

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Gustavo Noronha de Avila, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-196-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília (UnB) entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, consolidou-se a cisão entre os

Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, haja vista a diferença de objetos entre eles, malgrado a instrumentalidade deste para com aquele. Contudo, não se abandonou a visão constitucional, que deve ser o norte de ambos.

No dia dedicado à apresentação dos artigos no GT de Processo Penal e Constituição, compareceram os autores dos 19 trabalhos aprovados, e que ora fazem

parte dos presentes anais. A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. Aliás, o número relativamente pequeno de artigos aprovados, se comparados a outros eventos organizados pelo Conpedi, fez com que o debate fosse altamente incentivado e privilegiado, possibilitando o intercâmbio de pensamentos, de discussões e de oitiva de posicionamentos contrapostos, dentro do espírito livre que deve ser preservado na academia.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados manteve-se na seguinte ordem: processo penal constitucional (6 trabalhos); relações entre direito processual penal

direito processual civil (2 trabalhos); relações entre o direito penal e o direito processual penal (3 trabalhos); investigação criminal (3 trabalhos); e provas no processo penal (5 trabalhos). A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal e da imediata atualização do Código de Processo Penal. Entretanto, alguns poucos trabalhos flertaram perigosamente com a relativização de princípios processuais penais, bem como com o afastamento do sistema acusatório, o que não deixa de ser preocupante em um momento de total autoritarismo processual penal, com o qual a Universidade não pode compactuar.

É certo que o papel persecutório estatal deve ter como premissa a Constituição Federal e os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem deixar de considerar o igual

protagonismo da tutela das liberdades individuais. O debate nacional que envolve a tensão entre segurança pública e liberdades individuais não pode deixar de ter seu foco no indivíduo e nos direitos e garantias consolidados no texto constitucional.

Aqui vale a lembrança do que foi exposto no prefácio da obra organizada neste GT, por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Belo Horizonte em 2015: “Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos”.

E vale acrescentar: nunca contra a Constituição Federal, nunca se esquecendo dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, mas sempre de braços dados

com ela.

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos de Resende (Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza -

**PROVA PENAL: A RELEVÂNCIA DA DEMOCRACIA PARA A
CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E EFICIÊNCIA NA PRODUÇÃO
DA PROVA ORAL**

**CRIMINAL EVIDENCE : DEMOCRACY, RELEVANCE TO THE
IMPLEMENTATION OF ACCUSATORY SYSTEM AND EFFICIENCY OF THE
ORAL EVIDENCE**

**Ricardo Alves Domingues
Gustavo Noronha de Avila**

Resumo

O denominado princípio da verdade real constitui argumento para justificar procedimentos arbitrários empregados no processo penal. A perfeita reprodução da cena de um crime é impossível. A produção da prova em sociedades democráticas deve ser orientada pelo sistema acusatório. No entanto, não basta a positivação de preceitos afetos a essa sistemática processual. É necessário que a prática dos atos de instrução revelem conduta democrática por parte das autoridades responsáveis pela condução do processo. Somente assim a prova será produzida concretizando-se os direitos e garantias fundamentais daquele submetido à persecução penal.

Palavras-chave: Verdade real, Prova penal, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

The so-called principle of real truth is argument to justify arbitrary procedures used in criminal proceedings. A perfect reproduction of the scene of a crime is impossible. The production of evidence in democratic societies must be guided by the adversarial system . However, not enough positivization affections precepts to this systematic procedure. It is necessary that the practice of instruction acts reveal democratic conduct by the authorities responsible for conducting the process. Only then the proof shall be realizing the fundamental rights and guarantees that subject to criminal prosecution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Real truth, Criminal evidence, Democracy

INTRODUÇÃO

No processo penal, predomina o entendimento segundo o qual todo o esforço deve ser empreendido com a finalidade de se chegar à verdade acerca dos fatos delituosos. Argumenta-se que o magistrado está submetido ao denominado princípio da verdade real. A observância desse preceito, desacompanhada de senso crítico, pode desnaturar o sistema acusatório, aproximando-o do modelo inquisitorial. Desse modo, há sério risco de comprometimento de direitos e garantias individuais.

Assim, o objetivo deste trabalho é desenvolver inicialmente uma crítica ao princípio da verdade real, demonstrando a impossibilidade de se reproduzir à exatidão um cenário criminoso. Procura-se também destacar como isso implica em violação a direitos e garantias fundamentais, incentivando uma postura arbitrária por parte das autoridades incumbidas de conduzir o processo penal.

