Thais Marques Zecchin Oliveira

“Estudo crítico da tipicidade na prova testemunhal”

**Dissertação de Mestrado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo como um dos requisitos para a
obtenção do título de Mestre em Direito,
sob orientação do Professor Doutor José
Raul Gavião de Almeida.**

**São Paulo
2014**

Nome: Oliveira, Thais Marques Zecchin

Título: Estudo crítico da tipicidade na prova testemunhal

Dissertação de Mestrado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo como um dos requisitos para a
obtenção do título de Mestre em Direito,
sob orientação do Professor Doutor José
Raul Gavião de Almeida.

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, que se fez perceber principalmente nos momentos de desafios enfrentados no desenvolver do trabalho, pois esses surgiram nunca como obstáculos intransponíveis, mas como uma forma de se evoluir possibilitando o vislumbre da melhor decisão.

Agradeço a Guilherme Madeira Dezem que, além de ser essencial a essa dissertação pelos trabalhos que desenvolveu e que são mencionados no decorrer do texto, me concedeu alguns momentos de esclarecimento, sem os quais dificilmente encerraria o trabalho de forma convicta.

Agradeço em geral os familiares e amigos que contribuíram com textos, notícias e críticas.

Por fim, agradeço ao Professor José Raul Gavião de Almeida, que apostou na minha capacidade de desenvolver esse trabalho e me permitiu finalizá-lo, guiando-me sempre e dispendendo seu tempo, sua atenção e suas orientações em incontáveis ocasiões nos últimos três anos.

Aos meus pais, Ana e Ocimar, que me ensinaram que os objetivos são alcançáveis desde que haja persistência e se tenha o coração no lugar certo.

E ao João Fábio, que me faz melhor e transforma a trajetória para esses objetivos em dias deliciosos.

RESUMO

O desenvolvimento tecnológico que se apresenta no dia-a-dia, mediante o aprimoramento de aparelhos domésticos, de videogames, de celulares, de computadores, de televisores, etc. é da mesma forma, porém paulatinamente, inserido no judiciário.

Hoje é possível, por meio da videoconferência, percorrer centenas de quilômetros sem se deslocar, fazendo com que a distancia entre juízes e testemunhas ou réus seja limitada à distancia entre esses sujeitos e o aparelho de vídeo e televisão instalado em penitenciárias e fóruns.

Outrossim, prestigia-se a dignidade da pessoa humana ao evitar a revitimização de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, diferenciando-as, nos termos do preconizado pela Constituição Federal, dos adultos, no decorrer do processo judicial.

Por outro lado, o desenvolvimento alcança também as organizações criminosas, fazendo com que essas se tornem cada vez mais ameaçadoras à segurança pública, dificultando a produção de provas em seu desfavor, pelo que alguns Tribunais passaram a aceitar, de forma ainda polêmica, a produção de provas por meio de testemunha indireta e de testemunha anônima.

Com todas essas transformações afetando diretamente o judiciário, e face ao surgimento de novas formas de se produzir provas consolidadas no direito, como é o caso da prova testemunhal, surge a necessidade de se fazer uma análise da admissibilidade desses novos meios de produção probatória.

A análise de admissibilidade é feita inicialmente por meio de um estudo da tipicidade e dos elementos típicos da prova testemunhal como concebida no Código de Processo Penal atual. Após estabelecido o parâmetro, analisa-se os termos em que vêm sendo produzidas as novas formas de produção de prova testemunhal.

Se essas estiverem de acordo com os elementos típicos da prova testemunhal, devem ser aceitas no ordenamento brasileiro como prova testemunhal típica. Se, por outro lado, os novos meios de produção probatória derivados da prova testemunhal mostrarem-se em desacordo com os elementos típicos da prova testemunhal, não poderão ser aceitos no ordenamento, exceto se não representarem prejuízo às partes.

Palavras-chave – prova; testemunha; tipicidade.

ABSTRACT

The technological development that is presented in day-to-day, by upgrading household appliances, video games, cell phones, computers, televisions, etc. is in the same way, but gradually, inserted in the judiciary.

Today it is possible, through video conferencing, travel hundreds of miles without moving, making the distance between judges and witnesses or defendants is limited to the distance between these subjects and the videocamera and television set in prisons and forums.

Furthermore, honors the dignity of the human person to avoid revictimization of child victims or witnesses of violence, differentiating them, as recommended by the Federal Constitution, of the adults, in the course of judicial proceedings.

Moreover, the development also reaches criminal organizations, making these become an increasingly threat to public security, difficulting the production of evidence in their disfavor, that's why some courts have come to accept, in a still polemic form, the production of evidence through indirect and anonymous witness testimony.

With all these changes directly affecting the judiciary, and with the emergence of new ways to produce consolidated evidence, as is the case of testimonial evidence, there is a need to do an analysis of the admissibility of these new means of evidentiary production.

The analysis of admissibility is initially done through a study of typicality and typical elements of testimonial evidence as conceived in the current Code of Criminal Procedure. After the parameter is set, starts the analyze of the terms that are being produced the new forms of production of testimonial evidence.

If these are in agreement with the typical elements of testimonial evidence, they should be accepted in the Brazilian system as typical witnesses. If, on the other hand, the new means of production derived from testimony show themselves against the typical elements of testimony, these can't be accepted in the order, except if they do not represent harm to the parties.

Keywords – proof; witness; typicality.

SUMÁRIO

Parte I – Prova testemunhal e tipicidade.....	11
Capítulo I – Das provas e da prova testemunhal.....	11
1. Nomenclatura das provas.....	11
2. Prova e elementos informativos (artigo 155, CPP).....	13
2.1. Provas cautelares.....	16
2.2. Provas irrepetíveis.....	17
2.3. Provas antecipadas.....	18
3. Provas em espécie.....	21
4. Importância e natureza jurídica da prova testemunhal.....	22
5. Valor probatório da prova testemunhal e a verdade.....	24
6. Classificação da prova testemunhal.....	26
7. Procedimento da prova testemunhal.....	28
8. Características das provas testemunhais.....	35
Capítulo II – A tipicidade e os meios de prova.....	38
1. Provas típicas.....	38
2. Provas atípicas.....	40
2.1. Admissibilidade de provas atípicas.....	43
3. Provas anômalas e irrituais.....	44
3.1. Admissibilidade de provas anômalas e irrituais.....	46
4. Tipicidade processual.....	48
4.1. Tipo processual objetivo, subjetivo e procedimental.....	49
5. Solução para colisão entre princípios.....	51
5.1. Confronto de normas e confronto de princípios.....	51
5.2. Proporcionalidade.....	54
5.3. Analogia.....	57
6. Provas anômalas e irrituais e provas atípicas.....	59
Capítulo III - Requisitos essenciais para alcançar a tipicidade na produção da prova testemunhal.....	62

1. Procedimento.....	62
2. Flexibilização do procedimento.....	64
3. A ausência de procedimento na produção probatória.....	67
4. Garantia e eficiência na produção de prova testemunhal.....	69
5. Identificação dos requisitos essenciais para produção da prova testemunhal.....	71
5.1. Elementos típicos da prova testemunhal.....	71
5.1.1. Tipo objetivo da prova testemunhal.....	72
5.1.2. Tipo subjetivo da prova testemunhal.....	75
5.1.3. Tipo procedimental da prova testemunhal.....	79
5.2. Limites das variações na produção probatória testemunhal.....	81
Parte II - Análise da tipicidade da produção probatória derivada da prova testemunhal.....	85
Capítulo IV - Videoconferência e a retirada do réu da sala de audiências.....	85
1. Conceito e previsão legal.....	85
2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à videoconferência.....	87
3. A situação procedimental da videoconferência.....	90
4. Análise de tipicidade processual da oitiva de testemunha por videoconferência.....	92
5. Aplicação prática da videoconferência na produção da prova testemunhal.....	98
6. Carta rogatória, cooperação jurídica internacional e videoconferência.....	100
Capítulo V -. Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.....	106
1. Conceito e aplicação.....	106
2. Previsão legal.....	108
2.1. Recomendação n. 33 do Conselho Nacional de Justiça.....	110
2.2. Projeto de Lei 156/2009 - o Novo Código de Processo Penal.....	115
3. Polêmicas acerca do instituto.....	117
4. Análise de tipicidade processual do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.....	123
5. Admissibilidade do depoimento especial.....	128
Capítulo VI - Testemunha indireta.....	131

1. Previsão legal.....	131
2. Testemunha indireta no direito estrangeiro.....	133
2.1. A <i>hearsay witness</i> estadunidense.....	133
2.2. Testemunha indireta na Itália.....	140
3. Análise de tipicidade processual da testemunha indireta.....	144
4. Considerações finais sobre testemunha indireta.....	150
 Capítulo VII - Testemunha anônima.....	154
1. Previsão legal.....	157
1.1. Programas de proteção às vítimas e testemunhas.....	159
1.2. O agente infiltrado.....	164
1.2.1. Previsão legal do agente infiltrado.....	165
1.2.2. O testemunho do agente infiltrado.....	169
2. Constitucionalidade da adoção da testemunha anônima.....	172
3. Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a testemunha anônima.....	176
4. Análise de tipicidade processual do depoimento da testemunha anônima.....	179
5. Considerações finais sobre testemunha anônima.....	183
 Conclusão.....	188
 Referência Bibliográfica.....	193

PARTE I – PROVA TESTEMUNHAL E TIPICIDADE

CAPÍTULO I – DAS PROVAS E DA PROVA TESTEMUNHAL

1. Nomenclatura das provas

Para se estudar a importância da prova no sistema processual é necessário, antes de qualquer coisa, desenvolver o vocábulo.

A noção de prova remete ao dia a dia do ser humano, que desde o momento em que nasce começa a lidar com uma infinidade de acepções da palavra prova.¹ Quando o jurista vai redigir qualquer texto sobre prova, agora prova processual, frequentemente traz consigo a carga de entendimento da terminologia probatória geral, que adquiriu no decorrer de sua vida.

Ocorre que, no direito processual, a palavra prova tem outros sentidos. Assim, qualquer discussão sobre o tema no âmbito jurídico deve ser enfrentada mediante um enfoque diferenciado, despida do entendimento geral de prova para, a partir da terminologia própria da matéria, alcançar resultados mais eficientes.

Dessa forma, é imprescindível, para o entendimento deste trabalho, definir um glossário terminológico da prova processual, abordando os nomes a serem utilizados em seu desenvolvimento². A unificação dos conceitos que permeiam o estudo das provas é um trabalho necessário para o aperfeiçoamento e para a evolução da matéria.

¹ O professor Antonio Magalhaes Gomes Filho (Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303), divide o que chama de “acepções do termo prova em geral” em três grupos distintos: a prova como demonstração, que seria a usada para demonstrar que existem razões suficientes para reconhecer a verdade sobre uma acerção; a prova como atividade ou procedimento, por meio da qual se verifica a correção de uma hipótese ou afirmação, como são as provas de roupa realizadas por costureiras; e, por fim, a prova como desafio ou competição, a qual indicaria um “obstáculo que deve ser superado como condição para se obter o reconhecimento de certas qualidades ou aptidões”.

² Cândido Rangel Dinamarco (Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986, p. 101/102) dispõe acerca da importância do vocabulário, ao afirmar: “mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência, pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Em direito também é assim. À medida que a

Assim, tem-se que *elemento de prova*, são os “dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”³.

Por sua vez, o *meio de prova* é a maneira pela qual, por meio de um procedimento, se obtém um elemento de prova e se o insere no processo. Dessa forma, os meios de prova “são, em síntese, os canais de informação de que se serve o juiz”⁴, como por exemplo, a prova testemunhal, a prova documental, a prova pericial, etc.

A *fonte de prova* é o termo utilizado para indicar as pessoas ou as coisas que podem trazer em si uma informação que seja relevante para o que se pretende demonstrar nos autos, ou seja, o elemento de prova, por exemplo, uma gravação, uma pessoa ou uma norma jurídica. Antonio Magalhães Gomes Filho⁵ classifica as fontes de prova em fontes pessoais, ou seja, as que provêm de testemunhas, vítima, acusado, peritos; e fontes reais, quais sejam, as que derivam de documentos, em sentido amplo.

Já os *meios de obtenção de prova* são procedimentos, em geral, extraprocessuais, utilizados para coletar fontes de prova, como, por exemplo, as interceptações telefônicas e a infiltração de agentes.

Antonio Magalhães Gomes Filho⁶ ainda cita o *resultado da prova*, como a “própria conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova existentes, a propósito de um determinado fato”, acrescenta que o resultado da prova seria “obtido não apenas pela soma daqueles elementos, mas, sobretudo, por meio de um procedimento intelectual feito pelo juiz, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira ou não”.

Quanto aos termos *meio de pesquisa* ou *de investigação*, isto é, aqueles procedimentos regulados com objetivo de obter provas materiais em fase investigativa, optou-se por não utilizar esses termos para não prejudicar os outros desenvolvidos até este ponto. Assim, para que haja maior clareza quanto ao momento da produção da prova, serão empregados os termos meio de prova, fonte de prova ou meio de obtenção de prova, todos acompanhados da expressão “produzido em fase investigativa”.

ciência jurídica se aperfeiçoa, também o vocabulário do jurista vai sentindo os reflexos dessa evolução, tornando-se mais minucioso e apurado”.

³ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 307.

⁴ Id, p. 308-309.

⁵ Ibidem, p. 308.

⁶ Ibidem p. 308

De todas as nomenclaturas a mais relevante para o desenvolvimento desse trabalho, sem dúvida, é a da *prova típica*, que juntamente com a terminologia *prova atípica*, será estudada em capítulo próprio a elas dedicado.

A palavra *prova* somente será utilizada individualmente no decorrer do texto quando se referir a duas ou mais das definições apontadas concomitantemente, sem prejuízo de se diferenciar de quais definições tratam, quando se entender necessário.

2. Prova e elementos informativos (artigo 155, CPP)

O artigo 155 do Código de Processo Penal, em redação dada pela Lei 1.690/2008, dispõe em seu *caput*:

“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.”

Do texto extrai-se que a prova será sempre produzida em contraditório, na presença do juiz, seja essa direta ou remota⁷, e, em regra, na fase judicial, ficando a ressalva a cargo das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Por sua vez, os mencionados elementos informativos, são aqueles colhidos na fase investigatória, não sendo obrigatória, para sua produção, a observância do contraditório e devendo o juiz intervir somente quando extremamente necessário⁸, a fim de resguardar sua imparcialidade.

⁷ A presença do juiz será direta quando este e os demais envolvidos e interessados estiverem fisicamente presentes no mesmo local para a produção da prova. Será remota quando a prova estiver sendo produzida em dois lugares ao mesmo tempo, sendo um deles diverso do que se encontra o juiz, por exemplo, no presídio, por meio do sistema de videoconferência (artigo 185, §2º, do CPP).

⁸ É necessária, por exemplo, a autorização do juiz para que se dê início ao procedimento de interceptação telefônica, sob pena de incidir no crime previsto no artigo 10, da Lei 9.296/96.

A inclusão do advérbio “exclusivamente”, na segunda parte do artigo, gerou controvérsia doutrinária. O entendimento mais aceito é o de que o artigo veio apenas ratificar a posição há tempos adotada pelo Supremo Tribunal Federal⁹, ou seja, o artigo permite a utilização dos elementos produzidos na fase de inquérito policial pelo magistrado para fundamentar sua decisão, desde que esses não estejam sozinhos na influência de seu convencimento, mas acompanhados de provas produzidas em juízo que apontem para a mesma conclusão¹⁰.

Há quem defenda, no entanto, a possibilidade de utilização não exclusiva dos elementos produzidos na fase investigatória apenas nos três casos descritos ao final do artigo, ou seja, quando houver produção de provas cautelares, irrepetíveis ou antecipadas.

Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes¹¹ entende não constituir prova o que é produzido na fase investigatória, contudo, em “algumas hipóteses, os elementos informativos do inquérito policial podem alicerçar o convencimento do juiz, desde que submetidos ao contraditório diferido”. Pondera, por fim, que está na parte final do artigo a “indicação das situações em que o juiz poderá, não exclusivamente, calcar a sua decisão em elementos informativos do inquérito: aquelas em que esses elementos constituem provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Esta segunda interpretação do artigo 155 reflete a intenção inicial dos autores do anteprojeto Lei 1.690/2008¹². Porém, com a posterior inserção do advérbio

⁹ HC 70344, j. 14/09/1993, Rel. Min. Paulo Brossard; HC 83.348, j. 21/10/2003, Rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 105837, j. 08/05/2012, Rel. Min. Rosa Weber.

¹⁰ Defende esse posicionamento Renato Brasileiro de Lima (*Manual de processo penal*. v. 1. Niterói: Impetus, 2011, p. 117), segundo o qual “A Lei n. 11.690/2008, ao inserir o advérbio *exclusivamente* no corpo do art. 155, *caput*, do CPP acaba por confirmar a posição jurisprudencial que vinha prevalecendo. Destarte, pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador. Tanto é verdade que a nova lei não previu a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo (CPP, art. 12)”. No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci (*Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 341) dispõe que “O julgador jamais pôde basear sua sentença, em especial condenatória, em elementos colhidos *unicamente* do inquérito policial. Não era mecanismo tolerado nem pela doutrina nem pela jurisprudência. Porém, o juiz sempre se valeu das provas colhidas na fase investigatória, desde que *confirmadas*, posteriormente, em juízo, ou se estivessem em *harmonia* com as coletadas sob o crivo do contraditório”.

¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

¹² Andrey Borges de Mendonça (*Os elementos produzidos durante o inquérito e as provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis, segundo a reforma do CPP*. Revista da ESMP - ano 1, n 1, vol. 2, julho/dezembro, 2008, p. 76.) relata que “o projeto que foi encaminhado originariamente ao Congresso Nacional não previa a expressão ‘exclusivamente’, de sorte que a introdução deste advérbio no trâmite legislativo alterou, por completo, a intenção inicial dos autores do anteprojeto. Pela previsão originária, o juiz não poderia considerar nenhum elemento produzido durante o inquérito policial, salvo as provas cautelares, não repetíveis e

“exclusivamente” no trâmite legislativo, parece mais acertada a primeira interpretação, que entende ser a intenção do legislador permitir a utilização de elementos produzidos na fase de inquérito policial pelo magistrado, desde que não seja o único elemento utilizado para fundamentar sua decisão.

A reforma processual de 2008, nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci, “teria sido ousada se excluísse a ressalva ‘exclusivamente’ do art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal. O juiz não poderia formar sua convicção nem fundamentar sua decisão com base nos elementos advindos da investigação”¹³.

Por sua vez, Alexandre Morais da Rosa¹⁴ refere-se aos elementos produzidos durante o inquérito policial de “pseudoprova”, a qual, segundo entende o autor, somente pode servir para análise da condição da ação, não havendo “qualquer possibilidade de valoração democrática, no Processo Penal constitucionalizado, por ser ela desprovida das garantias processuais”. Termina por afirmar que “a recente reforma do CPP, dando nova redação ao art. 155, ao indicar a possibilidade de seu uso (da “pseudoprova”) é flagrantemente inconstitucional”.

A esse respeito, Aury Lopes Júnior¹⁵ alerta para a utilização na prática dos elementos informativos do inquérito policial como a verdadeira base de convencimento dos julgados, sugerindo como solução para esse fato a exclusão física do inquérito policial do processo, como efetivamente ocorre em alguns países.

“Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial disfarçada no discurso “cotejando”, “corrobora”... e

antecipadas. Em outras palavras, excluídas as provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas, o juiz não poderia, em hipótese alguma, levar em consideração qualquer elemento produzido durante o inquérito policial, por não ter sido produzido sob o manto do contraditório. Tanto assim que o artigo faz distinção nítida entre ‘provas’ - produzidas em contraditório judicial - e ‘elementos informativos’ - produzidos sem o contraditório ‘judicial’.”

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 341-342.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. O direito por quem o faz - Testemunha "sem rosto" e o direito ao confronto. In: *Boletim IBCCRIM*, n.198, Maio / 2009.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.

outras formas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação naquilo feito na pura inquisição”.

À parte da polêmica gerada pela redação final do artigo 155, os elementos informativos isolados não podem influir na decisão judicial, esses devem ser acompanhados por provas produzidas em juízo e a produção probatória deve sempre levar em conta o princípio constitucional do contraditório. Apenas a prova produzida em contraditório pode influir na convicção do juiz; qualquer norma ou entendimento em contrário é avesso ao processo penal acusatório e constitucional que tem sido nitidamente o foco das últimas reformas. Cabe, como já exposto, a exceção às provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas.

2.1. Provas cautelares

Provas cautelares são aquelas justificadas pela necessidade e urgência, ou seja, são as produzidas quando há perigo de dispersão dos elementos probatórios em razão do decurso do tempo¹⁶.

As provas cautelares podem ser produzidas na fase investigatória e na fase judicial e dependem sempre de autorização judicial. O contraditório, no caso das provas cautelares, será diferido, ou seja, não haverá prévia intimação do suspeito para acompanhar a produção probatória, pois sua ciência do ato frustraria seu fim¹⁷. Assim, o contraditório se dará em momento posterior, ocasião em que, já no curso do processo, uma vez tendo tomado conhecimento dos elementos de prova juntados aos autos, obtidos por meio da produção da prova acautelatória, poderá o imputado manifestar-se sobre os atos praticados¹⁸.

¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

¹⁷ Muito utilizado como exemplo o caso da interceptação de comunicações telefônicas, o qual não será eficaz se o imputado souber que terá suas linhas telefônicas grampeadas, o que fatalmente ocorreria por meio da instauração do contraditório no momento da produção da prova.

¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

Antonio Magalhães Gomes Filho¹⁹ pondera que as provas cautelares, assim como qualquer providência de natureza cautelar, somente são admissíveis em caráter excepcional, e completa o entendimento da seguinte forma:

“Estão sujeitas aos requisitos típicos do *fumus boni iuris* – no caso, a relevância da prova que se pretende produzir antecipadamente – e do *periculum in mora* – caracterizado aqui pelo risco de que, ao tempo da instrução, a fonte de prova não mais exista ou não possa trazer as informações que interessam ao processo”.

Dessa forma, nos casos excepcionais em que reste constatado o perigo de desaparecimento ou de comprometimento da fonte de prova, estará garantido e respeitado o contraditório, ainda que diferido²⁰.

2.2. Provas irrepetíveis

As provas irrepetíveis são as que, produzidas em fase investigatória, não poderão ser novamente coletadas em fase processual. Podem ser produzidas na fase investigatória e na fase judicial e independem de autorização judicial.

De acordo com Antonio Scarance Fernandes²¹, existem duas espécies de provas irrepetíveis: as naturalmente irrepetíveis e as irrepetíveis por fato posterior.

As provas naturalmente irrepetíveis são as também chamadas previsíveis²², visto que permitem antecipar a impossibilidade de sua renovação em sede processual,

¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães in MOURA, Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos da reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 253.

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães in MOURA, Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos da reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 253.

²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 66.

²² Antonio Magalhães Gomes Filho (in MOURA, Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos da reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.

como, por exemplo, o reconhecimento processual quando positivo, pois uma vez reconhecido o imputado, não faz sentido submetê-lo ao mesmo procedimento de reconhecimento novamente.

Como antes de se produzir a prova naturalmente irrepitível já é possível saber que essa será a única vez em que será produzida, é imprescindível seja permitida a participação do Ministério Público, do imputado e de seu defensor, garantindo o contraditório pleno e efetivo, desde que dessa forma não se frustre o fim da prova e que a demora necessária para intimação das partes não resulte no desaparecimento da fonte probatória,

As provas irrepitíveis por fato posterior ou imprevisíveis são as que, após terem sido produzidas em fase investigatória, tornam-se não renováveis. Um exemplo de prova irrepitível por fato posterior é a testemunha, que ouvida pela autoridade policial em fase de inquérito, morre em seguida; também chamada de testemunha ausente, já que não comparecerá ao julgamento do acusado²³.

Nesses casos o ato produzido na fase investigatória poderá ser aproveitado em instrução processual, submetido ao contraditório diferido, se acaso não houver sido produzido sob o crivo do contraditório real.

2.3. Provas antecipadas

Por fim, as provas antecipadas são “aquelas produzidas perante a autoridade judicial, antes de seu momento processual oportuno ou até mesmo antes de iniciado o

254-255) cita a provável relação da norma ora estudada, do artigo 225, do Código de Processo Penal, com o artigo 512 do Código de Processo Penal italiano, que prevê as provas irrepitíveis nos seguintes termos: as declarações prestadas pela testemunha à polícia judiciária, ao Ministério Público ou ao juiz em audiência preliminar, somente poderão ser usadas quando, por eventos ou circunstâncias imprevisíveis, tornaram-se impossíveis de se repetir. A divisão em prova irrepitível previsível e imprevisível surgiu dessa comparação com o direito italiano, especialmente para a definição de quando se utilizará o contraditório diferido, o qual, de acordo com Magalhães, só será viável quando tiver sido imprevisível a impossibilidade de renovação da prova. Discordamos deste posicionamento em parte, pois existem provas previsivelmente irrepitíveis que, assim como ocorre nas provas cautelares, se forem produzidas mediante contraditório real perderão sua finalidade (p. ex. as atividades de interceptação telefônica), devendo essas serem produzidas mediante contraditório diferido.

²³ Conforme explica Renato Brasileiro de Lima (*Manual de processo penal*. v. 1, Niterói: Impetus, 2011, p. 997) “testemunha ausente: é aquela que não comparece em pessoa para prestar depoimento durante o julgamento do acusado, por diversos motivos (v.g. testemunha que faleceu logo após o crime)”.

processo, em situações de urgência e relevância”²⁴; mediante análise da proporcionalidade da medida, “a antecipação ocorre já com a relação processual instaurada (v.g., o do art. 225 do CPP), com a necessária participação das partes”, isto é, mediante a observância do contraditório pleno e efetivo²⁵.

O contraditório será pleno quando possibilitar às partes a participação ativa em todos os atos procedimentais, do início ao encerramento da causa, e será efetivo quando proporcionar à parte os meios para que tenha condições reais de contrariar os atos da parte contrária²⁶.

O artigo 156, I, do Código de Processo Penal, garante ao juiz a faculdade de *ex officio* “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”.

Assim, a produção de prova testemunhal antecipada pode ocorrer a qualquer momento, até mesmo durante a fase investigatória, desde que presentes os requisitos autorizadores da medida²⁷: a urgência, a relevância e a proporcionalidade.

A relevância se verifica pela pertinência e pela importância da prova no deslinde da causa. Já a urgência caracteriza-se pelo risco de desaparecimento da prova em decorrência do tempo. Por fim, a proporcionalidade deve ser analisada também no caso concreto, garantindo-se que a medida a ser adotada seja a menos gravosa entre as existentes, deve ser adequada ao fim almejado e as vantagens da antecipação probatória devem superar as desvantagens da medida.²⁸

Quando produzida na fase de investigação, a prova antecipada contará com a intimação das partes e será tomada em juízo com a presença do juiz, ou seja, a prova antecipada será, assim como a prova produzida na instrução criminal, realizada em contraditório judicial.

²⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. Os elementos produzidos durante o inquérito e as provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis, segundo a reforma do CPP. Revista da ESMP - ano 1, n 1, vol. 2, julho/dezembro, 2008, p. 81.

²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães in MOURA, Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos da reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 253.

²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

²⁷ Nos termos dos artigos 156, I, e 225.

²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 163-164.

Em razão da forma como é tomado o depoimento na produção antecipada de prova, os elementos colhidos no deslinde do procedimento probatório poderão ser objeto exclusivo de fundamentação da decisão do juiz no processo, nos termos do artigo 155, parte final.

Como exemplos para essa situação de necessária antecipação probatória: o artigo 225 prevê a oitiva antecipada do depoimento da testemunha quando essa houver de ausentar-se por enfermidade ou velhice, inspirando receio de que ao tempo da instrução criminal não exista; o depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, como será visto, também pode ser produzido mediante prova antecipada em razão do risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente menor, em vista da condição de pessoa em desenvolvimento²⁹.

É cabível, ainda, a produção antecipada de prova testemunhal, nos termos do parágrafo único do artigo 19-A, da Lei 9.807/1999, que dispõe acerca da proteção de vítimas e testemunhas, para pessoas incluídas nos programas de proteção, devendo o magistrado justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.³⁰

Por sua vez o artigo 366, em redação dada pela Lei 9.271/1996, prevê a produção antecipada das provas consideradas urgentes na ocasião em que, citado por edital, o acusado não comparecer, nem constituir advogado, suspendendo-se o processo e o curso do prazo prescricional.

Não há previsão nos dispositivos apontados de procedimento a ser adotado na produção antecipada de prova. Porém, é possível a aplicação analógica, com base no artigo 3º do Código de Processo Penal, do procedimento previsto no Código de Processo Civil para a produção de prova antecipada, disposto em seus artigos 846 a 851³¹.

²⁹ Artigo 195, do Projeto de Lei 156/2009.

³⁰ “Art. 19-A. Terão prioridade na tramitação o inquérito e o processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaboradores, vítima ou testemunha protegidas pelos programas de que trata esta Lei. Parágrafo único. Qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção previstos nesta Lei, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.”

³¹ O artigo 847, do Código de Processo Civil, autoriza a antecipação do interrogatório ou da inquirição das testemunhas, para o momento antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução, em duas oportunidades: quando o imputado ou as testemunhas tiverem que ausentar-se ou se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não existam, ou estejam impossibilitados de depor.

3. Provas em espécie

Conforme veremos com maior profundidade à frente, as provas típicas são aquelas cujo procedimento é expressamente previsto em lei. Assim, é prova típica a interceptação telefônica que tem seu procedimento detalhadamente disposto na Lei 9.296/1995.

Já no Código de Processo Penal, as provas típicas encontram-se dispostas no Livro I, Título VII. Após um primeiro capítulo que versa sobre as disposições gerais da prova, inicia-se um rol exemplificativo de provas em espécie, acompanhadas de seus respectivos procedimentos, quais sejam, o exame de corpo de delito e perícias em geral (artigos 158 a 184), o interrogatório do acusado (artigos 185 a 196), a confissão (artigos 197 a 200), as perguntas ao ofendido (artigo 201), as testemunhas (artigos 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (artigos 226 a 228), a acareação (artigos 229 e 230), os documentos (artigos 231 a 238), os indícios (artigo 239) e a busca e apreensão (artigos 240 a 250).

Dentre as provas elencadas não há distinção entre “meios de prova”, “meios de investigação” e outros procedimentos probatório, como bem salientado por Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró³². Exemplificam os doutrinadores que o interrogatório do acusado constituiria meio de defesa e não de prova, entendimento esse que não é pacífico na doutrina³³.

³² GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 12/01/2012.

³³ Os doutrinadores Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 12/01/2012) apresentam as três correntes que discutem a natureza do interrogatório: “(1) o interrogatório é meio de prova, porque o Código de Processo Penal o coloca entre os meios de prova (cf.: ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 72); (2) o interrogatório é um meio de defesa, mais especificamente de autodefesa, diante do direito ao silêncio do acusado (cf.: BENTO DE FARIA. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942. v. I, p. 247; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 96; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. *Processo penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3, p. 267); (3) o interrogatório tem natureza mista, sendo tanto um meio de defesa, quanto um meio de prova (cf.: JOSÉ FREDERICO MARQUES. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. II, p. 321; HÉLIO TORNAGHI. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v.1, p. 359; ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS. “O interrogatório do acusado e o princípio da verdade real”.

Seguindo o raciocínio dos autores, o indício seria um fato provado, ponto de partida para concluir a existência de outro fato, e não um meio de prova propriamente dito. Por fim, a busca e apreensão, da mesma forma, não seria um meio de prova, mas “uma medida cautelar visando assegurar a produção da prova”³⁴.

A prova testemunhal, tema central do presente estudo, é meio de prova tradicional, que vem se inovando, como se verá a seguir.

4. Importância e natureza jurídica da prova testemunhal

Diversos autores exaltam a importância da prova para a administração da justiça³⁵, entendendo ser essa essencial para a própria existência da ordem jurídica³⁶.

A importância do estudo da prova reside no fato de essa constituir “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo”³⁷. Em vista dessa definição, a prova é elemento essencial do processo, “porque, entre outros motivos, as consequências da atividade probatória projetam-se de maneira inexorável na vida das pessoas, o que a torna fundamental para a busca da decisão mais justa possível”³⁸.

Particularmente, “a prova testemunhal constitui um dos principais meios típicos de produção de prova no processo penal”, nos dizeres de Antônio Scarance

In Estudos de direito e de processo penal em homenagem a Nelson Hungria. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 322; EDGARD DE MAGALHÃES NORONHA. *Curso de processo penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 107; DAMÁSIO E. DE JESUS. *Código de Processo Penal Anotado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136; JULIO FABBRINI MIRABETE. *Processo penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 297; GUILHERME DE SOUZA NUCCI. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 165; FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO. *Prova penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 34)”

³⁴ Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (*Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 12/01/2012.

³⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *apud*. ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La mínima actividad probatoria em el proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 19.

³⁶ VARELA, Casimiro A. *apud*. ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La mínima actividad probatoria em el proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 19.

³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 349.

³⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 79.

Fernandes³⁹. Grande parcela da relevância da prova testemunhal decorre de que, “na maioria das vezes, a verificação do crime e da autoria depende de depoimentos testemunhais”⁴⁰.

Segundo Jeremy Bentham:

“As testemunhas são os olhos e os ouvidos da Justiça. Desde que os homens existem e desde que têm a pretensão de fazer justiça não valido das testemunhas como o mais fácil e comum meio de prova; sua importância no campo criminal é considerável; frequentemente é a única base das acusações.”⁴¹

José Carlos G. Xavier de Aquino afirma que não é recente a sustentação de que “o valor do testemunho está na razão de crer na presunção de que alguém que tenha presenciado um acontecimento de relevância jurídica possa ter percebido, através de suas percepções sensoriais, a verdade e queira transmiti-la”⁴².

Sandra Oliveira e Silva, por sua vez, define, para o fim de serem beneficiários de medidas de proteção, que as pessoas denominadas testemunhas⁴³ “formam uma categoria assaz heterogênea que inclui todo aquele que, independentemente da veste processual, disponha de informação com conteúdo relevante para a verificação probatória dos fatos em investigação”⁴⁴.

³⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal – estudo comprado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 16.

⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 75.

⁴¹ BENTHAM, Jeremy. *Apud*. BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a eficácia da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 337.

⁴² AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 15.

⁴³ Trata-se de interpretação feita pela autora com base na doutrina e legislação portuguesa, mas que pode e deve ser aplicada do Brasil, uma vez que a própria Lei de proteção às testemunhas (Lei 9807/99) estende a proteção às vítimas e aos réus colaboradores. A proteção do assistente, dos peritos, dos consultores técnicos, enfim, de todo aquele que colabore com o processo de forma relevante, deve ser embasada na lei de proteção às testemunhas, por esses poderem se encontrar na mesma situação de coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica previsto do artigo 2º da lei.

⁴⁴ SILVA, Sandra Oliveira e. *apud* SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010, p. 46.

Com base na nomenclatura apresentada no capítulo I, item 1, a natureza jurídica da prova testemunhal não deve gerar controvérsias: é meio de prova, uma vez que é a maneira pela qual, por meio do procedimento previsto para sua produção no Código de Processo Penal e em Leis Especiais, se obtém um elemento de prova e se o insere no processo.

A testemunha, por sua vez, é fonte de prova, já que pode trazer em si uma informação que seja relevante para o que se pretende demonstrar nos autos.

5. Valor probatório da prova testemunhal e a verdade

Quanto ao valor probatório da prova testemunhal, Guilherme Madeira Dezem ensina não ser esse “absoluto, devendo ser cotejado com os demais meios de prova presentes no feito”.

A relatividade atribuída por Dezem à valoração da prova testemunhal tem fundamento na dificuldade de se alcançar a certeza no processo a partir de apenas um depoimento. Isso decorre, essencialmente, em razão de dois fatores: nem sempre é possível saber se a testemunha está faltando com a verdade por qualquer razão pessoal, seja por lapso de memória, por intimidação, ou qualquer outro motivo, em que pese sua obrigação de dizer a “verdade” sobre o que souber e lhe for perguntado (artigo 203, do CPP), sob pena de incidência no crime de falso testemunho (artigo 342, do CP); e não é possível saber se o que a testemunha entende por verdade é o que realmente aconteceu, visto que a verdade é um conceito subjetivo.

De acordo com Mittermayer, a “verdade é a concordância entre um fato real e a ideia dele representada em nosso espírito”⁴⁵, ou seja, a verdade muda de pessoa para pessoa, refletindo o entendimento particular do indivíduo de acordo com a sua vivência.

Dentre as definições de verdade, as mais citadas na doutrina são a verdade material ou real e a verdade formal. A primeira seria a verdade dos fatos como realmente aconteceram, é a verdade a ser buscada pelo julgador; já a segunda é a verdade que resulta

⁴⁵ MITTERMAYER, C. J. A., *apud* CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material: (teoria da prova)*, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 48-49.

da atividade processual, de acordo com essa deve o juiz julgar de acordo com as provas produzidas nos autos. Todavia, parece mais adequada a definição de verdade de Barbosa Moreira⁴⁶:

"Dizer que o processo penal persegue a chamada 'verdade real', ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada 'verdade formal', é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é uma e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes deva) renunciar - na área civil e na penal - à sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade."

Luigi Ferrajoli, por sua vez, apresenta a verdade com maior ceticismo:

“A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal inalcançável’. A ideia contrária que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar.”⁴⁷

À parte da discussão filosófica que o tema gera, a verdade deve ser buscada pelo magistrado, por meio do devido processo legal, a fim de alcançar um elevado grau de certeza, construindo a partir daí sua convicção para fundamentar a decisão, que pode, a depender do caso concreto e em vista de seu papel de relevo como fonte de convencimento

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 118.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

do magistrado⁴⁸, se valer essencialmente da prova testemunhal produzida, desde que essa seja coerente com os demais elementos apreciados.

A busca pela verdade não pode, todavia, ser realizada a qualquer preço; “é suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros”⁴⁹.

6. Classificação da prova testemunhal

Existem inúmeros critérios de classificação da prova testemunhal, a depender do interesse do doutrinador. Seguem abaixo as classificações de maior relevância para o presente trabalho e algumas particularidades que delas decorrem.

Testemunhas numerárias são as compromissadas e arroladas dentro do limite máximo de testemunhas previsto em lei. *Testemunhas extranumerárias*, por sua vez, são as testemunhas não vinculadas a qualquer limite de número; podem ser as ouvidas por pedido das partes, sem prestar compromisso legal, as que nada souberem que interesse à decisão da causa (artigo 209, §2º, do Código de Processo Penal) e as ouvidas por iniciativa do juiz, nos termos do artigo 209, *caput*, do Código de Processo Penal.

Oportuno ressaltar controvérsia doutrinária trazida pelo último caso, acerca dos limites dos poderes instrutórios do juiz, uma vez que sua participação ativa na produção probatória pode vir a prejudicar sua imparcialidade. Esse poder instrutório delegado ao juiz é cabível não apenas na prova testemunhal, conforme disposto no inciso II, do artigo 156, é facultado ao juiz de ofício, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁴⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 235-236.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

Com precisão, Barbosa Moreira⁵⁰ entende que:

“(...) o risco, neste campo, não é o da hiperatividade, mas o da inércia. Aos juízes deve, pois, aconselhar-se a utilização, com escrupuloso respeito do contraditório, das possibilidades que a lei lhes concede, sempre que preciso para a formação segura do convencimento acerca dos fatos relevantes”.

É essencial, pois, ao eficaz desenvolvimento do processo, a atuação do magistrado nos limites da lei. Porém, conforme já ressaltado, não se deve utilizar o subterfúgio da busca pela verdade como premissa indispensável para se alcançar o convencimento necessário à decisão. Interessante lembrar que “o julgador não terá meios de condenar o acusado sem provas robustas pelo cometimento do fato, mas poderá absolvê-lo por sua insuficiência”⁵¹ e é exatamente neste ponto que se encontra o limite entre o poder instrutório do juiz e sua imparcialidade.

Assim, a partir do momento em que as garantias de defesa, do contraditório ou da imparcialidade corram risco de sofrer restrições em razão da atuação do juiz na produção probatória, restando esse impossibilitado de alcançar o grau de certeza necessário para proferir sua decisão, deve ser adotada a garantia do *in dubio pro reo*.

Outra classificação muito mencionada é a das *testemunhas próprias*, são aquelas que depõem acerca da imputação constante da peça acusatória. Já as *testemunhas impróprias*, ou *instrumentárias*, ou *fedatárias*, são as que depõem sobre “a regularidade de um ato ou fato processual, e não sobre o fato delituoso objeto do processo criminal”⁵², como, por exemplo, as testemunhas presenciais que assinam o auto circunstanciado de busca domiciliar (artigo 245, §7º).

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 46.

⁵¹ CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material: teoria da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 82.

⁵² LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. v. 1, Niterói: Impetus, 2011, p. 997.

Já as *testemunhas diretas* ou *visuais* são aquelas que presenciaram o fato sobre o qual depõem. As *testemunhas indiretas* ou *testemunhas de ouvir dizer*⁵³, são assim chamadas por terem tomado conhecimento do fato por meio de narrativa de terceira pessoa; ocasião em que o juiz poderá intimar para oitiva a *testemunha referida* pela testemunha indireta, nos termos do artigo 209, *caput*, do Código de Processo Penal, as quais, conforme mencionado, serão ouvidas como testemunhas extranumerárias.

Testemunha remota é aquela que presta depoimento por meio de sistema de videoconferência.

As *testemunhas anônimas* são as testemunhas que têm suas verdadeiras identidades e outros dados qualificativos não divulgados ao acusado e, eventualmente, ao seu defensor técnico, em razão de estarem expostas à grave ameaça, por colaborarem com a investigação ou processo criminal. É o que ocorre, geralmente, nos casos em que são julgados membros de organizações criminosas; para proteção da testemunha e de seus familiares, essas não são qualificadas nos autos com seus dados verdadeiros, utilizando-se nos autos apenas as declarações acerca dos fatos relacionados ao crime apurado.

Outra forma bem parecida de proteção às testemunhas é a utilização das chamadas *testemunhas ocultas* ou *sem rosto*, quando não se visualiza o depoente no decorrer da instrução, para tanto se utilizam desde biombos até aparelhos para distorção de voz.

As testemunhas indiretas, remotas, anônimas e ocultas, seus aspectos típicos, bem como sua validade, polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto, serão aprofundados mais à frente.

7. Procedimento da prova testemunhal

O procedimento da prova testemunhal será estudado com foco no procedimento comum, o que servirá como base para comparações e associações nos

⁵³ Nome tirado da doutrina estadunidense “hearsay witness”, será visto mais detidamente no capítulo que trata da testemunha indireta.

tópicos a serem estudados, sem prejuízo de se abordar, quando cabíveis, as previsões acerca da prova testemunhal contidas em leis especiais.

Isto posto, é praticamente impossível dissociar a ideia de prova testemunhal da oralidade. No entanto, apesar de esta ser a regra, uma vez que não é permitido à testemunha trazer seu depoimento por escrito, nos termos do artigo 204⁵⁴, existe exceção prevista no §1º do artigo 221, que dispõe que “o Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.”

A testemunha, diferentemente do acusado⁵⁵, tem o dever de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, explicando sempre as razões de sua ciência ou as razões pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade⁵⁶, sob pena de incidir no crime de falso testemunho, nos termos do artigo 342 do Código Penal⁵⁷, ocasião em que o juiz remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito⁵⁸.

A testemunha não pode eximir-se da obrigação de depor⁵⁹, e, se regularmente intimada “deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública”.

A testemunha, segundo explanado, poderá ser coagida a comparecer ao fórum para prestar seu depoimento, a depender do interesse do juiz, o qual ainda pode aplicar multa no valor de um a dez salários mínimos, bem como condenar a testemunha ao

⁵⁴ O artigo em comento ressalva à testemunha breve consulta a apontamento.

⁵⁵ Decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o acusado tem o direito não se autoincriminar, para tanto lhe é dado o direito ao silêncio (artigo 186).

⁵⁶ Artigo 203, que além do compromisso de dizer a verdade ainda preconiza o dever da testemunha de qualificar-se e informar se é parente ou tem qualquer relação com as partes. Este artigo, com exceção da parte que determina a promessa de dizer a verdade, muitas vezes é mitigado nos casos em que se pretende proteger a testemunha de qualquer risco que esteja correndo ou que venha a correr (no caso de testemunha anônima), casos que serão analisados mais à frente. Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, como quando essa não carrega documentos pessoais, por exemplo, o juiz procederá a verificação pelos meios a seu alcance o que não o impede de tomar seu depoimento desde logo (artigo 205).

