e ela transitada em julgado, o juiz determinasse que o réu tivesse o dever de pagar esse atendimento.

Assim, mais plausível é que o pagamento seja feito pelo Estado, e, que este, após condenação do acusado, tenha a faculdade de regressar contra ele.

4.4.6 Art. 201, § 6º do CPP

Caso haja motivo, o juiz poderá determinar que o processo correrá sob sigilo de justiça. Não obstante exista a regra da publicidade, prevista nos arts. 5º, LX c/c 93, IX da CF/1988, se estiver em jogo a intimidade do ofendido, sua honra ou sua imagem, essa publicidade poderá ser abandonada.

Essa medida, então, evita que o processo traga mais danos à vítima, que já sofreu com os danos causados pelo próprio crime.

4.5 **Art. 210 do CPP**

“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.”

O *caput* deste artigo, como o artigo anterior, também não sofreu alteração com a entrada em vigor da lei 11.690/2008, que é objeto de estudo.

Destaca-se, apenas, ao crime de falso testemunho a que se refere, disposto no art. 342 do CP, o qual já foi brevemente comentado anteriormente. A testemunha tem o dever de dizer a verdade uma vez que presta compromisso perante o juízo.

4.5.1 Art. 210, parágrafo único do CPP

A proibição do contato entre as testemunhas deve-se a uma tentativa de que uma delas,

com seu depoimento, não cause qualquer influência sobre a outra, de modo que prejudique a verdade perseguida.

Por isso, o parágrafo único veio com essa inovação de salas separadas para cada uma das testemunhas antes e durante a realização da audiência, garantindo maior credibilidade dos depoimentos.

4.6 Art. 212 do CPP

“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.”

O sistema que era adotado antes da reformulação deste artigo era o sistema presidencialista, pelo qual as perguntas eram feitas ao juiz, que, por sua vez, direcionava-as às testemunhas. Com a nova redação, porém, foi adotado o sistema da inquirição direta, também chamado sistema *cross examination*, criado nos EUA.

Agora, portanto, as perguntas são feitas pelas partes diretamente às testemunhas, de modo que o juiz passou a ter uma função de fiscalizar as perguntas, impedindo as que forem impertinentes ou desnecessárias, as repetidas e as que possam induzir a resposta da testemunha. “Facultar às partes a formulação de perguntas não retira do juiz a condução do processo e da instrução. Garante-se apenas maior agilidade e fidelidade nas perguntas e respostas.”⁴⁹

De certa forma, esse sistema realmente apresenta uma melhora na inquirição de testemunhas, posto que a pergunta feita diretamente à testemunha, é aquela que a parte realmente queria fazer, pois ela não foi repetida pelo o juiz e, possivelmente, alterada por ele.

Até mesmo, este sistema representa uma maior proximidade com o sistema processual acusatório, porque nele o juiz age como fiscalizador das perguntas, assumindo um papel secundário na produção da prova oral.

Salienta-se que o sistema presidencialista ainda continua sendo aplicado no

⁴⁹ PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Op. cit.

interrogatório, que não foi alterado pela lei em questão.

4.6.1 Art. 212, parágrafo único do CPP

Este dispositivo autoriza ao magistrado a inquirir a testemunha quando houver pontos não esclarecidos.

Percebe-se que houve uma alteração na ordem de inquirição. Antes, o juiz era o primeiro a fazer as perguntas, seguido das partes. Agora, as partes iniciam a inquirição, e o juiz realizará as perguntas após, caso haja necessidade, caso não estejam todos os pontos esclarecidos.

4.7 **Art. 217 do CPP**

”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.”

Tudo que está expresso neste dispositivo a ser analisado agora foi em posto em favor da testemunha e do ofendido, de modo a garantir-lhes não só o bem-estar físico, mas, também, moral. Logo, se a presença do réu puder causar humilhação, temor ou constrangimento à testemunha ou ao ofendido, a inquirição ocorrerá por videoconferência.