Na sequência, disserta-se acerca dos sistemas processuais penais. Abordam-se as características principais do sistema inquisitorial e do modelo acusatório. Também se procura caracterizar a sistemática adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, destaca-se a importância da democracia para que o modelo acusatório efetivamente se consolide. Nesse ponto, são feitas breves considerações acerca dos prejuízos que podem decorrer de arbitrariedades praticadas por magistrados e outros atores processuais em relação à higidez da produção da prova testemunhal.

1 O MITO DA VERDADE REAL

O processo não é uma máquina retrospectiva. Ele encontra base em hipóteses históricas apresentadas pelas partes. Essas hipóteses devem ser verificadas por meio das provas. Provar, portanto, constitui uma tentativa de aproximação com a verdade, pois a reprodução integral da verdade dos fatos é tarefa impossível.

Nos dizeres de Eugênio Pacelli de Oliveira:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como *efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.¹

1 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 301

Na seara processual penal prevalece o denominado princípio da verdade real. Com base nele, argumenta-se que magistrado está autorizado a empreender todos os esforços possíveis para descobrir a verdade acerca dos fatos em apuração. Dentre as modalidades de prova, a oitiva de testemunhas vem sendo dos mecanismos mais empregados no cotidiano forense brasileiro. Isso ocorre em decorrência da precariedade de funcionamento dos órgãos estatais incumbidos de produzir prova pericial.

O direito possui tradição racionalista. Projeta um mundo perfeito, sem impurezas. O falso é considerado nada mais do que a demonstração da verdade. A prova não deve, portanto, se pautar pela ideia de busca da verdade. Deve ser concebida como uma troca de mensagens entre juiz, partes e testemunhas.

O testemunho não é apenas uma descrição de fatos. Trata-se de uma maneira de transmitir uma experiência. Enxergar através da testemunha é o grande desafio do magistrado. A testemunha interpreta o fato que presencia de acordo com suas próprias experiências de vida, as quais não se confundem com a do juiz.

O Código de Processo Penal também regulamenta a oitiva do ofendido. De acordo com o disposto em seu artigo 201, *caput*:

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

Embora exista previsão formal de amparo ao ofendido (artigo 201, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Penal), este é rotineiramente submetido a um processo de vitimização secundária. Isso decorre, dentre outros fatores, da falta de acolhimento por parte dos órgãos oficiais, solicitações de propina para que as investigações sejam realizadas de modo minimamente eficiente, do constrangimento em prestar depoimento perante o Juízo (muitas vezes precisando deparar-se com o autor do crime) e prejuízos psicológicos decorrentes das tomadas de declarações.

Destaca-se que a vitimização secundária contribui para prejudicar a qualidade do depoimento prestado pela vítima. O abalo emocional é extremamente prejudicial à evocação da memória. Verifica-se, portanto, que a denominada busca pela verdade real, constitui um argumento retórico.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS

2.1 SISTEMA INQUISITORIAL

De meados do século XII ao final do século XVIII (Revolução Francesa), o processo penal se desenvolvia predominantemente com base no sistema inquisitorial. Como havia fortes vínculos entre a religião e o Estado, confundiam-se os conceitos de crime e pecado. No século XIII, foi criado o Tribunal da Inquisição. Também denominado Santo Ofício, tinha por função analisar notícias de violações aos mandamentos da Igreja Católica e Apostólica Romana. Crimes eram tratados como violações a esses dogmas (heresias).

Não havia utilidade para a defesa. O advogado tinha por objetivo contribuir para que o acusado confessasse e se arrependesse. Não existia contraposição efetiva à acusação formulada. Uma decisão judicial perfeita era obtida por meio da confissão. Como a condenação também tinha por objetivo reforçar a autoridade estatal e eclesiástica, era oportuno que todo o trabalho de acusação fosse docilmente aceito pela parte acusada. Por esse motivo, o reconhecimento do crime por parte do acusado era buscado com veemência.

A dialética era inexistente. Os fatos em apuração, bem como as provas produzidas para demonstrá-los, não eram submetidos ao crivo do contraditório. Não era dado ao réu o direito de se contrapor de forma eficiente às imputações às quais se via submetido. A tortura era uma prática disseminada, institucionalizada. Era considerada o instrumento mais adequado para obter a confissão do acusado. Tal expediente fazia parte da burocracia estatal, empregavam-se carrascos que tinham por objetivo exercer esse mister.

