



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O PAPEL DO JUIZ NA COLHEITA DA PROVA PENAL

Gabriel Somma Quaresma de Oliveira

Rio de Janeiro
2011

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva do autor.

GABRIEL SOMMA QUARESMA DE OLIVEIRA

O PAPEL DO JUIZ NA COLHEITA DA PROVA PENAL

Monografia apresentada à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Des. Eduardo Mayr.

Rio de Janeiro
2011

GABRIEL SOMMA QUARESMA DE OLIVEIRA

O PAPEL DO JUIZ NA COLHEITA DA PROVA PENAL

Aprovado em 23/08/2011

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Des. Luiz Felipe da Silva Haddad

Orientador: Des. Eduardo Mayr

Convidada: Dr. Maria Célia Ferreira de Rezende

Aos meus pais, Ana Lúcia e
Luiz Henrique, pelas
oportunidades que me
proporcionaram e confiança
em mim depositada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, por tudo que fizeram e fazem por mim, em especial, pela educação e valores que me foram passados.

À querida Érica, pelo seu amor, companheirismo, compreensão, incentivo e pelos inúmeros momentos de alegria.

À minha família e aos meus amigos, por acreditarem que é possível e pelo incentivo.
Ao meu orientador, Eduardo Mayr, que impressiona pela serenidade e brilhantismo das observações.

À Prof^a. Néli Fetzner, pelas reuniões, sempre proveitosas, e pelo estímulo a continuar na busca da realização profissional.

À Ana Dina e ao Alberto, pela disposição em ajudar.

Aos amigos da turma CPVI-C, 1º semestre de 2011, da Emerj, por compartilharem comigo conhecimentos e conquistas e pelas conversas sobre nossas incertezas e preocupações.

*I thank whatever gods may be
For my unconquerable soul.*

[...]

*It matters not how strait the gate,
How charged with punishments the scroll,
I am the master of my fate;
I am the captain of my soul.*

[Eu agradeço aos deuses que existem
Por minha alma indomável.

[...]

Não importa o quão estreito é o portão,
Não importa o tamanho do castigo,
Eu sou o dono do meu destino;
Eu sou o capitão da minha alma.]

(William E. Henley, *Invictus*).

SÍNTESE

O trabalho ora proposto enfoca o papel do juiz na colheita da prova penal, diante do sistema processual penal acusatório adotado pela Constituição de 1988. Após a análise da tormentosa questão da busca pela verdade e da verdade real no processo penal, adentra-se na evolução histórica das provas, suas limitações e principais sistemas de valoração. Ademais, busca-se semear a reflexão acerca da colheita da prova pelo juiz, abordando os princípios do juiz natural, da identidade física do juiz e da imparcialidade. Não obstante, o trabalho tangencia o princípio *nemo tenetur se detegere* como limitador constitucional. Com efeito, são contemplados os principais aspectos acerca das testemunhas do júzo, do interrogatório, da confissão e da oitiva do ofendido. Por fim, é feita uma observação da conduta do magistrado com exame de princípios éticos previstos no Código de Ética da Magistratura e, ainda, analisa-se a figura do Juiz das Garantias no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. BUSCA PELA VERDADE. QUESTÃO TORMENTOSA	10
1.1. Que é a verdade? Tentativa conceitual.....	12
1.2. Verdade real no Processo Penal. Nova perspectiva.....	17
2. A PROVA PENAL	22
2.1. Evolução e limitações.....	23
2.2. Principais sistemas de valoração.....	29
3. A COLHEITA DA PROVA PENAL PELO JUIZ	33
3.1. O Juiz Natural e o princípio da Identidade Física.....	33
3.2. Suspeições e Impedimentos. Garantia de imparcialidade.....	37
3.3. A iniciativa instrutória do Juiz.....	46
3.4. O princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> como limitador constitucional.....	53
3.5. Testemunhas do juízo e sistemas de inquirição.....	56
3.6. O interrogatório judicial e a confissão.....	63
3.7. A oitiva do ofendido.....	81
4. O JUIZ DAS GARANTIAS	84
4.1. A conduta do Juiz. Princípios éticos.....	84
4.2. Análise da figura do Juiz das Garantias no Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.....	88
CONCLUSÃO	93
BIBLIOGRAFIA	98

INTRODUÇÃO.

O Direito Processual Penal brasileiro, que vem sendo objeto de reformas pontuais realizadas ao longo dos últimos anos, está prestes a receber um novo Código de Processo Penal, que buscará adequar-se ao sistema acusatório delineado na Constituição da República de 1988. O trabalho ora proposto enfoca a colheita da prova penal sob a perspectiva do magistrado. O tema aguça a vontade de estudá-lo, não apenas pelo caráter teórico e filosófico que enseja discussões doutrinárias, mas, principalmente, pelas questões práticas que dele emergem.

