

Da reforma do Código de Processo Penal - CPP pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008: provas.¹

Tarciso Moreira de Souza²

Sumário: 1 Introdução. 2 Proibição da condenação com base em provas produzidas exclusivamente na fase inquisitiva. 2.1 Produção de prova e proporcionalidade. 2.2 Da proibição da prova ilícita. 2.3 Prova pericial e contraditório. 3 Inquirição de testemunhas. 4 Vigência. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo tem como objetivo abordar a novel reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, especialmente o tema abordado na palestra “Prova no Processo Penal - Lei 11.690/08”, proferida pelo Juiz Bruno Teixeira Lino no Seminário sobre Normas Processuais Penais, realizado no dia 17 de outubro de 2008 pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Palavras-chave: Direito processual penal. Lei 11.690, de 2008. Provas. Ônus da prova. Prova ilícita. Persuasão racional. Prova pericial. Prova testemunhal.

Abstract

The objective this article is approach the new change of the Process Criminal Code by Law 11.690, of June 9, 2008, especially the content of the lecture “Evidence in the Criminal Process - Law 11.690/08” given by Judge Bruno Teixeira Lino in the Seminary about Procedurals Criminal Norms, carried through in October 17, 2008 carried through Judicial School Appeals Court Judge Edésio Fernandes of the Justice Tribunal of Minas Gerais.

Keys word: Criminal Procedural Right. Law 11.690 of June 9, 2008. Evidence. Evidence responsibility. Illicit evidence. Rational persuasion. Expert evidence. Testimonial evidence.

1. Introdução

Na chamada nova reforma do Código de Processo Penal, merece destaque a Lei 11.690, publicada em 10 de junho de 2008, que basicamente trouxe novas regras relacionadas à produção e à apreciação da prova.

A prova no direito processual penal pode ser produzida tanto na fase inquisitorial (administrativa) quanto no curso da ação penal (jurisdicional), mas é quase sempre duplicada, ora com mais, ora com menos intensidade.

Ocorre que, em razão do surgimento de novos crimes ou de novas maneiras de prática de condutas delituosas já conhecidas, como os crimes com utilização do computador e a necessidade de combate às organizações criminosas cada vez mais sofisticadas, frequentemente se utilizam novas formas de investigação, tais como interceptações telefônicas, de dados, quebras de sigilo bancário e fiscal, buscas domiciliares, prisões temporárias etc.

Contudo, essas novas formas de investigação, pela imposição constitucional do art. 5º, XI, XII e LXI, da CRFB/88, exigem a intervenção do juiz; por isso, nesses casos, a atividade pré-processual aproxima-se da atividade probatória jurisdicional, porém sem as garantias desta. É situação que tem gerado perplexidades, ante a possibilidade de abuso na colheita de provas ou perda da isenção do juiz no julgamento da causa em que autorizou as medidas.

A Lei 11.690/2008, atribuindo efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, introduziu-os na colheita das evidências probatórias da investigação policial.

2. Proibição da condenação com base em provas produzidas exclusivamente na fase inquisitiva

¹ Artigo apresentado no 11º Curso Inicial de Formação de Juízes Substitutos - 11º CFIJS, oferecido pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF, por ocasião do V Vitaliciar.

² Juiz de Direito Substituto do Estado de Minas Gerais, integrante do 11º CFIJS da EJEJF.

A nova redação do art. 155 do CPP é a seguinte, *in verbis*:

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.

Alguns entendem que a prova produzida durante a ação penal, sob o crivo do contraditório, passou a ter uma maior relevância para o julgamento, pois na sentença o julgador deverá impreterivelmente fundar sua decisão nalguma prova produzida durante a instrução judicial.

Todavia, essa visão extremada não pode ser extraída do texto legal, pois a restrição constante é que o magistrado considere exclusivamente as provas colhidas no inquérito policial, ou seja, é possível que o julgador leve em conta as provas produzidas no inquérito, desde que sejam corroboradas por outras provas produzidas em contraditório judicial.

A parte final do dispositivo ressalvou, por lógicas, as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, que terão um contraditório diferido. Assim, pelo princípio da ampla defesa, o juiz deverá submeter a prova colhida na fase policial ao contraditório durante a ação penal. Ou seja, a defesa deverá ter oportunidade para se manifestar tecnicamente sobre tais provas.

No que diz respeito às provas cautelares e antecipadas, dois pressupostos são necessários: a relevância e a urgência. O conceito de “relevância” se amolda à idéia de *fumus boni jûris*, sob o prisma de indícios de existência de um fato delituoso e de que, por consequência, haverá uma ação penal. O conceito de “urgência” está ligado à idéia do *periculum in mora*, devido à probabilidade do perecimento da prova.

Nada obstante os pressupostos, tem-se ainda que, no deferimento das provas cautelares e antecipadas, o magistrado deve observar o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

2.1 Produção de prova e proporcionalidade

A nova redação do art. 156 do CPP ficou assim, *in verbis*:

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

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

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

Exige-se que a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes se submeta a um juízo de ponderação sobre a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Dessa forma, a produção dessas provas só poderá ocorrer quando demonstrada sua indispensabilidade e razoabilidade.

Não só as diligências determinadas *ex officio*, mas também as provas requeridas pelas partes devem respeitar a razoabilidade.

2.2 Da proibição da prova ilícita

O art. 157 do CPP está agora assim redigido, *in verbis*:

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

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

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

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

§ 4º (VETADO)

Trata-se de atualização do texto legal para incorporar o preceito constitucional que já afirmava que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (CRFB/88, art. 5º, LVI), acrescentando preceito sobre a prova ilícita por derivação. Também prescreve a nova norma o que fazer com o material colhido ilicitamente.