Predominavam as ordálias. Por meio desses expedientes, também conhecidos como Juízos de Deus o acusado era submetido aos mais diferentes tipos de sofrimento físico e psicológico, provocados com o emprego de elementos da natureza. Caso resistisse, era considerado inocente; do contrário, culpado. Exemplos dessa prática: sustentar os braços em forma de cruz, inserir as mãos e os braços em água fervente, etc.

O aparato tecnológico era precário. Por isso, havia poucos recursos para reconstituir os fatos. A ciência era insipiente e não associada à produção de prova. Não havia apoio técnico (prova pericial), quer por desinteresse, quer pela falta de conhecimento científico. Também daí decorria a preponderância da confissão e da prova oral.

A toda evidência, não havia consideração quanto aos direitos de personalidade do acusado. Ele era tratado como um mero objeto do processo. Sobre seu corpo recaia a tortura, esperando-se a confissão. A ele restava reconhecer seu crime/pecado e implorar clemência.

A figura central do sistema inquisitorial era o juiz inquisitor. Ele era dotado de iniciativa probatória. Era onipresente, simultaneamente investigava, acusava defendia e julgava. Por esse motivo, tal sistemática incorria em grave erro psicológico: uma mesma pessoa não pode exercer funções tão antagônicas.

Levando-se em consideração os poderes praticamente divinos outorgados ao juiz inquisitor, não havia necessidade de submeter o processo ao crivo da sociedade. Logo, não havia transparência. O processo era e secreto. Os atos processuais eram registrados de forma escrita.

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Com a separação entre Igreja e Estado, o processo penal também não passou incólume à secularização. Logo, o sistema processual acusatório se desenvolveu com base no afastamento da confusão entre crime e pecado. Pela sistemática acusatória, as funções inerentes à investigação, acusação defesa e julgamento não mais se concentravam na poderosa figura do juiz inquisitor. A titularidade para exercer essas funções no curso do processo foi outorgada a pessoas diversas.

Às partes incumbe produzir prova acerca dos fatos constitutivos de sua pretensão, quer acusatória, quer defensiva. Por sua vez, a decisão incumbe a um juiz imparcial. Desse modo, afastou-se a inconsistência psicológica característica do modelo inquisitorial, a concentração de funções diversas em uma só pessoa.

O julgador deve permanecer equidistante das partes, as quais devem ser tratadas igualmente, sem privilégios em favor de uma em detrimento da outra. Prepondera o princípio da paridade de armas: tanto a acusação como a defesa devem ter igual tratamento, de modo a que possam desenvolver seus trabalhos de modo equilibrado.

Tanto o acusador quanto o defensor devem ter possibilidades equivalentes para trazer seus argumentos ao processo e influir no convencimento do magistrado. Este, por sua vez, deve coibir excessos e zelar pelo equilíbrio entre acusação e defesa. Contudo, isso não autoriza o magistrado a abrir mão de sua imparcialidade para suprir deficiências da acusação ou da defesa. Tal procedimento desnatura o sistema acusatório e remonta ao período inquisitorial.

O sistema acusatório é aberto ao controle social. Pauta-se pela oralidade, o que contribui não apenas para a celeridade, mas também para a eficiência e transparência dos atos processuais, os quais – em regra – são públicos. A publicidade é a regra. A decretação de sigilo é excepcional, devendo ser justificada no caso concreto.

O modelo acusatório também se pauta pela segurança jurídica, consubstanciada na coisa julgada. Também deve ser assegurado o duplo grau de jurisdição, a fim de que as partes possam questionar decisões desfavoráveis proferidas pelo julgador.

2.3 SISTEMÁTICA PROCESSUAL BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu no rol dos direitos e garantias processuais expressa proteção àqueles que são submetidos a um processo. Dentre essas garantias processuais, destacam-se: a vedação de tribunais de exceção, sendo assegurado que o processo seja presidido pela autoridade competente (art. 5, LIII); o devido processo legal (art. 5º, LIV); o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); e presunção de inocência (art. 5, LVII).