⁵⁷ O crime, e, portanto, o dever de dizer a verdade, se aplica não apenas à testemunha, como também ao perito, contador, tradutor ou interprete, ou seja, os que não forem escusados pela lei, como os ouvidos como informantes, devem dizer a verdade em seu depoimento. Todavia, se durante o processo, antes da prolação da sentença, o agente se retrata ou declara a verdade, o fato deixa de ser punível (§2º do artigo 342).

⁵⁸ Artigo 211.

⁵⁹ Artigo 206, primeira parte.

pagamento das custas da diligência do oficial de justiça, sem prejuízo de requisitar seja dado início a inquérito policial por crime de desobediência⁶⁰.

Toda pessoa pode ser testemunha⁶¹, mas algumas são escusadas de depor. O diploma processual penal prevê em seu artigo 206, segunda parte, um rol dos familiares mais próximos do acusado⁶², autorizando expressamente que esses se recusem a depor, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se da prova do fato e de suas circunstâncias, ocasião em que serão ouvidos como informantes, sem o compromisso de dizer a verdade, dado o interesse desses na causa⁶³.

Além do rol do artigo 206, também não se deferirá o compromisso de dizer a verdade “aos doentes e deficientes mentais”, por não terem o necessário discernimento para validar o compromisso, bem como os menores de quatorze anos, por não serem naturalmente confiáveis⁶⁴. Esses também irão depor apenas como informantes, quando necessária sua oitiva.

Por outro lado são proibidas de depor pessoas que, em razão de sua função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo. São casos em que “o sigilo lhes é exigência, em nome de interesses maiores, igualmente protegidos pela norma processual penal”⁶⁵. Caso que se assemelha aos “privileges” do direito norte-americano. Nos Estados Unidos da América, há discussão acerca de quais situações seriam aptas ao privilégio de confidencialidade, existem muitos julgados confirmando ser merecedor desse privilégio a relação advogado-cliente⁶⁶, similar ao que é previsto no inciso XIX, artigo 7º, do Estatuto da Advocacia brasileiro (Lei 8.906/94), que dispõe ser direito do advogado “recusar-se a

⁶⁰ Artigo 219.

⁶¹ Artigo 202.

⁶² “(...) o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado (...)”

⁶³ Guilherme de Souza Nucci (*Código de processo penal comentado*, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 467) justifica a ressalva final acima para casos em que o crime ocorra no seio familiar, ocasião em que as únicas testemunhas geralmente são pessoas da família: “Nota-se, pois, como sempre afirma a doutrina, inexistir direito absoluto, sendo indispensável a existência de harmonia entre direitos e deveres. Assim, é possível que um crime tenha sido cometido no seio familiar, como ocorre com várias modalidades de delitos passionais, tendo sido presenciado pelo filho do réu, que matou sua esposa. A única pessoa a conhecer detalhes do ocorrido é o descendente, razão pela qual o juiz não lhe permitirá a escusa de ser inquirido.”

⁶⁴ Artigo 208.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 468.

⁶⁶ Um exemplo do “attorney-client privilege” pode ser visto no caso *Swidler & Berlin v. United States* (http://en.wikipedia.org/wiki/Swidler_%26_Berlin_v._United_States). Além do privilégio advogado-cliente, tem privilégio de confidencialidade, com fundamento do disposto na Primeira Emenda norte-americana, a relação entre os jornalistas e suas fontes, como se vê no caso *Mark v. Shoen* (<http://www.charitableplanning.com/document/1047149>).

depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”.

A já mencionada prova antecipada é expressamente prevista pelo artigo 225, que dispõe 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”. Ainda, o inciso I, do artigo 156, faculta ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.

O procedimento da oitiva fica a cargo dos artigos 846 a 851 do Código de Processo Civil, com a autorização do artigo 3º do Código de Processo Penal, uma vez que esse não prevê procedimento para produção de prova antecipada, como exposto anteriormente.

Ademais, regra geral, o local para oitiva de testemunhas é o fórum onde se desenvolve o processo. Para os casos excepcionais a seguir relacionados deve-se respeitar o disposto no artigo 155, ou seja, não importa onde a prova seja produzida, deve ser produzida em contraditório judicial, na presença das partes, sob pena de nulidade do ato.

É exceção à regra o caso de pessoas impossibilitadas por enfermidade ou velhice de comparecer para depor. Essas serão inquiridas onde estiverem⁶⁷. Outrossim, o artigo 221 conta com um rol⁶⁸ de pessoas a serem inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.

“A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes”. Uma alternativa muito útil às cartas precatórias surgiu com a inserção do §3º, do artigo 222, a partir da promulgação da Lei 11.900/09, que permite a realização da oitiva de testemunhas residentes fora da jurisdição do juiz da causa, por meio do sistema

⁶⁷ Artigo 220.

⁶⁸ Artigo 221. “O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juizes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz.”

de videoconferência ou equivalente, podendo ser realizada durante a realização de instrução e julgamento.

Reputa-se uma melhora no procedimento do Código, pois, a partir da utilização da videoconferência, a instrução passa a ser efetuada por apenas um magistrado, o qual irá posteriormente julgar a causa com base, inclusive, na oitiva das testemunhas, que quando feita por carta precatória, por outro juiz, vem ao juízo deprecante reduzida a termo.

Assim, ficam resguardados, com a utilização da videoconferência, não apenas o princípio da identidade física do juiz, mas também o do contraditório (um dos princípios basilares da prova testemunhal), ganhando muito com isso o judiciário (vez que a testemunha será arguida pelo juiz que decidirá a causa - nos termos do artigo 212, parágrafo único) e ganhando também as partes (que não terão que se deslocar para participar de depoimento que ocorra em outra comarca, evitando os custos com deslocamento).

Da mesma forma, é determinada a utilização do sistema de videoconferência se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha de modo que prejudique a verdade do depoimento e, somente na impossibilidade dessa forma, o juiz permitirá a retirada do réu, dando prosseguimento na inquirição, com a presença do seu defensor⁶⁹.

A inquirição da testemunha por meio de videoconferência garante ao réu a ampla defesa, visto que, quando afastado da sala de audiência, deixa de, não apenas acompanhar ao depoimento, como ter contato com seu advogado.

O acusado tem direito fundamental de participar da colheita da prova oral (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal). Todavia, esse direito não é absoluto colidindo com “direitos da testemunha de acusação à vida, à segurança, à intimidade e à liberdade de declarar, os quais se revestem de inequívoco interesse público, e cuja proteção é indiscutível dever do Estado”⁷⁰, razões que fazem com que, acertadamente, os direitos do réu sejam afastados em prol de outras garantias.

⁶⁹ Artigo 217.

⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. v. 1, Niterói: Impetus, 2011, p. 1.005.

Porém, com a utilização da videoconferência é possível preservar a testemunha⁷¹ que não será constrangida com a presença do réu, bem como preservar o réu, que terá acesso à prova oral no momento de sua produção, resguardando-se o seu direito de presença (ainda que à distância) e de participação por meio de um canal de comunicação livre e reservado do réu com seu defensor no decorrer do depoimento.

Ocorre que, apesar de as previsões acerca do sistema de videoconferência terem entrado em vigor em 2008, até o presente momento, pouquíssimas comarcas têm acesso ao sistema, tornando-se regra a exceção do artigo 217. É preciso investimento financeiro estatal para equipar as comarcas com o sistema de videoconferência, o qual poderá ser utilizado não apenas nessas situações, mas em interrogatórios e oitiva de menores vítimas de crimes, como será visto à frente, a fim de possibilitar a efetivação das disposições do diploma processual penal.

O artigo 222-A trata das cartas rogatórias que somente serão expedidas se demonstrada sua imprescindibilidade. A expedição de carta rogatória ou precatória não suspende a instrução criminal⁷². O Código não prevê a utilização de sistema de videoconferência para cartas rogatórias. Em verdade, o parágrafo único do artigo 222-A adota expressamente os §§ 1º e 2º do artigo 222, que trata da não suspensão da instrução criminal enquanto se aguarda o cumprimento da carta, para a carta rogatória, mas exclui o §3º que menciona o uso de videoconferência⁷³.

O número máximo de testemunhas a serem arroladas no procedimento comum ordinário é de oito testemunhas, no procedimento comum sumário é de cinco testemunhas, no procedimento sumaríssimo adotamos o entendimento de que seriam no máximo três testemunhas, na primeira fase do procedimento do júri são oito testemunhas, na segunda fase o número máximo cai para cinco testemunhas, no entanto, se o magistrado entender necessário ele poderá ouvir de ofício outras testemunhas além das indicadas pela parte.

Essa previsão trata da iniciativa instrutória do juiz. O artigo 209 do Código de Processo Penal faculta ao juiz, quando entender necessário, ouvir outras testemunhas que

⁷¹ Trata-se de casos de oitiva de testemunha comum, que se enquadra no disposto no artigo 217, ou seja, quando a presença do réu causar “humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha”. De forma diferente serão tratados os casos em que a testemunha sofre efetivo risco de vida ou de segurança, sendo passíveis de maior mitigação dos direitos do réu de presença e de participação da instrução, como será visto mais à frente quando da análise das testemunhas anônimas e ocultas.

⁷² §1º do artigo 222 e parágrafo único do artigo 222-A.

⁷³ Em cumprimento a acordos de cooperação travados entre o Brasil e outros países a utilização da videoconferência pode vir à tona, mas é assunto que será devidamente abordado em tópicos que seguem.

não as indicadas pelas partes. Dentre essas podem ser intimadas a depor as pessoas a que as testemunhas se referirem. Conforme mencionado em tópico anterior, a produção probatória de ofício deve ser vista com cautela a fim de não interferir na imparcialidade do juiz. Este deve utilizar-se dessa faculdade apenas para dirimir dúvida sobre ponto relevante⁷⁴.

O artigo 210, por sua vez, traz a previsão que reflete a característica da individualidade das testemunhas (como será visto no próximo tópico), nos seguintes termos: “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”.

“Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé”. A redação do artigo 214 garante à parte interessada a contradita de testemunha impedida de depor (artigo 207) ou que devam ser ouvidas como informantes (artigo 208).

Esse é o momento também para a parte interessada arguir situação em que a testemunha tenha sua imparcialidade comprometida, como é o caso da testemunha que nutre amizade íntima com o réu, ou, ainda, testemunha que por qualquer circunstância se torne indigna de fé, como ocorre com testemunha condenada anteriormente por falso testemunho⁷⁵. Essas arguições podem vir a influir no convencimento do magistrado no momento de valorar os elementos de prova advindos dessas testemunhas arguidas.

Ultrapassadas as eventuais contraditas ou arguições, inicia-se o momento do depoimento. 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 (artigo 212). Se restarem pontos não esclarecidos após as perguntas das partes, o juiz poderá complementar a inquirição.

Esse artigo se destaca por tratar de limitação, via inadmissão pelo magistrado, na produção probatória de prova testemunhal⁷⁶. Essa limitação tornou-se ainda mais

⁷⁴ Nos termos do inciso II do artigo 156, com redação dada recentemente pela lei 11.690/08.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 483.

⁷⁶ Diego Fajardo Maranha Leão de Souza (*O anonimato no processo penal*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010, p. 75, nota de rodapé) menciona que o artigo 212 do Código

relevante frente à previsão, recém-inserida no diploma processual⁷⁷, de inquirição direta pelas partes. Conforme assinala Antônio Magalhães Gomes Filho⁷⁸:

“A exclusão de provas não se faz apenas por critérios jurídicos (admissibilidade), mas também deve obedecer a exigências de ordem lógica: trata-se, então, de verificar se as provas que se pretende introduzir no processo são úteis ao julgamento ou, ao contrário, representam perda de tempo ou fator de confusão para o raciocínio do julgador.”

Para auxiliar na objetividade do depoimento e em consonância com a parte final do artigo 212 e com o próprio conceito de testemunha, o artigo 213 dispõe que “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”.

Por fim, o Código prevê em seu artigo 216 que “o depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos”.

8. Características das provas testemunhais

Antonio Scarance Fernandes⁷⁹ identifica como principais características da prova testemunhal a oralidade, a objetividade e a retrospectividade⁸⁰. Para justificar a assertiva expõe o seguinte raciocínio:

de Processo Penal traduz a preocupação do legislador brasileiro em delimitar os possíveis objetos de prova, embora inexistam um rol para tanto.

⁷⁷ A alteração trazida pela Lei 11.690/2008 acrescentou às ressalvas já previstas na redação original “aquelas que puderem induzir a resposta”. Dispunha a redação anterior “Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida”.

⁷⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 130-131.

“Em regra, a prova testemunhal é colhida por depoimento oral (art. 204), sendo excepcionais os casos em que se admite depoimento escrito (art. 192 e parágrafo único do art. 223, ambos do CPP). Incumbe ao depoente pronunciar-se de forma objetiva, sem fazer apreciações pessoais a respeito do que está declarando (art. 213). Por fim, as testemunhas referem-se a fatos passados.”

Nestor Távora e Rosmar Antonni⁸¹ apontam, ainda, uma quarta característica: a judicialidade. A prova oral deve ser colhida em juízo e somente será admitida como prova válida se submetida ao contraditório e a ampla defesa, nos termos da primeira parte do artigo 155, do Código de Processo Penal. Assim, ainda que o depoente tenha sido ouvido na fase investigatória, seu depoimento deverá ser novamente produzido em juízo, na presença do acusado.

Por sua vez, Renato Brasileiro de Lima⁸² aponta a característica da individualidade, segundo a qual “as testemunhas são inquiridas separadamente, devendo o magistrado evitar que aquelas que ainda não foram ouvidas possam ter contato com o depoimento prestado pelas outras”, conforme disposto no artigo 210, *caput*, primeira parte. Lembra o autor ainda que o parágrafo único do artigo mencionado visa garantir a incomunicabilidade das testemunhas, prevendo a reserva de espaços separados para as testemunhas antes do início da audiência e durante sua realização.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci⁸³, o parágrafo único mencionado, inserido no Código pela Lei 11.690/08, não é inédito, uma vez que a maioria dos fóruns

⁷⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 75.

⁸⁰ Hernando Devis Echandía, (*Compendio de la prueba judicial*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 12) chama a característica “retrospectividade” de histórica e dispõe que a testemunha não se refere apenas a fatos passados, mas também a fatos que subsistem, e cujo início de existência data de antes da produção da prova testemunhal: “Es prueba histórica, porque con ella se reconstruyen o reproducen hechos pasados o que todavía subsisten, pero cuya existencia data desde antes de producirse el testimonio, como antes lo explicamos, y representa una experiencia del sujeto que declara.”

⁸¹ Da mesma forma entende Guilherme Madeira Dezem (*Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 236).

⁸² LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. v. 1, Niterói: Impetus, 2011, p. 987.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 447.

dispõe de salas separadas para as testemunhas de acusação e para as testemunhas de defesa.

CAPÍTULO II – A TIPICIDADE E OS MEIOS DE PROVA

1. Provas típicas

Para se entender o conceito de prova típica é comum compará-la com a prova atípica, a fim de se estabelecer os limites de uma e de outra, ou seja, onde uma termina e a outra começa. É justamente sobre esse limite entre os dois modelos de prova que o presente trabalho se debruça, pelo que se faz essencial a distinção neste momento da prova típica da atípica.

Antonio Laronga⁸⁴ define prova típica como “aquela prevista e dotada de procedimentos próprios para a sua efetivação; a prova atípica, por conseguinte, é aquela que, prevista ou não, é destituída de procedimento para sua produção”.

Por sua vez, Guilherme Madeira Dezem⁸⁵ explica que a posição quanto à atipicidade probatória de Antonio Laronga, ora adotada, é denominada pela doutrina italiana de *posição ampliativa*, segundo a qual a prova será atípica em duas situações “1) quando ela seja prevista no ordenamento, mas não o seja seu procedimento probatório; 2) quando nem ela nem seu procedimento probatório sejam previstos em lei”. Em sentido contrário está a *posição restritiva*, a qual difunde a ideia de atipicidade probatória “ligada à ausência de previsão legal da fonte de prova”, ou seja, para essa corrente, basta a menção legal da prova para essa ser considerada típica.

Com base nessa distinção, Antonio Scarance Fernandes define como meios de obtenção ou de produção de provas típicos os previstos e regulados mediante procedimento próprio e os previstos, não regulados, porém, com remissão do procedimento a ser seguido; por outro lado, serão meios de obtenção ou de produção de provas atípicos os previstos, não regulados e sem remissão de procedimento a ser seguido, os apenas referidos

⁸⁴ LARONGA, Antonio. *Apud*. FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal – estudo comprado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

⁸⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p.144 e 147.

nominalmente, sem qualquer regulamentação ou remissão ao procedimento a ser seguido e os que não são sequer referidos⁸⁶.

A partir dessa divisão, é possível dizer que a infiltração de agentes, por exemplo, estava devidamente regulada pela Lei 9.034/1995, recentemente revogada? Em seu artigo 2º, inciso V, previa para casos de “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas”, a permissão para utilização, em fase de persecução criminal, de agentes de polícia ou de inteligência infiltrados, “em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial”, acrescentando em seu parágrafo único que “a autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração”.

Assim, o artigo regulamentava que o agente infiltrado seria agente de polícia ou de inteligência, e que a infiltração seria constituída por órgãos especializados pertinentes, mediante autorização judicial sigilosa, enquanto perdurasse a infiltração. Apenas essas previsões normativas são suficientes para tornar a infiltração policial um meio de obtenção de prova típico? A resposta é não.

Para ser considerada típica, a norma que trata da regulamentação procedimental precisa de um mínimo de atos procedimentais, dispostos ordenadamente, que viabilize sua execução, deixando para o magistrado que autorizar o início das operações a decisão apenas acerca dos elementos que variam de caso a caso, como, por exemplo, o prazo para perpetração da infiltração, garantindo-se às partes, por sua vez, o devido controle da prática do ato processual previsto, em contraditório diferido, no caso da infiltração de agente, ante sua natureza cautelar.

Tratava-se de evidente prova atípica. A partir da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, e consequente revogação da Lei 9.034/95, grande parte dos apontamentos que eram feitos acerca da falta de procedimento probatório para a aplicação de agente infiltrado foram sanadas e hoje é possível dizer que a prova tornou-se típica. Todavia, a discussão acerca da sua constitucionalidade ficará em aberto, pois a utilização de agentes infiltrados, por si só, afronta necessariamente direitos e garantias constitucionais.

⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal – estudo comprado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15.

2. Provas atípicas

As provas típicas, conforme visto acima, não compõem um rol taxativo. Outrossim, a já evidenciada importância da prova para a solução dos conflitos é retratada no Código de Processo Penal, mediante a implícita adoção do princípio da liberdade dos meios de prova (art. 155); por sua vez “o Código de Processo Civil estabelece expressamente que todos os meios legais, bem como quaisquer outros não especificados em lei, desde que moralmente legítimos, ‘são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou defesa’ (art. 332)”⁸⁷.

Neste sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró expõem:

“O art. 332 do Código de Processo Civil estabelece que ‘*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa*’. Embora não haja um dispositivo semelhante do Código de Processo Penal, há consenso de que também não vigora no campo penal um sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições. Aliás, ao menos por analogia (CPP, art. 3º), a regra processual civil pode ser utilizada no campo penal.”⁸⁸

⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 350.

⁸⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 12/01/2012.

A escolha normativa de um rol exemplificativo de provas se justifica, uma vez que a velocidade com que surgem novas provas é muito grande, e a produção legislativa não consegue acompanhar tal desenvolvimento⁸⁹.

Ao mesmo tempo, os crimes estão cada vez mais elaborados; o surgimento e a evolução da criminalidade organizada, munida de grande capital vindo de suas atividades ilícitas, com aparatos tecnológicos geralmente mais avançados do que os que são utilizados pela polícia, seu envolvimento nas atividades políticas dos Estados e o alto poder de intimidação imposto a todos os seus integrantes, fazem com que os meios tradicionais de investigação sejam inócuos.

“A evolução da criminalidade individual para a criminalidade especialmente organizada, que serve de meios logísticos modernos e está fechada ao ambiente exterior, em certa medida imune aos meios tradicionais de investigação (observações, interrogatórios, estudos dos vestígios deixados), determinou a busca de novos métodos de investigação da polícia”⁹⁰.

É importante salientar que, em decorrência do surgimento de novos métodos de produção de prova testemunhal, há confusão acerca do que seria prova testemunhal sob uma nova roupagem e o que seria prova atípica. A questão em termos concretos será analisada na Parte II; adiante-se, todavia, que a admissibilidade da prova atípica dependerá de análise profunda e muito bem fundamentada para sua utilização, sob pena de restarem lesados os direitos e garantias das partes. A aceitação e inclusão de prova atípica no processo não é assunto novo, muito menos pacífico.

É de se esperar que a evolução tecnológica agregue benefícios também ao judiciário. Foi assim no recente caso de inclusão no Código de Processo Penal da previsão de realização do interrogatório do acusado por meio de videoconferência, e é assim na

⁸⁹ A propósito, a Lei de Combate aos Crimes Organizados, Lei 9.034, de maio de 1995, após quase vinte anos de sua entrada em vigor, ainda não foi complementada com previsão procedimental para as provas atípicas previstas em seu artigo 2º.

⁹⁰ SANCHAS, Juan Muños. *Apud*. SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

utilização de pontos eletrônicos na polêmica oitiva de depoimento especial de criança e adolescente vítimas, sobretudo, de crimes sexuais.

Além desses casos, há ainda a utilização de meios tecnológicos para ocultação da identidade da testemunha, como a alteração por meio eletrônico da voz ou preservação de sua figura mediante distorção de imagem.

Assim, tem sido crescente a discussão acerca da utilização de provas atípicas no processo, com o fim de se alcançar uma efetiva prestação jurisdicional, possibilitando ao juiz formar seu convencimento por meio de uma verificação mais apurada dos fatos, ante a eficácia alcançada pelos novos meios de produção probatória.

Nesse sentido é o entendimento de Eduardo Cambi no processo civil, o qual deve ser estendido ao processo penal:

“O art.332 do Código de Processo Civil, destarte, não prevê um elenco taxativo dos meios de prova. Com isso o legislador de 1973 dá sinais que permitem ao intérprete superar o sistema das provas legais, que se infiltrava na legislação processual mediante a ideia do *numerus clausus* da prova. A abertura do sistema processual às provas atípicas ou inominadas estimula a busca de meios mais adequados para influenciar a formação do convencimento judicial, aumentando a liberdade das partes e do órgão jurisdicional, mas também as suas responsabilidades no desempenho das suas funções no processo. Essa abertura também permite que o direito processual civil seja influenciado pelos avanços científicos e tecnológicos, possibilitando a verificação mais exata e verossímil dos fatos que servem de base para que as partes possam convencer o juiz de que têm razão”⁹¹

No que tange à admissibilidade das provas atípicas, as maiores intempéries enfrentadas são ocasionadas pelo conflito dessas com princípios constitucionais, mesmo quando a produção da prova vise à proteção de outro princípio. É necessária a análise do

⁹¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 41.

caso concreto com muita cautela, uma vez que “a ausência de disciplina legislativa exige que o juiz atente, no momento da sua produção, para os princípios que norteiam a teoria geral da prova, sobre tudo os princípios do contraditório e da ampla defesa.”⁹²

Os meios a serem utilizados para a aferição da aplicabilidade da prova atípica e os efeitos da utilização desses meios no caso concreto, ante os estudos apresentados pela doutrina e dada a jurisprudência ainda incipiente sobre o assunto, é tema que será estudado a partir do próximo tópico.

2.1. Admissibilidade de provas atípicas

É possível admitir as provas atípicas no processo penal brasileiro. A afirmativa vem ladeada de ressalvas, mas inicialmente se faz necessário demonstrar sua veracidade. Conforme mencionado no tópico anterior, o rol de provas típicas constante do Código de Processo Penal é meramente exemplificativo, o que dá abertura à produção de prova atípicas.

As “novas provas”, assim chamadas as não previstas no texto original do diploma processual de 1941, são produzidas, inicialmente, sem ter seu procedimento previsto em lei; como foi o caso da interceptação telefônica, que tinha seu procedimento determinado de acordo com o interesse de quem a produzia, sem saber se ia ser considerada lícita pelos Tribunais (depois de algum tempo, seu procedimento foi sendo delineado pela jurisprudência, até a entrada em vigor da Lei 9296/96, que trouxe as regras expressas hoje utilizadas).

A insistência, principalmente na fase investigativa, em se produzir provas atípicas ocorre, grande parte das vezes, por não ser viável aguardar a criação pelo legislativo de leis que as regulem, ante a urgência e a gravidade dos casos que vêm se apresentando. Nada garante, no entanto, que os elementos probatórios da prova atípica produzida serão aceitos como lícitos.

Os fatos podem ser comprovados por qualquer prova, desde que lícita e moralmente legítima. Para tanto se deve usar a proporcionalidade, e, se a medida passar

⁹² DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2, Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 50-51.

por este primeiro filtro, o ideal é que se aplique a analogia procedimental, a fim de, temporariamente, suprir a falta de norma que regule a prova atípica.

Para que se aplique a analogia, todavia, a prova deve ser atípica, ou seja, deve inexistir disciplina normativa para a prova que se pretende produzir e, concomitantemente, deve haver impossibilidade de que essa prova seja conduzida “para dentro de institutos tradicionais, originariamente pensados e disciplinados por realidades diversas”⁹³.

No direito italiano, diferentemente do que ocorre no direito brasileiro, há previsão expressa de admissibilidade da prova atípica no processo penal, que se encontra disposto no artigo 189 do Codice de Procedura Penale, o qual prevê: “1. Quando se requer uma prova não disciplinada pela lei, o juiz pode admiti-la se essa resulta idônea para assegurar a verificação dos fatos e não prejudique a liberdade moral da pessoa. O juiz provê a admissão, ouvidas as partes sobre a modalidade de produção da prova”.⁹⁴

3. Provas anômalas e irracionais

Têm-se como provas anômalas aquelas provas típicas utilizadas “para fins diversos daquele que lhes são próprios, ou para fins característicos de outras provas típicas”⁹⁵. De acordo com Guilherme Madeira Dezem⁹⁶ a prova anômala é produzida segundo um modelo legal, mas não o modelo legal adequado para o caso.

⁹³ Antonio Laronga, ao analisar a captação e imagens ensina: ““La qualificazione come prova atípica dele repressi visive, appare corretta se si considera, da un lato, l’assenza di una disciplina normativa per tale categoria di atti, dall’altro, l’impossibilità di ricondurle all’interno di istituti tradizionali, originariamente pensati e disciplinati per realtà diverse”, que em tradução livre de Fabio Ramazzini Bechara e Guilherme Madeira Dezem (Captação ambiental de imagens: usos e limites. *Estudo de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2001, p. 116): “A qualificação como prova atípica da tomada visual, mostra-se correta se se considera, de um lado, a ausência de uma disciplina normativa para tal categoria dos atos, e do outro, a impossibilidade de conduzir para dentro dos institutos tradicionais, originariamente pensados e disciplinados por realidades diversas”.

⁹⁴ Tradução livre: “Art. 189. Prove non disciplinate dalla legge. 1. Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l’accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all’ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova.”

⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005, p. 345.

Um exemplo de prova anômala é o da testemunha ouvida na sala do promotor de justiça, seu depoimento é reduzido a termo e apresentada aos autos como documento. O modelo legal da oitiva da testemunha é o modelo previsto para prova testemunhal: um depoimento oral em contraditório judicial, em sua essência. O modelo documental utilizado não é adequado à oitiva de testemunhas e torna a prova nula.

A prova irritual, por sua vez, é a “prova típica produzida sem a observância de seu procedimento probatório”⁹⁷. Renato Brasileiro de Lima⁹⁸ apresenta um caso julgado pelo STJ⁹⁹ em que uma menor de quatorze anos, em depoimento de suposto crime sexual do qual teria sido vítima, por não ter coragem de narrar os fatos na sala de audiência, teria redigido o ocorrido na presença das partes e do magistrado, contrariamente ao que dispõe o artigo 204 do Código de Processo Penal.

A prova produzida é manifestamente irritual. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a prova não era nula, pois só deveria ser assim declarada se dela resultasse prejuízo demonstrado pela parte interessada, o que, de acordo com o Tribunal, não ocorreu, uma vez que da produção probatória não teria resultado prejuízo ou constrangimento ao exercício de defesa do acusado.

Neste ponto, com o devido respeito à posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, não há como concordar que não tenha havido qualquer prejuízo à defesa do acusado. A oralidade é uma das características da prova testemunhal e deve ser respeitada a fim de se garantir a plenitude do contraditório e do direito de ampla defesa do acusado.

É claro que não se defende a revitimização da menor que sofre violência sexual, mas existem outros meios de se obter seu depoimento com menor impacto psicológico e sem ignorar as balizas da prova testemunhal, como é o caso do depoimento especial de crianças e adolescentes, que será analisado mais à frente em tópico próprio. No caso em tela, a medida adotada não era necessária, pois o resultado esperado poderia ser obtido por outro meio que implique menor violação aos direitos fundamentais.

⁹⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 155.

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005, p. 344.

⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. V. 1. Niterói: Editora Impetus, 2011, p. 861.

⁹⁹ HC 148.21S/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20/04/2010.

3.1. Admissibilidade de provas anômalas e irrituais

A produção de provas reconhecidas como anômalas ou irrituais gera, a princípio, a nulidade destas provas. Porém, a possibilidade de aproveitamento processual de provas produzidas em desacordo com a forma para elas prevista, fica vinculada a existência ou não de prejuízo, independentemente da nulidade identificada, se relativa ou absoluta.

Conforme explica Guilherme Madeira Dezem:

“A concepção inicial era a de que o prejuízo era presumido na nulidade absoluta. Esta concepção foi alterada pela jurisprudência e pela doutrina que passou a exigir que houvesse comprovação de prejuízo mesmo em sede de nulidade absoluta.”¹⁰⁰

No mesmo sentido Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

“No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta.”¹⁰¹

O entendimento apontado se dá em razão da atual predominância do sistema da instrumentalidade das formas, segundo o qual, ainda que praticado em desacordo com o modelo traçado pelo legislador, caberá ao juiz verificar, no caso concreto, a conveniência de retirar a eficácia do ato, com base na finalidade (se atingida ou não) e no prejuízo (se causado ou não).

¹⁰⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2013, p. 41.

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 28-29.

Somente as provas anômalas ou irrituais que resultarem em desobediência relevante às formalidades estabelecidas ensejarão a nulidade, entendendo-se como relevante o prejuízo que conflitar com o devido processo legal, visto em seu âmbito processual e substancial¹⁰².

De acordo com Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, no sentido processual, o devido processo legal significa:

“A garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes’, tendo como decorrência a paridade de armas, contraditório, ampla defesa, dentre outras garantias e direitos processuais.”

Já do sentido substantivo são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme explica o autor, traduzindo, com base nos artigos 5º, inciso LV e 3º, inciso I, da Constituição Federal, o seguinte entendimento quanto ao âmbito substantivo do devido processo legal:

“Todas as normas jurídicas e atos do Poder Público poderão ser declarados inconstitucionais por serem injustos, irrazoáveis ou desproporcionais, afigurando-se como limite à discricionariedade do legislador, administrador e do julgador”¹⁰³.

Assim, se a finalidade for atingida sem resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, a prova anômala ou irritual poderá ter sua eficácia mantida¹⁰⁴. Como

¹⁰² FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm. Acesso em: 10/08/13.

¹⁰³ Essa possibilidade que se abre com o âmbito subjetivo do devido processo legal, de se questionar o ato estatal, está em acordo com a função do princípio da proporcionalidade, que nos dizeres de Guilherme Madeira Dezem (*A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2013, p. 49) “consiste na análise da intervenção estatal no âmbito dos direitos fundamentais a fim de saber se esta mostra-se possível”.

¹⁰⁴ Esses entendimentos encontram-se expressos no Código de Processo Penal, nos artigos 563, 566 e 572. Em especial o artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal prevê que a nulidade ocorrerá “por

prejuízo aqui é visto como resultado do ato produzido que conflita com o devido processo legal, e como o devido processo legal em seu âmbito substantivo pressupõe a existência de proporcionalidade e razoabilidade, é possível afirmar que para se alcançar uma decisão acerca da nulidade ou não de uma prova produzida de forma anômala ou irritual, mediante colisão de direitos fundamentais, será necessária a aplicação da proporcionalidade.

4. Tipicidade processual

Em uma análise fundamentada, Guilherme de Madeira Dezem explica que a tipicidade processual é princípio pelo qual se assegura “a garantia das partes a um processo justo, conduzindo à maior segurança jurídica e previsibilidade na prática dos atos processuais, aplicável preponderantemente às normas de garantia, com respeito máximo à forma útil”.¹⁰⁵

Sem esgotar o tema, o autor ainda define tipicidade como “técnica utilizada para o melhor desenvolvimento do sistema, permitindo com maior facilidade a passagem do abstrato para o concreto”, o que permitiria a constante evolução do Direito diante das mudanças da sociedade e das necessidades que surgem com o passar do tempo.¹⁰⁶

omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005, p. 344) expõe em acordo com o inciso em comento: “Nos casos em que a lei estabelece um determinado procedimento para a produção de uma prova, o respeito dessa disciplina legal assegura a genuinidade e a capacidade demonstrativa de tal meio de prova. Toda vez que tal procedimento probatório não é seguido, o problema que se coloca não é saber se o meio de prova produzido é típico ou atípico, mas sim se os requisitos e condições previstos em lei, mas que não foram observados na admissão ou produção da prova, eram ou não essenciais para tal meio probatório.” Por sua vez o inciso II, do artigo 572 dispõe que a nulidade prevista no inciso IV do artigo 564 considerar-se-ão sanadas “se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido seu fim”. A admissibilidade da prova anômala e irritual da forma como abordada, mostra-se também em acordo com o disposto no diploma processual.

¹⁰⁵ Sobre o termo “forma útil”, Dezem esclarece que o objetivo da tipicidade refere-se à forma útil, representada pelas normas de garantia (a seguir explicada) e apenas sobre essas incidiria o princípio da tipicidade. (DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 56-57).

¹⁰⁶ Id., p. 50 e 58.

Dispõe, ainda, que a tipicidade decorre dos princípios da legalidade e do devido processo legal¹⁰⁷, e atua sob as normas de garantia (que têm por objeto o estabelecimento de direitos e garantias constitucionais)¹⁰⁸ e não sob normas de organização (que, por critério excludente, são as que têm por objeto o estabelecimento do que não couber às normas de garantia)¹⁰⁹.

A partir do conceito de tipicidade processual formado, Guilherme de Madeira Dezem identifica os elementos do tipo, por meio do qual a tipicidade processual se manifesta. Os elementos do tipo serão de grande valia para o desenvolvimento do estudo crítico da prova testemunhal no presente trabalho, pelo que se faz necessário o desenvolvimento do assunto, ainda seguindo a linha adotada por Dezem em seu livro.

4.1. Tipo processual objetivo, subjetivo e procedimental

Dezem identifica três pontos do tipo processual: objetivo, subjetivo e procedimental. O tipo processual objetivo identifica-se com o fato jurídico em sentido estrito, atos jurídicos e negócios jurídicos¹¹⁰, abstraindo-se suas posições no procedimento. Ele é subdividido em duas modalidades: o tipo objetivo interno, que se refere aos elementos internos da norma, diretamente ligados ao ato processual, e o tipo objetivo externo, que se refere à documentação do ato, de forma a representar fielmente o ato praticado.

O tipo processual objetivo interno é composto, por sua vez, de elementos estruturais, quais sejam, os elementos essenciais para a prática do ato ou que caracterizam

¹⁰⁷ Ibidem. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 50-55.

¹⁰⁸ Ibidem. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 55.

¹⁰⁹ Com base no estudo realizado por Giovanni Conso, Guilherme Madeira Dezem (*Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 33-34) explica a diferença entre as normas de garantia e de organização: “há normas que são verdadeira garantia do indivíduo em um processo criminal (como, por exemplo, a que determina o dever de motivar as decisões judiciais); contudo, há outras normas que não constituem em verdadeira garantia, ligando-se mais a aspectos burocráticos do próprio serviço judiciário (assim, por exemplo, a norma que determina que os processos de especialização de hipoteca legal e do sequestro correrão em autos apartados – art. 138, do Código de processo Penal)”.

¹¹⁰ A partir deste ponto, as três modalidades de atos processuais serão chamadas de ato processual, para facilitar o desenvolvimento do texto.

o ato. Serão elementos estruturais o verbo da conduta a ser praticada e os elementos normativos; é composto, ainda, de elementos circunstanciais, que regulam o local e o tempo em que praticados os atos processuais.

Já o tipo processual subjetivo diz respeito à presença dos participantes do ato processual e à vontade das partes na prática do ato processual. Esse também se subdivide em dois elementos: o elemento estrutural, chamado de elemento participativo, que se refere aos sujeitos participantes do ato processual; e elemento circunstancial, ou volitivo, consistente na vontade do sujeito na prática do ato processual.

Dezem¹¹¹ elenca, então, o tipo processual procedimental, e, utilizando-se das distinções apontadas por Antônio Scarance Fernandes, pondera que o tipo pode não apenas envolver o procedimento, no sentido de haver paradigmas procedimentais a serem observados em todo e qualquer procedimento, mas também envolver as fases do procedimento, “no sentido de que é possível agrupar-se em modelo as fases dos diversos procedimentos e a função exercida pelo ato em cada fase”. Por fim, considera a inserção do ato no procedimento e sua importância, uma vez que dessa forma seria possível compreender os fenômenos de forma individualizada para cada manifestação dentro do processo.

Assim, é possível estudar o tipo procedimental sob enfoque de dois elementos: o elemento procedimental (que diz respeito ao modo como o ato deve ser praticado) e o elemento funcional (que traduz a função que o ato ocupa no procedimento).

Dessa forma, o elemento procedimental reflete a necessidade da prática do ato processual dentro do modelo legal de procedimento previsto; caso não haja o respeito a esse modelo, o ato será tido como atípico¹¹².

Já o elemento funcional está ligado à busca de uma consequência a partir da prática do ato processual; o resultado pretendido com a prática do ato processual está

¹¹¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 70-71.

¹¹² Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (*As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 19), ao afirmarem que o processo exige uma atividade típica para aplicar o direito às situações concretas, dispõem que “os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo”. Os doutrinadores, na sequência, apontam para os benefícios trazidos pela regulamentação das normas processuais para as partes, que passam a ter “a garantia de efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial” e alertam acerca do “excessivo formalismo, que sacrifica o objetivo maior de realização da justiça em favor de solenidades estéreis e sem nenhum sentido”.

intimamente ligado à função exercida pelo ato e à posição por ele ocupada no procedimento.

A falta de um ato que componha a unidade procedimental faz com que a prova seja identificada como prova anômala ou irritual, ocasionando sua nulidade. Neste caso não se extingue a possibilidade de aproveitamento processual da prova produzida, a depender se do vício não resultar prejuízo do “direito ou da garantia do processo justo”¹¹³, nos termos do estudado no tópico anterior.

5. Solução para colisão entre princípios

Como visto a solução existente para aplicação processual em casos excepcionais de provas atípicas, anômalas ou irrituais se debruça sobre a proporcionalidade, a ser utilizada para dirimir casos em que ocorre a colisão entre princípios, pelo que se faz necessário o aprofundamento da matéria.

5.1. Confronto de normas e confronto de princípios

A diferença entre princípios, regras e normas é tema polêmico que foi muito bem abordado por Robert Alexy, em seu livro “Teoria dos direitos fundamentais”¹¹⁴. Inicialmente, se faz necessário observar que a norma é o significado de um enunciado normativo, é a interpretação que se faz deste enunciado. Alexy, após ponderar as diversas teorias que tratam do tema, concluiu que princípios e regras são “espécies” do “gênero” norma¹¹⁵.

A diferenciação entre princípios e regras é qualitativa e se apresenta nos seguintes termos: os “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior

¹¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 85 e ss.

¹¹⁵ Id. p. 86-90.

medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹¹⁶, ou seja, “são normas restringíveis mediante outras normas (regras ou princípios), desde que para isso sejam obedecidos critérios formais e materiais, tudo conforme as condições do caso concreto”¹¹⁷.

Por sua vez, “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”¹¹⁸. “As condições fático-jurídicas do caso concreto não importam para determinar o grau de sua aplicação”, as regras contêm mandamentos definitivos e sua “interpretação ou indica que devem ser integralmente aplicadas por meio de subsunção, ou que não serão aplicadas em nenhuma de suas porções”¹¹⁹.

Virgílio Afonso da Silva aprofunda o raciocínio ponderando que as regras podem ter (e geralmente têm) exceções, e essas devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada¹²⁰.

Para melhor distinguir as regras dos princípios, Alexy utiliza-se da análise da colisão entre princípios e do conflito entre regras, análise essa que acaba por auxiliar e influenciar o desenvolvimento do presente trabalho.

O conflito entre regras pode ser solucionado de duas formas: 1ª: uma regra possui cláusula de exceção que elimine o conflito aparente; 2ª: pelo menos uma das regras é considerada inválida. Se as regras são de conteúdos absolutamente incompatíveis entre si, a regra considerada inaplicável deverá ser excluída do ordenamento jurídico.

Outrossim, se a incompatibilidade é apenas parcial, pode ser criada uma cláusula de exceção em uma delas permitindo a aplicação da outra, fazendo com que as normas sejam compatíveis. Como exemplo deste segundo caso, é possível citar a regra

¹¹⁶ Ibidem. p. 90.

¹¹⁷ MORAES, Maurício Zanóide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 271.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 91.

¹¹⁹ MORAES, Maurício Zanóide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 272.

¹²⁰ Virgílio Afonso da Silva (O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006). Disponível em: http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 16/06/13) exemplifica o exposto da seguinte forma: “Assim, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (art. 5º, XL, da constituição). A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como “é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu do que a lei anterior; nesses casos, deve haver retroação”

disposta na alínea “a”, inciso XLVII, artigo 5º da Constituição Federal¹²¹, que prevê que não haverá pena de morte. Se a redação da alínea acabasse neste ponto, a regra não poderia ser contrariada em nenhuma circunstância; mas a redação da alínea continua, ressaltando o caso de guerra declarada. Assim, “em caso de guerra declarada haverá pena de morte” é a regra número dois, que coexiste com a regra número um: não haverá pena de morte, em razão da cláusula de exceção criada.

Já na colisão entre princípios, o conflito deve ser resolvido por meio de “um sopesamento entre os interesses conflitantes”. “O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”¹²². Diversamente do que ocorre com as regras, Alexy explica que:

“Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, com base na circunstância do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária”¹²³.

Assim, a colisão de princípios no caso concreto, resultará na maior ou menor supressão de um princípio para prevalência do outro. Essa disposição está de acordo com a natureza dos princípios de “mandamentos de otimização”, já que devem ser realizáveis, conforme explanado, na maior medida possível diante das condições fático-jurídicas.

¹²¹ A Constituição Federal, contém o seguinte texto: artigo 5º, inciso XLVII – “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”.

¹²² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 95.

¹²³ *Id.*, p. 96.

5.2. Proporcionalidade¹²⁴

Uma vez configurada a colisão de princípios é necessária a análise de proporcionalidade para se alcançar a solução mais justa e adequada aos direitos fundamentais. Assim, em linhas superficiais, diante do grande volume de estudos desenvolvidos sobre o assunto, a proporcionalidade será abordada nas próximas linhas em vista de seus pressupostos, requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Primeiramente, para a aplicação da proporcionalidade, devem ser respeitados dois pressupostos: um pressuposto formal, constituído pela legalidade (consiste na proibição de restrição a direito individual sem prévia lei imposta e interpretada de forma estrita) e um pressuposto material, constituído pela justificação teleológica (consiste na razão de apenas ser permitido limitação a direito individual se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional)¹²⁵. Nos dizeres de Maurício Zanóide de Moraes¹²⁶:

¹²⁴ A menção da proporcionalidade no presente trabalho, propositalmente omite a denominação de princípio, de acordo com o definido no tópico anterior e em acordo com a obra de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011, p. 117), na qual explica que o chamado princípio da proporcionalidade “não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”.