Inicia-se o trabalho, como não poderia deixar de ser, com a análise da questão relativa à busca pela verdade e se demonstra que tal questão contribuiu bastante para que os homens viessem a filosofar. Após, objetiva-se chegar a um conceito do que seria verdade e é abordada a famigerada verdade real no processo penal.

No segundo capítulo, são analisados os principais aspectos da prova penal, atentando-se para a sua evolução histórica e as limitações impostas às provas ilícitas e ilegítimas, sem deixar de mencionar exceções às proibições. Em seguida, são mencionados os principais sistemas de valoração da prova, quais sejam, o sistema legal de provas ou da prova tarifada; o da íntima convicção; e o do livre convencimento motivado, da livre convicção ou da persuasão racional.

No capítulo seguinte, são examinados diversos temas focados no magistrado e seu relacionamento com o processo, mais especificamente, com a prova penal. Primeiramente, são citados os princípios do juiz natural e da identidade física do juiz, este inserido recentemente na sistemática processual penal brasileira. Depois, adentra-se na análise da imparcialidade do magistrado, garantia maior do processo, tangenciando, por óbvio, as hipóteses de suspeição e impedimento do julgador. Com isso, é permeada a discussão acerca da iniciativa instrutória do

juiz, ou seja, se é possível que o juiz produza prova de ofício, sem provocação de nenhuma das partes do processo.

Aliás, é preciso observar que nenhum indivíduo é obrigado a colaborar para produção de prova contra si mesmo e, por isso, é feita uma breve análise do princípio *nemo tenetur se detegere* como limitador constitucional. Em seguida, discorre-se acerca das testemunhas do juízo e dos sistemas de inquirição, do interrogatório judicial, da confissão e da oitiva do ofendido, sob o prisma do magistrado.

No último capítulo, é enfocada a conduta do magistrado, apontando-se os princípios éticos previstos no Código de Ética da Magistratura Nacional editado pelo Conselho Nacional de Justiça e que devem observados. Logo após, é feita uma análise da figura do Juiz das Garantias no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, seguindo-se da conclusão do trabalho.

É de se destacar, por fim, que foi utilizado o método de pesquisa qualitativa, parcialmente exploratória, com base em doutrina especializada e em jurisprudência relacionada às principais controvérsias que se referem ao tema.

1) BUSCA PELA VERDADE. QUESTÃO TORMENTOSA.

O homem sempre teve admiração pela verdade e, por isso, sempre houve a perseguição do real, haja vista que a verdade é resultado do somatório entre o que é real e o intelecto humano. Marco Antônio de Barros¹ diz que a verdade, em si mesma, é apreciada há milênios pelos maiores cultores da filosofia, tanto que Aristóteles² ressaltou ser essa admiração uma das causas que levou os homens a filosofar. Aduz, ainda, que essa seria a essência dessa ciência de amor ao saber, pois ela tem como última finalidade a investigação da verdade, sendo o amor à verdade requisito mínimo que se exige do candidato a filósofo.

No chamado “Mito da Caverna”, ou ainda, “Alegoria da Caverna”³, constante na obra intitulada *A República* – V. II, o filósofo Platão⁴ descreve o diálogo mantido entre Sócrates⁵ e Glauco, no qual o primeiro pede que o segundo imagine prisioneiros, acorrentados no interior de uma caverna desde a infância, virados para uma parede de costas para a entrada desta caverna. A luz chega-lhes de uma fogueira acesa numa colina que se ergue por detrás deles e, entre o fogo e os prisioneiros, passa uma estrada ascendente. Pede para que imagine que ao longo da estrada está construído um pequeno muro e que homens que ali passam transportam objetos de toda espécie, que o transpõem: estatuetas de homens e animais, de pedra, madeira e toda espécie de matéria, de modo que os acorrentados só pudessem ver sombras dos objetos que por ali eram transportados projetadas na parede e ouvir ecos distorcidos que pareceriam vir das figuras formadas. Esses prisioneiros acabariam por achar

¹ BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 14.

² Aristóteles, considerado um dos maiores pensadores de todos os tempos e criador do pensamento lógico, nasceu em 384 a.C., em Estagira, na Calcídia, Macedônia. Foi discípulo de Platão (367 a.C.) em Atenas. Morreu em Cálcis, na Eubeia, ilha do Mar Egeu, em 322 a.C. (ARISTÓTELES. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Arist%C3%B3teles>>. Acesso em: 02.mai.2010.).