No texto constitucional (artigo 95) também estão inseridas as garantias da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. O objetivo dessas prerrogativas não é conferir privilégios indevidos aos magistrados. Existem com a finalidade de resguardar os interesses sociais, assegurando que as autoridades judiciárias possam atuar com maior isenção e liberdade, livres de pressões indevidas.

Nos termos do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei². Aos membros do Ministério Público também são constitucionalmente asseguradas as mesmas prerrogativas conferidas aos magistrados (artigo 129, § 4).

O advogado também recebe especial tratamento no texto constitucional. É considerado indispensável à administração da justiça. Além disso, goza de inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, observados os limites legais.

Cotejando-se os preceitos constitucionais acima mencionados, depreende-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota, ainda que de modo implícito, o sistema acusatório. Destaca-se que as funções de acusar, defender e julgar são claramente definidas.

Na seara infraconstitucional, a sistemática processual penal brasileira é regulamentada principalmente pelo Código de Processo Penal. Esse diploma legal encontra-se em vigor desde 1941. Possui viés autoritário, porquanto inspirado em ordenamento jurídico italiano contemporâneo ao fascismo (Código Rocco/Itália 1930).

O inquérito policial encontra previsão no Código de Processo Penal e ainda consiste no principal instrumento burocrático para realização de investigações de natureza criminal. Possui natureza procedimental, sendo de caráter informativo. Tem por finalidade subsidiar o Ministério Público dos elementos probatórios necessários para a propositura da ação penal (prova da materialidade da infração penal e indícios de autoria) ou solicitação de medidas de natureza cautelar (prisão preventiva, sequestro de bens, busca e apreensão domiciliar, etc.).

2 A ação penal privada é admitida no tocante a algumas infrações penais, justificando-se em razão da tutela de bens jurídicos que dizem respeito à intimidade e à vida privada. Como forma de evitar que o Ministério Público se tornasse senhor absoluto da ação penal, podendo – por inércia – inviabilizar a persecução penal, admite-se excepcionalmente que o particular proponha a ação penal privada, caso não seja oferecida denúncia no prazo legal (art. 5º, LIX, da Constituição Federal).

No curso do inquérito policial, ao investigado não são assegurados o contraditório e ampla defesa. A presença de advogado não é obrigatória e a autoridade policial que preside a investigação não é obrigada a acatar solicitações do investigado no tocante à produção de prova.

De outro lado, ao Ministério Público é assegurada a prerrogativa de requisitar diligências investigatórias. Verifica-se, assim, que o inquérito policial não é presidido por uma autoridade imparcial e tampouco assegura a paridade de armas entre o Estado (responsável pela persecução penal) e a pessoa investigada.

Com o recebimento da denúncia, a persecução penal submete-se à sistemática acusatória. Isso ocorre sobretudo em razão da adoção do contraditório e ampla defesa, da presidência dos atos processuais por autoridade judiciária imparcial. Além disso, a acusação fica a cargo, em regra, do Ministério Público e a defesa deve ser exercida por profissional habilitado (advogado registrado junto à Ordem dos Advogados do Brasil).

A maioria dos doutrinadores entende que o ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema processual penal misto. No curso do inquérito policial, vigora sistema inquisitorial, enquanto na ação penal adota-se a sistemática acusatória (vigorando nessa última etapa da persecução penal as garantias processuais).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sustenta que todos os sistemas processuais penais são mistos. Para o autor supracitado, o que importa para a classificação de um sistema processual penal é o seu princípio informador³.

Correto de Juan Montero Aroca o qual argumenta com propriedade a inexistência de dois sistemas processuais, um acusatório e outro inquisitorial. Para esse doutrinador, existem em verdade dois sistemas de atuação do Direito Penal: um de natureza processual, acusatório; e outro não processual, inquisitorial⁴.

Também é oportuno colacionar o que diz Mauro Fonseca Andrade a respeito do sistema processual penal brasileiro:

Essa situação nos ajuda a identificar uma outra realidade, qual seja, a de que nosso país não segue um sistema de processo penal em específico. Basta ver que a nossa legislação adjetiva – seja o Código de Processo Penal, sejam leis especiais – permite a existência de processos representativos de, ao menos, dois sistemas, sendo o acusatório como regra e o inquisitivo ou misto em caráter excepcional, decorrentes, estes últimos, da presença daquele juiz-investigador. Isso faz com que, na verdade, o Brasil tenha somente modelos de processo, ao invés de um sistema de processo, graças à absoluta ausência de unidade sistêmica (também chamada de

3 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em; 27/11/2015.