¹²⁵ Tanto Antonio Scarance Fernandes (*Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 52), quanto Maurício Zanóide de Moraes (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.313) mencionam a divisão doutrinária concebida por Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 69), que explica que a legalidade pode ser considerada um pressuposto formal uma vez que não assegura um conteúdo determinado da medida, mas sim um postulado básico para sua legitimidade democrática e garantia de previsibilidade da atuação dos poderes públicos. “el primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero si es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos”. Em seguida diz que a justificação teleológica é definida como pressuposto material, pois essa introduz no julgamento da admissibilidade das interferências do Estado na esfera dos direitos dos cidadãos os valores que tratam de salvaguardar a atuação dos poderes públicos e que precisam gozar da força constitucional suficiente para enfrentar os valores representados pelos direitos fundamentais restringidos. O princípio da proporcionalidade requer que toda limitação desses direitos tendam a consecução de fins legítimos. “El segundo presupuesto, de justificación teleológica, lo hemos definido como material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que necesitan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales

“Se o fim almejado é constitucionalmente legítimo e se possui relevância social. Esse ‘fim’ almejado, se socialmente relevante e constitucional, é que servirá de parâmetro para o estudo de todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos da proporcionalidade”.

Como requisitos extrínsecos, assim chamados por se relacionarem com quem determina o ato restritivo e como será determinado e não com a análise do ato restritivo em si, encontram-se a judicialidade e a motivação. O primeiro “diz respeito a quem está constitucionalmente autorizado a determinar medida de intervenção restritiva”. O segundo impõe que “a decisão exponha de maneira clara e completa as razões e o limite (extensão e duração) da ordem restritiva”¹²⁷.

Por fim, são três os requisitos intrínsecos da proporcionalidade. O primeiro, o da adequação ou, como chamado por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, da idoneidade, exige que, para ser considerada adequada, a restrição imposta (o meio) deve ser apta a realizar o fim por ela visado.

Essa aptidão do meio de contribuir para o fim almejado será aferida de forma empírica, ou seja, “segundo experiências da vida, pesquisas científicas, exames de probabilidade, enfim, qualquer modo pelo qual se possa demonstrar que por aquele meio específico é possível ‘fomentar’ ou ‘facilitar’ a realização do propósito almejado”¹²⁸.

restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos”.

¹²⁶ MORAES, Maurício Zanóide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de. (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

¹²⁷ MORAES, Maurício Zanóide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de. (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.35-36.

¹²⁸ MORAES, Maurício Zanóide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 323.

Seguindo o raciocínio apresentado quanto à adequação “não será admitido o ataque a um direito do indivíduo se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido”¹²⁹.

O segundo requisito intrínseco da proporcionalidade é a necessidade, também chamado de princípio da intervenção mínima, princípio da alternativa menos gravosa ou princípio de subsidiariedade.

Por meio da necessidade se busca proibir o excesso, ao obrigar os órgãos do Estado a aplicar as medidas restritivas que sejam suficientemente aptas ao fim pretendido e, ao mesmo tempo, que sejam menos lesivas aos direitos fundamentais.¹³⁰

Por fim, o último requisito intrínseco da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito. Faz-se imprescindível este último estágio de aplicação da proporcionalidade, vez que entre os valores em conflito, um que dá força à medida restritiva e outro que protege o direito individual a ser violado, deve-se constatar qual deve prevalecer com base na maior relevância de um deles.¹³¹

Essa relevância será aferida com base na ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto.¹³² “Assim, o meio, adequado e necessário para determinado fim, é justificável se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido.”¹³³

Enfim, a proporcionalidade é muito mencionada na doutrina e jurisprudência, ora de forma equivocada e por vezes maliciosa, como meio de justificar abusos por parte do poder público, ora de forma vanguardista, trazendo solução no caso concreto para situações não normatizadas, como é o caso das provas atípicas.

¹²⁹ Antonio Scarance Fernandes (*Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 53), continua o raciocínio apresentado com o seguinte exemplo: “Assim, nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não será a privativa de liberdade ou, se privativa, será suspensa. O meio, a prisão, consiste em restrição à liberdade individual, não se revelaria adequado ao fim a ser objetivado com o processo, pois dele não resultará a privação de liberdade”.

¹³⁰ SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derecho fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 189.

¹³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

¹³² SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derecho fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 225.

¹³³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.

Para se garantir a correta utilização da proporcionalidade e que sua aplicação na colisão de princípios resulte na mais justa solução para o caso concreto, é imprescindível que esse seja analisado face cada um dos pressupostos e requisitos apresentados, ou seja, “para se chegar à conclusão de que o ato de compreensão dos direitos fundamentais do cidadão é legítimo, porquanto proporcional, é necessário que ele passe por todos os filtros autorizadores daquele princípio (pressupostos e requisitos). Qualquer dissonância entre a conduta e esses filtros torna o ato constitucionalmente ilegítimo”¹³⁴.

5.3. Analogia

Passado o momento de análise de proporcionalidade, considerando-se ser admissível a produção da prova atípica pretendida, é necessário estabelecer qual o procedimento a ser utilizado para sua produção.

Qualquer sistema jurídico é passível de lacunas, pois é impossível prever a “totalidade de situações de fato que a vida oferece”. Apesar de a lei ser lacunosa, o direito concebido como sistema não pode conter lacunas, pelo que ele próprio prevê os meios para suprir essas lacunas, promovendo sua integração.¹³⁵ O primeiro desses meios é a analogia.

A analogia é justamente forma de supressão de lacunas; em razão da inexistência de norma reguladora do caso concreto, aplica-se a norma que trata de hipótese semelhante¹³⁶.

A utilização da analogia condiciona-se a configuração de três requisitos: a “inexistência de dispositivo legal prevendo e disciplinando a hipótese do caso concreto”, a “semelhança entre a relação não contemplada e outra regulada na lei” e a “identidade de fundamentos lógicos e jurídicos no ponto comum às duas situações”¹³⁷.

¹³⁴ MORAES, Maurício Zanóide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de. (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 33.

¹³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: 2010, p.71.

¹³⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105.

¹³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: 2010, p.72.

Julio Fabbrini Mirabette ainda apresenta como elementos necessários à aplicação da analogia, a existência de lacuna involuntária da lei e que haja real semelhança entre o caso previsto e o não previsto, “além de igualdade de valor jurídico e igualdade de razão entre ambos (ubi eadem ratio, ubi idem ius)”¹³⁸.

A doutrina subdivide a analogia em duas espécies: a *analogia legal*, segundo a qual o “aplicador do Direito busca uma norma que se aplique a casos semelhantes”, e a *analogia jurídica*, que se dá no momento em que o aplicador não encontra um texto semelhante para utilizar no caso em exame, tentando, assim, “extrair do pensamento dominante em um conjunto de normas uma conclusão particular para o caso em exame”¹³⁹.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê em seu artigo 4º que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O Código de Processo Penal, por sua vez, em seu artigo 3º, que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Da mesma forma, o artigo 126, do Código de Processo Civil, dispõe que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró lembram a aplicação da interceptação telefônica antes da existência da Lei 9.296/1996, ocasião em que, ante a ausência da disciplina procedimental, recorria-se ao procedimento da busca e apreensão, posta a afinidade dos fins perseguidos, “pois a interceptação nada mais visa do que a apreensão, não de uma carta ou documento, mas dos elementos fonéticos que formam a conversa telefônica”. Após, para introduzir a prova obtida no processo, “aplicava-se o procedimento relativo à prova documental, uma vez que as fitas gravadas constituem documento, em sentido amplo”.¹⁴⁰

Como bem se sabe, o Código de Processo Penal não contempla um texto normativo com um procedimento genérico, que possibilite sua aplicação nos casos de produção de prova atípica, “mas, se alvitrada a hipótese de utilização de novos recursos

¹³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.37.

¹³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

¹⁴⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro*. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 12/01/2012.

técnicos e científicos para obtenção de elementos de prova, nada impede que sejam aplicados procedimentos já existentes, por analogia”¹⁴¹

6. Provas anômalas e irrituais e provas atípicas

Para amarrar os conceitos apresentados neste capítulo, se faz imprescindível a análise comparativa desses, no âmbito do trabalho que se desenvolve.

Conforme visto, a prova atípica é a que não contém previsão no ordenamento jurídico ou a que é prevista, porém, destituída de procedimento para sua produção. Como exemplo de prova atípica, é possível citar a reconstituição, prevista no artigo 7º do Código de Processo Penal, a lei deixa de apresentar qualquer procedimento para sua produção. Trata-se de “reprodução simulada dos fatos, realizada pelos autores e testemunhas, visando desfazer dúvidas e evidenciar detalhes do fato investigado”¹⁴². A reconstituição não se aproxima de nenhuma prova típica, é um novo meio de se produzir elementos informativos.

As provas atípicas poderão ser admitidas, em acordo com o princípio da liberdade dos meios de prova, desde que passem pelo exame de proporcionalidade, conforme estudado no item 5, deste Capítulo.

Já as provas contrárias aos elementos do tipo processual acima apontados¹⁴³ serão anômalas ou irrituais. No caso das primeiras, serão, por exemplo, provas testemunhais produzidas utilizando-se do procedimento de outra prova típica, como acontece quando se produz prova testemunhal utilizando-se do procedimento da prova documental, sem a garantia do contraditório ou a característica da oralidade. No caso das segundas, serão, por exemplo, provas testemunhais produzidas em desacordo com o rito previsto para sua produção, como ocorre no reconhecimento de pessoa em meio à audiência, a pedido do juiz, em desacordo com o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Polícia Civil do Estado de São Paulo. *Manual operacional do policial civil*. 4ª edição. Delegacia Geral de Polícia, 2007, p. 63.

¹⁴³ Capítulo II, itens 4 e 4.1.

As provas anômalas e irrituais são atos nulos, que somente poderão ser admitidos se demonstrada a ausência de prejuízo às partes. A aferição de prejuízo às partes que autorize o reconhecimento de nulidade da prova produzida depende (e nesse ponto iguala-se à prova atípica), no caso concreto, da análise de proporcionalidade do ato, mediante critério de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, sempre com atenção às garantias do devido processo legal.

Assim, voltando o foco da análise ao meio de prova objeto de estudo: se as modificações procedimentais não previstas pela lei que dispõe acerca da prova testemunhal atingirem normas de garantia, isto é, as normas que “têm por objeto o estabelecimento de direitos e garantias constitucionais”¹⁴⁴, a prova será anômala ou irritual e, portanto, nula, não podendo ser admitida, salvo se a finalidade for atingida pelo ato sem resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, aplicando-se as regras da proporcionalidade no caso concreto quando houver conflito de direitos fundamentais¹⁴⁵.

Por outro lado, se as alterações procedimentais não expressamente previstas em lei afetarem apenas normas de organização da prova testemunhal, ou seja, normas que “têm por objeto outro que não o estabelecimento de direitos e garantias constitucionais”¹⁴⁶, então, a prova produzida não será anômala ou irritual e sim típica, pois em acordo com o rito que lhe é previsto e em acordo com o tipo processual da prova testemunhal.

Ademais, se houver previsão legal que autorize a modificação do procedimento para produção de prova testemunhal previsto no Código de Processo Penal, então se trata de prova típica, que, nas ocasiões em que for expressamente permitida, faz válida e

¹⁴⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 53.

¹⁴⁵ Como será visto, a testemunha anônima hoje tem previsão positivada no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, se não houvesse sua expressa previsão a prova seria tida como irritual, sua produção implicaria em produção de prova testemunhal sem observância do rito, uma vez que acarretaria a alteração de uma norma de garantia, qual seja o conhecimento da qualificação da testemunha por parte da defesa (afrontando a ampla defesa) e a publicidade dos atos praticados. Como prejudicial à parte, a prova seria declarada nula e essa seria a regra. Todavia, a produção de prova testemunhal com o conhecimento da identidade da testemunha por parte do acusado, nos casos em que essa informação colocaria em sério risco a vida da testemunha, face a alta periculosidade do crime processado, acabaria por gerar um conflito entre princípios: de um lado estaria a ampla defesa, o contraditório e a publicidade, de outro lado encontrariam-se os direitos à vida, à segurança e à privacidade. Nestes casos, em que comprovado o risco em que se colocaria a testemunha, seria possível a produção de prova irritual? O legislador percebendo a necessidade de proteção à testemunha em casos específicos de risco tornou a testemunha anônima típica, gerando rito a ser seguido em casos como o relatado e afastando sua nulidade, fazendo com que o conflito apontado seja resolvido por meio de proporcionalidade. Nada impede, no entanto, a discussão acerca da constitucionalidade da norma, que será estudado em item próprio.

¹⁴⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 53.

processualmente típica a produção de prova testemunhal com alguma peculiaridade procedimental.

Nos capítulos à frente será possível aplicar a teoria ora empregada em casos concretos, quando, ao verificar a existência dos elementos típicos processuais na produção probatória derivada da prova testemunhal, estará determinando a possibilidade ou não de aplicação dessas novas formas de fazer prova testemunhal, mediante a identificação de provas típicas, anômalas, irrituais ou atípicas.

CAPÍTULO III - REQUISITOS ESSENCIAIS PARA ALCANÇAR A TIPLICIDADE NA PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

1. Procedimento

A partir do momento em que se adotou, para os fins deste trabalho, a posição ampliativa de tipicidade probatória, evidenciou-se a importância do procedimento.

O procedimento configura medida eficaz de segurança processual, uma vez que seguiu-o, no momento da produção de prova típica, implica na observância do princípio constitucional do devido processo legal.

Quanto ao procedimento, Cândido Rangel Dinamarco aponta para a conhecida história, que tomou lugar no século XIX, perdurando até a primeira metade do século XX, da “proclamação da independência da relação jurídica processual e proscrição científica do procedimento, com a consequência de chegarem os processualistas a pensar que ele e o processo fossem entidades distintas, conceitual e funcionalmente”¹⁴⁷.

Explica, ainda, que as ideias claras acerca do processo e do procedimento começaram a surgir com Benevenutti¹⁴⁸, ocasião em que se passou a perceber a complexidade do processo e sua íntima e necessária ligação com o procedimento, levando ao entendimento hoje aceito de que o processo é “o procedimento animado pela relação processual”¹⁴⁹.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho descrevem o procedimento como “uma realidade complexa de formação sucessiva, estando seus diversos atos ligados por um vínculo necessário de modo que cada uma seja consequência do precedente e pressuposto e condição do sucessivo, todos

¹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001, p. 126.

¹⁴⁸ Id. p. 127.

¹⁴⁹ Id. Ibidem, p. 127.

imprescindíveis para o resultado a ser obtido com o último ato da série, que é a sentença”¹⁵⁰.

Sobre a importância do procedimento, Antonio Scarance Fernandes¹⁵¹, em trabalho desenvolvido sobre o assunto, dispõe ser possível extrair do “conjunto de normas constitucionais um direito ao procedimento como direito à ação positiva do Estado para tornar efetivos os direitos fundamentais”. Conclui o autor que a observância do procedimento, desde que legítimo, constitui o melhor meio de obter o resultado.

Por fim, alerta Candido Rangel Dinamarco sobre os prejuízos acarretados pela não observância do procedimento:

“A lei traça o modelo dos atos do processo, sua sequência, seu encadeamento, disciplinando com isso o exercício do poder e oferecendo a todos a garantia de que cada procedimento a ser realizado em concreto terá conformidade com o modelo preestabelecido: desvios ou omissões quanto a esse plano de trabalho e participação constituem em violações à garantia constitucional do *devido processo legal*.”¹⁵²

Assim, voltando ao tema central do presente trabalho, é imprescindível à produção da prova testemunhal, como ato processual que é, estar vinculada a um procedimento, para que reste devidamente concretizado o direito, sem violações às garantias constitucionais.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 234.

¹⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

¹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001, p. 127.

2. Flexibilização do procedimento

A ideia de tipicidade modelo, exposta anteriormente, muito se aproxima do conceito de procedimento, uma vez que a definição clássica de procedimento, qual seja, o encadeamento de atos e sua ordem predeterminada, está ligada à ideia de modelo.¹⁵³

Todavia, o procedimento hoje deve ser visto não apenas como modelo, mas como um modelo permeado por princípios constitucionais e por regras que conjuguem eficiência e garantia. A finalidade processual penal, tida aqui como aquela que visa à “obtenção de um resultado justo que se legitime pelo procedimento adequado”¹⁵⁴, dá azo à busca pelo “direito a um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos de normas constitucionais do devido processo penal”.¹⁵⁵

Essa busca se inicia por meio do estabelecimento de “paradigmas procedimentais”¹⁵⁶, os quais representam diretrizes provenientes de princípios constitucionais, que devem ser levadas em conta pelo legislador no momento da criação de procedimentos processuais penais.

Com base nos princípios acusatório, da imparcialidade, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório, Scarance criou diretrizes paradigmáticas¹⁵⁷ que constituem

¹⁵³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 44.

¹⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

¹⁵⁵ Id., p. 13.

¹⁵⁶ Expressão utilizada por Antonio Scarance Fernandes em seu trabalho Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 13. O próprio Scarance informa ser essa uma expressão que vem sendo utilizada pela doutrina, exemplificando por meio de remissão a estudo do autor José Elias Romão.

¹⁵⁷ “Com base nos princípios referidos, pode-se, em linhas gerais, enunciar as seguintes diretrizes paradigmáticas para a estruturação de um procedimento processual penal justo, em primeiro grau de jurisdição, eficiente e afinado com as garantias do devido processo penal: a) o ato inicial do procedimento deve consubstanciar acusação oferecida por sujeito distinto do juiz, incumbindo-lhe delimitar o fato que constitui o objeto do processo e do julgamento; b) os atos do procedimento devem ser desenvolvidos de modo a proporcionarem a atuação imparcial do juiz e a participação contraditória e igualitária das partes; na ordem procedimental, devem ser proporcionados à defesa meios eficazes para reagir à acusação formulada e aos atos praticados pelo órgão acusatório; c) durante o procedimento, devem ser reservadas fases especiais para que a acusação e a defesa possam provar suas alegações; o julgamento só pode ser proferido após a produção de provas pelas partes e depois que essas se tenham manifestado a respeito da prova realizada”. FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide

um “núcleo essencial para tornar concreto o direito a um procedimento que conjugue eficiência e garantismo”. Afirma, ainda, que, esse rol, o significado e a extensão das diretrizes paradigmáticas “variam de acordo com a época, a tradição e a cultura jurídica de cada país”.

Por fim, completa seu raciocínio ponderando que “no contexto atual, constitui ainda importante diretriz paradigmática procedimental a adequação dos procedimentos à realidade subjacente, o que impõe variedade de procedimentos, dotados de alternativas diferenciadas de soluções”¹⁵⁸.

Essa realidade subjacente, causadora da variedade de procedimentos, traz novos elementos formadores do procedimento; este se enriquece com novas opções de tecnologia para alcançar o fim do processo penal, reinventando meios de provas há tempos consagrados e não deixando de prever, a fim de possibilitar sua utilização, meios de proteção aos envolvidos no processo.

Dessa forma, é preciso acreditar no processo justo ainda que dotado de “alternativas diferenciadas de soluções”, ou seja, no processo flexibilizado: eficiente e em acordo com os direitos fundamentais¹⁵⁹.

“O direito deve refletir o mundo que o cerca, a sociedade em que vivemos. Um processo alheio à sociedade e aos seus valores é um processo que carece de legitimidade. O processo é a manifestação dos valores da sociedade.”¹⁶⁰

de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 15.

¹⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 13-14.

¹⁵⁹ Guilherme Madeira Dezem apresenta estudo no qual desenvolveu parâmetros para que seja realizada a flexibilização no processo. Esses parâmetros, que seriam aplicados no caso concreto, são a legalidade, a proporcionalidade e a razoabilidade, nessa ordem, que se observados levariam ao processo justo. Ao apresentar sua tese dispõe: “O objetivo do trabalho consistirá na demonstração de que a flexibilização do processo é o mecanismo que atende às transformações de maneira a assegurar tanto a eficiência do sistema quanto o garantismo”. Com o que há de se concordar. (*A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2013)

¹⁶⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2013, p. 173.

De nada adianta todo o acervo tecnológico a que o judiciário vem aos poucos tendo acesso, se a produção da prova não se mantiver garantidora de princípios constitucionais.

A regra é que se utilize o modelo processual positivado. No entanto, é impossível ignorar a dinamicidade com que a sociedade muda, em razão, principalmente, do uso da tecnologia e da globalização.

Ante essas mudanças, notam-se, atualmente, dois cenários no Judiciário: é possível melhorar o procedimento previsto inicialmente, em razão de existirem meios tecnológicos aptos a aprimorar o modelo positivado; e é necessário criar alternativas ao procedimento previsto inicialmente, pois surgem situações excepcionais no caso concreto que não serão atendidas ou serão mal atendidas pelo procedimento previsto, trazendo resultados processuais insatisfatórios ou inaceitáveis, como é o caso hoje da oitiva de testemunhas em causa que envolva a criminalidade organizada, situação em que as testemunhas muitas vezes mudam seu testemunho em favor dos acusados, por não terem garantias de proteção contra estes.

É neste ponto que o processo pode ser auxiliado pela flexibilização e essa somente pode ser pensada no direito se tiver como objetivo a busca pelo devido processo legal. A flexibilização deve ser vista como uma das formas de se alcançar o devido processo legal.

Assim, por meio da flexibilização procedimental é possível alcançar três diferentes resultados: a aceitação de uma nova forma de se produzir a prova típica; a produção de prova anômala ou irritual; a produção de prova atípica.

A prova atípica somente surgirá se houver tentativa de aplicação por analogia de procedimento criado para uma prova específica em outra prova que não possui previsão ou não possui qualquer procedimento previsto. Para se chegar à analogia, entretanto, a prova atípica deve passar pelo filtro da proporcionalidade, conforme já visto no capítulo anterior.

Por sua vez, a prova testemunhal produzida com auxílio de meios eletrônicos ou com seu procedimento adaptado à proteção dos indivíduos envolvidos no processo em situação de risco ou vulnerabilidade, poderá ser considerada prova testemunhal típica, com alterações pontuais em procedimentos regidos por norma organizacional, ou seja, sem

atingir normas de garantia. É o caso de nova forma de produção de prova testemunhal, sem influir em sua tipicidade.

É possível que, ao se pretender alterar o procedimento da prova testemunhal, termine-se por criar uma prova anômala ou irritual. Essas são nulas e apenas poderão ser utilizadas no processo se alcançarem sua finalidade sem gerar prejuízo às partes.

No caso das provas atípica, anômala e irritual, a partir do momento em que, com sua produção, causarem o conflito entre dois direitos fundamentais, será possível aplicar a proporcionalidade.

Sobre a utilização da proporcionalidade no campo da prova ilícita (utilização esta que pode ser aplicada a qualquer produção probatória), Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes dispõem:

“E o que releva dizer é que, embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida.”¹⁶¹

Enfim, hoje, face à criminalidade organizada, às novas e crescentes opções tecnológicas e à nova sociedade que se constrói em torno da cooperação internacional, a flexibilização procedimental é elemento necessário para se alcançar um processo justo.

3. A ausência de procedimento na produção probatória

¹⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 129.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, ao afirmarem que o processo exige uma atividade típica para aplicar o direito às situações concretas, dispõem que “os participantes da relação processual devem pautar o seu comportamento segundo o modelo legal, sem o que essa atividade correria o risco de perder-se em providências inúteis ou desviadas do objetivo maior, que é a preparação de um provimento final justo”.

Os doutrinadores, na sequência, apontam para os benefícios trazidos pela regulamentação das normas processuais para as partes, que passam a ter “a garantia de efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial” e alertam acerca do “excessivo formalismo, que sacrifica o objetivo maior de realização da justiça em favor de solenidades estereis e sem nenhum sentido”¹⁶².

Certa feita, Antônio Scarance Fernandes, defendendo o direito à ordem do procedimento, escreveu que a ausência da preestabelecida ordem dos atos processuais resultaria no caos e tumulto¹⁶³.

É possível imaginar o direito sem procedimento: os processos seriam guiados apenas pelos princípios e garantias constitucionais e seus conflitos seriam solucionados pela aplicação da proporcionalidade, porém, dificilmente o resultado seria um processo organizado, e a falta de diretrizes prejudicaria a segurança jurídica.

A proporcionalidade é geralmente aplicada como último recurso, quando não há norma que resolva o conflito; sua aplicação exige, dentre outras coisas, bom senso do magistrado, pressuposto subjetivo que varia de pessoa para pessoa, podendo resultar em soluções diferentes para casos similares.

Além desse ponto, um dos mais importantes motivos da existência do procedimento é a indicação por ele do melhor caminho a ser seguido.

Antônio Magalhães Gomes Filho, neste sentido dispõe:

“O método probatório judiciário constitui, na verdade, um conjunto de regras mais amplo, cuja função garantidora dos direitos das

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 19

¹⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do procedimento e o procedimento no processo penal*, p. 69.

partes e da própria legitimação da jurisdição implica limitações ao objeto da prova, aos meios através dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo, além de estabelecer os procedimentos adequados às operações relacionadas à colheita do material probatório, ou mesmo, em certas situações, o valor da prova obtida.”¹⁶⁴

No passar das décadas, entre reformas processuais, doutrinadores, julgadores e legisladores trabalharam para fazer vigorar o procedimento hoje existente de produção probatória. Sempre haverá motivos, como sempre houve, para alteração do procedimento normatizado, em razão da dinamicidade da vida em sociedade. Todavia, estes motivos devem ser analisados de acordo com as garantias e com a eficiência que o novo procedimento trará ao processo.

O difícil é determinar o equilíbrio ideal dos dois pontos, com o objetivo de se alcançar o maior grau de justiça possível com o procedimento estabelecido.

4. Garantia e eficiência na produção de prova testemunhal

Já se falou da importância do procedimento e também da necessidade de sua flexibilização em casos específicos. Os estudos e as, sempre presente, sugestões de alterações da lei ou da forma de interpretá-la, como é feito no presente trabalho, são sugeridos com o fim de se alcançar maior grau de garantia e de eficiência no processo.

Eficiência e garantia não são noções contrapostas e sim complementares, conforme muito bem exposto por Antônio Scarance Fernandes:

“(...) não deve haver antagonismo entre eficiência e garantismo, se visto o processo criminal como instrumento legitimado por

¹⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 93.

procedimentos que assegurem aos órgãos de Estados meios para realizar uma eficiente persecução criminal e aos acusados formas de exercerem de modo eficiente suas defesas. Não se compreende eficiência sem garantismo. O ideal é que haja equilíbrio entre as partes, não se pendendo para os extremos de um hipergarantismo ou de uma repressão a todo custo.”¹⁶⁵

O equilíbrio buscado ao final terá seu controle realizado pelos princípios e garantias fundamentais. O autor reduz a apenas dois direitos fundamentais que interessariam ao processo penal: o direito à liberdade e o direito à segurança. Em decorrência destes “os indivíduos têm direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes provenham segurança e lhes garantam liberdade”¹⁶⁶.

O procedimento voltado à produção probatória recebe frequentes propostas de inovações. Visto que é por meio da prova que o juiz chega ao seu convencimento, quanto mais apurada, mais próximo se estará da verdade e de proporcionar um resultado processual justo. Porém, “ao direito à prova corresponde, como verso da mesma medalha, um direito à exclusão das provas que contrariem o ordenamento.”¹⁶⁷

Como será visto, com o cuidado de não se esbarrar no formalismo exacerbado ou na falta de segurança às partes, nem toda prova que deriva da prova típica testemunhal deve ser tida como prova atípica, anômala ou irritual. Algumas são simplesmente prova testemunhal sob uma nova roupagem, por conseguirem manter, ainda que com inovações, a tipicidade processual inerente a esse meio de prova¹⁶⁸.

¹⁶⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 528.

¹⁶⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 09.

¹⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 93.

¹⁶⁸ Quanto à utilidade da análise da prova com enfoque na tipicidade processual, Guilherme Madeira Dezem dispõe: “É importante que se assente a ideia de que a tipicidade processual, longe de consagrar o formalismo inútil e estéril, busca consagrar a liberdade de atuação dos sujeitos do processo e os limites para esta atuação, de forma a estabelecer a forma de se proceder no processo, buscando resguardar, ao mesmo tempo, a garantia e a eficácia do sistema.” (*Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 76.)

A análise das novas propostas de produção probatória testemunhal, no entanto, pode demonstrar uma contrariedade ao ordenamento que só estaria sanada mediante norma expressa que a permitisse.

Nos dizeres de Antonio Scarance Fernandes, ao mencionar alguns dos institutos que serão analisados no Capítulo IV:

“As normas especiais de inquirição de testemunhas configuram formas excepcionais de produção de uma prova típica. Se, por um lado, justificam-se pela necessidade de maior eficácia da prova testemunhal na apuração da verdade, por outro, devem estar acompanhadas de regras destinadas a assegurar a correta atuação das garantias constitucionais, as quais não podem ser afastadas com a mera invocação da excepcionalidade das formas adotadas.”¹⁶⁹

Dessa forma, seja qual for o caso, é imperioso que o sistema estudado seja ladeado pelo equilíbrio entre garantismo e eficiência, que possibilite alcançar um resultado processual justo.

5. Identificação dos requisitos essenciais para produção da prova testemunhal

5.1. Elementos típicos da prova testemunhal

Após analisar os elementos do tipo processual, conforme já estudado, Guilherme Madeira Dezem¹⁷⁰ passa a identifica-los nas provas típicas.

¹⁶⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal – estudo comprado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18.

¹⁷⁰ O autor trata da prova testemunhal sob esse enfoque a partir da página 235 (DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova pena: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008).

5.1.1. Tipo objetivo da prova testemunhal

Dentro do *tipo processual objetivo*, o qual, lembrando, se identifica com o ato processual abstraindo-se sua posição no procedimento, existem os *elementos estruturais do tipo processual objetivo interno*, consistentes no verbo da conduta a ser praticada na produção da prova testemunhal e nos elementos normativos desse meio de prova.

O Código de Processo Penal utiliza como *verbos das condutas* a serem praticadas na produção da prova testemunhal: depor e inquirir. Depor, como a conduta da testemunha e inquirir, como a conduta das partes¹⁷¹ e do juiz em relação à testemunha.

Os verbos são utilizados inúmeras vezes: “o depoimento será prestado oralmente”, “a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor”, “são proibidas de depor”, “as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si”, “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”, “as pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem”.

Por sua vez, os *elementos normativos*, de acordo com Dezem¹⁷², podem ser agrupados quanto à capacidade da testemunha e suas limitações e *quanto à prerrogativa* de determinadas testemunhas, essas dispostas no artigo 221, que dispõe como, onde e quando essas testemunhas com prerrogativas devem ser ouvidas.

Quanto à capacidade e limitações da testemunha, o artigo 202 dispõe que toda pessoa pode ser testemunha e, na sequência, no artigo 207, apresenta exceção à regra, apontando quem são as pessoas proibidas de depor, quais sejam, “as pessoas que, em razão

¹⁷¹ Com a entrada em vigor da lei 11.690/08, o artigo 212 passou a prever que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes 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. No parágrafo único permite ao juiz complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos. O novo texto muda o sistema antes presidencialista, no qual as perguntas das partes eram requeridas ao juiz, que as formulava à testemunha. Conforme explica Andrey Borges de Mendonça (*Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 194), “o intuito explícito do legislador, ao adotar o novo sistema, foi agilizar a colheita da prova oral. Além desse fator, a sistemática anterior era, muitas vezes, prejudicial à busca da verdade real, pois o magistrado, ao refazer a pergunta formulada pela parte, poderia alterá-la, mesmo involuntariamente, em algum aspecto substancial para a defesa ou acusação”. Assim, hoje as perguntas são formuladas pelas partes diretamente à testemunha, devendo ser fiscalizadas pelo magistrado e podendo ser complementadas pelo mesmo.

¹⁷² DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova pena: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 243.

de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

No artigo 206, ante a regra geral de obrigação de depor da testemunha, prevê a exceção de quem pode recusar-se a fazê-lo. Assim, “o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado”, podem se recusar a depor, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Por sua vez, os *elementos circunstanciais do tipo processual objetivo interno* regulam o lugar e o tempo em que devem ser praticados os atos processuais testemunhais. Quanto ao *elemento circunstancial lugar*, a regra é que a oitiva da testemunha seja tomada em juízo na presença física das partes e do juiz. Todavia, se o juiz verificar que a presença do réu pode causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha, fará a inquirição por videoconferência. O artigo deixa em aberto se quem deve ir para outra sala equipada com o sistema de videoconferência é o réu ou a testemunha; nesse caso o mais adequado é que a testemunha dirija-se a outra sala, a fim de permitir o contato direto do réu com seu defensor na sala de audiência, em respeito à ampla defesa.

Ademais, as testemunhas impossibilitadas de depor por enfermidade ou velhice serão inquiridas onde estiverem. Nos termos do rol elencado no artigo 221, há pessoas, como o presidente, os senadores e os governadores de estado, que possuem a prerrogativa de serem inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. E, por fim, as testemunhas residentes em jurisdição diversa à do juiz da causa, serão inquiridas por carta precatória ou por sistema de videoconferência no juízo onde residem.

O *elemento circunstancial tempo* está determinado no artigo 400 do Código de Processo Penal. De acordo com o artigo, a audiência de instrução e julgamento deverá ser, sempre que possível, una. Assim, no prazo máximo de sessenta dias contados da data do recebimento da denúncia ou queixa, proceder-se-á, na mesma audiência, à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

O artigo ressalva a oitiva de testemunha por carta precatória, pois nesse caso a testemunha faria seu depoimento a outro magistrado em outra ocasião. Mas até mesmo essa testemunha, que reside fora da jurisdição do juiz, pode ser ouvida na mesma audiência

que as outras testemunhas arroladas, desde que se aplique o §3º do artigo 222, utilizando-se da videoconferência.

Quanto ao prazo estipulado no artigo, “havendo a ultrapassagem dos 60 dias e a existência de acusado preso, deve-se analisar caso a caso, a fim de se verificar a concretude de eventual constrangimento ilegal”¹⁷³, e “caso o excesso de prazo não seja razoável, caracterizará constrangimento ilegal, sanável pela via do habeas corpus”¹⁷⁴.

O prazo supramencionado é aplicado no procedimento comum ordinário. Já a Lei 9.034/95, que cuida da utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, em seu artigo 8º, prevê que o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos de crimes praticados por organizações criminosas, será de oitenta e um dias, quando o réu estiver preso, e de cento e vinte dias, quando solto¹⁷⁵.

O prazo processual exato do encerramento da instrução criminal é assunto polêmico na doutrina¹⁷⁶, mas que a oitiva de testemunhas faz parte da instrução não há que se discutir¹⁷⁷. Assim, a oitiva de testemunhas, nos processos que envolvam crimes

¹⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 721.

¹⁷⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 288.

¹⁷⁵ A Lei 11.343/06 também traz prazos processuais estabelecidos nos artigos 50 a 59 que ao serem somados verifica-se que são 186 (cento e oitenta e seis) dias para a conclusão da instrução criminal. Da mesma forma, é cabível a ponderação atribuída aos prazos impróprios, isto é, apenas para o caso de o excesso de prazo não ser razoável, caracterizará constrangimento ilegal.

¹⁷⁶ Guilherme Madeira Dezem (*Da prova pena: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 243) explica que os prazos previstos na Lei 9.034/95 ligam-se “ao término da instrução, que não possui conceito único pela doutrina pátria”. Isso porque, a instrução criminal pode significar apenas os atos instrutórios propriamente ditos, ou seja, a produção de prova, ou pode abranger a prática de atos probatórios e as alegações das partes (José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, vol. II, 1998, p. 249), o que interferiria no prazo determinado. Outrossim, o próprio prazo de oitenta e um dias para finalização da instrução criminal no procedimento comum ordinário, calculado da soma dos prazos apresentados no Código de Processo Penal, aventado antes da entrada em vigor da Lei 11.719/08 (que alterou o procedimento comum ordinário), pela jurisprudência como solução ao razoável tempo de duração do processo, apresentava polêmica hoje pacificada por entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido: “O excesso de prazo, como cediço na jurisprudência da Corte, não pode resultar de simples operação aritmética, devendo aferir-se a complexidade do processo, os atos procrastinatórios da defesa e o número de réus envolvidos, que são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal (HC 104845/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 10/8/2010; HC 101110/CE, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ de 12/2/2010; e HC 97900/SP, red. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 16/3/2010, entre outros)”. (HC 111119/PI, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 23/04/2013).

¹⁷⁷ O próprio artigo 401 expressamente dispõe que as testemunhas serão inquiridas na instrução: “na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa”.

praticados por organizações criminosas, deve se dar em no máximo oitenta e um dias, quando o réu estiver preso, e cento e vinte dias, quando solto.

Como *tipo processual objetivo externo* tem-se que “o depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes”¹⁷⁸. Do termo extrai-se a documentação da prova testemunhal colhida. A prova testemunhal será reduzida a termo, isto é, o depoimento da testemunha será transcrito e assinado pela testemunha, pelo juiz e pelas partes e, em seguida, juntado aos autos.

5.1.2. Tipo subjetivo da prova testemunhal

O tipo processual subjetivo trata da presença dos participantes do ato processual e da vontade das partes na prática do ato processual. E pode ser dividido em dois elementos: o elemento estrutural ou participativo e o elemento circunstancial ou volitivo.

O *elemento estrutural ou participativo* refere-se aos intervenientes da colheita da prova testemunhal, “na medida em que é da própria essência do ato a participação dos diversos sujeitos do processo”¹⁷⁹. O artigo 155, que abre o capítulo das disposições gerais da prova, é claro ao dispor que a prova será produzida em contraditório judicial, ou seja, na presença de ambas as partes, e que servirá para formação da convicção do juiz.

Ante o conteúdo do artigo em comento é possível afirmar que para a produção da prova testemunhal é imprescindível a presença das partes e do juiz, e, claro, da testemunha. As partes tem participação ativa no ato da oitiva de testemunhas, ainda mais após a alteração trazida pela Lei 11.690/08 ao artigo 212, que passou a prever que as perguntas são formuladas diretamente pelas partes à testemunha.

Cabe ao juiz, por sua vez, inadmitir aquelas indagações que puderem induzir a resposta, as que não tiverem relação com a causa ou que importarem na repetição de outra

¹⁷⁸ Artigo 216, do Código de Processo Penal, que tem em seu texto completo o seguinte: “Art. 216. O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos.”

¹⁷⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova pena: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 65.

pergunta já respondida. Ao final, o magistrado pode, ainda, complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos. A atuação do juiz e das partes junto à testemunha é frequente na produção desse meio de prova.

A presença do réu na produção do ato processual é garantida não apenas no Código de Processo Penal¹⁸⁰, mas na Constituição Federal, no inciso LV do artigo 5º, quando diz que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa. A ampla defesa tem duas facetas: o direito de ter defesa técnica e o direito de autodefesa. Essa última também é composta de dois aspectos: o direito de audiência e o direito de presença.

O primeiro trata da possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz no momento do interrogatório. “O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele, posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas”¹⁸¹.

Para que o réu possa tomar posição a todo momento em face das provas produzidas e para que possa auxiliar seu defensor no momento da formulação das perguntas à testemunha, se faz necessária sua presença no momento da produção do ato. Todavia, tal direito não é absoluto; em último caso, o réu pode ser retirado da sala de audiências no momento da produção da prova testemunhal, nas situações excepcionais do artigo 217.

Dessa forma, “em situações devidamente justificadas o magistrado poderá impedir que o réu se mantenha na sala de audiências, visando assegurar a busca da verdade real”¹⁸², dando preferência à utilização do sistema de videoconferência, quando esse for opção, sem cortar a comunicação com seu defensor, mantendo-se o contato por meio de canais telefônicos.

¹⁸⁰ É assegurada ainda pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, aprovado pelo Dec. Leg. nº 266/1991 e promulgado pelo Dec. nº 592/92, do qual o Brasil é signatário, expressamente prevê, no artigo 14, 3, d: 3. “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exigir, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;”. (grifo nosso)

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 75.

¹⁸² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 198.

De qualquer forma, a retirada do réu da sala de audiência no momento da produção da prova testemunhal é exceção, devendo-se, sempre que possível, atentar-se à regra de oitiva da testemunha na presença do juiz e de ambas as partes.

O *elemento circunstancial ou volitivo* do tipo processual subjetivo caracteriza-se pela vontade do sujeito na prática da produção testemunhal. “A testemunha atua, normalmente, na tentativa de reconstrução do fato”¹⁸³. No momento do depoimento podem ocorrer três situações: a testemunha pode dizer a verdade; a testemunha pode entender que o que diz é verdade, mas o seu depoimento provar-se não fidedigno; e a testemunha pode mentir.

Nos dizeres de Francesco Cernelutti:

“La verdad es que el testimonio es una prueba indispensable, pero desgraciadamente peligrosa, que debe ser percibida y valorada con extrema cautela, ya porque la fidelidad del relato depende de la atención del testigo en el momento en que acaecieron los hechos narrados, de su memoria, de sus condiciones psíquicas en el momento en que hace la narración; ya porque, a menudo, los intereses que juegan en tomo a las partes, presionan sobre él y lo inducen, con mayor o menor energía, a la reticencia y al engaño.”¹⁸⁴

José Carlos G. Xavier de Aquino¹⁸⁵ divide a mentira em voluntária e involuntária¹⁸⁶. A mentira voluntária é a testemunha faltar deliberadamente com a verdade

¹⁸³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova pena: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 244.

¹⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 2005, p. 23. Tradução livre: “A verdade é que a testemunha é uma prova indispensável, mas infelizmente perigosa, que deve ser percebida e valorada com extrema cautela, seja porque a fidelidade do relato depende da atenção da testemunha no momento em que ocorreram os fatos narrados, de sua memória, de suas condições psíquicas no momento em que faz a narração, seja porque, muitas vezes, os interesses que jogam em torno das partes, pressionam sobre ela e a induzem, com mais ou menos energia, à reticência e ao erro.”

¹⁸⁵ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 51.

¹⁸⁶ Apesar de se utilizar a nomenclatura criada pelo doutrinador, interessante verificar que quem mente “afirma coisa que sabe ser contrária à verdade” (definição de “mentir” do dicionário Aurélio), assim, a mentira sempre seria voluntária, a mentira involuntária, de fato, seria faltar com a verdade involuntariamente. Mas, em prol da didática, seguiremos a orientação de José Carlos.

em seu depoimento. Pode se originar em interesse próprio do depoente em mentir, por exemplo, para não se auto incriminar, ou pode ter origem na vontade de não incriminar o réu. Essa última hipótese pode justificar-se na afinidade, no interesse financeiro ou no medo. As duas primeiras podem configurar crime de falso testemunho; a última, a depender do caso, pode configurar coação irresistível, excluindo-se a culpabilidade.

A afinidade entre o réu e a testemunha pode advir de relação familiar, ocasião em que, uma vez constatada, a testemunha deverá ser ouvida como informante e não prestará compromisso de dizer a verdade, nos termos do artigo 206. A afinidade, no entanto, pode ser mais difícil de detectar, como na ocasião de serem o réu e a testemunha amigos, caso em que deverá a parte oposta contraditar a testemunha, conforme disposto no artigo 214.

A mentira voluntária pode se originar, ainda, de interesse financeiro ou medo. Nesses casos há a intervenção do acusado a fim de mudar o ânimo da testemunha, fazendo com que minta no depoimento em seu favor.

Se a testemunha falsear a verdade em razão de oferta de vantagem que lhe interesse, a testemunha incorrerá no crime previsto no artigo 342 do Código Penal e quem oferece a vantagem para que a testemunha faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade em depoimento, incorre no crime do artigo 343 do mesmo diploma.

O medo, entretanto, deve ser tratado com maior atenção. Se o sujeito for testemunhar em processo cujo envolvido é, por exemplo, membro de uma organização criminosa, é natural que se sinta impelido a mentir, ante a possibilidade de colocar em risco sua vida e de seus familiares ao depor contra pessoa notadamente perigosa.

Com intenção de dirimir essa situação, dando segurança à testemunha ameaçada foi sancionada a Lei 9.807/99, que estabeleceu normas para organização e manutenção de programas de proteção de testemunhas, o que inclui, entre outras, alteração do nome completo, segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações, escolta e segurança nos deslocamentos da residência, apoio e assistência social, médica e psicológica.