Prova ilícita é a obtida em violação a normas constitucionais ou legais, independentemente de ser norma de direito processual ou material, público ou privado, constitucional ou infraconstitucional.

Tudo parece lógico na lei e nos manuais, mas a verdade é que é tênue, na prática, a linha que separa essas exceções da regra geral proibitiva da prova ilícita, e desde logo surge a indagação sobre como o juiz da causa conseguirá compartimentar tudo isso, para não usar, ainda que inconscientemente, a prova imprestável.

Surge o problema da contaminação cognitiva do juiz que teve acesso à prova ilícita: ele, que conheceu da prova ilícita, deverá fundamentar a sua decisão tão somente na prova lícita.

A destruição ou inutilização da prova inadmissível será determinada por decisão judicial, sujeita a preclusão, podendo as partes acompanhar o incidente. A decisão que declara a nulidade da prova por ilicitude e determina a sua inutilização é impugnável por recurso em sentido estrito, nos termos do art. 581, XIII, do CPP.

2.3 Prova pericial e contraditório

Permanece indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, nas infrações que deixam vestígios (art. 158 do CPP).

Contudo, pela nova redação do art. 159 do CPP, a perícia pode ser feita por apenas um perito oficial. Nesse aspecto, a prova pericial foi simplificada e tornou-se mais ágil. Nos locais em que não houver perito oficial, permanecem as regras:

- a) Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame (art. 159, § 1º, do CPP).
- b) Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo (art. 159, § 2º, do CPP).

Os peritos oficiais que ingressaram no serviço público, sem exigência do curso superior, até a data de entrada em vigor da Lei 11.690/08, poderão continuar atuando exclusivamente nas áreas em que se habilitaram, ressalvados os peritos médicos (art. 2º, Lei 11.690/08).

Em que pese ser a prova pericial, em regra, realizada numa fase em que ainda inexistente ação penal em curso, pela novel lei ela deixou de ser inquisitorial e passou a desenvolver-se em contraditório (§§ 3º e 4º do art. 159 do CPP). As novidades introduzidas são as seguintes:

- a) é facultado ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico;
- b) o assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

Outra novidade com relação à prova pericial é a possibilidade de ser permitido às partes, durante a instrução processual:

- a) requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo as respostas ser apresentadas em laudo complementar; e
- b) indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

Em resumo, a prova pericial penal passou a ser produzida em contraditório pleno, e não mais como ato unilateral do Estado e de seus agentes. Vale apenas a ressalva de que, quando houver requerimento das partes (MP ou acusado), o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação (art. 159, §6º, do CPP).

Importante, ainda, destacar que, nos moldes do novo § 7º do art. 159 do CPP, quando se tratar de perícia complexa abrangendo mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial e a parte indicar mais de um assistente técnico.

3 Inquirição de testemunhas

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem - ficando ressalvado o caso da testemunha que morar fora da jurisdição, que será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, mediante carta precatória - bem como se procederá aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

As novidades introduzidas pela Lei 11.690/08, quanto à preparação da audiência e quanto à forma da inquirição das testemunhas, são:

a) antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas (parágrafo único do art. 210 do CPP);

b) as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (*cross-examination*), não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem a repetição de outra já respondida (art. 212 do CPP);

c) sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição (parágrafo único do art. 212 do CPP); e

d) se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência. Na impossibilidade da videoconferência, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor, e constando tudo e os motivos da decisão no termo da audiência (art. 217, *caput* e parágrafo único, do CPP).

Outro avanço foi a introdução da possibilidade do uso da videoconferência no caso de testemunhas ou vítimas que se sintam humilhadas, atemorizadas ou seriamente constrangidas pela presença do réu (art. 217 do CPP). Somente na impossibilidade dessa forma é que se determinará a retirada do réu, prosseguindo-se na inquirição, com a presença do seu defensor.

Ainda não se permite a videoconferência para o interrogatório.

4 Vigência

O art. 3º da Lei 11.690/08, cláusula de vigência, postergou sua entrada em vigor para sessenta dias após a data de sua publicação. Assim, ocorrida a publicação no Diário Oficial da União de 10 de junho de 2008, a entrada em vigor se deu no dia 9 de agosto de 2008, um sábado, segundo a regra do art. 8º, §1º, Lei Complementar 95, de 1998, devendo ser aplicada desde logo aos processos em curso, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (CPP, art. 2º).

5 Conclusão

O processo penal brasileiro, com a novel lei, transmudou-se de um sistema predominantemente inquisitorial – no qual o juiz, além de presidir aos atos, também protagonizava a inquirição – para um sistema próximo ao *adversarial system* do direito anglo-americano – no qual o magistrado somente coordena a atuação das partes, cabendo a estas a produção das provas, inclusive indagando diretamente o ofendido, as testemunhas, peritos, assistentes e o acusado sobre os pontos que considerem relevantes (*cross-examination*).

A lei conferiu maior responsabilidade aos sujeitos parciais do processo, grandes interessados na produção da prova, sem, contudo, abandonar o secular princípio da verdade real, permitindo ao juiz uma atuação suplementar sobre os chamados pontos não esclarecidos.

6 Referências bibliográficas

LINO, Bruno Teixeira. *Prova no Processo Penal - Lei 11.690/08*. Palestra proferida no Seminário sobre Normas Processuais Penais, realizado pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - EJEJF do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, em Belo Horizonte, em 17 de outubro de 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado. Estudo integrado com direito penal e execução penal - apresentações esquemáticas da matéria*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

REIS, Nazareno César Moreira. *Primeiras impressões sobre a Lei 11.690/2008. A prova no processo penal*. In <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11414>, em 3.1.2008.