4 AROCA, Juan Montero. *Los principios del proceso pena, un intento de exposicion doctrinal basada em la razón*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/23.pdf>>. Acesso em 26/11/2015.

principium unitatis) que nada mais é do que a consolidação do processo penal de um determinado país em torno de um sistema previamente eleito.⁵

É o que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro: no curso do inquérito policial, o Direito Penal atua de modo inquisitorial; no processo pela de maneira acusatória.

3. A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO E ESCORREITA PRODUÇÃO PROBATÓRIA

3.1 DEMOCRACIA, INICIATIVA PROBATÓRIA E A PARIDADE DE ARMAS

A positivação de preceitos atinentes ao sistema acusatório no ordenamento jurídico não basta para que essa sistemática processual penal efetivamente se manifeste. É necessário que o processo seja conduzido de forma democrática, sobretudo no que tange à produção probatória.

Uma questão que desperta discussão acerca da natureza acusatória do sistema processual penal brasileiro diz respeito à admissão da iniciativa probatória por parte do magistrado. Uma leitura do texto do Código de Processo Penal não deixaria dúvidas acerca da possibilidade de o magistrado determinar – por iniciativa própria – diligências de natureza instrutória. Por oportuno, transcrevem-se alguns trechos do diploma legal:

CPP, Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

CPP, Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I (...)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

5 ANDRADE, Mauro Fonseca. *O sistema acusatório proposto no Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachements/article/12/O%20sistema%20Acusatorio%20no%20Projeto%20de%20Novo%20CPP.pdf>> Acesso em 10 de abril de 2016.

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Em sua redação anterior, o artigo 212 do Código de Processo Penal dispunha que as perguntas requeridas pelas partes seriam requeridas ao juiz, o qual se encarregaria de – uma vez deferidas – repassá-las às testemunhas. A esse procedimento, denominava-se sistema presidencialista ou de inquirição indireta.

O novo texto do dispositivo legal em questão passou a adotar o sistema de inquirição direta, baseado no *adversary system* norte-americano. Em um primeiro momento, a parte que arrolou a testemunha formula a ela – diretamente – as perguntas que entender pertinentes (*direct examination*). Em seguida, a parte contrária – também de modo direto – indagará à testemunha o que entender pertinente (*cross examination*).

Ocorre que esse entendimento não restou consolidado de modo absoluto, havendo magistrados que insistem em manter a sistemática anterior, inquirindo as partes em primeiro lugar e deixando às partes as perguntas complementares. Ao invés de atuar de forma supletiva, há magistrados – invertendo a ordem legal – não abrem mão do protagonismo durante a produção da prova oral.

O sistema de inquirição direta é mais adequado ao sistema acusatório. Prestigia o trabalho das partes na produção da prova. Cada qual deve formular sua estratégia e adequar suas perguntas à tese acusatória ou defensiva. Por outro lado, o modelo presidencialista identifica-se com o sistema processual inquisitorial. Não é adequado à preservação da imparcialidade do juiz, que poderá enveredar por questionamentos compatíveis à tese de uma ou de outra parte, comprometendo também o princípio da paridade de armas.

Na jurisprudência, prosperou o entendimento segundo o qual a inversão da ordem legal na formulação das perguntas, com o início da inquirição das testemunhas pelo magistrado antes das partes constitui nulidade relativa. Desse modo, impõe-se à parte que se sentir prejudicada o ônus de demonstrar efetivo prejuízo.

É o que se depreende do seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ARTIGO 212 DO CPP. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO IMPROVIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. VEDAÇÃO GENÉRICA E APRIORÍSTICA. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que eventual

inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo. 2. Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, incidenter tantum, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel.Ministro Dias Toffoli), resta superada a análise da aplicabilidade ou não de seu regramento aos delitos praticados antes de sua vigência, porquanto afastada a previsão de obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo ser observadas as regras do art. 33 do CP na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados. 3. Agravo regimental improvido, mas concedido habeas corpus, de ofício, para determinar que o Tribunal a quo, analisando o caso concreto, proceda à individualização do regime inicial de cumprimento da pena, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/06⁶.