Há, por sua vez, a mentira involuntária, ou seja, a que “a testemunha vem a juízo com o firme propósito de dizer a verdade, mas por erro de percepção, de memória, ou

por sugestão etc., acaba por transfigurar a verdade de um fato, induzindo, sem querer, o magistrado em erro na reconstrução analítica do fato objeto de sua apreciação.”¹⁸⁷

A testemunha pode faltar com a verdade sem intenção de fazê-lo por ocasião do decurso do tempo. O tempo tem grande influência na memória do ser humano, afetando diretamente a capacidade de armazenamento de informações. “A memória sofre alterações dependendo de dois aspectos: 1) o estado psicológico que a pessoa se encontrava no momento dos fatos; 2) o passar do tempo é capaz de apagar informações importantes ou de criar falsas memórias.”¹⁸⁸

Pode também a testemunha ser induzida a erro pela forma de pergunta, por isso importante o papel do magistrado de inadmitir as perguntas das partes que induzam a resposta da testemunha, nos termos do artigo 212.

Pode, por fim, mas não exaurindo o tema, ter a testemunha uma visão distorcida do que realmente ocorreu, por ocasião, por exemplo, do ambiente, que poderia estar escuro atrapalhando a interpretação do ocorrido pela testemunha, ou a sugestão externa da mídia acaba por alterar percepção mental da testemunha do que realmente aconteceu.

5.1.3. Tipo procedimental da prova testemunhal

O tipo procedimental possui dois elementos: o elemento procedimental e o elemento funcional.

O *elemento procedimental* consiste em como deve ser produzida a prova testemunhal. Guilherme Madeira Dezem explica:

“Para que haja a completa adequação do suporte fático ao tipo processual, deve ele ser praticado dentro do procedimento legal

¹⁸⁷ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 51-52.

¹⁸⁸ LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento de pessoas e coisas como um meio de prova irrepetível e urgente. Necessidade de realização antecipada. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez., 2011, p. 06.

previsto. Ou seja, a prática do ato processual fora do modelo legal de procedimento previsto importa a sua atipicidade.”¹⁸⁹

Lembrando que a tipicidade processual fundamenta-se nos princípios da legalidade e do devido processo legal e atua preponderantemente sobre as normas de garantia e não sobre as normas de organização¹⁹⁰, a prova testemunhal deve ser produzida dentro do modelo processual ditado pelas normas de garantia, previsto no Código de Processo Penal.

Basta, portanto, ao ato praticado, que obedeça ao fim almejado pela medida de produção da prova testemunhal, seguindo o modelo procedimental ditado pelas normas de garantia e respeitando os direitos e garantias constitucionais que o modelo busca assegurar.

Nesse sentido, Dezem menciona a determinação do artigo 400, de que na audiência de instrução e julgamento seja efetuada a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, a fim de assegurar a ampla defesa¹⁹¹.

O *elemento funcional* da prova testemunhal traduz qual a função desse ato no procedimento, com vistas ao fim processual. Conforme antes expressado, a produção da prova testemunhal busca reconstruir o fato trazido ao processo pelas partes, a fim de se alcançar o convencimento do juiz, obtendo-se, dessa forma, “um resultado justo que se legitime pelo procedimento adequado”¹⁹², ou seja, atingindo-se a finalidade processual.

O depoimento da testemunha “pode ter por objeto fatos relativos à imputação, à punibilidade, à determinação da pena ou da medida de segurança”¹⁹³.

¹⁸⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 71.

¹⁹⁰ Id., p. 55.

¹⁹¹ Essa regra, como ressalva Guilherme Madeira Dezem (*Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 245), pode ser atenuada quando for necessária a oitiva de testemunha por carta precatória, nos termos do §1º do artigo 222.

¹⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

¹⁹³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 245.

5.2. Limites das variações na produção probatória testemunhal

Testemunha é o terceiro, desinteressado na causa, que depõe em juízo acerca do que sabe sobre os fatos percebidos por ela e relevantes à causa *sub judice*.

A definição acima difere da usada quando o tema for proteção à testemunha, qual seja, todo aquele que “disponha de informação com conteúdo relevante para a verificação probatória dos fatos em investigação”.¹⁹⁴ Trata-se de abordagem ampla do tema, abrindo um leque de sujeitos que podem ser tomados por testemunha no processo penal, como o perito, os assistentes, os co-arguidos, o ofendido, etc. O conceito é bem aceito para o fim de aplicação de medidas protetivas, visto que todos esses sujeitos podem se tornar potencialmente alvos de intimidação.¹⁹⁵

O diploma processual prevê que qualquer pessoa pode ser testemunha (artigo 202), e dispõe o procedimento para tanto. Porém, situações atuais nos casos concretos clamam por alterações no procedimento da prova testemunhal.

Entre outros casos, o Código de Processo Penal e as leis especiais não preveem o procedimento especial para oitiva de crianças e adolescentes. A Constituição Federal assegura o tratamento com absoluta prioridade de crianças, adolescentes e jovens (artigo 227). Por sua vez, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, prevê a oportunidade de oitiva da criança, em particular, diretamente ou por intermédio de um órgão apropriado, em processo judicial ou administrativo que a afete (artigo 12.2.).

Assim, apesar de haver a disposição positivada no direito brasileiro permitindo seu uso, não há procedimento expresso que determine como deve ser realizada a oitiva da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência. Há apenas uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça em vigor, que indica parâmetros a serem seguidos, envolvendo o intermédio de um profissional e a transmissão de sons e imagens de uma sala especial (onde se encontra a criança ou adolescente) até uma sala de

¹⁹⁴ SILVA, Sandra Oliveira e. *apud* SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010, p. 46.

¹⁹⁵ SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010, p. 46.

audiências (onde se encontram os outros sujeitos processuais). Até que ponto esses parâmetros estão dentro da tipicidade probatória da prova testemunhal?

Defende-se que apenas as provas atípicas devem passar pelo filtro da proporcionalidade e seguir à analogia de procedimentos, a depender do caso concreto. Assim, as provas típicas devem seguir os ritos a elas dispostos na lei.

O legislador, a seu turno, descreveu um procedimento para a prova testemunhal adequado à década de 40, com todas as limitações que lhes eram apresentadas na época, ou seja, com a ausência da tecnologia a que hoje se tem acesso.

Sem poder prever o desenvolvimento que estava por vir nessa área, seja para o benefício da justiça, seja para o benefício dos criminosos, o legislador do Código de Processo Penal não fez, por exemplo, lei para proteção de testemunhas e seus familiares ameaçados por organizações criminosas estruturadas e equipadas como são atualmente.

A inovação do depoimento por videoconferência, uma novidade tecnológica que favorece o judiciário, como se verá, foi introduzida no diploma processual por meio das leis 11.690/08 e 11.900/09, após muitos juízes já a terem colocado em prática utilizando-se, inicialmente, de decisões fundamentadas em princípios constitucionais como o da celeridade, e depois de leis estaduais formalmente inconstitucionais.

Da mesma forma, ainda existem e sempre vão existir, já que o conhecimento e os costumes são dinâmicos, novas situações a serem legisladas, seja para expressamente proibi-las ou para expressamente permiti-las, criando-lhes procedimento adequado, quando necessário. Como é o caso das testemunhas anônimas, das testemunhas indiretas, do depoimento especial de crianças e adolescentes, entre outros temas.

Ainda assim, o procedimento disposto às testemunhas hoje permite interpretação ampla, desde que não contrária à sua tipicidade processual e às suas características.

O limite às variações na produção probatória testemunhal sugerido no presente trabalho é aquele desenvolvido no estudo de Guilherme Madeira Dezem¹⁹⁶, segundo o qual a alteração produzida no procedimento que contrariar apenas normas de organização, não afetará a tipicidade processual da prova que se pretende produzir. Ou seja, mesmo com as

¹⁹⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008.

modificações no procedimento a prova continua sendo típica, tratar-se-á apenas de nova forma de produção da prova testemunhal.

Por outro lado, se normas de garantia forem afetadas com as alterações procedimentais propostas, a prova não será típica, a prova não será testemunhal, e sim prova anômala ou irritual.

Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes ensina:

“A prova testemunhal constitui um dos principais meios típicos de produção de prova no processo penal. Os seus problemas não são, assim, de atipicidade, mas de outra ordem. Dizem respeito à criação de formas especiais ou excepcionais para a sua produção, as quais, apenas se adotado conceito mais largo de atipicidade, autorizariam falar em uma atipicidade especial ou parcial. Não nos parece, contudo, interessante esse alargamento do conceito de atipicidade. As maneiras especiais de se produzir uma prova típica podem gerar questões referentes à irritualidade ou anomalia da prova.”¹⁹⁷

Afasta-se, portanto, o conceito amplo de atipicidade para enquadrar as formas de produção “excepcionais ou especiais” da prova testemunhal dentro do conceito de prova irritual ou anômala.

Para as novas formas de produção de prova testemunhal, o rito procedimental pode ser alterado, desde que com as novas medidas se altere apenas normas de organização, respeitando-se os elementos de tipicidade da prova testemunhal. A partir do momento em que forem alteradas normas de garantia, a tipicidade processual resta prejudicada e a prova será anômala ou irritual, de produção nula, não podendo ser aceita no processo.

Ante o exposto, se respeitada a tipicidade processual desse meio de prova, a produção probatória derivada da prova testemunhal (aquela munida de alterações não

¹⁹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal – estudo comprado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 16.

previstas no texto original do Código de Processo Penal, ou oriunda de leis novas) é perfeitamente possível, uma vez que essas sugestões de alterações no procedimento positivado não passam de nova forma de produzir prova tipicamente testemunhal.

PARTE II – ANÁLISE DA TIPICIDADE DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA DERIVADA DA PROVA TESTEMUNHAL

CAPÍTULO IV - VIDEOCONFERÊNCIA E A RETIRADA DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIAS

1. Conceito e previsão legal

De acordo com Danyelle da Silva Galvão “para o processo penal atual, a videoconferência é o meio de transmissão de sons e imagens, e eventualmente de dados, entre dois ou mais pontos fisicamente distantes, em tempo real e de forma bilateral; sendo requisitos mínimos a qualidade de áudio e vídeo a possibilitar a perfeita interação entre os envolvidos no ato processual”¹⁹⁸.

O emprego do sistema de videoconferência no Brasil é previsto no Código de Processo Penal para a oitiva da testemunha, do ofendido e para o interrogatório do acusado.

Antes de existir previsão legal que autorizasse sua implementação, o interrogatório por videoconferência já era utilizado por alguns juízes. Na doutrina era defendido por alguns e criticado por outros. O Supremo Tribunal Federal ainda diverge quanto à constitucionalidade material do sistema; já o entendimento sobre sua constitucionalidade formal restou pacificado¹⁹⁹ após a entrada em vigor da Lei 11.900/2009, que alterou o §2º do artigo 185, passando a prever a possibilidade de

¹⁹⁸ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, 2012, p. 107.

¹⁹⁹ O julgamento do HC 90.900, julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 19 de dezembro de 2008, de Relatoria do Ministro Menezes Direito, assentou, por maioria, a inconstitucionalidade formal da Lei 11.819/2005, do Estado de São Paulo, que tratava do interrogatório por videoconferência, por entender que tal diploma legal ofende o art. 22, I, da Constituição federal, na medida em que disciplina matéria eminentemente processual. Menos de um mês depois desse julgamento entrou em vigor a lei 11.900 de 08 de janeiro de 2009, fazendo com que uma lei federal (Código de Processo Penal) passasse a prever a utilização da videoconferência em interrogatórios de acusados. O julgado ainda é mencionado no Supremo Tribunal Federal, quando para declarar a inconstitucionalidade formal de interrogatórios realizados por videoconferência antes do advento da lei 11.900/09, decretando a nulidade desses (AI 820070 AgR/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 07/12/2010; HC 99609/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma DJ 02/02/2010).

utilização do sistema, inclusive, “no que couber à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido” (artigo 185, §8º).

O artigo 217, por meio de alteração introduzida pela Lei 11.690/08, e o artigo 222, §3º, com alteração dada pela Lei 11.900/09, autorizam a utilização do sistema de videoconferência na oitiva de testemunhas em situações diversas.

O artigo 217 prevê, na ocasião em que 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, que este 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.

O parágrafo único do artigo em comento determina que a adoção da medida de utilização da videoconferência ou, na falta dessa, de retirada do acusado da sala de audiência deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. A decisão deve, portanto, ser motivada.

O artigo prevê expressamente a “inquirição por videoconferência”. Assim, é possível interpretar o artigo no sentido de que a testemunha deve ser retirada da sala de audiências para ser inquirida por videoconferência. Todavia, se a presença negativa do réu é o que deve motivar a decisão do magistrado, na opção dada pelo legislador, a testemunha continuará vendo e ouvindo o acusado e vice-versa, uma vez que a videoconferência é sistema de comunicação bilateral, conforme mencionado. Assim, a testemunha continuará sofrendo a influência da presença do réu, mesmo que à distância.

Outrossim, seria possível minimizar o dano da efetiva retirada do réu da sala de audiência, alternativa final dada pelo artigo em comento, se for permitido a esse acompanhar a audiência de uma sala diversa aparatada de um sistema de câmeras unilateral. Dessa forma, somente o acusado teria acesso visual e auditivo da sala de audiência, podendo acompanhar devidamente a audiência, sem que a testemunha tivesse qualquer contato com ele.

O momento da oitiva da testemunha não conta com manifestações do acusado, apenas há o contato deste com seu defensor no momento da formulação de perguntas, o que pode ser mantido por meio de instalação de linha telefônica segura entre ambos.

Dessa forma, a testemunha saberá que o acusado está acompanhando seu depoimento, sem ter, no entanto, que confrontá-lo. Para a testemunha não será muito diferente do que ocorre quando o réu é retirado da sala, sem a oportunidade de acompanhar o depoimento, já que o acusado terá ciência do depoimento por meio de seu defensor, que acompanhará a produção da prova, ou por acesso pessoal à prova produzida quando essa for reduzida a termo e juntada aos autos.

Ademais, nos termos do artigo em estudo, em último caso, se a oitiva por videoconferência não se fizer possível, o réu será retirado da sala para oitiva da testemunha, ficando apenas seu defensor para garantia da ampla defesa, neste caso, não tão ampla.

Em 2009 foi acrescentado o §3º ao artigo 222, permitindo a utilização do sistema de videoconferência para a oitiva de testemunha que morar fora da jurisdição. Em que pese seja uma faculdade, a utilização da videoconferência nesses casos traz inúmeras garantias, que a oitiva por carta precatória não permite observar.

A utilização de carta precatória acaba por ferir o princípio da identidade física do juiz, pois o magistrado que faria a colheita da prova não seria o que julgaria o caso. Da mesma forma, a depender da distância, para que a parte acompanhe a diligência realizada em outra comarca seria necessário dispor de valor razoável para sua viagem e para a viagem de seu defensor; se for pessoa de poder aquisitivo limitado, a expedição de carta precatória termina por impedi-la de acompanhar a produção probatória, inviabilizando o contraditório real.

Até o início de 2009, a oitiva de testemunha que morasse fora da jurisdição do juiz seria exclusivamente realizada por meio de carta precatória. A utilização de carta precatória foi a solução encontrada em 1941, quando da entrada em vigor do Código de Processo Penal. Hoje, com o avanço tecnológico ocorrido neste ínterim, é possível lançar mão de meio mais eficaz para a tomada do depoimento de testemunha que resida fora da jurisdição do juiz responsável pelo processo.

Apesar das previsões existirem, o comum é que não se utilize a videoconferência, principalmente em razão da falta de aparato para tanto. No que tange a oitiva de réu preso, o Poder Judiciário possui, nos maiores presídios, salas com o sistema de videoconferência. No Estado de São Paulo, o Fórum Criminal da Barra Funda, por

exemplo, possui algumas salas equipadas com todo o material necessário para se realizar o interrogatório desses réus²⁰⁰.

Mas, no que concerne às testemunhas e ao processo como um todo, o dia a dia das audiências seria muito beneficiado se todas as comarcas possuissem uma sala de audiências equipada com o sistema de videoconferência. Como o alcance do sistema é ainda insipiente, o réu, a depender do estado emocional das testemunhas, quase sempre é retirado da sala de audiências e as cartas precatórias continuam sendo expedidas regularmente.

2. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à videoconferência

Conforme explicitado, grande parte da doutrina mostrou-se contrária à implementação do sistema de videoconferência, apontando supostas violações de direitos e de garantias fundamentais, como os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal ainda não ter se pronunciado acerca da constitucionalidade material da utilização da videoconferência, há um julgado (HC 88.914, Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJ 05/10/07) no qual os Ministros discutem a constitucionalidade material da utilização da videoconferência no interrogatório do acusado.

Apesar de esse julgado não representar o pensamento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que não foi julgado pelo Tribunal Pleno e em vista da modificação dos

²⁰⁰ Em 2012 a listagem divulgada pelo TJSP de locais que possuem o sistema de videoconferência instalado em suas dependências, consistia em: CDP Americana, CDP Bauru, CDP Belém I e II, CDP Caiuá, CDP Campinas, CDP Caraguatatuba, CDP Diadema, CDP Franco da Rocha, CDP Guarulhos I e II, CDP Hortolândia, CDP Itapeverica da Serra, CDP Mauá, CDP Mogi das Cruzes, CDP Osasco, CDP Pinheiros I e IV, CDP de Piracicaba, CDP Praia Grande, CDP Ribeirão Preto, CDP Santo André, CDP São Bernardo do Campo, CDP São José do Rio Preto, CDP São José dos Campos, CDP São Vicente, CDP Serra Azul, CDP Sorocaba, CDP Suzano, CDP Taubaté, CDP Vila Independência, CRP Presidente Bernardes, Penitenciária II Presidente Venceslau, Penitenciária Adriano Marrey, Penitenciária Araraquara, Penitenciária Avaré I, Penitenciária Feminina da Capital, Penitenciária Feminina de Sant'ana, Penitenciária Itai, Fórum Araçatuba, Fórum Barra Funda 1 a 8, Fórum Bauru, Fórum Campinas, Fórum Federal de Guarulhos 1 e 2, Fórum Federal de São José do Rio Preto, Fórum Federal de São Paulo 1 e 2, Fórum Guarulhos, Fórum Jundiaí, Fórum Osasco, Fórum Presidente Bernardes, Fórum Presidente Prudente, Fórum Presidente Venceslau, Fórum Ribeirão Preto, Fórum Santos, Fórum São José do Rio Preto, Fórum São José dos Campos, Fórum Taubaté.

componentes do Tribunal da época do julgamento para hoje, ainda assim, é interessante a esse trabalho citar os argumentos lá apresentados por seu Relator, acompanhados pelos outros Ministros da 2ª Turma, de violação a princípios fundamentais em razão da utilização do sistema de videoconferência, ainda que com enfoque no interrogatório.

O Relator do acórdão Ministro Cezar Peluso fundamentou sua decisão, que, ao final, anulou o processo a contar do interrogatório, com duas ponderações: a de que o interrogatório realizado por videoconferência não garante os princípios fundamentais da ampla defesa e do contraditório ao não propiciar o direito de presença do réu; e de que há falta de liberdade e de segurança no depoimento do acusado, pois durante seu depoimento o acusado estaria no cárcere, onde poderia estar sendo coagido por pessoas desse local a testemunhar de acordo com interesses escusos e sem poder delatá-los, uma vez que o depoimento pode ser feito, por exemplo, ao lado do carcereiro que o estava intimidando.

O Ministro diferencia a presença física da presença virtual ao ponderar que:

“A perda do contato pessoal com os partícipes do processo torna, em termos de humanidade, asséptico o ambiente dos tribunais, fazendo mecânica e insensível a atividade judiciária. E, todos sabemos, ‘o exercício da magistratura é tarefa incômoda. Deve ser exercida com todos os riscos inerentes ao ministério’. E isso compreende observar a curial recomendação norteamericana de que cumpre aos juízes cuidarem de ‘smell the fear’, coisa que, na sua tradução prática para o caso, somente pode ser alcançada nas relações entre presentes.”

Como ato complexo que é, o interrogatório pressupõe a participação do acusado, do defensor, do intérprete, quando necessário, do acusador e do juiz. Em seu voto, Cezar Peluso não vê como seria possível atender a essas formalidades legais no interrogatório realizado à distância, em dois lugares simultaneamente.

Por fim, o Ministro menciona a violação da publicidade na utilização da videoconferência, pois, de acordo com ele, a carceragem não daria acesso a qualquer do

povo para presenciar o ato processual, conforme previsto no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal, e no artigo 792, do Código de Processo Penal.

Pouco após esse julgado da 2ª Turma, o Código de Processo Penal passou a permitir expressamente a utilização da videoconferência na oitiva de testemunhas e no interrogatório do acusado, mas a constitucionalidade material do procedimento ainda não foi analisada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Os mesmos argumentos utilizados pelo Ministro Cezar Peluso para o interrogatório podem ser aplicados à oitiva de testemunha. Nos termos do artigo 217, quando se determina a retirada do acusado da sala de audiências por humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha, para acompanhamento da audiência pelo acusado por meio de sistema de câmeras, esse é separado de seu advogado, sem ter contato com os outros partícipes do processo, ocasião que poderia ensejar o comprometimento do contraditório e da ampla defesa.

Da mesma forma, a oitiva de testemunha por videoconferência, que morar fora da jurisdição do juiz competente (§3º, artigo 222), pode levantar a questão de ofensa à publicidade, referida no *habeas corpus* supramencionado.

Questões essas que serão analisadas a seguir.

3. A situação procedimental da videoconferência

A videoconferência é mera forma de realização do ato processual²⁰¹. O Código de Processo Penal prevê duas hipóteses de possível aplicação do sistema de videoconferência na produção de prova testemunhal, como visto: quando houver necessidade de retirada da testemunha ou do acusado da sala de audiências, nos termos do artigo 217, e na hipótese de substituição da carta precatória, nos termos do §3º, do artigo 222.

²⁰¹ GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, 2012, p. 105.

A previsão da videoconferência para oitiva de testemunhas no Código de Processo Penal é apenas nominal, uma vez que não menciona qual o procedimento a ser adotado no caso de aplicação da videoconferência. Todavia, o sistema tem procedimento previsto com maior detalhe no artigo 185 deste diploma, o qual dispõe acerca do interrogatório do acusado. Para o caso previsto no artigo 217, é possível utilizar-se do disposto no §5º do artigo 185, isto é, deve ser garantido ao réu afastado da sala de audiências o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o advogado presente na sala de audiência e o acusado.

Outras situações ficam em aberto, como: quem acompanhará a testemunha quando essa se encontrar em jurisdição diversa da em que ocorre a audiência, ou qual o aparato tecnológico a ser utilizado na oitiva por videoconferência, por exemplo, se haverá câmera com controle remoto pelo juiz responsável pelo processo, que possibilite a ele a aferição do ambiente em que a testemunha se encontra, evitando eventual prejuízo a sua credibilidade.

Diferentemente do que se entende quanto ao depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, como será visto no próximo capítulo, a mera autorização para utilização da videoconferência é suficiente para fazer sua utilização típica, em outras palavras, não faltam elementos procedimentais para que a videoconferência seja colocada em uso.

Os ambientes a serem formados para a oitiva da testemunha por videoconferência independem da atuação de profissional distinto do que hoje já é previsto no Código de Processo Penal, de sala especial, ou sequer necessita de qualquer alteração procedimental quanto à forma de se fazer as perguntas ou ao momento de sua produção.²⁰²

O sistema eletrônico a ser empregado para a oitiva de testemunhas por videoconferência deve ser o mesmo empregado para o interrogatório do réu preso. Porém, ao invés de se utilizar a ligação penitenciária-fórum, o mais comum é que ocorra a ligação fórum-fórum, entre comarcas.

²⁰² No caso da oitiva especial de crianças e adolescentes, nos termos do previsto no Projeto de Lei 156/2009 (Novo Código de Processo Penal) esses devem ser acompanhados por profissional da área psicossocial, deve haver no fórum sala especial adequada a suas idades e diversa da sala de audiência, o sistema de perguntas às testemunhas menores é presidencialista e, ainda, a fim de resguardar a dignidade da criança e o adolescente, é permitida a antecipação probatória, sendo proibida após a gravação do depoimento a reinquirição das testemunhas. Assim, como se vê, diferentemente do que ocorre com a produção de prova testemunhal por videoconferência, são muitas as alterações necessárias para que se coloque em prática o depoimento especial.

Como o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de haver constitucionalidade formal para a aplicação do interrogatório por videoconferência, deve-se entender no mesmo sentido sobre a oitiva de testemunhas pelo sistema.

Dessa forma, a fim de evitar o formalismo exacerbado e de acordo com o que foi estudado, entende-se que a videoconferência, independentemente da análise de tipicidade processual, deve ser aceita no ordenamento jurídico, visto que há previsão expressa que autoriza e viabiliza a sua aplicação.

Ainda assim, podem surgir dúvidas quanto à constitucionalidade material da utilização da videoconferência no sistema processual, assunto ainda não pacificado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, conforme mencionado. Assim, a previsão legal da oitiva de testemunha por videoconferência ainda está sujeita ao controle de constitucionalidade, e, se restar verificada a afronta à publicidade processual e à ampla defesa do acusado, pode ser declarada norma inconstitucional.

4. Análise de tipicidade processual da oitiva de testemunha por videoconferência

À parte da discussão apresentada quanto à suficiência do procedimento normativo que regula a produção probatória testemunhal por videoconferência, é interessante a análise da tipicidade processual do sistema de videoconferência no processo penal, a fim de aferir se sua utilização afeta o tipo processual da prova testemunhal e, dessa forma, se afeta norma de garantia ou de organização.

Se constatado que a oitiva de testemunha por videoconferência apenas afeta normas de organização, sua aplicação seria somente nova forma de produção da prova testemunhal. Não haveria nesse caso, necessidade de norma que a regulasse, apenas haveria necessidade de norma que a autorizasse (como de fato há), restando garantida, por meio da análise de sua tipicidade processual, a tipicidade dessa forma de produção de ato processual, ou seja, a produção de prova testemunhal por videoconferência seria típica porque não é nada além do que produção de prova testemunhal.

Se, por outro lado, sua aplicação atingir normas de garantia da prova testemunhal, a videoconferência poderia continuar sendo aplicada, em razão da previsão

legal que assim autoriza²⁰³, mas estaria com seu futuro ameaçado, visto que a contrariedade à norma de garantia nesse caso implicaria na afronta a princípios constitucionais, o que poderia gerar uma declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal, a depender da análise de proporcionalidade da medida.

Uma vez que surgem novos meios de se alcançar o objetivo da prova testemunhal, qual seja, a tentativa de reconstruir o fato alegado pelas partes, é preciso rever o procedimento e criticamente analisar se os meios até então utilizados podem ser substituídos por outro ou outros mais recentes, mantendo-se o respeito às garantias constitucionais e à tipicidade do meio de prova.

Assim, dando início à análise da tipicidade processual da videoconferência, quanto aos elementos estruturais do tipo objetivo interno, o uso do sistema de videoconferência na oitiva de testemunhas não interfere na tipicidade da prova testemunhal. A testemunha continuará depondo, sem qualquer barreira, e as partes e o magistrado continuarão inquirindo.

O fato de não estarem na mesma sala não interfere nos verbos. O sistema permite transmissão de sons e imagens, com qualidade de áudio e de vídeo, entre dois pontos fisicamente distantes, em tempo real e de forma bilateral, possibilitando a interação no momento das perguntas entre o juiz e a testemunha e entre a testemunha e os outros envolvidos presentes na sala de audiência, como o acusado, seu defensor e o membro do Ministério Público.

Assim, ficam resguardados os direitos de depor e de inquirir.

Ademais, existe norma que prevê a aplicação da videoconferência na produção de prova testemunhal. Como dito, os artigos 217 e 222 em seu §3º do Código de Processo Penal expressamente dispõem acerca da oitiva de testemunhas por meio do sistema de videoconferência, resguardando-se o elemento normativo da prova testemunhal.

Os elementos circunstanciais do tipo processual objetivo interno não são prejudicados pelo uso do sistema de videoconferência. Quanto ao lugar, o sistema passa a prever a possibilidade, em casos específicos, de se realizar a audiência em mais de um

²⁰³ O procedimento para a oitiva da testemunha por meio de videoconferência não é muito diverso do estabelecido para a oitiva da testemunha, como será visto, mas se, por sua aplicação, houver alteração relevante (de norma de garantia) no procedimento previsto à oitiva de testemunha pelo CPP, não será caso de configuração de prova anômala ou irritual, pois, como visto, há previsão legal que autoriza sua utilização com as devidas alterações ao procedimento previsto à prova testemunhal. Será, outrossim, caso de controle de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal.

lugar simultaneamente. Como se tratam de casos específicos, uma vez configurada a exceção, e somente quando configurada, é que será lançada mão da videoconferência.

Dessa forma, a ordem de preferência do lugar continua sendo a prevista pelo diploma processual, exceto nas ocasiões de testemunhas que morem fora da jurisdição do magistrado competente; essas poderão ser inquiridas pelo próprio, por meio da videoconferência, em total acordo com o princípio da identidade física do juiz (artigo 399, §2º).

Quanto ao tempo, a utilização da videoconferência se demonstra benéfica no que diz respeito à celeridade processual, uma vez que, as cartas precatórias muitas vezes tardam a ser cumpridas em outras comarcas, em decorrência, principalmente, da demora em seu trâmite. Embora a expedição de precatória não suspenda a instrução criminal, a testemunha pode ser essencial à causa, sendo interessante a possibilidade de sua oitiva pelo juiz da causa dentro do prazo por ele estabelecido como razoável.

O tipo processual objetivo externo, por sua vez, que diz respeito à documentação da produção probatória, no caso da videoconferência acaba por trazer avanços positivos, já que o depoimento não apenas é documentado em termo, como também pode ser gravado, de forma que, se acaso o processo chegue à segunda instância, os Desembargadores julgadores do recurso poderão apreciar a prova testemunhal como se estivessem presentes no momento de sua produção, avaliando reações, tons vocais e expressões exatamente como usadas nas respostas às perguntas, o que é impossível se aferir da análise do termo do depoimento.

O documento resultante do ato processual será assinado e digitalizado.

Quanto ao elemento estrutural participativo do tipo processual subjetivo, a videoconferência traz benefícios também nesta seara. Ocorre que não é possível a colheita da prova testemunhal sem a presença das partes. No entanto, o artigo 217, prevê uma exceção à regra, ao permitir ao juiz a retirada do réu da sala de audiência quando verificar que sua presença possa causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha.

Nesses casos o réu pode ser levado a uma sala provida de equipamento de videoconferência que possibilite o acompanhamento da audiência sem interferir no ânimo da testemunha. Ocasão em que deve haver acessos a canais telefônicos reservados para comunicação com seu advogado, principalmente no momento da contradita e das perguntas, quando o acusado poderá, mesmo estando em outra sala, auxiliar seu defensor.

Em vista da alteração trazida pela Lei 11.690/2008 ao artigo 217, Carolina Dzimidas Haber pondera:

“A alteração foi vista como positiva, na medida em que a providencia adotada pelo dispositivo anterior era muito mais drástica e lesiva ao direito de defesa e ao princípio da publicidade do processo, pois determinava que o réu saísse da sala de audiência quando o juiz verificasse que, em razão de sua presença, poderia influir no ânimo da testemunha, prosseguindo a inquirição na presença de seu defensor.”²⁰⁴

Assim, o acusado não estará presente fisicamente, mas terá acesso a todo o procedimento probatório que teria se estivesse presente na sala de audiência.

Tanto na ocasião de oitiva de testemunha residente em outra jurisdição, quanto na de afastamento do acusado para uma sala diferente da em que ocorre a audiência, a audiência acaba por acontecer na presença das partes essenciais ao ato, visto que as possibilidades de manifestações das pessoas envolvidas na produção probatória ficam mantidas, independentemente do local em que estejam, isto é, se presentes à sala de audiência ou não.

O elemento estrutural volitivo do tipo processual subjetivo é beneficiado pelo sistema da videoconferência. A testemunha que se encontra intimidada, atemorizada ou constrangida pela presença do acusado, estará mais segura pra depor quando esse for afastado da sala de audiência para acompanhar o depoimento por meio de câmeras, nos termos do artigo 217, do Código de Processo Penal.

Por fim, o tipo procedimental consubstanciado no elemento procedimental e no elemento funcional. O elemento procedimental, ou seja, a forma como o ato será praticado, sofre alterações pontuais, pois a testemunha continuará prestando seu depoimento perante o juiz, porém, não em sua presença física (no caso do §3º do artigo 222).

²⁰⁴ HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, n. 82, jan.-fev. 2010, p. 201-202.

Em vista da tecnologia empregada no sistema de videoconferência, hoje é possível ver e ouvir claramente a pessoa que se encontra em outro ambiente, permitindo a interação entre a testemunha e os outros participantes do ato processual, sem atrasos na comunicação e com continuidade na transmissão no decorrer de todo o procedimento. Ou seja, em que pese a Lei 11.900/09 não ter previsto qual o tipo ou a qualidade do aparato tecnológico a ser utilizado para se colocar em prática a videoconferência, o sistema adotado pelo Tribunal de Justiça deve ser eficaz.

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima expôs:

“Apesar de a Lei nº 11.900/2009 nada ter dito quanto ao aparato tecnológico a ser utilizado nas hipóteses de atos processuais praticados pelo sistema de videoconferência, pensamos que algumas premissas básicas devem ser observadas: 1) a transmissão audiovisual bidirecional (two-way), de molde a permitir a efetiva interação entre o acusado (ou a testemunha remota) e os demais participantes do depoimento; 2) um padrão de qualidade e clareza na transmissão do sinal que permita a perfeita audição e visualização recíproca entre todos os participantes do ato processual, além da continuidade da transmissão durante todo o ato processual; 3) a plena visualização por parte das pessoas situadas na sala de audiências de todos os recantos do recinto onde o acusado ou a testemunha remota se encontram, a fim de evitar a presença de pessoas estranhas, que estejam orientando ou coagindo tal testemunha.”²⁰⁵

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo realizou convênio com a empresa Siemens e hoje possui equipamento de videoconferência instalado nos fóruns das maiores Comarcas do Estado, bem como em centros de detenção provisória, centros de

²⁰⁵ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. v. 1, Niterói: Impetus, 2011, p. 975.

readaptação penitenciária e penitenciárias²⁰⁶, apto a ser aplicado nas audiências em que se fizer necessário, com o devido “padrão de qualidade”.

Além do exposto, ao se permitir que o juiz da causa seja o juiz que produz a prova testemunhal em sua integralidade, está-se agindo em acordo com o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz que preside a instrução deverá proferir a sentença (§2º do artigo 399).

Referindo-se a incorporação expressa desse princípio no Código de Processo Penal, Eugênio Pacelli de Oliveria faz o seguinte apontamento:

“A medida é importantíssima, já que a coleta pessoal da prova, isto é, o contato imediato com os depoimentos, seja das testemunhas, seja também do ofendido e do acusado, parece-nos de grande significado para a formação do convencimento judicial.”²⁰⁷

Outrossim, a faculdade dada ao juiz no uso da videoconferência em casos de realização da oitiva de testemunha que more fora de sua jurisdição permite ao juiz respeitar a ordem de oitiva da audiência una. Discorrendo sobre o assunto Carolina Dzimidas Haber dispôs:

“A alteração se coaduna com o espírito da reforma do Código de Processo Penal, que alterou a ordem de realização dos atos processuais, ao determinar que deverão ser ouvidos, em primeiro lugar, o ofendido e as testemunhas, e, após, o acusado, assegurando-se, assim, que possa se defender de todas as acusações feitas contra ele, em respeito ao princípio da ampla defesa. Nesse sentido, autorizar a oitiva da testemunha que mora fora da jurisdição por videoconferência, pode garantir que o juiz e as partes

²⁰⁶ A nota de rodapé 200 possui relação com todos os fóruns do Estado de São Paulo, centros de detenção provisória, centros de readaptação penitenciária e penitenciárias, que possuem o sistema de videoconferência instalado.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 292.

tenham acesso ao seu depoimento antes da realização do interrogatório, observando-se, assim, o princípio mencionado.”²⁰⁸

Dessa forma, a ordem da oitiva das testemunhas de acusação e defesa prevista no artigo 400 não precisa ser alterada, como ocorre frequentemente na oitiva por carta precatória. Em verdade, é possível logisticamente arranjar para que, no momento oportuno da audiência una, seja tomado o depoimento da testemunha que se encontra em outra jurisdição por meio da videoconferência.

O elemento funcional da prova testemunhal, ademais, não resta prejudicado. Pelo contrário, ao se manter íntegra a faculdade de manifestação do acusado no decorrer da audiência, possibilita-se, com maior amplitude, a obtenção de elementos de prova da testemunha, uma vez que o acusado pode auxiliar seu advogado nas perguntas à testemunha mesmo estando fora da sala de audiências, na ocasião de sua retirada nos termos do artigo 217.

5. Aplicação prática da videoconferência na produção da prova testemunhal

Apesar de a utilização da videoconferência na produção de prova testemunhal possuir previsão legal no Código de Processo Penal, nos termos antes mencionados, o diploma apenas aventa a possibilidade de utilização de tal meio e traça algumas poucas diretrizes a serem seguidas no artigo 185. Cabe aos doutrinadores e aos julgadores o trabalho de ponderar o que fazer com os empecilhos que surgem a partir da aplicação da videoconferência na produção probatória.

Assim, para o caso de retirada do acusado da sala de audiências, a fim de se evitar a ofensa ao contraditório e à ampla defesa, deve ser reservada a ele uma linha direta com seu advogado, caso queira auxiliá-lo na contradita ou nas perguntas à testemunha.

O aparato tecnológico a ser empregado para o adequado cumprimento das previsões do diploma processual acerca da aplicação da videoconferência deve ser “apto a

²⁰⁸ HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, n. 82, jan.-fev. 2010, p. 203.

assegurar condições mínimas de confiabilidade do testemunho”²⁰⁹, de modo a permitir a interação entre a testemunha e a sala de audiência e vice-versa, munido de sistema de imagem e som que permitam ser perfeita essa interação e com controle das câmeras remotas pelo juiz, a fim de tornar possível inteirar-se do que ocorre em toda a extensão do ambiente onde se encontra a testemunha.

A publicidade, por sua vez, não resta prejudicada, já que quem tiver acesso à sala de audiências onde se encontra o juiz, o acusador e o advogado de defesa, acompanhará a audiência em sua íntegra, sem qualquer prejuízo à publicidade do momento da oitiva da testemunha, que será acompanhado por todos por meio do sistema de videoconferência.

Outrossim, não se verifica prejuízo ao contraditório ou a ampla defesa que pudesse ser evitado pela não utilização do sistema de videoconferência. Dentre todos os temas ora tratados, a retirada do acusado da sala de audiências, que pode ser vista como a maior ameaça aos princípios constitucionais mencionados, também acontece com frequência nas audiências que não utilizam a videoconferência, uma vez que a testemunha de acusação geralmente tem medo de confrontar a pessoa contra quem vai produzir provas.

Nessas situações, a videoconferência somente vem minimizar os danos causados ao contraditório e à ampla defesa, visto que por meio de seu sistema de câmeras o acusado poderá acompanhar o depoimento da testemunha e até participar remotamente no momento da contradita ou das perguntas.

As alterações efetuadas no procedimento da prova testemunhal, a fim de aplicar o sistema de videoconferência no dia a dia do judiciário, são mudanças em normas de cunho organizacional, não restando atingida qualquer norma de garantia. Dessa forma, seu uso não influi na tipicidade processual da prova testemunhal, ou seja, a oitiva de testemunha por videoconferência é apenas nova forma de produção de prova testemunhal.

Esta conclusão na prática não traz qualquer alteração ao que já vem sendo feito. Em vista da previsão legal para seu uso, a videoconferência é aplicada nos processos em que é cabível, nos termos dos artigos 222 e 217, do Código de Processo Penal, ainda que o seja em menor frequência do que deveria, o que se acredita ocorra em razão da falta

²⁰⁹ HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, n. 82, jan.-fev. 2010, p. 215.

de equipamento tecnológico em um maior número de comarcas, de forma a viabilizar seu uso.

Ante o exposto, a aplicação do sistema de videoconferência na oitiva de testemunhas, nos casos previstos no Código de Processo Penal, só traz benefícios ao processo, estando de acordo com a tipicidade processual da prova testemunhal, de forma que pode e deve ser colocada em uso, em todas as comarcas.

6. Carta rogatória, cooperação jurídica internacional e videoconferência

As cartas rogatórias são instrumentos de cooperação jurídica e podem ser passivas e ativas. As passivas cuidam de “solicitações de um Tribunal estrangeiro para que a Justiça brasileira coopere na realização de certos atos que interessem àquelas Justiças” e as ativas são “solicitações da Justiça brasileira para que um Tribunal estrangeiro coopere na realização de certos atos que interessem àquelas Justiças”²¹⁰.

A carta rogatória será encaminhada, pelo respectivo juiz, ao Ministério da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes. Os requisitos essenciais da carta rogatória encontram-se expressos no artigo 202 do Código de Processo Civil, ante a falta de previsão no Código de Processo Penal²¹¹.

Uma vez que a análise da tipicidade processual levou a entender que a utilização da videoconferência na oitiva de testemunhas em comarcas afastadas nada mais é que nova forma de produção de prova testemunhal, não se vê razão em impedir a aplicação do sistema para a oitiva de testemunha por videoconferência nos casos de

²¹⁰ Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/servico-exterior/dcji-divisao-de-cooperacao-juridica-internacional/print-nota>. Acesso em: 29/09/13.

²¹¹ “Art. 202. São requisitos essenciais da carta de ordem, da carta precatória e da carta rogatória: I - a indicação dos juízes de origem e de cumprimento do ato; II - o inteiro teor da petição, do despacho judicial e do instrumento do mandato conferido ao advogado; III - a menção do ato processual, que lhe constitui o objeto; IV - o encerramento com a assinatura do juiz. § 1º O juiz mandará trasladar, na carta, quaisquer outras peças, bem como instruí-la com mapa, desenho ou gráfico, sempre que estes documentos devam ser examinados, na diligência, pelas partes, peritos ou testemunhas. § 2º Quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica. § 3º A carta de ordem, carta precatória ou carta rogatória pode ser expedida por meio eletrônico, situação em que a assinatura do juiz deverá ser eletrônica, na forma da lei.”

expedição de carta rogatória. Os benefícios obtidos pela utilização do sistema seriam os mesmos apontados anteriormente para casos em que seria cabível a carta precatória (artigo 222, §3º, do Código de Processo Penal), com ainda alguns acréscimos.

O procedimento de relação jurisdicional com autoridade estrangeira continuaria o mesmo, vinculado à necessária cooperação internacional entre os Estados interessados. A partir do momento em que as tratativas fossem positivas e se fizesse viável a oitiva da testemunha localizada no exterior por videoconferência, o procedimento a ser aplicado seria o mesmo que hoje é utilizado para a oitiva de testemunha por videoconferência em comarca diversa da em que tramita o processo.

Em reforma recente do Código de Processo Penal, autorizou-se a oitiva de testemunha por videoconferência, em hipótese em que seria cabível a expedição de carta precatória, e, pela mesma lei²¹², inseriu-se o artigo 222-A, dispondo a expedição de carta rogatória para oitiva de testemunha, inexistindo qualquer previsão referente à permissão para utilização da videoconferência no cumprimento daquela.

Todavia, o Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, que introduziu no Brasil a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), dispõe em seu artigo 18, §18:

“Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deve ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido.”

²¹² Lei 11.900/2009.

O artigo 24, §2º, b, ainda prevê, com objetivo de promover a proteção das testemunhas, o dever do Estado Parte de “estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados”.

A Convenção de Palermo traz autorização legal para que a videoconferência seja aplicada para a oitiva de testemunhas entre Estados Partes, desde que em casos de crimes ligados à prevenção e combate da criminalidade organizada transnacional.

No âmbito atual favorável e crescente de cooperação internacional entre os Estados, as amostras de que é interessante para o Brasil a utilização em escala relevante do sistema de videoconferência para soluções jurídicas, se evidencia em acordos e tratados sobre cooperação judiciária firmados com outros países.

Recentemente, no dia 03 de dezembro de 2010, o Brasil celebrou acordo com outros doze países ibero-americanos²¹³ sobre o uso da videoconferência na cooperação internacional entre sistemas de justiça, na ocasião da XX Cúpula Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo, efetuada em Mar del Plata, Argentina²¹⁴.

Além de trazer uma definição de videoconferência²¹⁵, o acordo²¹⁶ prevê a oitiva de testemunha, em fase de processo judicial ou de investigação prévia, por meio de videoconferência entre países subscritores. Assim, se a testemunha de um processo que tramita no Brasil for residente na Argentina, será possível a realização de audiência para sua oitiva por meio de videoconferência.