O CPP/1941, antes da reforma, não via o ofendido como um possível constrangido com a presença do réu. Somente a testemunha era vista como tal. Agora, com a reforma, também o ofendido ganha essa classificação.

Esta é a única previsão na legislação brasileira que autoriza a utilização de videoconferência para inquirição de testemunhas. Por isso, até com essa justificativa, os tribunais não têm aceitado a realização da videoconferência, como demonstra o julgamento a seguir:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (due process of law). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu.⁵⁰

Porém, como é sabido, o Judiciário está longe de ter condições de implantar o sistema de videoconferência em todos os lugares, que seria o ideal. Por isso, o mesmo artigo estipula que, neste caso, quando a videoconferência não pode ser realizada, o acusado deverá ser retirado da sala de audiência.

Acontece que o réu, seguindo o princípio da ampla defesa, tem o direito de permanecer em audiência enquanto ela ocorrer, participando de todos os atos nela praticados.

Andrey Borges argumenta que

o direito à ampla defesa se divide em direito à defesa técnica – indisponível e exercida por advogado regularmente inscrito no quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – e direito à autodefesa – disponível e exercitada pelo próprio acusado. O direito à autodefesa se bifurca em direito de audiência – que é a possibilidade de, tendo contato direto com o magistrado, explicar sua versão - e direito de presença – que é o direito de participar e acompanhar pessoalmente a produção da prova⁵¹.

Mas, como uma exceção, o réu poderá ser retirado da sala de audiência quando não for possível a inquirição da testemunha por videoconferência, quando a mesma se sentir humilhada, constrangida ou amedrontada com a presença dele. E os tribunais sempre entenderam pela possibilidade de retirada do acusado nestes casos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE QUATRO HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E PELO CRIME DE QUADRILHA. NULIDADE DA ATA DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. RETIRADA DO ACUSADO DA SALA DE AUDIÊNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 217 DO CP. Revela-se lícita a retirada dos acusados da sala de audiências, se as testemunhas de acusação demonstram temor e receio em depor na presença dos réus. Se o patrono do

⁵⁰ HC 88914 / SP. Relator Ministro Cezar Peluso. DJ 05-10-2007.

⁵¹ MENDONÇA, Andrey Borges. Op. cit. p. 197-198.

paciente não apresentou nenhuma irrisignação quanto aos termos da assentada, havendo assinado e concordado com seu conteúdo, resulta preclusa a arguição de qualquer vício a macular o ato de ouvida das testemunhas de acusação. Ordem denegada.⁵²

Obviamente que somente é permitida a retirada do acusado, jamais do seu defensor. A audiência não pode se realizar sem a presença do defensor técnico.

4.7.1 Art 217, parágrafo único, do CPP

Este parágrafo versa tão-somente sobre a necessidade de constar do termo qualquer das práticas admitidas no *caput* deste artigo, quais sejam a realização da inquirição da testemunha através da videoconferência ou a retirada do réu da sala de audiência.

4.8 **Art. 386 do CPP**

“Art. 386 - O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

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

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

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º 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 - Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

⁵² HC 86572 / PE. Relator Ministro Carlos Britto. DJ 30-03-2007.

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

III - aplicará medida de segurança, se cabível.”

O legislador, com este dispositivo, determinou quais são as situações em que o juiz absolverá o réu. O magistrado, no dispositivo da sua sentença, se manifestará quanto a aplicação de um dos incisos que motivou a sua escolha de absolver o acusado.

Pela simples leitura, percebe-se que o que se procura é garantir que o réu não seja condenado sem que haja provas para tanto. E a lei 11.690/2008 continua a dispor neste sentido.

Ela amplia estas hipóteses de absolvição, incluindo duas. Uma no inciso IV e outra no inciso VI.

4.8.1 Art. 386, IV do CPP

Este inciso impõe ao juiz a determinação da absolvição do réu caso esteja provado que ele não concorreu para a infração penal.

A modificação trazida é importante porque, antes, se o magistrado percebesse que não houve participação alguma do acusado no crime, ele não conseguia uma aplicação perfeita de quaisquer dos incisos do art. 386 do CPP/1941.