Ao considerar como nulidade relativa a inobservância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça infligiu um duro golpe no sistema acusatório. Com base nesse posicionamento, os magistrados das instâncias inferiores podem – arbitrariamente – aplicar ou não mencionado dispositivo legal, pois na prática a prova pela parte da existência de prejuízo é verdadeiramente diabólica.

O disposto no artigo 209 do Código de Processo Penal, no tocante à iniciativa probatória, é incompatível com o sistema acusatório. A redação desse dispositivo legal autoriza o magistrado – a seu critério, sem exigir fundamentação – ouvir testemunhas não indicadas pelas partes ou por elas referidas.

Mais uma vez, vislumbra-se indevido protagonismo do magistrado na produção da prova. Isso prejudica a imparcialidade e consequentemente a paridade de armas. Há margem para que o magistrado se conduza com a finalidade de auxiliar ou suprir deficiência de atuação de alguma das partes.

A inobservância de preceitos como a imparcialidade e a paridade de armas, decorrente de uma postura autoritária do magistrado, representa perigo para os direitos e garantias fundamentais do acusado. Igualmente, pode haver prejuízo para a sociedade, cujos interesses são tutelados pelo Ministério Público.

Uma questão interessante a debater é a flexibilização do princípio da paridade de armas em favor do acusado. Não é incomum que magistrados, ao se depararem com uma defesa frágil, assumam uma postura de resguardo dos interesses do réu, suprimindo a deficiência do trabalho realizado pelo defensor.

Nos termos da súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

6 AgRg no AREsp 415.488/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 14/05/2015

É forte o argumento segundo o qual os direitos e garantias individuais do acusado, em especial seu direito de liberdade, não podem perecer em virtude de uma defesa ausente ou deficitária. Contudo, o melhor caminho a ser seguido pelo magistrado não é suprir o trabalho do defensor, mas zelar pela produção de uma defesa efetiva, inclusive com a desconstituição do defensor e solicitação das providências necessárias junto à Ordem dos Advogados do Brasil.

A inobservância do princípio da paridade de armas é também danosa quando o Ministério Público não desempenha a contento suas funções. Caso o magistrado venha a suprir a atuação deficitária do membro do Ministério Público, isso representará um grave risco contra os interesses individuais do réu. Nesse caso, não é exagero afirmar que ele terá contra si o magistrado como um segundo acusador.

Por outro lado, caso o magistrado, argumentando que não há prejuízo aos interesses do acusado, valendo-se do famigerado princípio da verdade real, não tome nenhuma providência diante de uma acusação inepta, haverá prejuízo social consubstanciado na impunidade.

Violando-se o princípio da paridade de armas e desnaturando-se o sistema acusatório, mesmo a prática de atos processuais penais sem a presença do Ministério Público vem sendo toleradas. Prepondera o entendimento segundo o qual eventual ausência do órgão acusador constitui nulidade relativa, exigindo-se a prova de efetivo prejuízo para a anulação do ato.

Trata-se de injustificável diferença de tratamento, incompatível com o sistema acusatório. Contudo, argumenta-se que, com base no princípio da verdade real, o juiz não estaria atuando como órgão acusador, mas autorizado a colher elementos para o seu livre convencimento.

É o que se depreende do seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA EM AUDIÊNCIA NA QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO ESTEVE PRESENTE. POSSIBILIDADE. BUSCA DA VERDADE REAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Conquanto o Ministério Público não estivesse presente na ocasião em que ouvida as testemunhas de acusação, o artigo 212 do Código de Processo Penal permite ao juiz participar das inquirições, sendo-lhe facultada, na busca da verdade real, a produção de provas necessárias à formação do seu livre convencimento, nos termos do artigo 156, inciso II, do mencionado diploma legal, afastando a alegação do prejuízo em tese suportado pelo acusado, já que a magistrada de piso não atuou como acusadora, mas dentro dos limites que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico vigente.

2. Agravo regimental a que se nega provimento⁷.

Portanto, mesmo que os princípios processuais que caracterizam o sistema penal acusatório estejam formalmente presentes no texto constitucional, tal modelo será letra morta. A atuação não

⁷ AgRg no REsp 1445776/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 24/06/2015

democrática por partes das autoridades incumbidas da condução do processo penal faz com que este se aproxime do modelo inquisitorial, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A preservação da imparcialidade do juiz é imprescindível sobretudo para a esmerada produção da prova testemunhal. Os artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal devem ser interpretados à luz da Constituição Federal, em consonância com as garantias processuais inerentes ao sistema acusatório.