O artigo 5º do acordo dispõe acerca do procedimento a ser seguido nos seguintes termos:

²¹³ Países assinantes: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Espanha, Panamá, Paraguai, Portugal, Rep. Dominicana e Equador. Disponível em: <http://www.comjib.org/pt-pt/node/544>. Acesso em:

²¹⁴ Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/atos-assinados-por-ocasio-da-xx-cupula-ibero-americana-de-chefes-de-estado-e-de-governo-2013-mar-del-plata-4-de-dezembro-de-2010>. Acesso em: 09/09/13.

²¹⁵ “Artigo 2º. Definição de videoconferência. Por “videoconferência”, no âmbito deste Acordo, entende-se um sistema interactivo de comunicação que transmita de forma simultânea e em tempo real imagem, som e dados, à distância, de uma ou mais pessoas que prestem declarações e que estão situadas num lugar distinto do da autoridade competente para um processo, de modo a permitir a tomada de declarações, nos termos do direito aplicável dos Estados envolvidos.”

²¹⁶ Disponível em: http://www.comjib.org/sites/default/files/Convenio%20Iberoamericano%20Uso%20Videoconferencia_PT.PDF. Acesso em: 20/09/13.

“No que respeita à audição por videoconferência, aplicam-se as seguintes regras: a) A audição será realizada diretamente pela autoridade competente da Parte requerente ou sob sua direção, nos termos previstos no seu direito interno; b) A diligência realizar-se-á com a presença de autoridade competente da Parte requerida e, se necessário, de uma autoridade da Parte requerente, acompanhadas, se for o caso, por intérprete; c) A autoridade requerida identificará a pessoa a ouvir; d) As autoridades intervenientes, em caso de necessidade, poderão aplicar medidas de proteção da pessoa a ouvir; e) A pedido da Parte requerente ou da pessoa a ouvir, a Parte requerida providenciará para que a pessoa a ouvir seja, se necessário, assistida por um intérprete; f) A sala reservada para a realização da diligência por sistema de videoconferência deverá garantir a segurança dos intervenientes, preservar a publicidade dos actos, quando esta deve ser assegurada.”²¹⁷

A produção de prova testemunhal por videoconferência entre países é expressamente prevista pelo acordo ainda não promulgado no Brasil. Sua assinatura, no entanto, já demonstra o interesse do governo brasileiro em regularizar a utilização do sistema para, lançando mão da tecnologia, buscar uma justiça mais célere e eficaz.

De forma mais tímida, podemos ainda citar o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal firmado pelo Brasil e pela República Italiana, promulgado mediante o Decreto nº 862, de 9 de julho de 1993, que prevê em seu artigo 1, item 1: “cada uma das partes, a pedido, prestará à outra parte, na forma prevista no presente Tratado, ampla cooperação em favor dos procedimentos penais conduzidos pelas autoridades judiciárias da parte requerente”, compreendendo essa cooperação especialmente, entre outros, a coleta de provas²¹⁸.

Ainda, o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os Estados Unidos da América, promulgado pelo Decreto 3.810, de 02 de maio de 2001,

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Artigo 1, item 2.

dispõe em seu artigo 1º, item 1, que “as Partes se obrigam a prestar assistência mútua, nos termos do presente Acordo, em matéria de investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal”, incluindo a assistência a tomada de depoimentos²¹⁹.

Da mesma forma que o Código de Processo Penal prevê, em seu artigo 783, o contato por via diplomática com autoridades estrangeiras para se assegurar o cumprimento de carta rogatória, é possível que se faça o contato, principalmente com países signatários de acordos de cooperação jurídica internacional, cujo requerimento para cumprimento de ato processual deve ser facilitado, para produção de prova testemunhal por videoconferência. Afinal, a oitiva de testemunha por videoconferência nada mais é que prova típica testemunhal.

O benefício da utilização da videoconferência para oitiva de testemunhas que prestariam depoimento por carta rogatória é ainda muito maior do que os benefícios apontados para a oitiva de testemunha por videoconferência que substitui a carta precatória, uma vez que quem vai inquirir a testemunha é o juiz da causa e não uma autoridade estrangeira.

A ausência de videoconferência para cumprimento de carta rogatória ocasiona o conflito entre o procedimento a ser utilizado pelo país cumpridor da carta e o Brasil, conflitos esses que podem resultar na nulidade do procedimento.

Tome-se como exemplo de conflito de procedimentos o caso da carta rogatória cuja validade foi questionada nos Embargos Declaratórios no Habeas Corpus 97.759²²⁰, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Analisou-se se o Ministério Público possuiria legitimidade para expedir carta rogatória destinada à Itália, para oitiva de testemunhas, uma vez que naquele país o Parquet integra a carreira de magistratura.

É possível ainda citar, na situação em que a cooperação internacional para oitiva de testemunhas se der entre o Brasil e os Estados Unidos, com base no acordo de assistência judiciária firmado entre esses países, que nos Estados Unidos a produção

²¹⁹ Artigo 1, item 2, a.

²²⁰ STF. Embargos Declaratórios no Habeas Corpus 97.759. Min. Rel. Marco Aurélio. Primeira Turma. D.J. 13/12/11.

probatória testemunhal é conduzida “pela Polícia Federal norte-americana para fins de utilização em processo judicial brasileiro”²²¹.

A alteração de procedimento para cumprimento de carta rogatória, desde que não atente contra a soberania nacional ou contra a ordem pública, seria válida²²². Todavia, essa análise da divergência normativa e a preocupação com a possibilidade de ofensa a garantias fundamentais, quando da alteração do procedimento a ser seguido no exterior, não existirão se a pessoa a produzir a prova for o próprio juiz da causa, por meio do sistema de videoconferência.

O sistema ainda agilizaria o procedimento reconhecidamente lento da carta rogatória²²³, pois não seria necessário aguardar seu retorno ao país para ciência do teor do depoimento, além de a audiência poder ser gravada em mídia e juntada de imediato nos autos do processo.

O único empecilho que a proposta apresenta é a necessidade de sistema tecnológico em ambos os Estados envolvidos que permita a transmissão simultânea de som e imagem com a qualidade necessária.

Por não se diferenciarem os procedimentos a serem utilizados no momento da oitiva da testemunha que se daria por carta rogatória com a que se daria por carta precatória, e em vista de a produção probatória testemunhal por meio da videoconferência ser meio de prova com tipicidade processual ora comprovada, entende-se possível a utilização de videoconferência na oitiva de testemunha que se encontre no estrangeiro, desde que demonstrada previamente sua imprescindibilidade²²⁴.

²²¹ OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Acordo de cooperação Brasil / EUA: Inconstitucionalidades e perspectivas na coleta de prova testemunhal em território norte-americano. *In: Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, n. 219, fev., 2011.

²²² Idem.

²²³ Guilherme Madeira Dezem (*A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2013, p. 152 e ss.) menciona em seu trabalho o auxílio direto como forma de flexibilização na cooperação internacional, sendo eu “por meio dessa modalidade, o pedido de cooperação chega ao Estado sem que necessariamente precise passar pelo Poder Judiciário”, de forma a agilizar os pedidos de cooperação. Trata-se de forma alternativa à carta rogatória, que da mesma forma, apresenta limitações especialmente em razão da divergência entre sistemas. A utilização da videoconferência para cumprimento do ato processual pelo próprio juiz do Estado requerente minimizaria essas divergências como visto.

²²⁴ Artigo 222-A, do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO V - DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS DE VIOLÊNCIA

1. Conceito e aplicação

O projeto “depoimento sem dano” foi implantado no Brasil em maio de 2003, por iniciativa de José Antônio Daltoé, juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, consistente na oitiva diferenciada de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

O projeto consiste na retirada da criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência do ambiente formal da sala de audiências, transferindo-as para uma sala onde esse possa se sentir mais à vontade, munida de brinquedos e objetos infanto-juvenis²²⁵.

A criança ou adolescente será acompanhada nessa sala especial geralmente por profissional da psicologia ou do serviço social. De acordo com dados divulgados no I Encontro Nacional de Experiências de Tomada de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes no Judiciário Brasileiro, realizado em maio de 2011, em Brasília:

“A maioria das entrevistas forenses é realizada com apenas um profissional, geralmente psicólogos ou assistentes sociais e usando um sistema em circuito fechado. A pesquisa mostra que 89% deles receberam algum tipo de capacitação para realizar o trabalho e 70% avaliam que as primeiras experiências foram positivas e que o processo contribui para reduzir a revitimização e levar à punição dos autores.”²²⁶

A oitiva da vítima ou testemunha ocorre em duas salas simultaneamente, portanto, uma especial aparatada com uma câmera filmadora onde se encontram a criança

²²⁵ TABAJASKI, Betina; PAIVA, Cláudia Victolla; VISNIEVSKI, Vanea Maria. Um novo Olhar sobre o testemunho infantil. In: POTTER, Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 64.

²²⁶ Disponível em: <http://www.childhood.org.br/rio-grande-do-sul-concentra-maior-numero-de-salas-de-depoimento-especial-para-criancas>. Acesso em: 03/06/13.

ou adolescente e o psicólogo ou assistente social, e outra, constituída na sala de audiências, composta pelo magistrado, promotor de justiça, acusado e defensor, onde há uma televisão reproduzindo som e imagem da sala especial.

As perguntas são orientadas pelo juiz que preside o ato, de ofício, ou a requerimento das partes, para o técnico que acompanha a vítima ou testemunha, por meio de ponto eletrônico, e esse repassa as perguntas para a criança ou adolescente em uma linguagem acessível e com fulcro em manter uma atmosfera a mais receptiva possível ao depoente.

O depoimento é gravado na sua íntegra, copiado em um disco e juntado na contracapa dos autos processuais, de forma que “não só as partes e Magistrado possam revê-lo a qualquer tempo, afastando eventuais dúvidas que possuam, bem como que julgadores de eventuais recursos possam ter acesso às emoções presentes nas declarações”²²⁷. Caso haja necessidade de produção de prova similar em outro processo, o disco é copiado e utilizado para evitar que a criança ou adolescente tenha de novamente prestar as informações²²⁸.

Nas palavras de seu idealizador no Brasil, o “depoimento sem dano” tem como principais objetivos:

“(i) Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha; (ii) A garantia de direitos da criança/adolescente, proteção e prevenção de seus direitos, quando, ao ser ouvida em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como sua inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento; (iii) Melhoria na produção da prova produzida.”²²⁹

²²⁷ CEZAR, José Antônio Daltoé. A escuta de crianças e adolescentes em juízo. Uma questão legal ou um exercício de direito? In: POTTER, Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 78.

²²⁸ “Outra estratégia adotada para minimizar o número de depoimentos foi estabelecer um fluxo de atendimento, onde foi implementado um documento único de caracterização da violência, que deve ser preenchido pela instituição que atender a criança ou adolescente pela primeira vez. Para prosseguir com o atendimento em outras instituições o documento que trará o registro dos relatos, sem a necessidade de ouvir novamente a vítima.” Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/noticia/13903>. Acesso em 05/06/2013.

²²⁹ CEZAR, José Antônio Daltoé. Apud. ROSA, Alexandre Moraes da. O depoimento sem dano e o advogado do diabo. A violência “branda” e o “quadro mental paranoico” (Cordero) no processo penal. In: POTTER,

Hoje o “projeto depoimento sem dano” foi adotado em todas as regiões brasileiras²³⁰, porém, cada Estado possui peculiaridades próprias na aplicação do projeto. Por exemplo, no Estado de São Paulo é comum o depoente ser acompanhado por psicóloga apenas na sala especial; já em Pernambuco as crianças são acompanhadas por pedagogos.

2. Previsão legal

O Código de Processo Penal brasileiro não distingue, no momento da produção probatória em juízo, criança e adolescentes dos adultos. O procedimento utilizado para oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência é o mesmo usado para a oitiva de um adulto.

Aos poucos, e principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, foi-se entendendo que essa parcela da população precisava de uma atenção normativa especial.

A Constituição Federal, no *caput* do artigo 227 estabelece ser dever da família, do Estado e da sociedade assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A fim de regulamentar as garantias constitucionais mencionadas, em 1990 entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, que, especificamente,

Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 155.

²³⁰ De acordo com informações dadas pela organização brasileira Childhood Brasil (disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/05/pais-tem-poucas-salas-especiais-para-ouvir-criancas-vitimas-de-estupro.html>; acesso em: 03/06/2013), existiam no ano de 2011 no Brasil 43 salas especiais para oitiva de crianças e adolescente distribuídas da seguinte maneira: 25 na região Sul (nos estados do Paraná e do Rio Grande do Sul), 7 na região Sudeste (nos estados de São Paulo e Espírito Santo), 6 na região Nordeste (nos estados do Rio Grande do Norte, Pernambuco, Sergipe, Ceará, Maranhão e Paraíba), 3 na região Centro-Oeste (nos estados de Goiás e Mato Grosso, além do Distrito Federal) e 2 na região Norte (Acre e Pará).

no inciso XII, do parágrafo único, do artigo 100²³¹, determina serem princípios que regem a aplicação das medidas de proteção à criança e ao adolescente a “oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei”.

O §1º do artigo 28, por sua vez, determina que “sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada”.

Ademais, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovado pelo Decreto Legislativo 28, de 14 de setembro de 1990, e em vigor no Brasil desde 23 de outubro de 1990, com status de norma supralegal²³², em seu artigo 12.2 assegura à criança o direito de ser ouvida em particular em todo processo judicial que possa afetar a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Diante de todas essas disposições, é possível perceber que o “depoimento sem dano” possui previsão legal que o autoriza, como meio de proteção à criança e ao adolescente e como direito de ambos, restando aberta a questão de regulamentação procedimental e sua tipicidade processual, desde que em acordo com o direito posto.

Com base nas legislações apontadas, o Conselho Nacional de Justiça publicou uma recomendação estabelecendo como devem proceder as comarcas na implantação do “projeto do depoimento sem dano”.

²³¹ Inciso esse acrescentado pela Lei 12.010/2009.

²³² Por tratar-se de convenção que versa sobre direitos humanos, e por ter sido aprovada por quórum de maioria simples, antes da exigência de quórum especial previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal (acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004), ela possui status supralegal, conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento paradigmático do recurso extraordinário 466.343-1/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, julgado em 03 de dezembro de 2008.

2.1. Recomendação n. 33 do Conselho Nacional de Justiça

Inicialmente, apenas para estabelecimento de base teórica, é interessante salientar que o Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional 45/2004, com função de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes²³³, além de outras previstas no §4º do artigo 103-B.

De acordo com Pedro Lenza, “o CNJ não exerce função jurisdicional e os seus atos, portanto, poderão ser revistos pelo STF”. Assim, continua o autor, “por estarem as atribuições do CNJ restritas ao controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos órgãos do Poder Judiciário a eles sujeitos, pode-se afirmar ser o CNJ um órgão meramente administrativo (do Judiciário)”²³⁴.

A Recomendação vinda do Conselho Nacional de Justiça não tem força de norma, mas não deixa de configurar um avanço para a unificação procedimental a ser utilizada nos casos de depoimento especial de criança e adolescente, na falta de norma que expressamente o determine.

A Recomendação n. 33, de 23.11.2010 do Conselho Nacional de Justiça, com base na experiência criada no Rio Grande do Sul, sugere aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais e opta por chamar o “depoimento sem dano” de “depoimento especial”, nomenclatura a partir de agora adotada neste trabalho.

Aponta, em sua fundamentação, a “necessidade de se viabilizar a produção de provas testemunhais de maior confiabilidade e qualidade nas ações penais, bem como de identificar os casos de síndrome da alienação parental e outras questões de complexa apuração nos processos inerentes à dinâmica familiar, especialmente no âmbito forense”, e que “ao mesmo tempo em que se faz necessária a busca da verdade e a responsabilização do agressor – deve o sistema de justiça preservar a criança e o adolescente, quer tenha sido

²³³ O Conselho Nacional de Justiça, conforme definição encontrada em seu site, é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual, contribuindo para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj>. Acesso em 02/08/13.

²³⁴ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 574.

vítima ou testemunha da violência, dada a natural dificuldade para expressar de forma clara os fatos ocorridos”.

Após as considerações, recomenda em seu item I a implantação de sistema videogravado, a ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática, devendo ser o ambiente da sala especial adequado ao depoimento da criança e do adolescente, assegurando-lhes segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento.

Os sistemas de videogravação deverão preferencialmente ser assegurados com a instalação de equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para zoom, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado para uso dos equipamentos tecnológicos instalados nas salas de audiência e de depoimento especial.

A recomendação dispõe em seu item II que os participantes de escuta judicial deverão ser especificamente capacitados para o emprego da técnica do depoimento especial, usando os princípios básicos da entrevista cognitiva.

Conforme explicam Betina Tabajaski, Cláudia Victolla Paiva e Vanea Maria Visnievski²³⁵:

“A Entrevista Cognitiva é uma técnica de entrevista de caráter investigativo, voltada para a coleta de testemunho adulto e infantil. A EC é baseada nos conhecimentos científicos sobre a cognição humana e

²³⁵ Os autores (Um novo Olhar sobre o testemunho infantil. In: POTTER, Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 57-70) ainda explanam que a entrevista cognitiva é composta de cinco etapas: na primeira etapa, uma vez na sala especial, o profissional especializado inicia uma conversa com a criança ou adolescente sobre um assunto neutro (constrói-se um *rapport*); na segunda etapa, chamada de transferência do controle, o adulto responsável, até então presente, é convidado a se retirar, ficando na sala apenas a criança ou adolescente e o profissional facilitador, liga-se o sistema de gravação e dá-se início à audiência simultânea, dando ciência à criança ou adolescente de que somente ele tem a informação dos fatos ocorridos, logo é ele quem está no controle do que vai ser conversado; a terceira etapa é a narrativa livre, trata-se do relato do entrevistado com suas próprias palavras, momento em que não deverão ser feitas quaisquer perguntas ao entrevistado; a quarta etapa consiste na fase de questionamento, neste momento os participantes da sala de audiência fazem as perguntas sobre os pontos sem resposta ou confusos na narrativa livre, por intermédio do técnico facilitador; por fim, a quinta etapa que refere-se ao fechamento e ocorre com o sistema de som e áudio desligado. Os autores ainda ressaltam que a criança ou adolescente vítima de abuso sexual traz sentimentos subjacentes de raiva, culpa, medo, sendo necessário explicar de quem é a responsabilidade do ato abusivo, como forma de tranquilizá-la a respeito de sua participação na interação do abuso sexual.

sobre a comunicação social e vem sendo utilizada em diversos países, com constatação de alto nível de fidedignidade e obtenção de maior número de informações durante coleta de testemunhos, quando comparada a outros métodos de entrevista.”²³⁶

No item III recomenda-se o esclarecimento à criança ou adolescente a respeito do motivo e efeito de sua participação no depoimento especial, com ênfase à sua condição de sujeito em desenvolvimento e do consequente direito de proteção, preferencialmente com o emprego de cartilha previamente preparada para esta finalidade.²³⁷

Por sua vez, o item IV recomenda a preparação dos serviços técnicos do sistema de justiça, a fim de estarem aptos a promover o apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional da vítima ou testemunha e seus familiares, quando necessários, durante e após o procedimento judicial.

Por fim, o item V recomenda tomadas de medidas de controle de tramitação processual que promovam a garantia do princípio da atualidade, a fim de permitir a diminuição do tempo entre o conhecimento do fato investigado e a audiência de depoimento especial.

Esse último item dá ensejo à produção de prova antecipada para colher o depoimento da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência, o que vem sendo utilizado no dia a dia do processo penal brasileiro, com a justificativa de que a memória do menor acerca dos acontecimentos, muitas vezes em decorrência do próprio trauma causado pelo crime sobre o qual irá depor, é mais sensível e resta prejudicada com maior rapidez do que a memória de um adulto.

Dessa forma, estaria configurada a urgência e relevância exigidas pelo artigo 156, I, do Código de Processo Penal, autorizando ao juiz ordenar de ofício a produção antecipada de prova, desde que observadas a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

²³⁶ TABAJASKI, Betina; PAIVA, Cláudia Victolla; VISNIEVSKI, Vanea Maria. Um novo Olhar sobre o testemunho infantil. In: POTTER, Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 65-66.

²³⁷ O Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul preparou antes da recomendação, em agosto de 2009, cartilha com desenhos e linguagem simples destinada aos adultos que vão preparar crianças ou adolescentes para o procedimento do depoimento especial. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/crianca-e-adolescente/Cartilha_Depoimento_Sem_Dano. Acesso em: 30/07/13.

Há quem defenda a produção de depoimento especial nesses termos, como se vê na seguinte ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“HABEAS CORPUS. estupro de vulnerável. VÍTIMA COM 10 ANOS DE IDADE. medida cautelar de PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. REQUISITOS. Faculta-se ao magistrado singular, inclusive de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Caso concreto em que o pedido vem amplamente fundamentado nesses requisitos, não se podendo falar em inépcia da inicial. Urgência que se evidencia pela possibilidade de o transcurso do tempo prejudicar a memória da menor, salientando-se a grande importância dos detalhes, nessa espécie de crime; a relevância decorrendo do fato de que tais delitos são praticados, geralmente, sem testemunhas oculares, despontando, o depoimento da vítima, como prova essencial. Necessidade, adequação e proporcionalidade que decorrem da pouca idade da ofendida – 10 anos à época dos fatos –, devendo privilegiar-se o momento presente, onde ainda íntegra sua lembrança, utilizando-se a sistemática do Depoimento sem Dano para prevenir prejuízos psicológicos, não havendo qualquer possibilidade de prejuízo à defesa, pela colheita antecipada da prova. Petição inicial que atende plenamente aos requisitos legais. Demonstração dos requisitos ensejadores da providência. Constrangimento ilegal inexistente. ORDEM DENEGADA, POR MAIORIA.”²³⁸

Salientam, ainda, os que são favoráveis à produção de depoimento especial de forma antecipada, ou seja, no decorrer das investigações preliminares, que, ao se evitar que

²³⁸ TJRS. HC 70048680714, 8ª Câmara Criminal, Relatora Desembargadora Fabianne Breton Baisch, DJ. 13/06/2012. No mesmo sentido: TJRS. Apelação 70046645610, 8ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira, DJ. 15/02/2012

a colheita do depoimento seja feita por autoridade policial, permitindo que seja realizada desde logo por profissional habilitado em ambiente mais apropriado, garante-se à criança ou ao adolescente que seja ouvido apenas uma vez, evitando-se a sucessiva revitimização do menor²³⁹.

A corrente contrária entende que o depoimento especial não deve ser produzido de forma antecipada, uma vez que, o Ministério Público, ao pedir esse procedimento, tem o “intuito de angariar elementos para seu próprio convencimento e ingresso de eventual ação penal, o que se mostra evidentemente conflitante com a finalidade para a qual foi desenvolvida a aludida técnica”²⁴⁰.

Rodrigo Oliveira de Camargo alerta para o conflito da produção antecipada do depoimento especial com princípios constitucionais:

“Para tentar valer o tratado internacional²⁴¹, buscaram-se alternativas que impõem, a *fórcps*, a “sistemática” do depoimento sem dano por intermédio do incidente de produção antecipada de provas, adotado como uma forma de subverter o sistema processual penal, além de ferir mortalmente o princípio da legalidade e o direito fundamental do acusado ao procedimento.”²⁴²

Como se vê, o depoimento especial é assunto polêmico em voga nos últimos anos. Apesar da polêmica, sua aplicação é efetiva, hoje em diversos estados, com fundamento na previsão na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na

²³⁹ Em conformidade com o exposto, Júlia Matias da Silva dispõe: “(...) cumpre destacar que o mencionado projeto permite que se realize a produção antecipada de provas, evitando com isso a repetição do relato da vítima por inúmeras vezes, em diferentes lugares, como acontece no processo penal atual, visto que normalmente a criança ou o adolescente são ouvidos no Conselho Tutelar, na Delegacia, no Instituto Médico Legal e no Ministério Público para se chegar, finalmente, em Juízo onde terá que depor mais uma vez.” (Depoimento sem dano: uma nova alternativa de ouvir crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10506-Depoimento-sem-dano:-uma-nova-alternativa-de-ouvir-criancas-e-adolescentes-vitimas-de-abuso-sexual>. Acesso em: 10/06/13).

²⁴⁰ TJRS. Embargos Infringentes n. 70047511043, 4º Grupo Criminal, Relator Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, DJ. 27/04/2012. No mesmo sentido: TJRS. HC 70048744759, 6ª Câmara Criminal, Relator Desembargador Aymoré Roque Pottes de Mello, DJ. 24/05/2012.

²⁴¹ Fala da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança que assegura à criança o direito de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional (artigo 12.2).

²⁴² CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. A face “procedimental” do depoimento sem dano. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 227, outubro, 2011, p. 10.

recomendação do Conselho Nacional de Justiça e em vista de sua iminente normatização por meio de lei federal.

2.2. Projeto de Lei 156/2009 - o Novo Código de Processo Penal

Como visto, o Código atual não prevê qualquer distinção em seu procedimento para a oitiva de crianças e adolescentes: eles serão inquiridos da mesma forma que qualquer adulto. Na condição de testemunhas, irão depor na sala de audiências, com as perguntas feitas diretamente pelas partes, podendo ser complementadas pelo juiz²⁴³.

Se vítimas, o Código atual prevê a oitiva similar à da testemunha, com a ressalva de o magistrado poder encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar após sua oitiva e poder tomar as medidas necessárias para preservação de sua intimidade, honra, vida privada e imagem, facultando ao juiz, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação às informações prestadas pelo ofendido²⁴⁴.

O Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal²⁴⁵, que reforma o Código de Processo Penal, traz em sua redação final uma seção, dentro do capítulo “dos meios de prova”, chamada “disposições especiais relativas à inquirição de crianças e adolescentes”, com regras específicas para a oitiva crianças e adolescentes.

Este novo Código de Processo Penal prevê em seu artigo 192 que a criança e o adolescente, sempre que chamados a colaborar com os órgãos públicos em qualquer fase da persecução penal, resguardado o seu direito de declarar, serão tratados com respeito e dignidade por parte das autoridades competentes, que estarão sensíveis a sua maturidade, intimidade, condição social e familiar, experiências de vida, bem como à gravidade do crime apurado.

²⁴³ Artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal.

²⁴⁴ Artigo 201 do Código de Processo Penal.

²⁴⁵ O Projeto de Lei encontra-se atualmente na Câmara, onde recebeu o n. 8045/2010. Segundo informações do site Migalhas, publicada em 31 de julho de 2013, “a Câmara dos Deputados decidiu por congelar os debates em torno de um novo CPP, para dar prioridade ao projeto do novo Código Comercial. Isto se deve ao fato de que o regimento interno da Câmara dos Deputados impede a análise simultânea de mais de dois Códigos. Assim, foi dada prioridade aos projetos do novo Código Comercial e de um novo CPC.” (Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI183473,41046-Chegou+a+hora+de+um+novo+Codigo+Comercial+brasileiro>. Acesso em: 05/08/13).

A oitiva de crianças ou adolescentes como vítima ou testemunha, nos termos da seção em comento, tem como objetivo “salvaguardar a integridade física, psíquica e emocional do depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” e “evitar a revitimação do depoente, ocasionada por sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, nos âmbitos penal, cível e administrativo”.²⁴⁶

Já o procedimento de inquirição vem previsto no artigo 194 e determina a existência no fórum de uma sala especial, diversa da sala de audiências, para a criança ou adolescente, que disporá de equipamentos próprios e adequados à idade e à etapa evolutiva do depoente. A criança ou o adolescente será acompanhado por um profissional devidamente capacitado para o ato, a ser designado pelo juiz.

Na sala de audiências, onde deverão permanecer os outros participantes da audiência (acusado, juiz, membro do ministério público, etc.), as partes formularão perguntas ao juiz, o qual, por meio de equipamento técnico que permita a comunicação em tempo real, fará contato com o profissional que acompanha a criança ou o adolescente, transmitindo-lhe as perguntas formuladas.

O profissional, ao questionar a criança ou o adolescente, deverá simplificar a linguagem e os termos da pergunta que lhe foi transmitida, de modo a facilitar a compreensão do depoente, observadas as suas condições pessoais. O depoimento será gravado em meio eletrônico ou magnético, cuja transcrição e mídia integrarão o processo, sendo vedada a divulgação ou repasse a terceiros do material resultado da gravação, cumprindo à parte que solicitar cópia zelar por sua guarda e uso no interesse estritamente processual, sob pena de responsabilidade.

O depoimento especial vem previsto como forma excepcional de oitiva de criança e adolescente vítima ou testemunha, uma vez que o §1º do artigo 194, dispõe que o procedimento descrito somente será adotado, uma vez ponderada a natureza e a gravidade do crime, bem como as suas circunstâncias e consequências, quando houver fundado receio de que a presença da criança ou do adolescente na sala de audiências possa prejudicar a espontaneidade das declarações, constituir fator de constrangimento para o depoente ou dificultar seus objetivos elencados no artigo 193.

²⁴⁶ Artigo 193 do Projeto de Lei do Senado 156/2009.

Se não houver, no fórum onde tramita o processo, sala especial, equipamentos técnicos adequados ou profissional capacitado para a mediação, o depoimento deverá ser realizado de acordo com a forma ordinária prevista para a produção de prova testemunhal.

O artigo 195 trata da produção antecipada de prova testemunhal de criança ou de adolescente, determinando ao juiz das garantias²⁴⁷ que atente para o risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente, em vista da condição da pessoa em desenvolvimento, observando, quando recomendável, o procedimento do depoimento especial previsto no artigo 194.

Uma vez antecipada a produção da prova, não será admitida a reinquirição do depoente na fase de instrução processual, inclusive na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade, em requerimento devidamente fundamentado pelas partes.

Se o juiz das garantias entender necessária a oitiva antecipada da criança ou adolescente, o depoimento será encaminhado à autoridade responsável pela investigação e ao Conselho Tutelar que tiver instaurado expediente administrativo, com o fim de evitar a reinquirição da criança ou do adolescente. Pode, ainda, o magistrado, quando entender recomendável, remeter cópia das declarações prestadas à Justiça da Infância e da Juventude, que avaliará a eventual necessidade de aplicação das medidas de proteção previstas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

3. Polêmicas acerca do instituto

Apesar de ser instituto que, ante os esforços de diversas áreas, inclusive do Conselho Nacional de Justiça e do Congresso, aparentemente logo será incluído no Código

²⁴⁷ O juiz de garantia é figura criada pelo projeto de lei 156/2009. Consiste no magistrado que atua na fase preliminar de investigação até o momento do recebimento da denúncia, com intuito principal de preservar a imparcialidade do juiz do processo, por meio da tutela dos direitos e liberdades nessa fase investigatória. De acordo com a exposição de motivos do anteprojeto: “o juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais” e “o deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional penal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação”.

de Processo Penal, sua aplicação na forma como vem sendo feita tem incomodado alguns juristas e principalmente psicólogos e assistentes sociais, cujos órgãos representativos são manifestamente contrários ao depoimento especial.

Conselho Federal de Psicologia na Resolução 10/2010 instituiu uma regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes envolvidos em situação de violência.

A resolução, logo em suas considerações iniciais dispõe:

“A escuta deve ter como princípio a intersetorialidade e a interdisciplinaridade, respeitando a autonomia da atuação do psicólogo, sem confundir o diálogo entre as disciplinas com a submissão de demandas produzidas nos diferentes campos de trabalho e do conhecimento. Diferencia-se, portanto, da inquirição judicial, do diálogo informal, da investigação policial, entre outros.”

A resolução dá ênfase, ainda, ao sigilo durante a escuta da criança devendo esse “estar a serviço da garantia dos direitos humanos e da proteção”, vedando ao psicólogo, ao final, o papel de inquiridor no atendimento de crianças e adolescentes em situação de violência.

Por seu turno, o Conselho Federal de Serviço Social editou a Resolução 554/2009, que expressamente dispõe sobre “o não reconhecimento da inquirição das vítimas crianças e adolescentes no processo judicial, sob a Metodologia do Depoimento Sem Dano/DSD, como sendo atribuição ou competência do profissional assistente social”.

O Conselho, mediante a resolução em comento, não reconhece como atribuição ou competência de assistente social a atuação em metodologia de inquirição especial de crianças e adolescentes como vítimas e/ou testemunhas em processo judicial sob a procedimentalidade do “Projeto Depoimento Sem Dano”, vedando, por fim, a participação

desse profissional no depoimento especial, citando a conformidade de tal medida com os artigos 4º e 5º da Lei 8662/93²⁴⁸.

O artigo 3º da resolução determina que o não cumprimento de seus termos implicará, conforme o caso, “na apuração das responsabilidades disciplinares e/ou éticas do assistente social, nos termos do Código de Ética do Assistente Social”.

Assim, as críticas dos profissionais de psicologia e assistência social encontram-se no conflito aparente entre o depoimento especial e o Código de ética dessas carreiras, que impõem o dever de respeito ao sigilo nos atendimentos. Ainda, apontam que as atribuições dadas aos profissionais da área psicossocial, em razão da implementação do depoimento especial, quais sejam, inquirição, condução de oitivas e depoimentos, são incompatíveis com suas competências.

Nesses termos, Leila Maria Torraca de Brito expõe:

“A urgência para a tomada de decisões mostra-se clara ao se determinar que, em um único encontro, a questão deve ser elucidada, confundindo-se atendimento psicológico com a obtenção de depoimentos.”²⁴⁹

Em consonância com o entendimento dos Conselhos Federais de Psicologia e de Assistência Social, e antes da manifestação desses por meio das resoluções citadas, em 2005, o Deputado Federal Paulo Pimenta apresentou o Projeto de Lei 5.329, que tinha por objetivo incluir dois parágrafos ao antigo artigo 201, do Código de Processo Penal, que trata da oitiva dos ofendidos.

A proposta é a de que o artigo passasse a vigorar com previsão de dispensa de oitiva de criança e adolescente vítima quando existisse nos autos do processo laudo de profissional qualificado em saúde mental ou equipe interprofissional integrada contendo a

²⁴⁸ A lei em comento regulamenta a profissão de assistente social. Os artigos 4º e 5º elencam as competências e atribuições da profissão.

²⁴⁹ BRITO, Leila Maria Torraca de. *Depoimento sem dano, para quem?* Disponível em: http://www.psicologia.ufrj.br/nipiac/index.php?option=com_content&view=article&id=89:depoimento-sem-dano-para-quem&catid=20:artigos-publicados-no-site&Itemid=28. Acesso em: 16/07/13.

versão narrada que demonstrasse a existência do crime. Se não fosse o caso e se fizesse necessária a oitiva da criança ou adolescente em juízo, essa deveria submeter-se a um exame psicológico para atestar suas condições em prestar o depoimento.²⁵⁰

Em que pese o movimento contrário, no Ceará, o Ministério Público Federal ajuizou a ação civil pública n. 0004766-50.2012.4.05.8100 contra o Conselho Federal de Psicologia e contra o Conselho Federal de Assistência Social a fim de suspender as resoluções supramencionadas. O juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará julgou procedente a ação civil pública e determinou a suspensão das resoluções em todo o território nacional, bem como a abstenção dos conselhos de fiscalização de aplicar penalidades éticas aos profissionais que atuam na escuta psicológica da criança e do adolescente.

O magistrado fundamentou sua decisão no entendimento de não haver qualquer transferência ao técnico facilitador (psicólogo/assistente social) das funções privativas da magistratura, atuando esse somente como intérprete na linguagem da criança e adolescente, pela especial formação, revestindo-se somente no auxílio do juiz na inquirição de testemunhas/vítimas de violência sexual.

Pondera, ainda, acerca das resoluções “que proíbem o direito dos profissionais da psicologia e da assistência social de atuarem no projeto Depoimento sem Dano – DSD”, dispõe serem de abordagem:

“a) desnecessária, pois impõe limite ao exercício profissional quando não há ameaças reais ou prováveis de perturbações ao interesse público; b) desproporcional, uma vez que há uma grande limitação ao direito individual - do exercício das profissões - sem um prejuízo comprovado a ser evitado; c) inadequada, por acarretar dano ao interesse público, mormente, aos profissionais da área,

²⁵⁰ Projeto de Lei 5329/2005, art. 201, do Código de Processo Penal, “§ 2º A oitiva da vítima da Criança ou Adolescente será dispensada se já houver nos autos laudo de profissional qualificado na saúde mental ou equipe interprofissional integrada contendo a versão por ela narrada que demonstrem a existência do crime. § 3º Quando a vítima for criança ou adolescente, sua oitiva será condicionada a um laudo elaborado por perito judiciário médico psiquiatra, psicólogo ou equipe interdisciplinar integrada afirmando suas condições favoráveis para prestar depoimento em audiência judicial”.

como também às crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.”²⁵¹

Finalmente, declara que as resoluções 10/2010, expedida pelo Conselho Federal de Psicologia, e 554/2009, expedida pelo Conselho Federal de Serviço Social, quanto à vedação e à penalidade impostas aos referidos profissionais por participarem no sistema de depoimento especial extrapola as disposições legais previstas nas Leis 4.119/62 e 8.662/1993²⁵², e o "poder de polícia das profissões", suspendendo-as.

A doutrina jurídica também se divide acerca do tema. Rodrigo Oliveira de Camargo aponta confronto do depoimento especial com o princípio da legalidade e com o direito fundamental do acusado ao procedimento, nos seguintes termos:

“A prova não contemplada no ordenamento processual é conhecida como prova inominada²⁵³, e admite-se sua existência desde que atente aos limites constitucionais e processuais da prova. Entretanto, jamais pode ser acolhida quando decorrente de uma variação ilícita de outro ato legalmente estabelecido na lei processual penal – justamente o caso do Depoimento Sem Dano – burlando as garantias constitucionais e legais previamente estabelecidas.”²⁵⁴

Também contrário à implantação do depoimento especial por motivos de cunho social, Alexandre Morais da Rosa pondera:

“A cruzada pelo aumento das condenações não pode se dar sem o pagamento de um preço, caro. (...) Uma aparente ausência de

²⁵¹ O magistrado fundamenta suas conclusões em entendimento semelhante do TRF: TRF 5ª Região, APELREEX 24564, 2ª T., DJE 30/10/2012, P. 255, Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, unânime, g.n.

²⁵² Leis que regulamentam as profissões de psicólogos e de assistente social respectivamente.

²⁵³ Outro nome dado à prova atípica.

²⁵⁴ CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. A face “procedimental” do depoimento sem dano. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 227, outubro, 2011, p. 11.

violência, a saber ‘branda’, que todavia cobra o preço de forma diferida, uma vez que o sujeito (criança) não é respeitado como categoria. A distinção que se coloca para sua proteção o transforma em objeto, com todo respeito.”

Há por outro lado quem defenda o depoimento especial, ainda mais em vista da expectativa de que sua normatização se dê em breve, uma vez que se encontra expressa no texto do novo Código de Processo Penal.

Encabeçados pelo idealizador do projeto no Brasil, José Antônio Daltoé Cezar, os favoráveis à prática do depoimento especial possuem como maior argumento a alegação de que a prática processual hoje prevista no Código de Processo Penal (de oitiva de crianças e adolescentes sem qualquer diferenciação da oitiva de adultos) é ultrapassada, impondo-se que modelos mais humanos sejam desenvolvidos, “para que os direitos universalmente reconhecidos às crianças sejam realmente colocados em prática”²⁵⁵.

Claudia Balbinotti, após descrever o funcionamento do projeto do “depoimento sem dano” desenvolvido no Rio Grande do Sul, conclui da seguinte forma:

“Tal metodologia abriga as garantias dos princípios constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa; possibilita o afastamento da vítima dos embates jurídicos entre juiz, promotor e defensor, normalmente regados de tensão, e produz registro permanente da entrevista, que pode ser assistida inclusive por julgadores de segunda instância.”²⁵⁶

Como se vê o assunto é denso e palco de diversas polêmicas. A aplicação do depoimento especial como vem ocorrendo deve ser analisada mediante seus aspectos

²⁵⁵ CEZAR, José Antônio Daltoé Cezar. A escuta de crianças e adolescentes em juízo. Uma questão legal ou um exercício de direitos? In: POTTER, Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 83.

²⁵⁶ BALBINOTTI, Claudia. *A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e o adolescente vítimas de abuso*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/134381976/Claudia-balbinotti-Violencia-Sexual-Infantil>. Acesso em: 30/07/13.

processuais e procedimentais, a fim de se verificar a tipicidade dessa nova forma de oitiva de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência.

4. Análise de tipicidade processual do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência

Utilizando-se como base de análise os procedimentos previstos na recomendação do Conselho Nacional de Justiça e no Projeto de Lei 156/2009, sempre em comparação com o procedimento previsto no Código de Processo Penal para oitiva de testemunhas, será possível identificar os elementos do tipo processual inseridos no depoimento especial.

Todavia, não se pode esquecer que sua norma procedimental não está positivada, pelo que, se identificada contradição procedimental que afete norma de garantia da prova testemunhal, o depoimento especial de criança e adolescente será considerado prova irritual e nula.

Os elementos estruturais do tipo processual objetivo interno da prova testemunhal consistem no verbo e no elemento normativo. O depoimento especial facilita as condutas de depor e inquirir na produção da prova testemunhal.

O juiz pode não obter resposta da criança ou do adolescente na oitiva realizada em sala de audiência, pois o depoente muitas vezes, em razão do ambiente hostil, acaba por sentir-se acuado, com vergonha e deixa de responder às perguntas formuladas²⁵⁷. Com o intermédio do profissional da área psicossocial treinado, em sala adequada e com a ambientação necessária, a criança ou adolescente acaba por relatar com maior segurança a violência sofrida ou testemunhada.

Existe um ponto em desacordo com o Código de Processo Penal, que é o previsto pelo artigo 212²⁵⁸, segundo o qual as partes formularão diretamente às

²⁵⁷ É o que é mostrado no vídeo institucional do projeto Depoimento Sem Dano, desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a fim de apresentar o projeto, o que levou o Tribunal a implantá-lo e como é desenvolvido no Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=qva98ShkEco>. Acesso em: 08/07/13.

²⁵⁸ Recentemente alterado pela Lei 11.690/2008.

testemunhas as perguntas. No depoimento especial, a parte faz as perguntas ao juiz, esse repassa as perguntas ao profissional que acompanha a criança e o adolescente, e o profissional formula, em linguagem adequada, as perguntas ao depoente.

Dessa forma, o sistema deixa de ser o de inquirição direta, mas não volta a ser presidencialista, como vigia antes da alteração trazida pela Lei 11.690/2008, uma vez que a pergunta será formulada pelo profissional que acompanha o inquirido. Sempre lembrando que os questionamentos das partes, antes de chegarem ao seu receptor final, passarão pela aprovação do juiz, que pode não admiti-los, nos termos do artigo 212.

A alteração promovida pelo depoimento especial sobre o sujeito a formular as questões se dá sobre norma de organização e não sobre norma de garantia. Andrey Borges de Mendonça comenta as razões que levaram o legislador a alterar o artigo em comentário:

“O intuito explícito do legislador, ao adotar o novo sistema, foi agilizar a colheita da prova oral. Além desse fator, a sistemática anterior era, muitas vezes, prejudicial à busca da verdade real, pois o magistrado, ao refazer a pergunta formulada pela parte, poderia alterá-la, mesmo involuntariamente, em algum aspecto substancial para a defesa ou acusação.”²⁵⁹

Como são profissionais da área psicossocial que irão reformular as questões de forma adequada ao entendimento e de forma a revitimizar o mínimo possível a criança ou o adolescente, fazendo-o se sentir mais à vontade para depor, é muito maior a probabilidade de se alcançar a verdade real através do depoimento especial.

Ademais, se sobrarem dúvidas, as partes poderão fazer novos questionamentos, sempre sob o crivo fiscalizatório do magistrado, e os verbos da conduta, quais sejam, inquirir e depor, são respeitados, resguardando-se, neste caso, sobretudo, os direitos humanos do depoente ou declarante, no caso da oitiva de vítima.

O elemento estrutural normativo do tipo processual objetivo interno reside no artigo 12.2 da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. O Brasil, ao se tornar

²⁵⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 194.

signatário dessa Convenção, incorporou-a ao direito interno com status de norma supralegal, ou seja, a Convenção está hierarquicamente localizada no ordenamento jurídico, abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional²⁶⁰.