Ocorre que o enquadramento adequado do caso concreto ao inciso influencia em uma posterior indenização na esfera civil, como será analisado mais adiante.

O que se vê é que não há dúvida quanto à inocência do réu na hipótese do inciso em estudo, pois está provado que ele não praticou o delito. Trabalha-se com um juízo de certeza.

Portanto, distingui-se do antigo inciso IV, que deu origem aos atuais IV e V, pois houve seu desmembramento. Por aquele, hoje, então, inciso V, o que se tem é uma dúvida quanto à inocência ou não do réu. Não está provado que ele não participou da prática do ato, mas também não há provas suficientes de que participou para sustentar uma condenação.

4.8.1.1 Reparação do dano na esfera cível

A fim de explicar um pouco mais o porquê da necessidade da inclusão do inciso IV, será feita uma breve análise sobre a indenização requerida pelo ofendido.

O ofendido, dependendo do motivo que levou o juízo a absolver o réu, ainda assim, poderá ajuizar uma ação civil, a fim de obter uma indenização. Isto porque a decisão de um processo criminal é totalmente válida para dizer quanto à ocorrência do fato e sua autoria. Uma vez que exista tal decisão, estas questões não podem ser rediscutidas no âmbito civil.

O inciso IV descarta essa possibilidade, pois o acusado não é condenado porque restou provado que ele não concorreu para a ação penal, o que retira dele qualquer dever de ressarcimento; “caso o juiz absolva com fulcro no novo inciso IV, tal decisão fará coisa julgada no juízo civil, não permitindo mais a discussão sobre a autoria”⁵³.

4.8.2. Art. 386, VI do CPP

Este inciso era antes numerado como V. sua primeira alteração consiste apenas na correção dos artigos aos quais se referia, desatualizados desde a reforma da parte geral do CP de 1984.

Mas sua maior modificação encontra-se no seu final. Foi a ele incluída a necessidade de absolvição do acusado se houver dúvida quanto a existência de uma causa que exclua o crime ou isente o réu de pena.

Antes, o inciso apenas elencava a possibilidade de absolvição quando existissem tais causas de exclusão do crime ou isenção ao réu de pena. O que, então, surtia muita divergência na doutrina, que em parte, quando havia dúvida preferia pela condenação, e em outra parte, entendia pela absolvição.

Se fosse levado em consideração o princípio do *in dubio pro reo*, pelo qual o acusado será absolvido quando não existirem provas suficientes quem fundamentem uma eventual condenação, a sentença deveria ser absolutória.

Porém, hoje, não resta mais qualquer dúvida que havendo dúvida da existência de

⁵³ MENDONÇA, Andrey Borges. cit. p. 201.

causas que excluam o crime ou isente o réu de pena, a sentença deverá ser absolutória.

Ressalte-se que não será possível o ajuizamento de ação na esfera civil para ressarcimento de dano quando a sentença absolutória se fundamentar no início do inciso em questão. Mas, poderá sim quando fundamentada no final do inciso.

4.8.3. Art. 386, parágrafo único, II do CPP

A alteração aqui ocorreu somente porque desde a reforma de 1984, já mencionada, este dispositivo não tinha mais aplicabilidade. Esta reforma não recepcionou as penas acessórias, das quais tratava este inciso. Então, o legislador fez tal modificação.

No texto atual, a partir da sentença absolutória, devem cessar todas as medidas cautelares e provisoriamente aplicadas. “Enfim, todas as medidas cautelares devem cessar com a sentença absolutória recorrível, para que não se configure o abuso de autoridade que sujeita quem o pratica à cabível responsabilização.”⁵⁴

5 CONCLUSÃO

⁵⁴ TASSE, Adel El. cit. p. 69.

A partir do estudo feito, foi possível perceber como é necessária a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, em uma tentativa de proteger os direitos fundamentais do cidadão, como, por exemplo, o direito à privacidade.