3.2 PRODUÇÃO DA PROVA ORAL: A IMPORTÂNCIA DE UMA POSTURA DEMOCRÁTICA EM SUA PRODUÇÃO E NO ENFRENTAMENTO DE DISTÚRBIOS DA MEMÓRIA

Também na produção probatória, é muito importante uma postura democrática por parte das autoridades incumbidas de conduzir a instrução. No tocante à prova oral, isso se mostra mais importante. É preciso zelar para que a entrevista com as testemunhas favoreça a recuperação da memória, minimizando a ocorrência de sugestibilidade.

Com efeito, é certo que a memória sofre forte interferência de ordem psicológica, não se tratando de um procedimento meramente bioquímico. Logo, a entrevista com testemunhas deve ser executada de modo a diminuir o risco de que ocorram distorções da memória. Dentre estas, destacam-se as denominadas falsas memórias, lembranças de fatos que nunca ocorreram.

As falsas memórias podem ter origem natural, decorrente de uma falha na interpretação de uma informação (distorções de memória endógenas). Também podem decorrer de uma falsa sugestão externa, acidental ou deliberada, apresentada ao indivíduo (acontecimentos passados podem influenciar na formação de falsas memórias⁸).

Em 1939, Stern concluiu pela possibilidade de aceitação de fatos inverídicos por parte dos depoentes quando questionados pelo entrevistador. Conforme Gudjonsson: “A sugestibilidade interrogativa refere-se à aceitação de sugestões, podendo representar uma séria vulnerabilidade psicológica durante uma entrevista policial.”

A sugestibilidade interrogativa pode ocorrer de duas maneiras: aceitação de informação falsa; sensibilidade à pressão interrogatória do entrevistador. Classifica-se do seguinte modo: cedência, tendência para ceder diante de uma sugestão; e alteração, tendência para alterar a resposta após um “feedback” (Gudjonsson e Clark).

Em 1984, na Inglaterra, foi implementado o Ato de Evidência Policial e Criminal (PEACE *planning and preparation, engage ou explain, account, closure and evaluate*). Aliado a outras políticas governamentais, isso aumentou a proteção de entrevistados vulneráveis/sugestionáveis em relação aos métodos coercitivos de entrevista policial.

8 NEUFELD, Carmem Beadriz; STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?* Arq. Ciênc. Saúd Unipar; 5: 179-186, 2001.

A entrevista cognitiva, desenvolvida em 1984 por Ronald Fischer e Edward Geiselman, a pedido de policiais e operadores do Direito norte-americano, constitui uma técnica eficiente para diminuir a possibilidade de ocorrência de falsas memórias.

Sua finalidade é melhorar a recordação das testemunhas, obter depoimentos mais detalhados e com maior quantidade e precisão de informações. Tem como base científica duas grandes áreas da psicologia: psicologia social (relações humanas) e psicologia cognitiva (funcionamento da memória). É recomendada atualmente como técnica de entrevista na Inglaterra e País de Gales.

A entrevista cognitiva tem como característica principal a progressão de questões abertas para indagações fechadas. Sua técnica é composta pelas seguintes etapas: construção do *rapport* (desenvolvimento de empatia com o entrevistado); recriação do contexto original (incentivar a utilização de todos os sentidos); narrativa livre (a testemunha deve relatar livremente as informações que puder acessar em sua memória); questionamento (perguntas baseadas nas informações trazidas pela narrativa livre); e fechamento da entrevista.

Em síntese, a entrevista cognitiva reduz a chance de ocorrerem falsas memórias, pois diminui a possibilidade de incidência de sugestibilidade. Embora seja eficiente, existem dificuldades para sua implantação: exigência de treinamento extensivo e dispendioso; necessidade de condições físicas e tecnológicas adequadas; e necessidade de capacidade cognitiva por parte do entrevistado.

A difusão de técnicas adequadas para diminuir a incidência de sugestibilidade é imprescindível para que a produção probatória se conduza de modo democrático. O objetivo deve ser a adequada comunicação com as testemunhas. Desse modo, evita-se que as autoridades responsáveis pela produção probatória se conduzam de modo autoritário, a exemplo do que ocorre em sistemas inquisitoriais, induzindo as testemunhas a responder de modo a corroborar julgamentos indevidamente pré-estabelecidos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, é adequado concordar com o entendimento segundo o qual o modo como se conduz a produção de provas é que determina a natureza de um sistema processual. Não basta a previsão no ordenamento jurídico de um rol de garantias processuais.