O artigo em comento, conforme já abordado, determina que será proporcionada à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

O procedimento adotado no país para prática do depoimento especial não é contrário às regras processuais internas. Isto ocorre inicialmente porque não há norma acerca de depoimento em processo judicial ou administrativo voltada à criança em particular, conforme exige a Convenção, o que torna o depoimento especial necessário. Depois, ainda que se considere a norma processual em vigor, que trata de crianças, adolescentes e adultos como iguais²⁶¹, a sistemática procedimental adotada pelo depoimento especial não altera normas de garantia, como se verá, mantendo incólume a tipicidade processual. Por fim, a utilização do depoimento especial está em acordo com o disposto no artigo 227 da Constituição Federal e com o inciso XII, do parágrafo único, do artigo 100, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já o elemento circunstancial lugar do tipo processual objetivo interno não resta alterado pelo uso do depoimento especial, visto que, apesar de o depoente não se encontrar na sala de audiências, este estará em Juízo, em outra sala do mesmo fórum, sendo assistido por todos os presentes na sala de audiência.

O elemento circunstancial tempo do tipo processual objetivo interno também não resta prejudicado, uma vez que a oitiva da criança ou do adolescente pode se dar no decorrer da audiência una. Assim, no momento adequado da audiência, o juiz pode determinar ao profissional que inicie a oitiva da criança ou do adolescente que se encontra em sala especial, ligando os aparelhos eletrônicos que possibilitam o contato necessário entre os presentes na sala de audiência com o profissional e a criança na sala especial.

²⁶⁰ Nos termos do acórdão do RE 466.343/SP de Relatoria do ministro Cezar Peluso.

²⁶¹ É possível entender que a falta de legislação processual, até hoje, na oitiva de vítimas e testemunhas que trate de maneira diferenciada a criança e o adolescente do adulto é manifesto desrespeito ao previsto no *caput* do artigo 227 da Constituição Federal, que determina sejam tratados com prioridade a criança, o adolescente e o jovem a fim de assegurar a eles dignidade e respeito, entre outros.

Tema contraditório é a possibilidade de realizar o depoimento especial em sede de prova antecipada, nos termos do inciso I, do artigo 156. Como visto, tanto a Recomendação do Conselho Nacional de Justiça quanto a redação do novo Código de Processo Penal permitem a produção antecipada de prova quando for caso de aplicação do depoimento especial.

Os requisitos para produção da prova antecipada são a relevância e a urgência pautadas na proporcionalidade. “Urgentes são as provas que necessitam ser produzidas de imediato sob pena de se perderem total ou parcialmente. Relevantes são as que possuem grande valor para apuração da verdade real no processo penal”²⁶².

A análise da proporcionalidade do depoimento especial se dará no caso concreto, por meio de avaliação da gravidade da medida, de sua aptidão para alcançar a finalidade almejada e da ponderação das vantagens e desvantagens de sua aplicação.

De acordo com o que prevê o artigo 195 do Projeto de Lei 156/2009, é necessário ao juiz a quem foi requerida a produção antecipada de depoimento especial atentar “para o risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente, em vista da condição da pessoa em desenvolvimento”, o que configura a urgência que autoriza a antecipação da medida.

Por outro lado, a relevância geralmente se faz presente, uma vez que os casos de violência contra criança ou adolescente se dão em grande parte em ambiente familiar, onde só quem presencia o ocorrido é a própria vítima, sendo sua declaração essencial para o deslinde do caso. Presentes os dois requisitos para antecipação da prova, a proporcionalidade deve ser analisada caso a caso.

Importante salientar que, como a produção de prova antecipada pode se dar em qualquer momento anterior a audiência de instrução e julgamento, as partes interessadas devem sempre ser intimadas a acompanhar a colheita desta, mesmo que em fase investigatória, ocasião em que, se houver indiciado, este deve ser intimado para comparecer com advogado para acompanhar o trâmite; se não houver indiciado, deve o magistrado indicar um defensor público para acompanhar a produção probatória²⁶³.

²⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 347.

²⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 347.

O tipo processual objetivo externo é respeitado. Há documentação do depoimento da testemunha, porém esse se dará de forma digital. O depoimento é gravado por câmera de vídeo, em CD (disco compacto), o que traz benefícios frente ao depoimento reduzido a termo, já que em possíveis recursos os Desembargadores poderão apreciar a prova testemunhal como se estivessem presentes no momento de sua produção. Se a prova for produzida antecipadamente, antes da oitiva da criança ou adolescente em delegacia, o CD também poderá ser enviado à delegacia e ao conselho tutelar, a fim de evitar a repetição do depoimento pelo menor e sua consequente revitimização.

Quanto ao elemento estrutural participativo do tipo processual subjetivo, a aplicação do depoimento especial acaba por ampliar a garantia de ampla defesa do acusado. Afinal, enquanto o atual regime determina (na falta de videoconferência) a retirada do acusado da sala de audiências quando a testemunha sentir-se com medo ou constrangida, no depoimento especial o acusado poderá acompanhar o depoimento na sala de audiências, juntamente com seu defensor, com o magistrado, com o membro do Ministério Público e os outros sujeitos processuais.

O sistema proposto se assemelha à retirada da testemunha da sala de audiência para sua inquirição por videoconferência, porém, no depoimento especial, a testemunha ou vítima estará em contato direto com profissional da área psicossocial e não com o magistrado.

O elemento estrutural volitivo do tipo processual subjetivo é provavelmente o que mais se beneficia com o depoimento especial. Há alteração da forma como se questiona a criança ou o adolescente; como explicado, a pergunta será feita pelas partes ao juiz e por este ao profissional capacitado que acompanha o menor. Todavia, o ambiente e a linguagem da sala de audiências se mostra agressivo ao depoente, em vista da condição de pessoa em desenvolvimento que presenciou ou sofreu violência, geralmente em seu ambiente familiar.

A fim de respeitar o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão da criança e do adolescente, além de, na medida do possível, salvaguardar sua integridade psíquica e emocional, é que se aplica o método do depoimento especial. Por meio de sua utilização, com o ambiente favorável criado, é possível minimizar os danos causados à criança e ao adolescente ao terem que reviver o crime sobre o qual irão depor, aumentando-se com isso a chance de se obter um depoimento fidedigno

O elemento procedimental do tipo procedimental, que se preocupa em como deve ser praticado o ato, sofre alterações pontuais com relação ao procedimento previsto no Código de Processo Penal para oitiva de testemunhas.

Primeiramente, o depoimento se dará em dois lugares simultaneamente: a sala de audiências, onde estarão o magistrado e as partes do processo e a sala especial, localizada no mesmo fórum, em local afastado da sala de audiências para evitar o encontro do menor com o acusado, onde estará a criança ou o adolescente e o profissional da área psicossocial.

O contato das partes com o menor no momento das perguntas é feito por intermédio do juiz e, na sequência, por profissional capacitado. O réu permanece o tempo todo na sala de audiências acompanhando ao lado de seu defensor o depoimento, podendo auxiliá-lo diretamente no momento das perguntas. O depoimento será gravado em CD e integrará os autos do processo.

À parte das particularidades apontadas, todos os outros atos são produzidos em acordo com o procedimento previsto às vítimas e testemunhas no Código de Processo Penal. Assim, por exemplo, não será exigida da criança vítima ou testemunha, do adolescente vítima ou testemunha menor de quatorze anos a promessa de dizer a verdade, diferentemente dos adolescentes maiores de quatorze anos, dos quais será exigido o compromisso de dizer a verdade²⁶⁴.

5. Admissibilidade do depoimento especial

Ante o exposto, se faz necessário reconhecer que o depoimento especial, assim como o depoimento por videoconferência, é forma alternativa de realização do ato processual, isto é, trata-se de alteração da forma vigente de oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, a fim de minimizar ao máximo sua revitimização em juízo.

A partir dessa conclusão, é possível afirmar que não se trata de novo meio de prova, e sim de nova forma de produção da prova testemunhal, em face ao caso específico

²⁶⁴ Artigos 203 e 208 do Código de Processo Penal.

de necessidade de oitiva em juízo de criança ou adolescente na condição de vítimas ou testemunhas.

Outrossim, é interessante abordar a questão da excepcionalidade. O ideal é que a criança ou adolescente não seja chamada a depor em audiência. Se já houver laudo psicossocial que esclareça os pontos controversos da causa, após trabalho realizado pelo profissional com o menor, então, nesse caso, a criança ou o adolescente exerceu seu direito de ser ouvida em processo judicial e seria desnecessária sua revitimização, em acordo com as legislações estudadas.

Ademais, se se fizer possível a oitiva da criança ou adolescente em produção antecipada de prova, em fase de investigação, ainda melhor, pois ele estará sujeito a reviver o momento de violência apenas uma vez, já que a gravação resultante de sua oitiva será enviada à delegacia, ao conselho tutelar e será integrada aos autos do processo judicial, se houver denúncia que o justifique.

Porém, se no decorrer do processo o magistrado da causa entender imprescindível a oitiva da criança ou do adolescente, é preferível que essa seja realizada por meio de depoimento especial, uma vez que as alterações procedimentais tratadas no item anterior se refletem em normas de organização e não em normas de garantia.

As normas de garantia, como já estudado, têm por objeto o estabelecimento de direitos e garantias constitucionais²⁶⁵, as normas de organização são as que têm por objeto o estabelecimento do que não couber às normas de garantia²⁶⁶. Essas últimas não norteiam a tipicidade processual do meio de prova testemunhal.

A norma do depoimento especial altera as normas de organização, sem alterar normas de garantia, ou seja, mantém a tipicidade da prova testemunhal, criando uma nova forma de produzi-la. Essa nova forma de produção da prova testemunhal possui previsão legal que a autoriza, evitando assim sua identificação como prova anômala.

²⁶⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 55.

²⁶⁶ Com base no estudo realizado por Giovanni Conso, Guilherme Madeira Dezem (*Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 33-34) explica a diferença entre as normas de garantia e de organização: “há normas que são verdadeira garantia do indivíduo em um processo criminal (como, por exemplo, a que determina o dever de motivar as decisões judiciais); contudo, há outras normas que não constituem em verdadeira garantia, ligando-se mais a aspectos burocráticos do próprio serviço judiciário (assim, por exemplo, a norma que determina que os processos de especialização de hipoteca legal e do sequestro correrão em autos apartados – art. 138, do Código de processo Penal)“.

Concluindo, em verdade, a base do depoimento especial é a legislação voltada à prova testemunhal. As alterações sugeridas pelo Conselho e que, ao que parece, integrarão o novo Código de Processo Penal, são legalmente autorizadas, uma vez que em acordo com o disposto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Enfim, essas alterações feitas no procedimento da prova testemunhal, para possibilitar a aplicação do depoimento especial, se dão sobre normas de organização e não sobre normas de garantia, o que não interfere na tipicidade do depoimento especial, já que a tipicidade se debruça sobre as normas de garantia, inteiramente respeitadas, conforme visto.

CAPÍTULO VI - TESTEMUNHA INDIRETA

O testemunho indireto é também chamado de testemunho de ouvir dizer ou de *hearsay evidence*.

Nos dizeres de Paolo Tonini:

“A prova testemunhal indireta existe quando o fato a ser provado não foi apreendido pessoalmente pelo sujeito que o está narrando, vale dizer, quando a testemunha conheceu a representação do fato por meio de terceiros”²⁶⁷.

Em razão do direito ao confronto, ao contraditório e à ampla defesa, a testemunha indireta é vista com cautela nas legislações estrangeiras, a fim de impedir que se tomem como verdadeiros boatos. Por isso a análise da credibilidade da testemunha indireta e da testemunha direta se faz tão presente normativamente.

É possível a oitiva, e é prevista expressamente na legislação estrangeira, da testemunha indireta de testemunha indireta. O que significa dizer que a testemunha que está a depor tomou conhecimento do fato que narra por meio de uma outra testemunha indireta. Os cuidados a serem tomados quanto a esses depoimentos são dobrados como se verás.

1. Previsão legal

Não há no Brasil regra que trate expressamente da testemunha indireta. A norma que mais timidamente se aproxima disso está disposta no artigo 209 do Código de Processo Penal, ao prever em seu §1º que, “se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem”. Trata-se da antes mencionada testemunha

²⁶⁷ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

referida, ou seja, aquelas testemunhas, não arroladas, mencionadas pelo depoente no momento em que presta seu testemunho.

A discricionariedade prevista no artigo seria cabível em casos em que é referida uma pessoa que não acompanhou o desenrolar dos eventos controversos e encontra-se nos relatos da testemunha apenas de forma periférica. Por exemplo, a testemunha depoente menciona que houve um segurança que, assim como ela, viu a entrada do criminoso na boate local do crime no dia ele foi efetuado, porém, o fato de o acusado estar na boate não é contestado pela defesa. Neste caso, não há porque chamar o segurança a testemunhar.

Todavia, se a menção for feita de forma a evidenciar que o depoente se trata de testemunha indireta dos fatos verificados, entende-se necessária a intimação da testemunha direta a depor em juízo, afastando-se nestes casos a discricionariedade dada ao juiz pelo §1º do artigo 209, do Código de processo Penal.

Da mesma forma dispõe Oswaldo Trigueiro do Valle Filho:

“A testemunha referida é exatamente isto, quer dizer, tem-se a oportunidade de conhecer de perto os fatos, porém fica-se refém de uma discricionariedade que passa a ser agressiva, que há de ser superada. Transportemo-nos à situação de uma pessoa que tenha presenciado um ilícito penal e que, em uma conversa amistosa com um amigo revela o fato criminoso. Este terceiro que nada viu, que nada presenciou, que não sentiu o calor dos fatos, que não pulsou em seus sentidos, mas que apenas teve um contato frio com a testemunha original, vai ao tribunal prestar declarações sobre o que ouviu da fonte fiel do fato. Nestas circunstâncias, se ao juiz lhe parecer conveniente, irá chamar ou não aquela testemunha, o que para o sistema é sem dúvida um torvo.”²⁶⁸

Ao relatar o fato criminoso testemunhado a uma terceira pessoa, a testemunha direta não está vinculada à clausula de dizer a verdade ou sob o prenúncio do crime de

²⁶⁸ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 318-319.

falso testemunho, isto é, não está vinculada a nada que procure certificar que o que foi narrado corresponda à verdade dos fatos. Havendo a possibilidade de trazer a testemunha direta de fato relevante à causa em juízo, isso deve ser feito, sob risco de se utilizar como elemento probatório no processo apenas um boato do ocorrido.

2. Testemunha indireta no direito estrangeiro

Como não há no Brasil norma que verse sobre a testemunha indireta, é interessante a análise de normas estrangeiras que preveem disposições acerca desta, guardados os devidos cuidados nas normas a serem estudadas com a influência causada pela diferença de sistemas, ritos e costumes.

Não se pretende com o presente tópico uma análise de direito comparado, pois para tanto seria necessária uma análise do sistema processual penal jurídico como um todo de cada país abordado. O que se busca é apenas verificar as preocupações apresentadas na legislação estrangeira acerca do assunto, a fim de transpô-las, no que for cabível, à realidade legal brasileira.

2.1. A *hearsay witness* estadunidense

Nos Estados Unidos há extenso trabalho acerca da *hearsay evidence*, que culminou na *Federal Rules of Evidence*, um código criado a fim de prever regras gerais de evidência para casos julgados nas cortes distritais e cortes de apelação²⁶⁹, que entrou em vigor em 1975 e passou por uma série de emendas no decorrer dos anos.

²⁶⁹ “TITLE 28, UNITED STATES CODE § 2072. Rules of procedure and evidence; power to prescribe (a) The Supreme Court shall have the power to prescribe general rules of practice and procedure and rules of evidence for cases in the United States district courts (including proceedings before magistrate judges thereof) and courts of appeals.” Disponível em: <http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/evidence.pdf>. Acesso em: 13/06/13.

A *Federal Rules of Evidence* é composta de onze artigos, sendo que o oitavo trata do *hearsay* e dispõe acerca de definição, regras e exceções. A definição dada pela lei estadunidense de *hearsay*, na regra 801, (c), do artigo VIII, é a seguinte:

“*Hearsay* is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.”²⁷⁰

Como “*statement*” o legislador entende uma afirmação oral ou escrita²⁷¹, ou, ainda, “outros modos e meios que também servem de parâmetro numa comunicação, que podem atestar por gestos sua intenção, quer identificando uma pessoa, quer desprezando-a de forma a não se ter equívoco”²⁷².

A regra é a inadmissibilidade do *hearsay*, nos termos da regra 802, com exceção das ocasiões expressamente previstas, ou seja, “o critério é se verificar se a testemunha depõe a partir de seu conhecimento pessoal sobre os fatos que ela foi chamada a comprovar. Qualquer outro tipo de declaração é considerado testemunho indireto”²⁷³ e não será admitido.

Segundo Gordon Van Kessel, citado por Diogo Rudge Malan, a existência da regra de proibição à testemunha indireta no sistema processual estadunidense justifica-se por esse ser “um modelo que atribui amplos poderes às partes processuais e aos jurados”, assim, “a proibição do testemunho indireto opera como um mecanismo de controle de ambos e de compensação pela falta de supervisão imparcial significativa em todas as fases da persecução penal”²⁷⁴.

John H. Wigmore, em estudo desenvolvido em 1904, explica o que seria a *hearsay rule*:

²⁷⁰ Em tradução livre: “*Hearsay* é uma declaração, que não é feita pelo declarante, enquanto testemunhando no trial ou hearing, oferecida como evidência para provar a verdade da questão afirmada”.

²⁷¹ Rule 801 (a), *Federal Rules of Evidence*.

²⁷² VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.106.

²⁷³ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 53.

²⁷⁴ *Id.*, p. 56.

“Under the name of the Hearsay Rule will here be understood that rule which prohibits the use of a person’s assertion, as equivalent to testimony to the fact asserted, unless the assertor is brought to testify in court on the stand, where he may be probed and cross-examined as to the grounds of his assertion and of his qualification to make it.”²⁷⁵

Apesar de ser uma definição do início do século passado, o significado da regra geral de proibição de *hearsay* permanece atual. O que se alterou no decorrer dos anos foram as exceções criadas à regra, as quais encontram-se expressamente previstas nas regras 803, 804, 805 e 807, da *Federal Rules of Evidence*²⁷⁶.

As exceções dividem-se basicamente em dois grandes grupos, dispostos nas regras 803 e 804. A regra 805 trata da *hearsay* dentro da *hearsay*, ou seja, a possibilidade de oitiva de testemunha de *hearsay* de outra testemunha de *hearsay*, o que será aceito desde que cada um dos depoimentos esteja de acordo com alguma das exceções da regra de *hearsay* dispostas na lei. Por fim, a regra 807 trata da exceção residual, que será vista com maior atenção na sequência.

A regra 803 traz vinte e três exceções à regra de proibição da testemunha de *hearsay*, para casos em que o testemunho indireto será aceito mesmo havendo disponibilidade da testemunha direta para depor como testemunha.

Na década de 70, com o intuito de esclarecer as regras dispostas na *Federal Rules of Evidence*, o Comitê Consultivo sobre Regras Propostas preparou notas acerca de cada uma das regras. Essas notas de esclarecimento foram aprovadas pela Corte Suprema e

²⁷⁵ WIGMORE, John H. The history of the hearsay rule. In: *Harvard Law Review*, vol. 17, n. 7, may 1904, p.437. Em tradução livre: “Sob o nome de *Hearsay Rule* será aqui entendido aquela regra que proíbe o uso de afirmação de uma pessoa, como equivalente ao testemunho do fato afirmado, a menos que o assertor seja levado a depor em juízo, onde pode ser testado e inquirido sobre os motivos da sua afirmação e de suas qualificações para fazê-lo”.

²⁷⁶ Quanto à quantidade elevada de exceções a regra geral da *hearsay*, Oswaldo Trigueiro do Valle Filho (*A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 129) dispõe: “Os protestos quanto ao crescimento desordenado das exceções são sentidos por todos os lados. A manutenção de regras tradicionais de exceção já não suporta os limites que lhe foram impostos, e hoje o sistema da common law absorve mais de uma dezena de exceções”.

pelo Congresso, e frequentemente acompanham a *Federal Rules of Evidence*, com a função de auxiliar na interpretação da norma por advogados, juízes e até mesmo pelas Cortes²⁷⁷.

Em nota feita pelo Comitê Consultivo sobre Regras Propostas acerca das exceções apresentadas na lei em comento, especificamente sobre a regra 803, esse pondera que:

“The present rule proceeds upon the theory that under appropriate circumstances a hearsay statement may possess circumstantial guarantees of trustworthiness sufficient to justify nonproduction of the declarant in person at the trial even though he may be available”²⁷⁸.

Assim, a testemunha indireta será aceita (ainda que disponível para depor a testemunha direta), nos casos em que o legislador considerar que o “testemunho indireto é de boa qualidade epistemológica, tão confiável quanto o direto”²⁷⁹.

A regra 804, por sua vez, prevê cinco exceções à regra de proibição da testemunha de *hearsay*, de casos em que o declarante esteja indisponível para testemunhar. O fundamento para aceitação desses testemunhos, parte do entendimento de que, apesar de o depoimento indireto não possuir a mesma qualidade epistemológica do depoimento direto, “em certas circunstâncias entende-se preferível a admissão do testemunho indireto, ante a impossibilidade material de produção do depoimento direto”²⁸⁰.

Dentre as exceções é possível destacar o depoimento acerca da reputação e do caráter do acusado na comunidade em que vive²⁸¹, dentre as regras em que é aceita a exceção à regra da *hearsay* ainda que disponível para depor o declarante²⁸². O testemunho

²⁷⁷ Fontes: http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Rules_of_Evidence e http://federalevidence.com/pdf/FRE_Amendments/2000Amendments/capra_FRE_Clarification.pdf. Acesso em: 15/08/13.

²⁷⁸ Em tradução livre: “A presente regra dispõe sobre a teoria de que em circunstâncias apropriadas uma declaração de hearsay pode possuir garantias circunstanciais de confiabilidade suficientes para justificar a não produção do declarante pessoalmente no julgamento, embora ele possa estar disponível”. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_803. Acesso em: 12/08/13.

²⁷⁹ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 57.

²⁸⁰ Id., p. 57.

²⁸¹ Rule 803 (21)

²⁸² Dispostas na *rule* 803.

de caráter não é incomum na justiça brasileira, cujos elementos probatórios podem influenciar na dosagem da pena²⁸³.

Interessante, ainda, dentre as exceções à regra da *hearsay*, a situação em que o testemunho indireto é aceito (ainda que disponível a testemunha direta para depor), quando essa se encontra na iminência da morte, desde que se trate de acusação de homicídio e o depoimento diga respeito à causa ou circunstância relacionada à morte²⁸⁴.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho menciona dois requisitos que autorizariam o ingresso das exceções no sistema de provas estadunidense, com base nas lições de John Henry Wigmore, quais sejam: *circumstantial probability of trustworthiness* e *necessity*.²⁸⁵

O primeiro diz respeito à credibilidade do testemunho, ou seja, “nesta perspectiva, teriam que reunir condições reflexas, acessórias, que pudessem, segundo as circunstâncias concretas em si, dar ao julgador um suporte confiável”, como, por exemplo, a produção de outros meios de prova que colaborem “na busca de garantias de segurança de que aquela prova é tida por confiável, podendo assim ser recepcionada”.²⁸⁶

O segundo requisito dispõe acerca do critério da necessidade; apenas como *ultima ratio* deve se criar exceção à regra da inadmissibilidade do *hearsay*. O autor ainda menciona os casos de indisponibilidade total do declarante, mencionadas na *Federal Rules of Evidence* como a *dying declaration*.²⁸⁷

Os requisitos apresentados por Wigmore não são absolutos, existindo outras causas para aceitação de exceções, como as que se baseiam em motivos de política criminal, históricos ou de formas reflexas de interpretação dos requisitos estudados²⁸⁸. Assim, ante a existência de excessivas formas de criação de exceção à regra de inadmissibilidade da *hearsay*, é de se esperar o efetivo crescimento desordenado das exceções²⁸⁹, o que acaba por enfraquecer a segurança jurídica do sistema.

As normas criadas para cuidar da integridade da *hearsay rule* acabam por apresentar exceções com termos perigosamente subjetivos, como pode ser visto na regra

²⁸³ STJ, HC 43349 / RJ, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, D.J. 29/06/2006; RHC 35292 / PI, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, D.J. 28/05/2013.

²⁸⁴ *Rule* 804, (b) (2).

²⁸⁵ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 127.

²⁸⁶ *Id.*, p. 128.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 129.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 129.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 129.

807, que trata de exceções residuais. As exceções são pontualmente apontadas nas regras 803 a 805 da *Federal Rules of Evidence*, e juntas, conforme visto, somam vinte e nove exceções. A trigésima fica a cargo da regra 807.

A regra 807, antes disposta na regra 803 (24) combinada com regra 804 (B)(5), foi adicionada como regra única na *Federal Rules of Evidence* em 1997, para permitir a exceção da regra da *hearsay* não disposta nos artigos anteriores, desde que o depoimento que se pretende admitir: tenha garantias circunstanciais equivalentes de confiabilidade; seja oferecido como prova de um fato material; tenha maior valor probatório do que qualquer outra evidência de que o proponente possa obter através de esforços razoáveis para comprovação do mesmo ponto; e sirva melhor os fins da *Federal Rules of Evidence* e os interesses da justiça²⁹⁰.

As expressões autorizadoras da exceção residual apresentadas são, como mencionadas, subjetivas. Nos termos originais: “reasonable efforts”, “interests of justice” e “general purpose of these rules”, abrem espaço para os diferentes tipos de interpretações.

A preocupação é exposta por David A. Sonenshein, conforme se vê:

“Clause (C) of Federal Rules 803(24) and 804(b)(5) require that the admission of the proffered hearsay best serve the “general purposes” of the Federal Rules of Evidence and the “interests of justice.” The legislative history provides little guidance for the interpretation of these requirements. Because the language of clause (C) is vague and perhaps redundant of other provisions in the Rule, 10 some courts have failed to address clause (C) explicitly in their analysis of the application of the residual exceptions. Others have simply concluded that the proffer complies with clause (C) so long as the other requirements of the residual

²⁹⁰ “Federal Rules of Evidence: Rule 807. Residual Exception - A statement not specifically covered by Rule 803 or 804 but having equivalent circumstantial guarantees of trustworthiness, is not excluded by the hearsay rule, if the court determines that (A) the statement is offered as evidence of a material fact; (B) the statement is more probative on the point for which it is offered than any other evidence which the proponent can procure through reasonable efforts; and (C) the general purposes of these rules and the interests of justice will best be served by admission of the statement into evidence. However, a statement may not be admitted under this exception unless the proponent of it makes known to the adverse party sufficiently in advance of the trial or hearing to provide the adverse party with a fair opportunity to prepare to meet it, the proponent’s intention to offer the statement and the particulars of it, including the name and address of the declarant. (Added Apr. 11, 1997, eff. Dec. 1, 1997)”.

exceptions are met and admission of the evidence does not contravene other provisions of the federal rules.”²⁹¹

Em texto mais atual, Thomas Riley Kennedy O'Connor, pondera, no mesmo sentido:

“Rule 807 which permits the admission of a statement by an unavailable witness who does not fit into one of the specific hearsay exceptions. All a lawyer must do to is show that the statement goes to a material fact and has probative value in that no other such evidence can be found. Most jurisdictions use the residual exception sparingly, as its excessive use opens the door to the possibility of a miscarriage of justice. The residual exception actually makes reference to the "interests of justice," a vague notion that in itself is subject to some controversy.”²⁹²

Mais uma vez as palavras de Oswaldo Trigueiro do Valle Filho se fazem presentes para explicar o porquê do surgimento de tantas exceções à regra estudada:

“A liberalidade de exceções pode até ser lógica no ambiente americano, dada a característica legislativa bipartidária entre

²⁹¹ Em tradução livre: “Cláusula (C) da Federal Rules 803 (24) e 804 (b) (5) requer que a admissão da *hearsay* oferecida sirva melhor os "propósitos gerais" das *Federal Rules of Evidence* e os "interesses da justiça". O histórico legislativo proporciona pouca orientação para a interpretação desses requisitos. Porque a linguagem da cláusula (C) é vaga e talvez redundante de outras disposições na Rule, alguns tribunais não conseguiram resolver a cláusula (C) explicitamente em suas análises sobre a aplicação das exceções residuais. Outros simplesmente concluíram que a oferta está em conformidade com a cláusula (C), desde que os outros requisitos das exceções residuais sejam cumpridos e a admissão da prova não viole outras disposições das normas federais”. (SONENSHEIN, David A. The residual exceptions to the federal hearsay rule: two exceptions in search of a rule. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 15/08/13).

²⁹² Em tradução livre: “Regra 807, que permite a admissão do depoimento de uma testemunha indisponível que não se encaixa em uma das exceções de *hearsay* específica. Tudo o que um advogado deve fazer é mostrar que o depoimento diz respeito a um fato material e tem valor probatório que não pode ser encontrado em nenhuma outra evidência. A maioria das jurisdições usa a exceção residual com moderação, pois o seu uso excessivo abre a porta para a possibilidade de uma injustiça. A exceção residual na verdade faz referência aos "interesses da justiça", uma vaga noção de que em si mesma está sujeita a alguma controvérsia”. Disponível em: <http://www.drtoconnor.com/3020/3020lect07.htm>. Acesso em: 29/09/13.

atuações de ordem federal e estadual, sem esquecer a contribuição dos julgados da *Supreme Court*. Mais de 40 Estados produzindo uma legislação que pode ser uniforme em alguns pontos, mas diferenciada por necessidades locais. Assim o surgimento de uma quantidade desregrada de normas relativas às exceções à *hearsay* não é inesperado.”²⁹³

Em verdade, o sistema estadunidense parece sofrer quando se depara com uma situação contrária à regra da *hearsay* que poderia trazer solução para o caso concreto e termina por criar mais uma exceção, as quais se acumulam de forma desregrada. É a predominância da efetividade sobre a garantia, quando se tem um regramento que não dispõe em que deve ser pautado o ânimo de excepcionar a regra, permitindo-se que surjam exceções criadas a partir das necessidades do caso concreto.

Baseado em um sistema legislativo mais organizado, o processo penal italiano prevê de forma concisa exceções à regra de proibição do testemunho indireto, como será observado.

2.2. Testemunha indireta na Itália

O artigo 195, do Código de Processo Penal italiano prevê expressamente a admissibilidade à testemunha indireta, destacando os princípios do contraditório e da oralidade como forma de proteção à pessoa²⁹⁴.

Paolo Tonini dispõe quanto à *ratio* do artigo 195:

“A *ratio* do art. 195 não é impedir a utilizabilidade do que não foi apreendido pessoalmente pelo declarante, mas consentir a

²⁹³ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

²⁹⁴ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 143.

verificação do mencionado conhecimento e da fonte da qual proveio”.²⁹⁵

Em seu inciso 1 está disposto que quando a testemunha se refere, para conhecimento dos fatos, a outras pessoas, o juiz, a requerimento das partes, deve chamá-las a testemunhar. A não observância do disposto no inciso 1 torna inutilizáveis as declarações da testemunha indireta, quanto à matéria que lhe foi informada pela testemunha direta, salvo se impossível a intimação da testemunha direta por morte, doença ou desconhecimento de seu paradeiro²⁹⁶.

O rol apresentado pelo inciso 3 prevê pontualmente três ocasiões em que se excepciona a regra de inadmissão do testemunho indireto: quando a testemunha direta tiver morrido quando tiver sido acometida de doença que a impossibilite de comparecer ou quando seu paradeiro for desconhecido.

A jurisprudência da *Corte Suprema di Cassazione* demonstra o uso de analogia para alguns casos aplicando as exceções previstas no inciso 3, flexibilizando a norma apresentada. Como exemplo, cite-se o caso da mãe (testemunha indireta) que ouve relato da filha menor (testemunha direta) afirmando ter sofrido violência, e, em juízo, a colheita do depoimento da criança se torna impossível, uma vez que, em razão da pouca idade, sua memória não mais recorda o fato²⁹⁷. Seria possível, por meio de analogia, assemelhar-se a falta de memória da menor à exceção que prevê a possibilidade de oitiva de testemunha indireta por cometimento de doença da testemunha direta.

Assim, nos termos do disposto por Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, “os casos concretos é que darão esta dimensão” de se fazer possível a aplicação analógica, “não enxergando grandes prejuízos no alargamento por analogia”²⁹⁸.

Nos termos do inciso 7, para que seja aceito o depoimento da testemunha indireta, é necessário que essa indique a pessoa ou a fonte da qual apreendeu a notícia dos fatos a que o testemunho se refere.

²⁹⁵ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.116.

²⁹⁶ Artigo 195, 3 do Codice di Procedura Penale.

²⁹⁷ Corte di Cassazione Sez. III 27 agosto 1998, n. 9545. Disponível em: <http://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-terzo/titolo-ii/capo-i/art195.html>. Acesso em: 18/09/13.

²⁹⁸ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 146.

Neste sentido, Paolo Tonini dispõe:

“Trata-se de uma condição indispensável, pois a não individualização da fonte impede a valoração da credibilidade e da idoneidade do que foi referido. (...) Quando não é individuada a testemunha direta ou a fonte (por exemplo, o documento) da qual foi apreendido o fato referido, a prova testemunhal não é utilizável.”²⁹⁹

O inciso 2 faculta ao juiz, de ofício, intimar as testemunhas diretas, quando não houver requerimento das partes. Similar ao texto do §1º, do artigo 209 do Código de Processo Penal brasileiro, que não possui, todavia, a obrigatoriedade expressa pelo inciso 1, do artigo 195, do Código de Processo Penal italiano.

O juiz italiano não se vê obrigado a intimar de ofício a testemunha direta, quando não houver requerimento neste sentido pelas partes. Assim, “mesmo que esta (testemunha direta) não tenha sido intimada, o ‘ouvir dizer’ pode ser valorado”³⁰⁰.

O inciso 4, por sua vez, dispõe que os oficiais e os agentes da polícia judiciária não podem testemunhar sobre o conteúdo das informações sumárias obtidas a partir da testemunha ou do acusado conexo, ou pelas informações ou declarações espontâneas prestadas pela pessoa contra a qual as investigações são conduzidas³⁰¹.

O inciso 4 tem redação dada pela lei 63 de 1º de março de 2001. Sua redação original³⁰², mais abrangente na proibição, foi declarada inconstitucional pelo julgamento 24, de 31 janeiro de 1992, da Corte Constitucional. A Corte entendeu injustificada a diferenciação havida entre o testemunho indireto de membros da polícia judiciária e o de outras testemunhas, equivalendo o testemunho daqueles à disciplina prevista para essas,

²⁹⁹ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

³⁰⁰ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 118.

³⁰¹ Artigos 351 e 357, inciso 2, a) e b).

³⁰² Redação original, artigo 195, 4: “gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni”. Em tradução livre: “os oficiais e os agentes da polícia judiciária não podem testemunhar sobre o conteúdo das declarações obtidas a partir de testemunhas”.

nos termos dos três primeiros incisos do artigo 195³⁰³ e em acordo com o princípio da igualdade previsto no artigo 3º da Constituição.

Há crítica da doutrina quanto ao entendimento da Corte Constitucional, “os autores são unânimes em apontar o fator *longa manus* investigativo da polícia judiciária em relação ao Ministério Público que assume, como parte integrante representativa do Estado, tal depoimento”³⁰⁴.

Na nova redação do inciso 4, o legislador distancia-se do entendimento da Corte Constitucional, uma vez que, ainda que de forma mais contida, a previsão diferencia o testemunho indireto de membros da polícia judiciária do depoimento de outras testemunhas.

Quanto á redação vigente, Paolo Tonini dispõe:

“A *ratio* que fez com que o legislador vetasse o testemunho indireto da polícia consiste na vontade de evitar a violação à regra segundo a qual as declarações precedentes das testemunhas são utilizáveis somente para os fins da contestação, para estabelecer sua credibilidade (art. 500, inciso 2, do CPP). O testemunho indireto da polícia poderia trazer para a fase de debates (e tornar utilizável) o inteiro teor das declarações prestadas pela possível testemunha que não tenha sido ouvida em contraditório.”³⁰⁵

Todavia, a falta de disposição que impeça o testemunho indireto da polícia acerca das informações obtidas mediante delegação do Ministério Público (arts. 362 e 370), acaba por reduzir a eficácia do artigo³⁰⁶, ou seja, “a polícia pode facilmente

³⁰³ Disponível em: <http://www.giurcost.org/decisioni/1992/0024s-92.html>. Acesso em: 19/09/13.

³⁰⁴ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 147.

³⁰⁵ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 119-120.

³⁰⁶ ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. A disciplina da prova no Código de Processo Penal italiano. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 248.

desrespeitar a proibição de testemunho indireto solicitando uma delegação ao Ministério Público antes de ouvir a possível testemunha”³⁰⁷.

Ao final, o inciso prevê que em outros casos, serão aplicadas as disposições dos parágrafos 1, 2 e 3 do presente artigo, autorizando o testemunho indireto de oficiais e agentes da polícia, por exemplo, de declarações obtidas fora de sua função judiciária.

O inciso 5 aponta a possibilidade de informação da testemunha indireta se dar de forma diversa da oral, ocasião em que o disposto nos incisos anteriores será igualmente aplicável.

E, por fim, o inciso 6 veta o depoimento de testemunha que apreendeu os fatos a serem testemunhados de pessoas vinculadas por segredo profissional ou segredo de ofício, salvo se referidas pessoas tiverem divulgado de alguma forma os mesmos fatos³⁰⁸.

A legislação italiana que trata da testemunha indireta busca, diferentemente do sistema estadunidense, por um sistema equilibrado e objetivo de norma e, ainda assim, em vista da densidade do tema, é possível perceber conflitos jurisprudenciais, legislativos e doutrinários acerca da norma.

3. Análise de tipicidade processual da testemunha indireta

A análise de tipicidade processual da testemunha indireta levará à conclusão de possibilidade ou não de sua aplicação no processo penal. Se não houver norma de garantia afetada por sua utilização, a testemunha indireta será apenas uma nova forma de se efetuar a prova testemunhal, e, portanto, prova típica. Se, todavia, constatar-se a afronta à norma de garantia mediante o uso da testemunha indireta no sistema processual, essa não poderá ser aceita no ordenamento jurídico, por tratar-se de prova anômala ou irritual.

³⁰⁷ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 119-120.

³⁰⁸ Paolo Tonini (*A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 119) apresenta como exemplo ao previsto pelo inciso 7, do artigo 195, o caso em que “um advogado confia a seu assistente uma notícia que obteve reservadamente do cliente, o assistente não deve ser indagado sobre o ponto”.

Como não há norma que regule os termos de admissibilidade do testemunho indireto no processo penal, esse deverá ser produzido com atenção às normas voltadas à oitiva de testemunha, como definida no Código de Processo Penal.

Assim, dando início à análise tipológica processual da testemunha indireta, o elemento estrutural verbo, do tipo processual objetivo interno, consiste em depor e inquirir. O depoimento ocorre sem percalços. A testemunha indireta irá relatar o que ouviu de outra pessoa.

A inquirição, todavia, é limitada. As partes não poderão perguntar circunstâncias específicas acerca do depoimento, visto que a testemunha não viveu o momento relatado, saberá apenas o que lhe foi narrado, com sensações e circunstâncias que lhe foram confidenciadas, sem saber se o seu testemunho condiz com a realidade dos fatos.

A inquirição é importante garantia das partes, uma vez que, por meio dessa se faz presente o contraditório e se afere a credibilidade da prova testemunhal produzida. Portanto, é elemento decisivo ao convencimento judicial e à obtenção da justiça.

Com o prejuízo do elemento estrutural do verbo inquirir, a prova testemunhal indireta já se mostra, de início, contrária à norma de garantia.

Quanto ao elemento normativo, conforme exposto, uma vez que não há norma expressa que autorize a utilização da prova testemunhal indireta, sua produção deve obedecer o procedimento previsto às provas testemunhais pelo Código de Processo Penal. Assim, será adiantada a análise do elemento procedimental do tipo procedimental, a fim de ser aferida a dimensão do dano causado pela aplicação dessa prova, e depois voltar-se-á à análise dos outros elementos do tipo processual.

A aceitação do testemunho indireto conflita com a necessária apreciação da prova em contraditório, nos termos do artigo 155, do Código de Processo Penal.

O contraditório garante às partes que analisem e contestem as provas trazidas pelo adversário, possibilitando, dessa forma, ao juiz, uma visão mais completa e crítica da realidade³⁰⁹. Porém, não há como contraditar elemento de prova testemunhal apresentado cuja fonte não se encontra em juízo.

³⁰⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 139.

Se a testemunha fonte de prova é determinante para aferição da ilicitude (a depender da forma como foi obtida a informação do fato narrado), da nulidade (por exemplo, se o assistente de um advogado proibido de depor, nos termos do artigo 207 do Código de Processo Penal, testemunha informações que lhe foram confiadas pelo advogado) e da validade da prova produzida, é imprescindível sua presença em juízo.

A regra de não admissão de testemunho indireto, existente na legislação estrangeira estudada, possui duas funções: a de “assegurar a correção do veredicto, afastando um testemunho de ‘segunda mão’, tido como potencialmente prejudicial para o esclarecimento dos fatos” e a de “evitar que um depoimento (o da testemunha direta) possa ter ingresso no processo sem o crivo da *cross examination*”,³¹⁰.

A *cross examination* do direito estadunidense, também adotado pelos italianos sob nome de *esame diretto e controesame dei testimoni*, é técnica de inquirição de testemunha na qual as partes a questionam diretamente, sem intermédio do juiz. Neste ponto, é semelhante ao procedimento adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, a partir da entrada em vigor da Lei 11.690/2008, que alterou o artigo 212, passando a determinar que as perguntas sejam formuladas pelas partes diretamente à testemunha.

É cabível, neste contexto, ao direito processual brasileiro, a seguinte ponderação de Antônio Magalhães Gomes Filho quanto à *cross examination*:

“Parece igualmente resultar do contexto de garantias do modelo internacional que o método de inquirição que melhor as atende é o da *cross-examination*, pois mais efetivamente assegura o desenvolvimento do contraditório, permitindo um contacto direto entre a testemunha e os órgãos incumbidos da acusação e da defesa.”

Esse contato direto tão caro à efetivação do contraditório não ocorre com o depoimento da testemunha indireta; independentemente, inclusive, do tipo de inquirição adotado, seja presidencialista, como costumava ser antes da reforma no Brasil, uma vez

³¹⁰ Id., p. 141.

que nem mesmo o juiz que conduz as perguntas terá acesso à testemunha direta, seja mediante exame cruzado, como atualmente ocorre.

O artigo 155 do Código de Processo Penal determina a produção probatória em contraditório, excepcionando apenas três casos, em rol taxativo: provas cautelares, antecipadas ou irrepetíveis.

Conforme visto nas legislações estadunidense e italiana, há a aceitação de prova testemunhal indireta em alguns casos específicos quando a testemunha direta não estiver disponível para depor em juízo, inclusive na ocasião em que a testemunha direta tiver morrido.

Em outro momento, quando estudada a prova irrepetível no presente trabalho, utilizou-se como exemplo o depoimento de testemunha em fase investigatória que veio a falecer antes da instrução processual. Nesse caso (exceção prevista no artigo 155 do Código de Processo Penal), utiliza-se o depoimento colhido em fase investigatória na fase processual com contraditório diferido.

Tratam-se de casos diversos, pois a prova irrepetível pressupõe a produção probatória em algum momento processual que não o adequado para integrar a fase instrutória processual. Já a testemunha indireta, que relata fato percebido de testemunha direta falecida, traz a juízo apenas relato que se deu longe do processo e de suas garantias.

O testemunho indireto, no caso apresentado, não pode ser tido como prova irrepetível, uma vez que não houve a primeira produção probatória que se pretenderia fosse repetida. Assim, o testemunho indireto não se enquadra na exceção do artigo 155 do Código de processo Penal e não pode ser aceito, ainda que obtido de testemunha direta falecida, pois ausentes as garantias constitucionais que o fariam legítimo elemento probatório.

Tome-se como exemplo o caso de Fulano que ao passear em um parque escuta tiros e corre para se esconder atrás de uma árvore. Momentos depois Ciclano surge aparentemente perturbado e se esconde atrás de uma árvore vizinha à árvore em que Fulano estava e conta a Fulano que seu irmão acabara de ser assassinado pela Gangue X, para quem devia dinheiro. No dia seguinte Ciclano também é encontrado morto. Em depoimento posterior no processo, Fulano descreve o ocorrido e o que ouviu acerca da autoria do homicídio pela Gangue X.

Neste caso, o juiz deve levar em conta para seu convencimento e para fundamentação de sua sentença, todos os elementos do depoimento de Fulano, com exceção das afirmações de autoria e motivo que deveriam ser feitas em juízo pela testemunha direta, ou seja, o Ciclano falecido. Assim, são válidos os elementos apresentados por Fulano em seu depoimento, desde que ele esteja em posição de testemunha direta.