Assim, também, como a inadmissibilidade das provas lícitas, porém, oriundas de uma outra ilícita, ou seja, a prova ilícita por derivação. Além da inadmissibilidade da prova emprestada, quando não submetida ao crivo do contraditório no processo.

Assim, ficou constatado que todas essas vedações à utilização dessas provas é no sentido de garantir o respeito ao acusado, para que não haja uma violação ao direito mais importante que o homem possui sem o devido processo legal, qual seja, o direito à liberdade.

E é por este mesmo motivo que, quando a prova obtida por meio ilícito for em favor do réu, demonstrando a sua inocência, ela poderá ser perfeitamente admissível no processo. E, utilizada como fundamento para uma posterior absolvição do acusado.

Conclui-se, ainda, que a proibição às provas ilícitas por derivação é uma forma de desestimular a prática de atos ilícitos e contravenções em busca de uma prova, podendo, essas práticas, serem, além mesmo, punidas em outro processo a ser instaurado.

Então, a Lei 11.690/2008 teve êxito ao positivizar essa teoria e suas excludentes, já que, antes mesmo da sua entrada em vigor, elas já eram aplicadas pelo Poder Judiciário. Portanto, essa inovação foi mais teórica do que prática.

Quanto à Lei 11.690/2008, foi possível entender que ela veio com a finalidade de banir ao máximo os resquícios do sistema inquisitivo do ordenamento jurídico, instaurando com mais força o sistema acusatório, já adotado pela CF/1988.

Assim, ela veio trazer significativas mudanças ao CPP/1941 ao que se refere às provas. Pode-se dizer que procurou dar efetividade ao direito de defesa e ao contraditório, princípios constitucionais tão essenciais.

Outras modificações tiveram muito importância, como a determinação da intimação do ofendido de todos os atos do processo. O que se quis foi aproximar a vítima do processo, para que queira ajudar na descoberta da verdade. Além, é claro, de se objetivar uma maior proteção a ela.

Com a imposição do sistema direto de inquirição da testemunha, o legislador obteve o êxito que queria, tal qual, a celeridade no processo. Toda a reforma que ocorre está em busca desta celeridade processual, sem que haja uma diminuição na qualidade dos julgamentos.

Ora, essa nova regra garante celeridade ao processo e, ainda, uma maior fidelidade das perguntas e respostas na inquirição, porque elas não são mais refeitas pelo juiz, que poderia

modificá-las. Embora, hoje, ainda possa rejeitar algumas.

Mas é importante fazer uma crítica, feita já por alguns processualista, no que concerne à forte proteção que ela dá ao acusado, aumentando, inclusive, as hipóteses em que o juiz o absolverá.

Desta forma, há um medo de que essa maior proteção acarrete em um aumento da criminalidade e da violência.

Não obstante a crítica feita, a Lei 11.690/2008 logrou êxito, garantindo maior proteção ao ofendido, garantia a direitos constitucionais individuais e proporcionando maior celeridade aos atos processuais e, conseqüentemente, ao próprio processo.

BIBLIOGRAFIA

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A reforma do Código de Processo Penal e a polêmica da inadmissibilidade das provas ilegítimas.** www.jus.uol.com.br.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil. Vol. I.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** São Paulo, Saraiva, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As Reformas Parciais e a Gestão da Prova: Segue o Princípio Inquisitivo.** Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Com a palavra, as partes.** Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2.** Podivm, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **As mudanças na prova penal.** Informativo COAD, ano 28, fascículo semanal nº 28, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito.** Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. **A Prova Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Nova Reforma do Código de Processo Penal.** São Paulo: Gen e Método, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. **Considerações iniciais sobre a lei 11.690/08.** Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal.** Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SAAD, Marta. **Lei 11.690/2008 e as provas ilícitas por derivação.** Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 188, julho, 2008.

SILVA, Ticiano Alves e. **O vetado § 4º do art. 157 da nova Lei nº 11.690/2008 e a descontaminação do julgado.** www.jus2.uol.com.br.

TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal.** Curitiba: Juruá, 2008.