Em especial, o contraditório e a ampla defesa devem ser concretizados no dia-a-dia forense. Isso somente será possível com base em uma postura democrática e imparcial por parte do magistrado. A paridade de armas deve ser observada, tanto em favor da defesa quanto da acusação. Não cabe ao julgador suprir a deficiência do trabalho do defensor ou do órgão acusador. Do contrário, o magistrado comprometerá o sistema acusatório, aproximando-se do modelo inquisitorial.

Deve ser repensada a previsão de iniciativa probatória por parte do magistrado. A exemplo do que ocorre no modelo inquisitorial, existe aí um verdadeiro conflito psicológico. Ao assumir a iniciativa para produzir prova, o magistrado inevitavelmente fará um prejulgamento. Igualmente, conduzirá o desenvolvimento dos atos instrutórios para confirmar essa ideia preconcebida. Com isso, o julgador se tornará refratário à argumentação deduzida pelas partes.

É necessário que o julgador atue de modo comedido e democrático. Deve assegurar às partes ampla liberdade para o desenvolvimento das respectivas teses, sem deixar de coibir excessos. Do contrário, há margem ao arbítrio. Tal parcimônia deve ser observada principalmente quando da entrevista com testemunhas.

A colheita da prova oral demanda maior profissionalismo. O emprego de técnicas como a entrevista cognitiva é necessário para se evitar distorções de memória. Dessa maneira, controlando-se a incidência de sugestionabilidade, contribui-se para a diminuição dos erros judiciários e suas consequências prejudiciais ao direito de liberdade ou à segurança pública.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. *O sistema acusatório proposto no Projeto de Novo Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.paginasdeprocessopenal.com.br/attachements/article/12/O%20sistema%20Acusatorio%20no%20Projeto%20de%20Novo%20CPP.pdf>> Acesso em 10 de abril de 2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó, PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões, “*Falsas memórias e processo penal (re)discutindo o papel da testemunha*”. Disponível em: https://www.academia.edu/4130655/_FALSAS_MEM%C3%93RIAS_E_PROCESSO_PENAL_RE_DISCUTINDO_O_PAPEL_DA_TESTEMUNHA. Acesso em 27/11/2015;

AROCA, Juan Montero. *Los principios del proceso pena, un intento de exposicion doctrinal basada em la razón*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/745/23.pdf>>. Acesso em 26/11/2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

BRUST, Priscila Georgen; NEUFELD, Carmem Beadriz; STEIN, Lilian Milnitsky. *Adaptação de um método de investigação do impacto da emoção na memória*. Psico-USF, v. 13, n. 1, p. 21-29, jan./jun. 2008.

BRUST, Priscila Georgen; NEUFELD, Carmem Beadriz; STEIN, Lilian Milnitsky. *O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias?* Psicologia em Estudo, Maringá, v. 13, n. 3, p. 539-547, jul./set. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em; 27/11/2015.

FISHER, Ronald P. *Interviewing victims and witnesses of crime*. Psychology, Public Policy, and Law, 1995, Vol. 1, No. 4, 732-764.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 27/1999 | p. 71 - 79 | Jul - Set / 1999. Doutrinas Essenciais Processo Penal | vol. 4 | p. 25 - 37 | Jun / 2012 | DTR\1999\287. Disponível em: < <http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015182fa6a25e96a8d7a&docguid=Ia6f21540f25111dfab6f010000000000&hitguid=Ia6f21540f25111dfab6f010000000000&spos=6&epos=6&td=4000&context=41&startChunk=1&endChunk=1>> . Acesso em 27/11/2015,

GUDJONSSON, Gisli H. *A new scale of interrogative suggestibility*. Person. rndrcid Dif. Vol. 5, NO. 3. pp. 303-314. 1984.

GUDJONSSON, Gisli H. *Compliance in an interrogative situation a new scale*. Person. in&d. DtST, Vol. IO. No. 5. pp. 535-540, 1989.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

NEUFELD, Carmem Beadriz; STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?* Arq. Ciênc. Saúd Unipar; 5: 179-186,2001.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.