Em que pese a ausência de testemunha direta para as afirmações de autoria e motivo, nada impede que se busque outras provas acerca da autoria da Gangue X e do motivo do homicídio, uma vez que há informação, obtida por meio de testemunha indireta, de que talvez a Gangue X seja a autora do homicídio, em razão de uma dívida.

Além do contraditório, o testemunho indireto afeta negativamente o compromisso de dizer a verdade, previsto no artigo 203 do Código de Processo Penal. A verdade exigida da testemunha em juízo, sob pena, inclusive, de imputação de crime de falso testemunho, não é exigida da testemunha direta no momento em que confia os fatos que serão posteriormente narrados em juízo pela testemunha indireta.

O testemunho indireto é prova carecedora de credibilidade, uma vez que não há como avaliar a confiabilidade da real fonte probatória, nos termos do artigo 203, parte final. Ou seja, resta prejudicada a análise de credibilidade de quem efetivamente presenciou os fatos formadores de elementos de prova (indireta) em juízo.

Por todo o disposto, o elemento de prova oriundo de testemunha indireta não pode ser aceito no processo penal brasileiro da forma como hoje existe, isto é, sem previsão expressa legal, visto que afeta o tipo processual da prova testemunhal como prevista no Código de Processo Penal, de forma a prejudicar normas de garantia.

Desta feita, é possível afirmar que a testemunha indireta não é prova testemunhal. E, ainda, por não possuir norma própria que a autorize, é prova irritual e, portanto, nula, devendo em regra ser excluída do processo.

Não se afasta, em nenhum momento, a possibilidade (a não ser que o testemunho seja irrelevante à causa) de se trazer em juízo a testemunha direta referida no

depoimento da testemunha indireta³¹¹, com o que estariam resolvidos todos os entraves ora apresentados.

Voltando à análise da tipicidade processual da testemunha indireta, como visto, a estrutura do tipo processual objetivo interno da prova testemunhal, consistente no verbo e no elemento normativo, restam severamente prejudicados.

Os elementos circunstanciais lugar e tempo, por sua vez, não se prejudicam pela utilização da testemunha indireta. O tipo processual objetivo externo representado pela documentação, tampouco é alterado na produção probatória de testemunha indireta, ocorrendo nos termos do artigo 216, do Código de Processo Penal.

O elemento estrutural participativo, por meio do qual há a manifestação do contraditório, é profundamente afetado pela testemunha indireta. A testemunha que se encontra em juízo, como uma das intervenientes do ato processual, deveria trazer ao processo o relato de fatos por ela vividos, que venham comprovar ou desacreditar as alegações feitas pelas partes no decorrer do processo.

No início do trabalho, ao se defender a importância da prova testemunhal, citou-se José Carlos G. Xavier de Aquino, segundo o qual “o valor do testemunho está na razão de crer na presunção de que alguém que tenha presenciado um acontecimento de relevância jurídica possa ter percebido, através de suas percepções sensoriais, a verdade e queira transmiti-la”³¹².

Essa definição cai por terra no caso da testemunha indireta, já que essa não presenciou “acontecimento de relevância jurídica”, apenas relata uma versão, desprovida de qualquer possível avaliação de credibilidade, que lhe foi confidenciada.

Além, é claro, da falta do devido contraditório a ser exercido pelas partes, nos termos do já apresentado.

Por sua vez, o elemento volitivo também é prejudicado, uma vez que a testemunha não reconstrói os fatos com base nas suas impressões dos acontecimentos, ela meramente repete a versão dos fatos que lhe foi apresentada pela testemunha direta. Não é

³¹¹ O depoimento de testemunha indireta deve ser tido como mera indicação de fonte de prova, qual seja, a testemunha direta ou referida, que, conforme opinião já expressada, deve obrigatoriamente ser intimada a dar seu depoimento em juízo, se o relato que se espera obter for relevante à causa, contrariamente à faculdade prevista no §1º do artigo 209.

³¹² AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 15.

a sua vontade que é apresentada em juízo e sim a da testemunha direta. Não sendo possível, dessa forma, aferir eventuais vícios que podem existir no depoimento, o que ocorre muitas vezes por meio dos questionamentos das partes, ao se constatar incongruências entre o depoimento inicial e a resposta às perguntas.

Por fim, o elemento procedimental funcional é lesado quando se obtém com o testemunho, não elementos de prova que reconstruam os fatos trazidos ao processo pelas partes, mas uma notícia de “segunda mão”, que só será relevante à causa se a partir dela tornar-se viável o acesso à fonte de prova primária, isto é, à testemunha direta.

De acordo com Guilherme Madeira Dezem, a função da prova testemunhal consiste na “obtenção de elementos de prova de pessoa isenta à relação jurídica”³¹³. O relato obtido com a oitiva da testemunha indireta não gera elemento probatório, em razão da falta de elementos processuais que autorizem seu aproveitamento no processo, de forma que, com a oitiva da testemunha indireta, não se configura a função da prova testemunhal.

4. Considerações finais sobre testemunha indireta

A testemunha indireta é assunto a ser tratado com enorme cautela, visto que sua proibição no direito anglo-americano data do século XVI³¹⁴, permanecendo em vigor até os dias atuais, ainda que flexibilizada nos Estados Unidos, como visto.

Levando-se em conta o sistema de aferição adotado no presente trabalho, para se alcançar ou não a autorização legal e principiológica para a utilização de meios de prova derivados da prova testemunhal, a testemunha indireta não deve ser aceita no dia a dia do processo penal, por se tratar de prova irritual e, como tal, nula.

A prova nula, diferentemente da prova atípica, a *priori* não pode ser aceita. Somente se sua produção não causar prejuízo às partes é que sua admissibilidade pode ser aventada. No caso da testemunha indireta, não se vislumbra a possibilidade em que sua produção não traga prejuízo às partes, pelo que inadmissível.

³¹³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 245.

³¹⁴ WIGMORE, John H. The history of the hearsay rule. In: *Harvard Law Review*, vol. 17, n. 7, may 1904.

O passo inicial para se pensar em aproveitar qualquer elemento de prova obtido por meio de testemunha indireta deve ser sua normatização. Nos moldes do realizado nos Estados Unidos e na Itália: partindo-se da regra geral de sua inadmissibilidade e, após, prevendo exceções.

As exceções deverão ser escolhidas e suas aplicações justificadas com a devida cautela, pois, com a eventual lei que as preveja em vigor, aquelas poderão ser consideradas a qualquer tempo inconstitucionais.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho apresenta em seu livro uma proposta de *lege ferenda*³¹⁵ que derogaria o artigo 209 do Código de Processo Penal, passando a vigorar de forma a inadmitir os testemunhos de ouvir dizer que não indiquem a pessoa fonte de seu conhecimento, e, uma vez indicada essa pessoa, se não chamada a depor, não poderiam ser valorados os fatos indicados enquanto testemunho de ouvir dizer. As exceções à regra, de acordo com o autor, ficariam a cargo de casos específicos similares aos previstos na legislação italiana, nos quais: “a pessoa indicada não possa comparecer por morte, enfermidade incompatível com o exercício de depor e ausência judicial declarada”.

Ao final das disposições, o autor entende necessário o impedimento de valoração do depoimento de “policiais e membros da polícia judiciária que, por força da condição de investigação, tenham obtido declarações do acusado ou de testemunhas, em que estiverem impedidos os movimentos de confrontação”, justificando sua opção no fato de que o policial, “estando envolvido na investigação, poderia estar seduzido a provocar movimentos por vezes fraudulentos na extração de informações”³¹⁶.

Não se concorda com esse último entendimento apresentado, pois se fosse para seguir esse raciocínio o testemunho policial nunca poderia ser aceito, mesmo quando

³¹⁵ O texto normativo sobre testemunha de ouvir dizer, de acordo com Oswaldo Trigueiro do Valle Filho (*A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 360-361): “Art. 209. São inadmissíveis, não servindo como meio de prova, os testemunhos de ouvir dizer que não indiquem a pessoa fonte de seu conhecimento. §1º Tendo sido indicada a pessoa, fonte original das informações, pode o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, chamá-la a depor. Caso isto não ocorra, não poderão ser valorados os fatos indicados enquanto testemunho de ouvir dizer. §2º Podem, contudo, ser admitidos os testemunhos descritos no parágrafo anterior, nos casos específicos em que a pessoa indicada não possa comparecer por morte, enfermidade incompatível com o exercício de depor e ausência judicial declarada. §3º Não podem ser valorados os depoimentos dos policiais e membros da polícia judiciária que, por força da condição de investigação, tenham obtido declarações do acusado ou de testemunhas, em que estiverem impedidos os movimentos de confrontação”.

³¹⁶ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 360.

direto. No mesmo sentido de permitir o depoimento do policial que participa da diligência é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“PROCESSUAL PENAL. PENAL. TESTEMUNHA POLICIAL. PROVA: EXAME. I. - O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de o policial que participou das diligências ser ouvido como testemunha. Ademais, o só fato de a testemunha ser policial não revela suspeição ou impedimento. II. - Não é admissível, no processo de habeas corpus, o exame aprofundado da prova. III. - H.C. indeferido.”³¹⁷

Outrossim, a possibilidade de se utilizar o depoimento de uma testemunha indireta em juízo, desde que mediante norma expressa que a preveja, não faz com que essa tenha o mesmo valor de outros elementos informativos.

Todd Bruno apresenta três principais razões para que isso ocorra: o depoimento não é dado sob juramento de dizer a verdade; o depoimento não é feito na presença de quem presenciou o fato relatado, assim o juiz não pode julgar o comportamento da testemunha indireta; e não há oportunidade de se efetuar a cross-examination, para testar indicadores como percepção, memória, narração e sinceridade da pessoa que depõe³¹⁸.

Assim, ainda que no futuro seja possível aceitar o testemunho indireto no processo penal, sua valoração deve ser cuidadosa, visto ser impossível avaliar devidamente a credibilidade do testemunho, ante o inafastável desprezo do contraditório.

Ao realizar uma análise crítica sobre a admissão da *hearsay witness* nos Estados Unidos, Julian Nicholls pondera:

³¹⁷ HC 76557/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, D.J. 04/08/1998. No mesmo sentido, em decisões mais recentes: HC 116437/SC, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, D.J. 04/06/13; ARE 646299/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, D.J. 19/09/11.

³¹⁸ BRUNO, Todd. *Say what? Confusion in courts over proper standard of review for hearsay rulings*. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=todd_bruno. Acesso em: 29/09/13.

“When hearsay is admitted, the defendant by definition is unable to cross-examine and directly confront the declarant. (...) The primary issue with the problem of hearsay is whether hearsay evidence should be considered reliable. (...) It may be useful to remember that in the United States, the defendant has an independent Sixth Amendment right to confront the witness against him, which may preclude the admission of hearsay evidence, whereas hearsay evidence remains inadmissible simply because it is unreliable.”³¹⁹

Até que se chegue o momento em que será necessária uma abordagem crítica a respeito da norma em vigor que preveja a admissão do testemunho indireto, seus limites e problemas práticos, adota-se o entendimento de Vincenzo Manzini:

“As atestações indiretas, os conhecimentos reflexos, as deposições por ter ouvido dizer, não têm caráter de testemunho, senão que apenas podem ser considerados como elementos inseguros de informação, através dos quais se pode eventualmente chegar ao verdadeiro testemunho”.³²⁰

³¹⁹ NICHOLLS, Julian. Evidence:Hearsay and anonymous witnesses. In: HAVEMAN, Relof; KAVRAN, Olga; NICHOLLS, Julian (eds.). *Spranational criminal law, a system sui generis*. New York: Grotius Centre for International Legal Studies, Leiden university, p. 253-254. Em tradução livre: “Quando a *hearsay* é admitida, o acusado, por definição, é impossibilitado de perguntar e confrontar diretamente o declarante. (...) A principal questão com o problema da *hearsay* é se a evidência de *hearsay* deve ser considerada confiável. (...) Pode ser útil lembrar que nos Estados Unidos, o acusado tem o direito independente expresso na Sexta Emenda de confrontar a testemunha que depõe contra ele, o que pode impedir a admissão de *hearsay*, enquanto evidências de *hearsay* permanecem inadmissíveis simplesmente porque não são confiáveis. ”

³²⁰ MANZINI, Vincenzo. Apud. FRAGOSO, Heleno. *Prova. Testemunho de ouvir dizer*. Disponível em: http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo5.pdf. Acesso em: 02/07/13.

CAPÍTULO VII - TESTEMUNHA ANÔNIMA

Com o surgimento da prova testemunhal, surgiu também a necessidade de proteção das testemunhas de ameaças feitas com o intuito de alterar seus depoimentos ou de coagi-las a não testemunhar.

A condição de vulnerabilidade das testemunhas só fez aumentar com o surgimento e aperfeiçoamento das organizações criminosas, as quais, em prol da impunidade, intimidam as testemunhas por meio de violência, coação e ameaça. Existem, ainda, casos de homicídio de testemunha como forma de queima de arquivo, para impedir que deponham em juízo³²¹. Os atos ilícitos praticados com o intuito de impedir o depoimento de testemunhas acabam por instituir a mais absoluta "lei do silêncio"³²².

Quanto à atuação das organizações criminosas na intimidação de testemunhas, Michael H. Graham expõe:

“Em nenhuma área do sistema de Justiça criminal é a intimidação de testemunhas mais prevalente do que na área de acusações contra o crime organizado. Embora os casos de intimidação de testemunha não estejam limitados à seara do crime organizado, esses criminosos usam o medo ‘como um setor fundamental para manter em pé suas atividades criminosas’. A coação de testemunhas é uma das mais eficazes contramedidas do crime organizado contra o sistema de Justiça criminal. Dez por cento de todos os homicídios relacionados com o crime organizado em um período de quatro anos tiveram como vítimas testemunhas de acusação”.³²³

³²¹ Existem várias notícias em jornais, revistas e outros meios de comunicação em massa que reportam o homicídio de testemunhas vinculadas a processos que julgam organizações criminosas: Estadão (<http://www.estadao.com.br/arquivo/cidades/2002/not20021125p21383.htm>), Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (http://www.sdh.gov.br/importacao/noticias/ultimas_noticias/2006/12/MySQLNoticia.2006-12-11.5310), Isto é (http://www.istoe.com.br/reportagens/9010_SOB+O+DOMINIO+DO+MEDO).

³²² Justificação do Projeto de Lei 610/1995, que transforou-se na Lei Ordinária 9807/1999 (lei de proteção de vítimas e testemunhas).

³²³ GRAHAM, Michael H. *apud* SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da

As respostas tradicionais à intimidação de testemunhas são os programas de proteção, que, todavia, por caracteristicamente serem colocados em ação em momento posterior às ameaças e coações, podem mostrar-se inócuos, como pondera Stefano Maffei:

“In the last decade however, scholars and prestigious international institutions have put forward the view that measures of this kind may sometimes be ineffective and, therefore, that witness anonymity should be justified as a legitimate tool to counter intimidation.”³²⁴

Assim, a fim de proteger preventivamente a testemunha dos riscos que a posição processual a coloca, os tribunais começaram a aceitar e os legisladores iniciaram um processo de regulamentação da testemunha anônima.

Segundo Diogo Rudge Malan:

“Por testemunha anônima se entende aquela cuja identidade verdadeira – compreendendo nome, sobrenome, endereço e demais dados qualificativos – não é divulgada ao acusado e ao seu defensor técnico. Tal anonimato testemunhal em regra é acompanhado do uso de procedimentos judiciais que impedem o acusado e seu defensor técnico de vislumbrar o semblante da testemunha, e de recursos tecnológicos que distorcem a voz dela durante o seu depoimento em juízo.”³²⁵

Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010, p. 41.

³²⁴ MAFFEI, Stefano. *The European right to confrontation in criminal proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006, p. 48. Em tradução livre: “Na última década, no entanto, acadêmicas e prestigiadas instituições internacionais apresentaram a visão de que medidas deste tipo podem por vezes ser ineficazes e, portanto, que o anonimato testemunhal deve ser justificado como uma ferramenta legítima para combater a intimidação”.

³²⁵ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 140.

Aponta o autor que, além dos meios utilizados para impedir a visualização da testemunha e de ouvir sua voz natural, os sistemas que se valem da testemunha anônima permitem a restrição na linha de questionamento utilizada pelo acusado, a fim de evitar a identificação ou outros dados qualificativos da testemunha.

Difere-se da testemunha ausente, entendida como “aquela que não comparece em pessoa para prestar depoimento durante o julgamento do acusado, por variados motivos”³²⁶, como, por exemplo, a testemunha que, após prestar depoimento na fase investigatória, falece.

Apesar de hoje tratar-se de instituto regulado no ordenamento processual brasileiro, como se verá, a utilização de testemunhas anônimas como meio de prova é polêmica, ante sua afronta à ampla defesa, ao contraditório e à publicidade processual.

Segundo Alexandre Morais da Rosa:

“O grande desafio democrático contemporâneo é o de se garantir um processo como procedimento em contraditório (MORAIS DA ROSA, Alexandre; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008) em que as restrições ao “direito ao confronto”, materializadoras do “devido processo legal substantivo” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), sejam baseadas em fundamentos legais e compatíveis com a Constituição.”³²⁷

No mesmo sentido Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró dispõem:

³²⁶ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 154.

³²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. O direito por quem o faz - Testemunha "sem rosto" e o direito ao confronto. In: *Boletim IBCCRIM*, n.198, Maio / 2009.

“Mesmo no caso em que a testemunha esteja presente, sendo visualmente identificada, o desconhecimento de seus dados de qualificação poderá prejudicar o exercício do contraditório. Por exemplo, não será possível verificar eventual grau de parentesco com as partes do processo, o que poderia colocar sob suspeita seu depoimento. Além disto, ignorando-se sua identidade, sua residência e seu local de trabalho, fica-se privado de informações sem as quais podem restar impossibilitadas de verificação e confrontação certas afirmações, como por exemplo, o haver a testemunha presenciado o delito quando ia para o trabalho, ou quando retornava para sua residência.”³²⁸

Por outro lado, quem defende a aplicação da testemunha anônima, fundamenta seu posicionamento nos direitos fundamentais à vida, à segurança e à intimidade da testemunha, que são colocados em risco em razão da posição que ocupam no processo.

Em que pese a polêmica, o tema testemunha anônima só fez crescer em importância, em razão, principalmente, da ascensão das organizações criminosas. Como consequência houve o surgimento de legislação específica a fim de combater os crimes por elas praticados e, concomitantemente, de garantir a segurança dos envolvidos nos processos criminais decorrentes.

1. Previsão legal

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LX, traz exceção à regra da publicidade dos atos processuais, ao determinar que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Conforme bem apontado por Renato Brasileiro de Lima, “na hipótese de testemunhas anônimas, esse interesse social na proteção de seus dados está

³²⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 12/01/2012

consubstanciado pela proteção à integridade física e moral da testemunha e pela própria realização do *jus puniendi*”.

Os limites dessa restrição, ainda não muito claros, estão expressos com maiores detalhes na lei de proteção às vítimas e testemunhas (Lei 9.807/1999) e na lei de crime organizado (Lei 12.850/2013).

Além dessas, ainda é possível verificar norma a esse respeito na Convenção de Palermo³²⁹, incorporada ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 5.015/2004, passando a integrar o direito positivo brasileiro com força de lei ordinária. O Documento dispõe em seu artigo 24 que, “cada estado parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas”, e, quando necessário, “aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas”.

A Convenção sugere no mesmo artigo, como medidas apropriadas para os fins enunciados, o fornecimento de um novo domicílio e o impedimento ou a restrição de divulgação de informações relativas à identidade e ao paradeiro da testemunha, além de normas “que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados”.

No mesmo sentido, com fundamento na lei de proteção a vítimas e testemunhas, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo redigiu o provimento 32, de 24 de outubro de 2000, que em seu artigo 3º permite às vítimas e testemunhas coagidas ou submetidas a grave ameaça, em assim desejando, não terem quaisquer de seus endereços e dados de qualificação lançados nos termos de seus depoimentos; aqueles ficarão anotados em autos próprios. O artigo 5º garante, ainda, o acesso à pasta ao Ministério Público e ao Defensor constituído ou nomeado nos autos.³³⁰

Cabe maior enfoque à Lei 9.807/1999 (lei de proteção a vítimas e testemunhas) e à recente Lei 12.850/2013 (lei do crime organizado).

³²⁹ Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional.

³³⁰ As previsões são aplicáveis aos inquéritos e processos em que os réus são acusados de crimes dentre aqueles discriminados no artigo 1º, inciso III, da Lei Federal nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos termos do artigo 1º do Provimento.

1.1. Programas de proteção às vítimas e testemunhas

A fim de prevenir atos ilícitos provocados contra testemunhas e seus familiares e de evitar a perda dos depoimentos, foi aprovada a Lei 9.807/1999, chamada de lei de proteção a vítimas e testemunhas, mas que também protege réus colaboradores e institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas.

O conceito de testemunha, quando se fala em programa de proteção, é amplo, abrangendo qualquer pessoa que possua informações relevantes ao processo em que irá depor.³³¹

Sandra Oliveira e Silva dispõe acerca do assunto:

“Uma primeira leitura do problema sugere que as medidas de proteção visam apenas a testemunhas *tout court*, figura cujos contornos conceituais são moldados pela dogmática processual penal. Porém, a noção adotada para este efeito pela doutrina (e pelo legislador, como veremos) é bastante mais ampla: as pessoas designadas sob o vocábulo ‘testemunha’ formam uma categoria assaz heterogênea que inclui todo aquele que, independentemente da veste processual, disponha de informação com conteúdo relevante para a verificação probatória dos fatos em investigação. Assim, também o co-arguido, o assistente, as partes civis, os peritos

³³¹ Nos termos da recomendação “Rec (2005)9 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 20 April 2005”, “The definition of ‘witness’, as formulated by the recommendation, was built upon the autonomous concept of witness under Article 6 of the ECHR (see the judgments of the European Court of Human Rights in the *Kostovski* and *Isgrò* cases, Appendix I). This definition includes any person who possess relevant information to criminal proceedings about which he/she has given and/or is able to give testimony.” No mesmo sentido, Diego Fajardo Maranhão Leão de Souza (*O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010, p. 46) defende que “não é necessário que alguém seja juridicamente dotado do status de testemunha por ato de autoridade judicial competente para que possa ser tutelado pelas normas de proteção, bastando que seja detentor de uma informação relevante para o processo e potencialmente sujeito a intimidação”.

e consultores técnicos podem ser beneficiários de medidas de proteção”.³³²

Assim, a proteção prevista pela lei abrange não apenas as testemunhas em sentido estrito, mas também qualquer pessoa que tenha sido intimidada em razão de colaborar com a investigação ou com o processo criminal.

A proteção a vítimas, testemunhas e acusados prevista na lei será prestada pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados, os quais poderão ser colocados em prática por meio de parceria entre os estados ou por entidades não-governamentais³³³.

A solicitação objetivando o ingresso no programa (que será instruída com a qualificação da pessoa a ser protegida e com informações sobre a sua vida pregressa, o fato delituoso e a coação ou ameaça que a motiva) poderá ser encaminhada ao órgão executor pelo interessado, por representante do Ministério Público, pela autoridade policial que conduz a investigação criminal, pelo juiz competente para a instrução do processo criminal, por órgãos públicos e entidades com atribuições de defesa dos direitos humanos.³³⁴

Em caso de urgência e, levando em consideração a procedência, gravidade e a iminência da coação ou ameaça, a vítima ou testemunha poderá ser colocada provisoriamente sob a custódia de órgão policial, pelo órgão executor, no aguardo de decisão do conselho deliberativo, com comunicação imediata a seus membros e ao Ministério Público.³³⁵

O conselho deliberativo³³⁶ decidirá sobre o ingresso do protegido no programa ou a sua exclusão e sobre as providências necessárias ao cumprimento do programa³³⁷. As

³³² SILVA, Sandra Oliveira e. *apud* SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010, p. 46).

³³³ Artigo 1º da Lei 9.807/1999.

³³⁴ Artigo 5º da Lei 9.807/1999.

³³⁵ Artigo 5º, §3º, da Lei 9.807/1999.

³³⁶ O conselho deliberativo será composto de representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos direitos humanos (artigo 4º).

³³⁷ Artigo 2º, “§3º O ingresso no programa, as restrições de segurança e demais medidas por ele adotadas terão sempre a anuência da pessoa protegida, ou de seu representante legal.”

deliberações do conselho serão tomadas por maioria absoluta de seus membros e sua execução ficará sujeita à disponibilidade orçamentária.

Quanto à vinculação do início da execução do programa de proteção à disponibilidade orçamentária, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar Antonni dispõem:

“As medidas determinadas pelo conselho, contudo, estão condicionadas à disponibilidade orçamentária (art. 6º, parágrafo único), de sorte que a efetividade da proteção encontra-se altamente fragilizada pela escassez de recursos.”³³⁸

A ponderação tem sentido em existir, como é possível verificar, por exemplo, nos casos em que a testemunha que sustenta sua família deve se afastar de seu trabalho para sua proteção, devendo passar a receber ajuda financeira mensal para sua subsistência e de sua família.

A proteção oferecida pelo programa consiste, isolada ou cumulativamente, na segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações; na escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos; na transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção; na preservação da identidade, imagem e dados pessoais; na ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda; na suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar; no apoio e assistência social, médica e psicológica; no sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida; no apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal³³⁹.

³³⁸ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 382.

³³⁹ Artigo 7º da Lei 9.807/1999.

A lei prevê para casos excepcionais a possibilidade de alteração do nome completo em registro público, sendo precedida das providências necessárias ao resguardo de direitos de terceiros. Nesses casos, o juiz, após ouvir o Ministério Público, determina que o procedimento tenha rito sumaríssimo e corra em segredo de justiça.

Uma vez concedida a alteração pretendida, o magistrado determinará na sentença: a averbação no registro original de nascimento da menção de que houve alteração de nome completo, com expressa referência à sentença autorizatória e ao juiz que a exarou e sem a aposição do nome alterado; a determinação aos órgãos competentes para o fornecimento dos documentos decorrentes da alteração; a remessa da sentença ao órgão nacional competente para o registro único de identificação civil, cujo procedimento obedecerá às necessárias restrições de sigilo.

Representantes da Delegacia de Polícia Federal e do Ministério Público Federal apontaram em audiência pública no Senado Federal dificuldades na aplicação da Lei em comento, resultantes de não haver determinação na legislação “às entidades de direito privado para que emitam documentos com a nova identificação da pessoa protegida, decorrentes da alteração de seu nome, uma vez que as atuais disposições possibilitam tal determinação apenas aos órgãos públicos”³⁴⁰.

O Senador e jurista Pedro Taques apresentou o Projeto de Lei 180/2012, que prevê a inserção do inciso IV, ao §3º, do artigo 9º da Lei de Proteção a vítimas e testemunhas, o qual prevê que o juiz no momento da sentença determinará “a expedição de ofício às pessoas jurídicas de direito privado competentes requisitando o fornecimento de documentos indicados pela pessoa protegida decorrentes da alteração do nome, sem fazer menção aos motivos que originaram a modificação”.

O Senador justifica seu projeto por meio do seguinte exemplo:

“É o caso, por exemplo, de um engenheiro que, protegido pelo programa de proteção às testemunhas e vítimas, fica impedido de exercer a sua profissão porque o nome que consta do seu diploma

³⁴⁰ Justificação do Projeto de Lei 180/2012, Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.senado.gov.br%2Fatividade%2Fmateria%2FgetDocumento.asp%3Ft%3D109223&ei=sJ_GUpbLOOSb2QXNpYGwDQ&usg=AFQjCNGGAVTUfui6NnVDndeNK8GbaDn9Hg&sig2=hS6T_1UWzXl xGMxkn_XVWA&bvm=bv.58187178,d.b2I. Acesso em: 04/10/2013.

de graduação diverge da sua nova identificação civil. Neste caso, é preciso que a entidade de direito privado, responsável pela emissão do diploma de graduação ao engenheiro protegido, emita novo diploma e histórico escolar de graduação, com a nova identificação da pessoa protegida, permitindo que ela exerça regularmente a sua profissão.”³⁴¹

A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica³⁴², a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova³⁴³, podendo ela ser dirigida ou estendida ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme o especificamente necessário em cada caso.

Estão excluídos da proteção os indivíduos cuja personalidade ou conduta seja incompatível com as restrições de comportamento exigidas pelo programa, os condenados que estejam cumprindo pena e os indiciados ou acusados sob prisão cautelar em qualquer de suas modalidades. Tal exclusão não trará prejuízo a eventual prestação de medidas de preservação da integridade física desses indivíduos por parte dos órgãos de segurança pública.

A proteção oferecida pelo programa tem prazo máximo previsto no artigo 11 de dois anos, podendo ser prorrogado em circunstâncias excepcionais por tempo indeterminado pela Lei.

Por fim, em alteração incluída pela Lei 12.483/2011, o artigo 19-A prevê a prioridade na tramitação de inquérito e processo criminal em que figure indiciado, acusado, vítima ou réu colaborador, vítima ou testemunha protegida pelo programa. Ressalva, ainda, em seu parágrafo único, que, “qualquer que seja o rito processual criminal, o juiz, após a

³⁴¹ Idem.

³⁴² Lei 9.807/1999, artigo 5º, “§2º Para fins de instrução do pedido, o órgão executor poderá solicitar, com a aquiescência do interessado: I - documentos ou informações comprobatórios de sua identidade, estado civil, situação profissional, patrimônio e grau de instrução, e da pendência de obrigações civis, administrativas, fiscais, financeiras ou penais; II - exames ou pareceres técnicos sobre a sua personalidade, estado físico ou psicológico”.

³⁴³ Artigo 2º da Lei 9.807/1999.

citação, tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção”.

As previsões mencionadas de preservação da identidade, imagem e dados pessoais e de alteração do nome completo da testemunha (medidas essas que dependem da gravidade e circunstância do caso concreto), dão ensejo à discussão acerca da utilização de testemunha anônima no decorrer do processo penal, desde que a testemunha esteja inserida no programa de proteção.

Outrossim, as medidas de proteção a testemunhas previstas na lei em comento são medidas reparativas e não preventivas, ou seja, a testemunha já sofreu coação ou ameaça, nos termos de seu artigo 1º³⁴⁴ e a identidade da testemunha ou vítima a que se pretende proteger já é certamente conhecida pelos indivíduos, interessados no processo, que a coagiram ou ameaçaram em um primeiro momento.

Assim, a produção de provas por meio de testemunhas anônimas no processo em que a identidade da testemunha é conhecida justamente pela pessoa contra quem se pretendia protegê-la, não é eficaz. Serão aptos a desempenhar o papel protetivo da testemunha as outras medidas propostas pela lei, tais como a escolta e segurança, a transferência de residência, ajuda financeira, etc.

1.2. O agente infiltrado

Segundo definição dada por Mariângela Lopes Neistein:

“Agente infiltrado é o membro da polícia que autorizado por um Juiz, oculta sua identidade, e se insere, de forma estável, em determinada organização criminosa, na qual ganha confiança de seus membros, por ser aparentado a eles, tendo acesso a

³⁴⁴ Artigo 1º da Lei 9.807/1999. “Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que **estejam coagidas ou expostas a grave ameaça** em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.” (grifo nosso)

informações sigilosas, com a finalidade de comprovar eventual cometimento do delito, assegurar fontes de prova e identificar seus autores.”³⁴⁵

Até recentemente, era possível qualificar o instituto do agente infiltrado como meio de obtenção de prova atípico, uma vez que sua previsão pela Lei 9.807/99 (antiga lei de crime organizado) e pela Lei 11.343/2006 (lei de drogas) era meramente nominada. Com a entrada em vigor da Lei 12.850/13 (nova lei de crime organizado), o agente infiltrado passou a ser meio de obtenção de prova típico, e, visto que possui procedimento formalmente previsto, como se verá a seguir, pode ser aplicado no direito brasileiro.

1.2.1. Previsão legal do agente infiltrado

A Lei 12.850/2013 entrou em vigor no dia 19 de setembro de 2013, para definir organização criminosa e dispor sobre a “investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”³⁴⁶.

O dispositivo veio substituir a Lei 9.034/1995, revogando-a expressamente, suprimindo lacunas muito criticadas que essa possuía. Entre outras, a nova lei define no §1º do artigo 1º organização criminosa³⁴⁷ e trata, com maior especificidade, do procedimento a ser empregado na adoção pela justiça de agentes infiltrados³⁴⁸.

Segundo seu artigo 1º, a lei será aplicada aos crimes praticados por organizações criminosas, “às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente”, e “às organizações terroristas internacionais,

³⁴⁵ NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida, São Paulo, 2006, p. 44.

³⁴⁶ Artigo 1º, *caput*.

³⁴⁷ Revogando tacitamente o conceito apresentado pelo artigo 2º da Lei 12.694/2012.

³⁴⁸ A Lei 11.343/2006 (lei de drogas) traz em seu artigo 53 a permissão, para crimes previstos na lei e mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, “a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes”. Não traz qualquer texto adjacente acerca do agente infiltrado, apenas contém a permissão para a infiltração no caso dos crimes previstos na lei, o que continua em vigor.

reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional”.

O § 1º do artigo 1º define organização criminosa nos seguintes termos: “considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

Entre outros meios de obtenção de prova³⁴⁹, a lei permite “a infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”.

Diferentemente do previsto no inciso V do artigo 2º da Lei 9.034/1995, que previa a “infiltração por agentes de polícia ou de inteligência”, o artigo 10º *caput* da nova lei de organizações criminosas prevê que configurará agente infiltrado apenas o agente de polícia, neste caso, estadual ou federal.³⁵⁰

A Lei 9.034/1995 definia como instrumento extraordinário de investigação a infiltração policial, porém, não previa o procedimento a ser adotado no caso de sua

³⁴⁹ Artigo 3º: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada; II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; III - ação controlada; IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

³⁵⁰ Rogério Sanches faz a ressalva acerca do assunto ao dizer que o artigo 144 da Constituição Federal prevê os seguintes órgãos de segurança pública: “I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares”. Como o caso é de investigação, estariam excluídas as polícias rodoviária, ferroviária e militar, que não têm tarefa de investigação, salvo a última em caso de investigação em inquérito policial militar, restando, assim, habilitados a serem agentes infiltrados as polícias civil e federal. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=ElkbgG5VD0w>. Acesso em: 24/08/13.

aplicação. O meio de obtenção de prova infiltração policial era prova atípica, prova meramente nominada que dependia de proporcionalidade e analogia³⁵¹ para sua aplicação.

A partir da entrada em vigor da Lei 12.850/2013 a infiltração de agentes passou a ser meio de obtenção de prova típico. A lei prevê em sua Seção III, “da infiltração de agentes”, normas procedimentais que permitem colocar em prática a figura do agente infiltrado.

A infiltração é medida excepcional, de acordo com o § 2º do artigo 10, que somente será admitida se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. O prazo de autorização da infiltração é de seis meses, podendo ser renovada por inúmeras vezes, desde que comprovada sua necessidade³⁵². Ao fim do prazo, o relatório circunstanciado contendo as atividades desenvolvidas durante a infiltração será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público³⁵³.

O pedido de infiltração, que conterá a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração, será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado³⁵⁴.

Recebido o pedido, o juiz competente decidirá em vinte e quatro horas sobre a adoção da infiltração, devendo adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, a qual será disponibilizada à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.³⁵⁵

O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados. Porém, não é punível, no

³⁵¹ Por analogia, após passar pelo filtro da proporcionalidade, poderia ser utilizada a legislação que trata da interceptação telefônica. Ambos os instrumentos investigatórios são meios de obtenção de prova, e os prazos e os limites, da atuação judicial, do Ministério Público e da autoridade policial, previstos pela Lei 9.296/1996, poderiam ser utilizados por analogia na infiltração de agentes, antes do advento da Lei 12.850/2013, que passou a prever o procedimento para a infiltração de agentes como se verá.

³⁵² §3º do artigo 10.

³⁵³ §4º do artigo 10.

³⁵⁴ Artigo 11 e 12.

³⁵⁵ O artigo 12 ainda prevê em seu §3º § 3º que, havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.³⁵⁶

O Projeto de Lei 150/2006, que deu origem à Lei 12.850/2013, em seu texto original (artigo 14, §1º) previa que o agente infiltrado responderia em caso de “prática de crimes dolosos contra a vida, a liberdade sexual e de tortura”. O texto foi alterado deixando de listar “os crimes que não poderiam ser cometidos pelo agente infiltrado, pois a forma como estavam listados poderia possibilitar à organização criminosa criar “rituais” específicos para a identificação dos agentes”³⁵⁷.

O artigo 14 da lei em comento prevê como direitos do agente recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada; ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto na lei de proteção a vítimas e testemunhas bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas; ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário; não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito³⁵⁸.

Nas disposições finais da lei em comento, mais especificamente no artigo 23, está previsto que durante as investigações será assegurado ao defensor, no interesse do representado, “amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento”.

No parágrafo único do referido artigo está disposto que, determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de três dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

³⁵⁶ Sobre o disposto, que se encontra expresso no artigo 13 da lei estudada, Guilherme de Souza Nucci expõe: “trata-se de excludente de culpabilidade, demonstrando não haver censura ou reprovação social ao autor do injusto penal (fato típico e antijurídico), porque se compreende estar ele envolvido por circunstâncias especiais e raras, evidenciando não lhe ter sido possível adotar conduta diversa.” (*Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 82-83).

³⁵⁷ Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/128083.pdf>. Acesso em 01/08/13.

³⁵⁸ O artigo 18 da lei em comento dispõe ser crime “revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito”, com pena de reclusão de um a três anos e multa.

1.2.2. O testemunho do agente infiltrado

Encerrada a atuação infiltrada do agente, nada impede que esse atue como testemunha no processo criminal oriundo, possivelmente, das informações trazidas por esse agente nos relatórios produzidos no decorrer da infiltração.

Inicialmente, o artigo 202 do Código de Processo Penal não apresenta qualquer restrição à sua oitiva ao dispor que toda pessoa poderá ser testemunha. Conforme antes abordado, a testemunha é o terceiro desinteressado que vem a juízo prestar informações sobre os fatos alegados. De acordo com esse conceito, pode o agente infiltrado ser tratado como testemunha, aplicando-se a ele as regras dispostas no Código de Processo Penal sobre a medida, ressalvadas as excepcionalidades previstas pela Lei 12.850/2013.

Ademais, justamente por sua condição de infiltrado, o agente poderá ter informações privilegiadas sobre o crime em pauta, depondo sobre a autoria e o modo como se deu o planejamento e a execução do crime.

Neste sentido, dispõe Marcelo Batlouni Mendroni:

“Nada impede, mas ao contrário, tudo sugere, que ele sirva de testemunha – diga-se, importantíssima – a respeito das atividades da organização criminosa dentro da qual terá convivido. Estará em condições de descrever ao Juiz tudo o que tiver presenciado e relatar as atividades criminosas e os respectivos *modus operandi*.”³⁵⁹

Guilherme de Souza Nucci entende que o testemunho do agente infiltrado faz parte da natureza jurídica do instituto, conforme se vê:

³⁵⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Apud. JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, São Paulo, 2010, p. 124.

“A natureza jurídica da infiltração de agentes é um meio de prova misto, envolvendo a busca e a testemunha, visto que o agente infiltrado busca provas enquanto conhece a estrutura e as atividades da organização e será ouvido, futuramente, como testemunha.”³⁶⁰

Outrossim, o fato de estar listado entre os direitos do agente “ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário”, autoriza expressamente o testemunho anônimo de agente infiltrado.

O depoimento do agente sobre eventual crime por ele presenciado poderá ocorrer em fase de investigação, a fim de instruir o inquérito policial com os elementos informativos obtidos, ou em fase processual, figurando neste momento meio de prova testemunhal.

A legislação claramente cerca o agente infiltrado de garantias e proteções, quando se assegura a preservação de sua identidade, ou quando prevê como direito do agente “recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada”, bem como “usufruir das medidas de proteção a testemunhas”.

Ocorre que, ao prever esses direitos e garantias ao agente infiltrado, diminuem-se proporcionalmente as garantias de defesa do acusado. Caberá ao juiz no caso concreto a análise de proporcionalidade da medida, uma vez que o inciso III do artigo 14, ao dispor como direito do agente a preservação de dados pessoais, imagem e voz, excepciona-o por meio de decisão judicial em contrário.

Stefano Maffei dispõe sobre as razões que justificam o anonimato de agentes infiltrados:

“Certainly, disclosure of his or her identity entails immediate danger for his or her personal safety. Anonymity cannot be granted on this basis alone, since it is the primary obligation of undercover agents to put their life and security at stake. Granting of anonymity

³⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa: comentários à Lei 12.850 de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

is essential for quite a different reason. The disclosure of the identity of an undercover agent will make it impossible to deploy him or her in the same or similar environments and, in the long run, would affect the ability of the police to perform secret investigations.”³⁶¹

O autor afirma que o anonimato não pode ser concedido ao agente infiltrado apenas com base no perigo à sua segurança pessoal e que é a primária obrigação de agentes infiltrados colocarem sua vida e segurança em risco. Discorda-se dessa posição apresentada, pois apesar de a função de agente de polícia estar vinculada a uma situação de constante risco, este deve ser minimizado tanto quanto possível. Se há opção entre colocar ou não a vida do agente e de seus familiares em risco, o razoável é que não se coloque, assegurando seu anonimato frente à organização que está a depor em desfavor.

Assim, a decisão do juiz, como ato deliberativo que é, deverá ponderar a gravidade da ameaça que cercará o agente e seus familiares, caso sua identidade seja revelada. A regra trazida pelo artigo é a da preservação dos dados pessoais, a exceção fica a cargo da decisão em contrário do juiz que pode ser tomada desde que não afete a segurança e o direito à vida do agente.

A ressalva de “decisão judicial em contrário”, prevista no inciso III, do artigo 14, não é repetida na lei quando essa trata da proteção do agente mediante alteração de identidade, nos termos do previsto na lei de proteção à testemunha, e da preservação da identidade do agente nos autos que acompanharão a denúncia do Ministério Público, contendo informações sobre a operação de infiltração.

Dessa forma, a lei de combate às organizações criminosas vigente prevê que a prova testemunhal de agente infiltrado seja produzida de forma anônima, a fim de proteger a vida e a segurança do agente. As questões constitucionais e práticas serão analisadas posteriormente.

³⁶¹ MAFFEI, Stefano. *The European right to confrontation in criminal proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006, p. 50-51. Em tradução livre: “Certamente, a divulgação da identidade dele ou dela implica um perigo imediato para a sua segurança pessoal. O anonimato não pode ser concedido apenas nesta base, uma vez que é a primária obrigação de agentes infiltrados colocarem sua vida e segurança em risco. Concessão de anonimato é essencial para uma razão bastante diferente. A revelação da identidade de um agente secreto tornará impossível implantar-lhe no mesmo ou semelhante ambiente e, em longo prazo, afetaria a capacidade da polícia para realizar investigações secretas.”

2. Constitucionalidade da adoção da testemunha anônima

Apesar da existência de legislação que autoriza a aplicação da testemunha anônima, tanto para o caso de agente infiltrado em causas ligadas ao crime organizado (como medida preventiva), quanto para situações que envolvam a proteção de vítimas e testemunhas expostas à grave ameaça (como medida reparativa), é evidente a ofensa que a aplicação da medida acarreta à ampla defesa e ao contraditório, pelo que inevitável a discussão acerca de sua constitucionalidade.

A proposta legal de aplicação da testemunha anônima no processo penal esbarra no inciso LV, artigo 5º da Constituição Federal, que prevê os direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa. Todavia, a instituição de testemunhas anônimas baseia-se no direito fundamental à vida, à liberdade de declarar e à segurança, dispostos no *caput* do artigo 5º.

Trata-se, portanto, de colisão de direitos fundamentais, o que faz com que a análise da constitucionalidade das testemunhas anônimas dependa do estudo da proporcionalidade para a aplicação do instituto.

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza, antes mesmo da entrada em vigor da Nova Lei de Organização Criminosa, já defendia a possibilidade de utilização da testemunha anônima no direito brasileiro:

“Visando a compensar a restrição, uma série de salvaguardas processuais e limites à valoração da prova anônima contribuiriam para reforçar a tese de que há compatibilidade entre esse instrumento de proteção a testemunhas e o direito à prova do acusado.”³⁶²

³⁶² SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010, p. 156.

Primeiramente, para a atuação da proporcionalidade, devem ser respeitados dois pressupostos: um pressuposto formal constituído pela legalidade e um pressuposto material constituído pela justificação teleológica³⁶³.

O pressuposto formal da legalidade consiste na proibição de restrição a direito individual sem prévia lei imposta e interpretada de forma estrita. A propósito, conforme visto, a lei de proteção a testemunhas não faz diferenciação entre crimes no momento de aplicação das medidas nela previstas. Assim, as testemunhas que se encontram em situação de risco, ameaçadas ou coagidas, podem ser inseridas nos programas de proteção, porém, a utilização de anonimato para sua proteção mostra-se ineficaz, ante o provável conhecimento de sua identidade por quem inicialmente a coagiu ou ameaçou.

Por sua vez, a lei de crimes organizados restringe a utilização de testemunha anônima a agentes infiltrados que atuem nos crimes previstos em seu artigo 1º³⁶⁴, portanto, somente poderá ser utilizada em casos específicos.

³⁶³ Tanto Antonio Scarance Fernandes (*Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 52), quanto Maurício Zanóide de Moraes (*Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.313) mencionam a divisão doutrinária concebida por Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990, p. 69), que explica que a legalidade pode ser considerada um pressuposto formal uma vez que não assegura um conteúdo determinado da medida, mas sim um postulado básico para sua legitimidade democrática e garantia de previsibilidade da atuação dos poderes públicos. “el primero exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. Puede ser considerado un presupuesto formal porque no asegura un contenido determinado de la medida, pero si es un postulado básico para su legitimidad democrática y garantía de previsibilidad de la actuación de los poderes públicos”. Em seguida diz que a justificação teleológica é definida como pressuposto material, pois essa introduz no julgamento da admissibilidade das interferências do Estado na esfera dos direitos dos cidadãos os valores que tratam de salvaguardar a atuação dos poderes públicos e que precisam gozar da força constitucional suficiente para enfrentar os valores representados pelos direitos fundamentais restringidos. O princípio da proporcionalidade requer que toda limitação desses direitos tendam a consecução de fins legítimos. “El segundo presupuesto, de justificación teleológica, lo hemos definido como material porque introduce en el enjuiciamiento de la admisibilidad de las intromisiones del Estado en la esfera de derechos de los ciudadanos los valores que trata de salvaguardar la actuación de los poderes públicos y que necesitan gozar de la fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores representados por los derechos fundamentales restringidos. El principio de proporcionalidad requiere que toda limitación de estos derechos tienda a la consecución de fines legítimos”.

³⁶⁴ “Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. § 2º Esta Lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.”

Assim, as formas de admissão (se essa se mostrar possível) da testemunha anônima no direito brasileiro são basicamente como medida repressiva nos casos de testemunhas que sofreram coação ou ameaça ou como medida preventiva de agente infiltrado em casos de crime organizado, isto é, situações específicas e delimitadas por suas respectivas leis.

Outrossim, o pressuposto material da justificação teleológica, consiste na razão de apenas ser permitido limitação a direito individual se tiver como objetivo efetivar valores relevantes do sistema constitucional.

Nos dizeres de Maurício Zanóide de Moraes³⁶⁵:

“Cabe aqui analisar se o fim almejado é constitucionalmente legítimo e se possui relevância social. Esse ‘fim’ almejado, se socialmente relevante e constitucional, é que servirá de parâmetro para o estudo de todos os requisitos intrínsecos e extrínsecos da proporcionalidade”.

Com base na proporcionalidade apresentada por Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, estudados no Capítulo II, apresentam-se os requisitos extrínsecos de judicialidade e motivação.

Caberá ao magistrado a decisão pela aplicação do anonimato da testemunha, isto é, apenas esse tem autonomia para determinar, com base na análise do caso concreto, a proteção da testemunha por meio de seu anonimato. Essa decisão deverá ser fundamentada e deverá conter a extensão e duração da medida, em respeito ao requisito extrínseco da motivação.

Ademais, apresentam-se como requisitos intrínsecos a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Para ser considerada adequada, a adoção da testemunha anônima deve ser apta a realizar o fim por ela visado, ou seja, a medida deve garantir a vida e a segurança da testemunha.

³⁶⁵ MORAES, Maurício Zanóide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de. (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

Faz sentido, portanto, o entendimento de que a testemunha anônima é medida de prevenção contra possíveis intimidações e não remédio contra ameaças ou coações³⁶⁶, visto que, se há ameaças e coações, a identidade da testemunha é conhecida, tornando a aplicação da medida de testemunha anônima inadequada para atingir seu fim³⁶⁷.

A necessidade da medida traz a exigência de que, no caso concreto, a adoção da testemunha anônima seja a opção menos lesiva aos direitos fundamentais, dentre as aptas a alcançar o fim pretendido, qual seja, a proteção da vida e a segurança da testemunha.

O último requisito intrínseco é o da proporcionalidade em sentido estrito que, com base na ponderação de interesses segundo as circunstâncias do caso concreto, busca verificar entre os valores em conflito (ampla defesa e contraditório x vida e segurança) qual deve prevalecer com base na maior relevância de um deles.

Passado o filtro da proporcionalidade ainda é cabível a analogia.

A lei de proteção a testemunhas não faz diferenciação entre crimes no momento de aplicação das medidas nela previstas. Assim, qualquer crime pode dar ensejo à preservação de identidade, imagem, dados pessoais e à alteração de nome da testemunha, desde que essa se encontre em situação de risco em razão de colaborar com a investigação ou processo criminal e inserida no programa de proteção.

Por sua vez, a lei de crime organizado prevê a aplicação para os agentes infiltrados, apenas para os crimes previstos em seu artigo 1º³⁶⁸, das medidas de alteração de

³⁶⁶ Neste sentido Stefano Maffei (*The European right to confrontation in criminal proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006, p. 49): “Anonymity is primarily a measure of prevention against possible intimidation, not a remedy against ongoing menaces”. Em tradução livre: “Anonimato é essencialmente uma medida de prevenção contra possível intimidação, não um remédio contra ameaças em curso”.

³⁶⁷ Em razão desse entendimento, conforme já exposto, a testemunha anônima não é medida apta a trazer o resultado esperado no caso previsto na lei de proteção de vítima e testemunhas, uma vez que a lei de proteção pressupõe que a testemunha tenha sido coagida ou ameaçada para fazer jus às medidas protetivas estipuladas em seu texto.

³⁶⁸ “Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. § 2º Esta Lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.”

identidade e preservação de nome, qualificação, imagem, voz e demais informações pessoais, durante a investigação e o processo criminal. Prevê ainda o direito de não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito, sob pena de reclusão de um a três anos e multa (artigo 18).

Como as duas leis visam à proteção do indivíduo que colabora com a investigação ou processo criminal, não há porque restringir apenas aos casos expressos pela lei de crime organizado a garantia de preservação da voz da testemunha ou sua proteção contra atos dos meios de comunicação que possam prejudica-la, em razão de sua posição processual. Cabe nesses casos a aplicação de analogia de uma lei para a outra.

Ante o exposto, é possível a utilização da testemunha anônima, mas sua aplicação dependerá da análise da proporcionalidade no caso concreto. Caberá à doutrina o estudo crítico das possibilidades e aos tribunais a construção da jurisprudência que apresente situações em que se admita a adoção da medida, mas é possível adiantar a ideia das limitações a serem estabelecidas com base nas decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

3. Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a testemunha anônima

Especialmente quanto à testemunha anônima, em razão do número de julgados que analisaram seu cabimento e os requisitos para que seja admitida, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem sido bastante significativa.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos é um tratado internacional que se encontra em vigor desde 1953, “ao abrigo do qual os Estados Membros do Conselho da Europa garantem os direitos fundamentais, civis e políticos, não apenas aos seus próprios cidadãos, mas também a qualquer pessoa que se encontre sob a sua jurisdição”³⁶⁹.

Para controle de cumprimento pelos estados membros das normas previstas na Convenção, foi criado o Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Trata-se de um tribunal internacional, constituído em 1959, “competente para se pronunciar sobre queixas

³⁶⁹ Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_POR.pdf. Acesso em: 07/07/13.

individuais ou estaduais que aleguem violações dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.”³⁷⁰

Em seu artigo 6º, 3, d, a Convenção prevê, como direito mínimo do acusado, “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação”.

A partir do estudo de julgados, foi possível depreender que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, com base no dispositivo supramencionado, em regra, não aceita o depoimento de testemunha anônima. No entanto, em alguns casos específicos, o Tribunal abre exceção a esse entendimento, aceitando que o depoimento de testemunha anônima sirva de base para a condenação do acusado, desde que respeitadas algumas condições.

No caso *Doorson contra Holanda*³⁷¹, de 26 de março de 1996, o Tribunal reconheceu que o artigo 6º, 3, d, não faz qualquer menção aos interesses da testemunha levada a depor. Porém, tendo em conta que em muitas ocasiões a vida, a liberdade ou a segurança de uma pessoa pode estar em perigo, os interesses da testemunha acabam, em princípio, protegidos por outras disposições do Conselho. O Tribunal concluiu da seguinte forma:

“Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify.”³⁷²

A decisão do Tribunal vem, portanto, permeada de ponderações entre os direitos de defesa do acusado e os direitos de vida, liberdade e segurança da testemunha. Para aceitação do depoimento anônimo, os direitos de defesa não podem sofrer limitações infundadas, deve haver exame sério e fundamentado das razões do anonimato das

³⁷⁰ Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_POR.pdf. Acesso em: 07/07/13.

³⁷¹ Disponível em: <http://echr.ketse.com/doc/20524.92-en-19960326/view/>. Acesso em: 06/07/13.

³⁷² Tradução livre do parágrafo 70 da decisão do Tribunal: “Neste contexto, os princípios de um julgamento justo também requerem que, nos casos apropriados, os interesses da defesa sejam balanceados contra os de testemunhas ou vítimas chamados a depor.”

testemunhas, bem como dos riscos aos seus direitos, caso sua identidade seja revelada à defesa.³⁷³

Ao acusado deve ser garantida a cross-examination³⁷⁴. Com isso, o Tribunal entendeu que o advogado de defesa, sem obrigatoriedade da presença do acusado, tem direito de ter suas perguntas respondidas pela testemunha, com exceção das perguntas que possam conduzir ao descobrimento da identidade desta.³⁷⁵

Outra situação julgada é a da necessidade de pelo menos o juiz da fase investigatória conhecer a identidade da testemunha e avaliar sua credibilidade para embasamento de julgados futuros.³⁷⁶ O Tribunal já entendeu, portanto, a depender do caso concreto, ser possível o sigilo dos dados das testemunhas inclusive quanto ao advogado de defesa, uma vez que admitem o conhecimento da identidade da testemunha apenas pelo juiz da fase investigatória.

Conforme se vê em trecho do resumo da decisão dada pela Corte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Taxquet contra a Belgica, julgado em 13/01/2009:

“The Court considers it desirable, in the interests of the proper administration of justice, that anonymous statements should be examined by a judge who knows the identity of the witness, has verified the reasons for granting anonymity and is able to express an opinion on the witness's credibility in order to establish whether there is any animosity between the witness and the accused.”³⁷⁷

³⁷³ CARPIO DELGADO, Juana del. Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los tribunales penales internacional ad-hoc. *Revista penal*. Valencia, n. 19, janeiro de 2007, p. 40.

³⁷⁴ Marcus Ellis, Rodrigo Simms, Nathan Antonio Martin contra o Reino Unido, julgado em 10/04/2012.

³⁷⁵ CARPIO DELGADO, Juana del. Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los tribunales penales internacional ad-hoc. *Revista penal*. Valencia, n. 19, janeiro de 2007, p. 39.

³⁷⁶ Taxquet contra a Belgica, julgado em 13/01/2009, item 64.

³⁷⁷ Em tradução livre: “A Corte considera ser desejável, no interesse da devida administração da justiça, que as declarações anônimas devem ser examinadas por um juiz que conheça a identidade da testemunha, que tenha verificado os motivos para a concessão anonimato e seja capaz de expressar uma opinião sobre a credibilidade da testemunha, a fim de estabelecer se existe alguma animosidade entre a testemunha e o acusado.” Disponível em: http://echr.coe.int/Documents/CLIN_2009_01_115_ENG_849360.pdf. Acesso em: 07/07/13.

Por fim, a condição mais reiteradamente mencionada em julgados do Tribunal quanto à admissão da testemunha anônima: o elemento probatório aferido pelo depoimento da testemunha anônima, não pode ser o único elemento ou a base decisiva para condenação do acusado.³⁷⁸

Assim, com base nos julgados estudados, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos condiciona a aceitação de depoimentos de testemunha anônima no processo a casos específicos que obrigatoriamente contenham uma série de exigências cumulativamente: é necessária a análise da proporcionalidade entre os direitos da testemunha e os direitos da defesa; é dado ao advogado de defesa o direito ao confronto; ao menos o juiz da fase investigatória deve conhecer a identidade da testemunha; e a decisão final da causa não pode ser embasada unicamente nos elementos colhidos do testemunho anônimo.

4. Análise de tipicidade processual do depoimento da testemunha anônima

O rito criado para a oitiva de testemunha anônima difere-se do rito constante do Código de Processo Penal voltado à oitiva de testemunhas. Assim, a análise da tipicidade processual será feita com base no rito próprio designado à testemunha anônima pela lei de proteção a vítimas e testemunhas e pela nova lei de combate ao crime organizado, complementado, quando cabível, pelo rito do procedimento comum ordinário.

A intenção na análise da tipicidade processual da testemunha anônima está apenas na pontuação das diferenciações existentes entre as disposições constantes das leis especiais e do Código de Processo Penal na produção probatória testemunhal, visto não haver dúvida quanto à tipicidade do meio de prova ora estudado, que possui procedimento próprio expressamente previsto³⁷⁹ a permitir sua utilização e afastando-se a possibilidade de tratar-se de prova anônima ou irritual. Não se ignora, todavia, a análise da constitucionalidade da lei, conforme abordado.

³⁷⁸ Al-Khawaja e Tahery contra o Reino Unido, julgado em 15/12/2011; Krasniki contra República Tcheca, julgado em 28/02/2006; Marcus Ellis, Rodrigo Simms, Nathan Antonio Martin contra o Reino Unido, julgado em 10/04/2012.

³⁷⁹ Diferentemente do que se viu, por exemplo, no caso do depoimento especial de crianças e adolescentes que possui previsão legal para aplicação, mas não possui procedimento específico regulamentado.

Existem pontos a serem enfrentados que não são especificados pelas leis em estudo, de forma que será seguida a lógica que envolve o instituto da testemunha anônima conforme explicitado.

Iniciando-se a análise, o elemento estrutural verbo do tipo processual objetivo interno pressupõe as ações de depor e inquirir. O depoimento da testemunha anônima ocorre normalmente, ou seja, a testemunha irá relatar o que sabe acerca do fato imputado ao acusado.

A inquirição como consequência do princípio do contraditório deve ser feita por ambas as partes. No entanto, no caso da testemunha anônima as perguntas feitas diretamente pelas partes podem ser inadmitidas pelo juiz, não apenas nos casos previstos pelo artigo 212 do Código de Processo Penal, mas também nos casos em que os questionamentos possam levar ao conhecimento da identidade ou de dados pessoais da testemunha, objetos esses expressamente protegidos pelas leis estudadas.

Neste caso, a limitação dos questionamentos deve ocorrer inclusive quando o réu não estiver presente na sala de audiências, visto que todo o depoimento será reduzido a termo, vindo a integrar o processo, a que os envolvidos terão acesso, conforme disposto no artigo 216, do Código de Processo Penal.

O elemento estrutural normativo do tipo processual objetivo interno está presente na norma base para a produção da prova testemunhal anônima, isto é, a norma prevista no Código de Processo Penal, atentando-se para as garantias dispostas nas legislações ora estudadas que impedem a divulgação de dados pessoais da testemunha, fazendo com que algumas mudanças pontuais e relevantes ocorram no procedimento comum.

O elemento circunstancial lugar, do tipo processual objetivo interno, não se altera com a proposição da testemunha anônima. O depoimento continua sendo feito na sala de audiências, podendo, no entanto, contar com barreiras físicas, como paredes ou biombo para que se proteja a imagem da testemunha.

Outra possibilidade aventada é a utilização de videoconferência para a oitiva da testemunha, situação similar à prevista no artigo 217 do Código de Processo Penal, em que em razão de humilhação, temor ou sério constrangimento a inquirição pode ser feita por videoconferência. Porém, no caso da oitiva de testemunha anônima seria realizada a

distorção da imagem e modificação da voz, a fim de preservar essas características da testemunha.

O elemento circunstancial do tempo também pode sofrer alteração em comparação com o disposto no Código de Processo Penal, uma vez que a lei de proteção à testemunha prevê no parágrafo único do artigo 19-A que, após a citação, o juiz tomará antecipadamente o depoimento das pessoas incluídas nos programas de proteção, devendo justificar a eventual impossibilidade de fazê-lo no caso concreto ou o possível prejuízo que a oitiva antecipada traria para a instrução criminal.

A documentação do testemunho, elemento do tipo processual objetivo externo, continua sendo efetuado nos termos do disposto no artigo 216 do Código de Processo Penal; ao final, o depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes.

O elemento estrutural participativo do tipo processual subjetivo exige que a colheita da prova testemunhal, seja ela de testemunha anônima ou não, seja efetuada na presença das partes, sendo possível, em casos excepcionais, afastar o acusado da sala de audiências, permanecendo nestes casos seu defensor.

Acredita-se que, se for o caso de se determinar o anonimato da testemunha, será também o caso de se afastar o réu da sala de audiências no momento de sua inquirição. No testemunho de agente infiltrado, por exemplo, o acesso visual do réu será suficiente para que o agente seja reconhecido, visto que, no cumprimento de suas funções, o agente se infiltrou na organização criminoso frequentada pelo acusado.

Assim, para o caso de se entender necessária a manutenção do anonimato da testemunha, existem três opções: ou o réu permanece na sala de audiências, utilizando-se de barreiras físicas, para impedir que a visualização da testemunha, e de instrumento apto a alterar sua voz; ou aplica-se a videoconferência para atingir a mesma finalidade de preservação do anonimato, com a distorção da imagem e a alteração da voz; ou se retira o acusado da sala de audiências, em situação similar à prevista pelo artigo 217, ou seja, em caso excepcional, ante o risco de ofensa à segurança da testemunha.

Nos termos do parágrafo único do artigo 23, determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, inclusive dos classificados como sigilosos. Assim, o defensor do réu estará ciente da verdadeira identidade da testemunha.

Dessa forma, a contradita poderá ser efetuada pelo defensor do acusado que tem ciência de quem se trata a testemunha. Porém a contradita não se dará de forma plena, pois se pressupõe que o defensor não irá informar ao acusado a identidade da testemunha, a fim de preservar a medida de anonimato imposta, e pode não ser de conhecimento do defensor do acusado e apenas deste o fato que torna a testemunha inapta a depor.

Outrossim, a contradita dificilmente poderá ser feita na presença do réu ou constar do termo da audiência, uma vez que o apontamento de circunstâncias que tornem a testemunha suspeita de parcialidade, provavelmente servirão para sua identificação por parte do acusado.

O elemento estrutural volitivo do tipo processual subjetivo é preservado com a aplicação da testemunha anônima. A própria opção por se ouvir a testemunha anonimamente indica o estado de perigo em que ela se encontra. Isto posto, se mantido em sigilo seus dados pessoais, a chance de ocorrer coação da testemunha por parte do acusado, a fim de que testemunhe de forma a favorece-lo, é menor.

O elemento procedimental do tipo procedimental sofre alteração prevista pela lei de proteção à testemunha, como a já mencionada oitiva antecipada da testemunha anônima, podendo modificar a ordem de oitiva prevista pelo artigo 400 do Código de Processo Penal. No restante, o procedimento será mantido, existindo as alterações pontuais já abordadas, em prol da manutenção do anonimato da testemunha, restringindo-se o teor das perguntas feitas pelas partes e impondo barreiras físicas ou a retirada do acusado da sala de audiências, quando necessário.

Por fim, o elemento funcional do tipo procedimental não se altera, uma vez que a oitiva de testemunha anônima possui a mesma função procedimental, qual seja, a “obtenção de elementos de prova de pessoa isenta à relação jurídica”³⁸⁰.

³⁸⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008, p. 245.

5. Considerações finais sobre testemunha anônima

As leis existentes sobre testemunha anônima delimitam sua possível aplicação. Conforme visto, a lei de combate ao crime organizado permite sejam tomadas medidas condizentes com o anonimato somente para agentes infiltrados que possam testemunhar sobre crimes praticados por organizações criminosas ou organizações terroristas internacionais.

Por outro lado, a lei de proteção a vítimas e testemunhas não faz ressalvas quanto aos crimes que dão ensejo às medidas protetivas por ela apontadas, mas determina em seu artigo 1º³⁸¹ que a testemunha fará jus a essas medidas se já houver sido ameaçada ou coagida, tratando-se de medida reparativa e não preventiva, como a testemunha anônima deve ser para ser considerada efetiva.

Já de acordo com a Convenção de Palermo, faria jus às proteções destinadas à testemunha anônima³⁸² qualquer pessoa que venha a testemunhar acerca de crime organizado transnacional, que possa vir a sofrer atos de represália ou intimidação. A Convenção acaba por tornar o crime disposto na lei de combate às organizações criminosas mais específico, pois trata de organizações criminosas transnacionais. Ademais, a possibilidade de anonimato de testemunhas é mais ampla, pois se abarca qualquer testemunha (e não apenas o agente infiltrado) envolvida nesses crimes, desde que em situação de risco. Diferentemente do que ocorre com a lei de proteção a testemunhas, a ação é preventiva (protegendo a testemunha de eventuais represálias)³⁸³.

Assim, é possível afirmar que a testemunha anônima no Brasil somente poderá ser aplicada, quando cabível nos casos definidos pelas leis, ou seja, casos específicos que

³⁸¹ “Art. 1º As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.”

³⁸² O artigo 24 da Convenção de Palermo estabelece como “medidas apropriadas” ao Estado fornecer um novo domicílio e impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro, além de estabelecer normas que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.

³⁸³ A Convenção de Palermo prevê em seu artigo 24, 1, que, dentro das possibilidades de cada Estado Parte, esse adotará “medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz **contra eventuais** atos de represália ou de intimidação das testemunhas (...) e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas”. (grifo nosso) A palavra “eventuais” deixa claro que a ação é preventiva e não contra atos de represália ou de intimidação que já ocorreram (reparativa).

contam com determinados crimes (crime cometido por organizações criminosas, organizações terroristas internacionais ou organizações criminosas transnacionais), e com determinados sujeitos (agente infiltrado, pessoa em risco iminente ou pessoa que tenha sofrido coação ou ameaça).

Outro ponto deixado em aberto que gera discussão, encontra-se na limitação, à defesa do acusado, de conhecimento dos dados pessoais protegidos da testemunha.

É certo que há prejuízo do contraditório e da ampla defesa ao impedir que o acusado não tenha acesso aos dados qualificativos da testemunha, afinal é ele quem vai passar as informações necessárias ao seu defensor acerca da credibilidade da testemunha. Todavia, a testemunha que se vê obrigada a colaborar com o Estado³⁸⁴ tem de ter a garantia de que o Estado assegurará, em contrapartida, sua integridade física e mental³⁸⁵.

É ingenuidade acreditar que, ao se proteger os dados qualificativos da testemunha apenas do acusado e não de seu defensor, em casos extremos³⁸⁶, se estará oferecendo a devida proteção à testemunha. A omissão de dados qualificativos da testemunha pode mostrar-se medida de segurança para o próprio advogado de defesa, que, ao não ter acesso a essas informações, não correrá risco de ser coagido a informar seu conteúdo à organização criminosa da qual seu cliente faz parte.

Guilherme de Souza Nucci, ao defender que o nome da testemunha não pode ser omitido do defensor, faz uma ressalva:

“Por outro lado, é evidente que tal medida não evitará, por completo, que quadrilhas organizadas, por intermédio do próprio réu, que terá ciência de quem são as testemunhas arroladas, por

³⁸⁴ Em decorrência dos artigos 206, 203, 218 e 219 do Código de Processo Penal.

³⁸⁵ Em decorrência do artigo 5º *caput* da Constituição Federal.

³⁸⁶ Como casos extremos é possível entender, por exemplo, o julgamento de réu que tenha como antecedente acusação de homicídio de testemunha que iria depor em seu desfavor, ou ainda, de membro de organização criminosa. Quanto a este último, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (*Princípios do processo penal: entre o garantismo e a eficácia da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 342-343) dispõem: “Aliás, especialmente nos casos de criminalidade organizada é que a medida extrema de ocultamento da identidade da testemunha terá maior aplicação, pois é notório que uma das características marcantes dessas organizações é a intimidação, impondo a ‘lei do silêncio’, não raramente por meio de eliminação da testemunha.”

meio de seu defensor nos autos, possam agir contra as pessoas arroladas para depor.”³⁸⁷

É por isso que a ponderação feita por Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna mostra-se razoável:

“Porém, o que foi dito acima não significa que em casos extremos, quando existem provas concretas de ameaças à integridade física e à própria vida das testemunhas, vítimas e informantes, não se possa restringir o acesso à identidade do depoente até mesmo em relação ao advogado, com base na ponderação de interesses para sustentar tal possibilidade, principalmente quando os outros meios existentes para a proteção não se mostrarem eficazes, como o depoimento à distância, a ocultação de endereço, etc., pois em tais situações a proteção em relação aos direitos fundamentais das testemunhas e a própria realização do *jus puniendi* terão especial densidade, a justificar a adoção de medida tão extrema, mormente quando se está diante de crimes de elevadíssima danosidade social.”³⁸⁸

Neste ponto, é interessante a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos antes estudada, no sentido de somente permitir a utilização da testemunha anônima (estendendo-se o anonimato da testemunha inclusive ao defensor do acusado) quando restar devidamente comprovado e fundamentado na decisão que autorizar a oitiva nessas bases, o grave risco que a testemunha corre com seu depoimento.

Nessas situações, a análise de credibilidade da testemunha ficaria a cargo do juiz, que sabedor de sua identidade poderia verificar a existência ou não de interesse no julgamento.

³⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 457.

³⁸⁸ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a eficácia da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 342.

Todavia, conforme apontado anteriormente, a proposta entra em confronto com a garantia da ampla defesa³⁸⁹ e com as disposições do artigo 23, parágrafo único, da Lei de Organização Criminosa, que determina a vista prévia dos autos, ainda que classificados como sigilosos, pelo defensor do investigado que tiver seu depoimento determinado.

Assim, apesar de se entender mais adequada a manutenção do sigilo dos dados pessoais da testemunha anônima para o acusado e seu defensor, em casos que envolvam maior perigo, adotou-se no item anterior, na análise da tipicidade processual da prova testemunhal anônima, o entendimento pretendido pelo legislador de ciência pelo defensor do acusado da identidade da testemunha.

Outro ponto não especificado pelas leis que preveem o anonimato testemunhal é como deverá ser feita a pergunta à testemunha pela defesa.

As leis determinam ser direito da testemunha inserida em programa de proteção ter preservada sua identidade, imagem e dados pessoais, e ser direito do agente infiltrado ter preservado seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais durante o processo criminal.

Assim, a imagem e a voz estarão protegidas se forem utilizados aparatos físicos que impeçam a visão da testemunha pelo acusado e seu defensor, como biombos, paredes, etc. Já a voz poderá ser camuflada com aparato que permita sua alteração. A videoconferência pode ser utilizada de forma que a testemunha, depondo em sala diversa da sala de audiência onde se encontrem os sujeitos processuais, tenha sua imagem e voz distorcidas.

Por outro lado, os dados pessoais da testemunha devem ser reservados em pasta própria com acesso permitido ao juiz, ao promotor e ao advogado de defesa, quando o caso. Porém, para se garantir a efetividade da medida protetiva, é necessário que o

³⁸⁹ Neste sentido dispõe Renato Brasileiro de Lima (*Manual de processo penal*. v. 1, Niterói: Impetus, 2011, p. 1017): “Em todas as hipóteses acima mencionadas de testemunhos anônimos, conquanto haja restrição à presença do acusado, afigura-se obrigatória a presença do defensor quando da produção da prova testemunhal, devendo-se franquear a ele o acesso aos dados qualificativos da testemunha. Isso porque, de nada adianta assegurar ao defensor a possibilidade de fazer reperguntas às testemunhas, se o advogado não tem conhecimento de quem é a testemunha. Ora, como poderá o advogado fazer o exame cruzado, se não tem consciência de quem está prestando o depoimento? Como poderá o advogado aferir o saber testemunhal sem conhecimento de seus dados pessoais? A nosso juízo, portanto, e de modo a se assegurar o direito à ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), pensamos que a ocultação da identidade de testemunhas ou vítimas não poderá alcançar o advogado, o qual ficará responsável pela preservação desses dados.”

magistrado no momento da oitiva inadmita as perguntas feitas que puderem levar ao conhecimento da identidade ou local de residência da testemunha³⁹⁰.

Neste último caso, mais uma vez se faz válida a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, segundo a qual o advogado de defesa tem direito de ter suas perguntas respondidas pela testemunha, com exceção das perguntas que possam conduzir ao descobrimento da identidade desta.³⁹¹

O ponto mais relevante da aprovação da testemunha anônima, no entanto, é a sua valoração. Ao se adotar a testemunha anônima há a mitigação do contraditório, da ampla defesa e da publicidade processual, tornando impossível, por exemplo, ao réu informar seu defensor de que a testemunha é seu desafeto. No mesmo sentido, Diogo Rudge Malan, dispõe ser “lícito supor que a falta de publicidade do ato processual pode tornar a testemunha anônima mais propensa a falsear a verdade”³⁹².

A testemunha anônima afronta os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa, mas, visto existir previsão legal que a permite, pode ser utilizada, mas apenas em casos extremos em que, após a análise do caso concreto, o magistrado pondere e entenda que os direitos da testemunha a serem defendidos são superiores aos direitos tolhidos do acusado.

Em razão da mitigação de direitos tão caros e há tempos preconizados no processo brasileiro, é que o testemunho anônimo não pode ser o único elemento ou a base decisiva para condenação do acusado³⁹³; deve haver outros elementos probatórios que justifiquem a decisão final do magistrado.

³⁹⁰ O juiz neste caso exercerá função fiscalizatória similar à prevista no artigo 212 para as perguntas “que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.

³⁹¹ CARPIO DELGADO, Juana del. Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los tribunales penales internacional ad-hoc. *Revista penal*. Valencia, n. 19, janeiro de 2007, p. 39.

³⁹² MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 149.

³⁹³ Conforme visto, é esse o entendimento, que ora se defende, da Corte Europeia de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

A nomenclatura das provas, como se viu logo no primeiro item desse trabalho, é assunto complexo. A intenção desde o início foi a de delimitar o entendimento que se faz hoje de prova testemunhal, abarcando em seu conceito novas formas de se produzir a prova testemunhal, desde que mantida a sua tipicidade processual.

É natural que o Código de Processo Penal de 1941, elaborado antes do fim da Segunda Guerra Mundial, do desenvolvimento que se deu na seara dos direitos humanos e da promulgação da Constituição Federal que se encontra em vigor, esteja em descompasso com as atuais possibilidades e com os atuais interesses sociais que envolvem a produção de prova.

Na realidade, isso seria natural até mesmo para um diploma processual recente, em vista da velocidade com que os sistemas se renovam, com o surgimento de formas mais eficazes de obtenção do elemento de prova almejado.

É comum que se chame de prova atípica toda nova prova que não seja produzida exatamente como prevê o Código de Processo Penal ou a legislação ordinária. Ocorre que, conforme demonstrado no decorrer da dissertação, a divisão entre prova atípica e prova típica é mais sensível e requer uma pausa para reflexão, a fim de se evitar o truncamento do sistema processual.

Se com a nova forma de produção de prova procura-se obter o mesmo fim almejado pela prova testemunhal, por meio de modificações pontuais em seu procedimento, a prova pode muito bem ser uma nova forma típica de produção de prova testemunhal, que, uma vez constatada, torna desnecessária qualquer ponderação para sua aplicação, podendo ser colocado em uso de imediato.

A partir daí, utiliza-se o estudo de tipicidade processual desenvolvido por Guilherme Madeira Dezem. Analisa-se se o procedimento a ser adotado pela nova proposta de produção de prova testemunhal fere alguma norma de garantia ou se a alteração se dá apenas em normas de organização, o que se optou por aferir, como critério organizacional, por meio da análise da tipicidade processual do meio de prova.

Se a alteração procedimental se der em norma de organização a nova proposta de produção de prova testemunhal é apenas nova roupagem para a prova testemunhal

prevista no Código de Processo Penal, devendo ser tida como prova testemunhal típica, sem óbices que impeçam sua produção.

Por outro lado, se restar constatado que a alteração intencionada pela proposta de nova forma de produção de prova testemunhal conflita com normas de garantia, neste caso a tipicidade processual será prejudicada de forma que a proposta deve ser tida como prova anômala ou irritual, portanto, nula.

Ante essas premissas, analisou-se a tipicidade da produção probatória derivada da prova testemunhal. Para tanto, foram escolhidos para a aplicação prática das teorias lançadas anteriormente: a videoconferência, o depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, a testemunha indireta e a testemunha anônima.

A videoconferência é nova forma de produção probatória, que tem sua aplicação autorizada por lei. Chegou-se a conclusão de que a videoconferência, por sua aplicação, não afeta nenhuma norma de garantia, pelo que se trata de legítima prova testemunhal sob nova roupagem.

Como prova testemunhal, a videoconferência poderia ser aplicada ainda que sem previsão legal. O entendimento em contrário do Supremo Tribunal Federal, de que é necessária lei criada pela União para que se autorize a utilização do sistema, restringe-se ao interrogatório do acusado e não à produção de prova testemunhal.

As ponderações apontadas pelos Ministros na ocasião do julgamento em que se desenvolveu esse entendimento (HC 90900) restam ultrapassadas quando se trata da produção de prova testemunhal por videoconferência. Mas, não fosse suficiente a discussão formada, existe lei criada pela União que ora autoriza, ora determina a utilização da videoconferência em casos específicos de produção de prova testemunhal, fazendo com que seja de forma inequívoca formalmente válida.

Ao se concluir que a produção de prova testemunhal por videoconferência é típica prova testemunhal, estendeu-se esse entendimento às cartas rogatórias, quanto à possibilidade de aplicação de videoconferência para seu cumprimento.

Esse entendimento vem tomando espaço em acordos e tratados internacionais, embora tenha sido ignorado pelo legislador que promoveu alterações no Código de Processo Penal ao inserir o parágrafo único do artigo 222-A, aplicando-se à carta rogatória

os dispositivos da carta precatória, com exceção do que trata da utilização da videoconferência.

O requerimento de produção probatória testemunhal entre países se daria da mesma forma que hoje ocorre, por via diplomática, mas no momento do cumprimento, seria o próprio juiz da causa a inquirir a testemunha que se encontra em outro país, trazendo inúmeros benefícios ao processo, como a celeridade e a manutenção da identidade física do juiz, e evitando o conflito entre procedimentos dos Estados participantes da produção.

Por sua vez, a escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência é procedimento criado como resultado de décadas de evolução dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes.

O tratamento diferenciado de crianças e adolescentes no momento de suas oitivas em processo criminal se faz necessário. A Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança preveem um maior cuidado com a criança e o adolescente transcrito em direitos que especificamente eles possuem.

Com base nessas leis, entende-se que a autorização do depoimento especial está normatizada. Todavia, para ser colocado em prática, o depoimento especial dependeria de uma série de alterações procedimentais no quanto previsto para a produção de prova testemunhal: uma sala especialmente preparada, apartada, um profissional da área psicossocial, equipamento eletrônico e normas procedimentais que garantissem a integridade dos depoentes, sem afetar os direitos fundamentais das partes.

Seguindo o procedimento sugerido pela Recomendação 33 do Conselho Nacional de Justiça e o texto do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, foi possível perceber que os elementos necessários à produção de prova testemunhal por meio do depoimento especial de crianças e adolescentes, alteram somente normas de organização processual.

Assim, o depoimento especial de criança e adolescente, por não afetar normas de garantia, nada mais é que produção de típica prova testemunhal, podendo ser aplicada, nos termos em que vem sendo, desde logo.

O ideal é que não seja necessária a oitiva da criança ou do adolescente, para evitar sua revitimização, mas sendo imprescindível a escuta do menor, que essa seja realizada por meio do sistema de depoimento especial, que traz mais garantias aos envolvidos do que o sistema em vigor, além de estar de acordo com as previsões constitucional e legislativa que exigem essa diferenciação no tratamento da criança e do adolescente.

A testemunha indireta, por sua vez, não possui qualquer norma que a autorize, muito menos que a regule. Sua aplicação, conforme visto, afeta diretamente normas de garantia, principalmente o contraditório, que resta efetivamente prejudicado, ante a impossibilidade de confrontar a real fonte probatória na audiência, qual seja a testemunha direta.

Com a análise de sua tipicidade processual chegou-se à conclusão de que a testemunha indireta é contrária a garantia do contraditório, impossibilita a efetividade do compromisso de dizer a verdade e gera sérias dúvidas quanto à credibilidade do que está sendo narrado. Assim, não é prova testemunhal.

Ao conflitar com norma de garantia, a testemunha indireta é identificada como prova irritual e, portanto, nula. Dessa forma, não pode ser admitida no direito processual, a não ser que se constate que sua produção não gere prejuízo às partes, o que é uma tarefa difícil, senão impossível, ante as graves consequências que a utilização de depoimento de testemunha indireta acarreta.

Já a testemunha anônima possui previsão legal. Sua aplicação é válida no sistema processual brasileiro, desde que dentro das possibilidades aventadas pelas leis que a autorizam. Além de válida, é ferramenta importante para manutenção do direito à segurança e à vida das testemunhas, que obrigadas a colaborar com o Estado por meio de seus depoimentos devem ter em contraprestação algumas garantias.

O surgimento do instituto muito tem a ver com o crescimento e desenvolvimento de organizações criminosas, que reconhecidamente coagem testemunhas a se calarem ou a deporem a favor de seus interesses, colocando em risco suas vidas e de seus familiares, em razão da posição processual que ocupam.

Como a testemunha anônima é autorizada e regulada por lei, é prova típica. Nada impede, no entanto, seja questionada a constitucionalidade da medida. Diante do confronto de garantias fundamentais (direito de defesa cerceado pelo anonimato da

testemunha - garantias da vida e segurança da testemunha colocada em risco), cabe ao órgão julgador analisar a proporcionalidade da medida no caso concreto.

Ante o exposto, os novos institutos de produção probatória derivada da prova testemunhal podem ser submetidos ao sistema proposto de análise de tipicidade processual, a fim de se identificar e diferenciar novas formas de produção de prova típica testemunhal de provas atípicas, anômalas ou irrituais.

Desde que as novas propostas de produção probatória não afetem os direitos fundamentais, não há porque se cercar de formalismos para se admitir sua aplicação; esta deve ocorrer de imediato, em prol da garantia e da eficiência do sistema processual penal de produção probatória.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011;

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002;

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. A disciplina da prova no Código de Processo Penal italiano. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011;

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005;

BALBINOTTI, Claudia. *A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e o adolescente vítimas de abuso*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/134381976/Claudia-balbinotti-Violencia-Sexual-Infantil>. Acesso em: 30/07/13;

BECHARA, Fabio Ramazzini; DEZEM, Guilherme Madeira. Captação ambiental de imagens: usos e limites. *Estudo de processo penal*. São Paulo: Scortecci, 2001;

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a eficácia da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

BRITO, Leila Maria Torraca de. *Depoimento sem dano, para quem?* Disponível em: http://www.psicologia.ufrj.br/nipiac/index.php?option=com_content&view=article&id=89:depoimento-sem-dano-para-quem&catid=20:artigos-publicados-no-site&Itemid=28. Acesso em: 16/07/13;

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. A face “procedimental” do depoimento sem dano. In: *Boletim IBCCRIM*, ano 19, n. 227, outubro, 2011;

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Rosario, Argentina: Editorial Juris, 2005;

CARPIO DELGADO, Juana del. Los testigos anónimos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los tribunales penales internacional ad-hoc. *Revista penal*. Valencia, n. 19, janeiro de 2007;

CEZAR, José Antônio Daltoé. A escuta de crianças e adolescentes em juízo. Uma questão legal ou um exercício de direito? In: POTTER, Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

CHIMENTI, Francesco. *O processo penal e a verdade material: (teoria da prova)*, Rio de Janeiro: Forense, 1995;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2004;

DEZEM, Guilherme Madeira. *Da prova penal: tipo processual, provas típicas e atípicas*. Campinas: Milenium Editora, 2008;

_____. *A flexibilização no processo penal*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2013;

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2, Salvador: Editora Juspodivm, 2011;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001;

ECHANDIA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores;

ESTRAMPES, Manuel Miranda. *La mínima actividad probatória em el proceso penal*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997;

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

_____. Tipicidade e sucedâneos de prova. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal – estudo comprado*. São Paulo: Saraiva, 2011;

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

_____. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm. Acesso em: 10/08/13;

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Associado Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, 2012;

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997;

_____. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318;

_____. in MOURA, Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas do processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos da reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_GUSTAVO_BADARO.pdf. Acesso em: 12/01/2012;

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. V. 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: 2010;

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001;

HABER, Carolina Dzimidas. A produção da prova por videoconferência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, n. 82, jan.-fev. 2010;

JOSÉ, Maria Jamile. *A infiltração policial como meio de investigação de prova nos delitos relacionados à criminalidade organizada*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Antônio Magalhães Gomes Filho, São Paulo, 2010;

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. v. 1. Niterói: Impetus, 2011;

LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento de pessoas e coisas como um meio de prova irrepetível e urgente. Necessidade de realização antecipada. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 19, n. 229, dez., 2011;

LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

MAFFEI, Stefano. *The European right to confrontation in criminal proceedings: absent, anonymous and vulnerable witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2006;

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009;

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, vol. II, 1998;

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de processo penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008;

_____. *Os elementos produzidos durante o inquérito e as provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis, segundo a reforma do CPP*. Revista da ESMP - ano 1, n 1, vol. 2, julho/dezembro, 2008;

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007;

MORAES, Maurício Zanóide. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

_____. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanóide de. (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997;

_____. *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989;

NEISTEIN, Mariângela Lopes. *O agente infiltrado como meio de investigação*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida, São Paulo, 2006;

NICHOLLS, Julian. Evidence: Hersay and anonymous witnesses. In: HAVEMAN, Relof; KAVRAN, Olga; NICHOLLS, Julian (eds.). *Spranational criminal law, a system sui generis*. New York: Grotius Centre for International Legal Studies, Leiden university;

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

_____. *Organização criminosa: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009;

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Acordo de cooperação Brasil / EUA: Inconstitucionalidades e perspectivas na coleta de prova testemunhal em território norte-americano. In: *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, n. 219, fev., 2011;

ROSA, Alexandre Morais da. O direito por quem o faz - Testemunha "sem rosto" e o direito ao confronto. In: *Boletim IBCCRIM*, n.198, Maio / 2009;

_____. O depoimento sem dano e o advogado do diabo. A violência “branda” e o “quadro mental paranoico” (Cordero) no processo penal. In: POTTER, Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derecho fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 1990;

SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime organizado: procedimento probatório*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009;

SILVA, Julia Matias da. Depoimento sem dano: uma nova alternativa de ouvir crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10506-Depoimento-sem-dano:uma-nova-alternativa-de-ouvir-criancas-e-adolescentes-vitimas-de-abuso-sexual>. Acesso em: 10/06/13;

SILVA, Sandra Oliveira e. *A proteção de testemunhas no processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

SILVA, Virgilio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006). Disponível em: http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf. Acesso em: 16/06/13;

SONENSHEIN, David A. The residual exceptions to the federal hearsay rule: two exceptions in search of a rule. Disponível em: <http://home.heinonline.org/>. Acesso em: 15/08/13;

SOUZA, Diego Fajardo Maranha Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Dissertação de mestrado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Titular Antonio Scarance Fernandes, São Paulo, 2010;

TABAJASKI, Betina; PAIVA, Cláudia Victolla; VISNIEVSKI, Vanea Maria. Um novo Olhar sobre o testemunho infantil. In: POTTER, Luciane (org.). *Depoimento sem dano – uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar Rodrigues Alencar. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009;

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009;

WIGMORE, John H. The history of the hearsay rule. In: *Harvard Law Review*, vol. 17, n. 7, may 1904;