³ MITO da Caverna. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Mito_da_caverna>. Acesso em: 02.mai.2010.

⁴ Platão, filósofo e matemático do período clássico da Grécia Antiga, autor de diversos diálogos filosóficos e fundador da Academia em Atenas, a primeira instituição de educação superior do mundo ocidental, foi discípulo de Sócrates e mentor de Aristóteles, nasceu em Atenas, provavelmente em 427 a.C. e morreu em 347 a.C. (PLATÃO. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Plat%C3%A3o>>. Acesso em: 02.mai.2010.).

⁵ Sócrates, um dos mais importantes ícones da tradição filosófica ocidental e um dos fundadores da atual filosofia ocidental, foi mentor de Platão, nasceu em Atenas, provavelmente em 469 a.C. e morreu em 399 a.C. (SÓCRATES. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%B3crates>>. Acesso em: 02.mai.2010.).

verdadeiro aquilo que observavam e ouviam, ou seja, tomariam aquilo como se fosse o mundo real, acreditando em verdades parciais.

Num segundo momento, Sócrates pede para Glauco imaginar que um desses prisioneiros fosse libertado e obrigado a endireitar-se imediatamente, a voltar o pescoço e a subir o íngreme caminho que chegava ao exterior da caverna, erguendo os olhos para a luz.

Glauco concorda que os olhos do prisioneiro primeiramente seriam ofuscados, que sentiria seus sentidos magoados e iria querer voltar imediatamente para o interior da caverna. Contudo, Sócrates continua dizendo que se ele fosse forçado a subir o caminho e, atingindo o exterior da caverna, seus olhos se acostumassem ao sol, com certeza chegaria a conclusões óbvias sobre tal corpo estrelar, como ser o grande responsável pelas estações e os anos e que governa tudo no mundo visível e que, de certa maneira, é a causa de tudo o que ele via com os seus companheiros, na caverna. Com isso, tal prisioneiro, agora livre, ficaria feliz em ter encontrado a verdade das coisas; o mundo real e lamentaria por aqueles que na caverna permaneciam.

O prisioneiro, então, volta ao interior da caverna para contar aos outros sobre o que viu; sobre a verdade. Mais uma vez, Glauco concorda com seu interlocutor, quando este aduz que os demais prisioneiros fariam um julgamento invejoso e ignorante e com certeza o condenariam à morte.

Sócrates conclui:

no mundo inteligível, a idéia do bem é a última a ser apreendida, e com dificuldade, mas não se pode apreendê-la sem concluir que ela é a causa de tudo o que de reto e belo existe em todas as coisas; no mundo visível, ela engendrou a luz; no mundo inteligível, é ela que é soberana e dispensa a verdade e a inteligência; e é preciso vê-la para se comportar com sabedoria na vida particular e na vida pública.

O mito “Alegoria da Caverna” descreve bem uma situação metafórica a fim de demonstrar que o filósofo deveria buscar a verdade do mundo. Isso demonstra a preocupação dos amantes do saber em perquirir a verdade por meio do conhecimento. É interessante

observar que filmes contemporâneos já exploraram tal metáfora, tais como Matrix⁶ e A Ilha⁷, que definem bem a distinção entre o que se acredita ser real e a efetiva realidade.

1.1 QUE É A VERDADE? TENTATIVA CONCEITUAL.

Verifica-se que a busca pela verdade, perpetrada pelos amantes do saber, dá-se de maneira árdua, haja vista que será por meio da conjugação entre a capacidade de percepção do homem e a realidade propriamente dita que será possível chegar-se a conclusões acerca do real. Saber o que é verdade sempre aguçou os estudos nas mais diversas áreas do conhecimento e possibilitou reflexões sobre a questão, tanto que Pôncio Pilatos indagou a Jesus: “Que é a verdade?”⁸.

Verdade, segundo Aurélio Buarque de Holanda⁹, vem do latim *veritate* e é conformidade com o real. Santo Agostinho define a verdade de maneira simples: a verdade é o que é¹⁰. Na definição ordinária, portanto, a verdade é a harmonia entre o intelecto; a inteligência; a razão com a realidade; com o ser.

Para Marco Antônio de Barros¹¹, as coisas devem ser inteligíveis para que possam ser declaradas verdadeiras. Assim, apenas o que está ao alcance do conhecimento humano é que poderá ser considerado verdadeiro, do contrário estar-se-á diante de algo considerado falso por aquele que não consegue captar a realidade. É nessa esteira que Antônio Rocha

⁶ THE Matrix. Direção de Irmãos Wachowski. Produção de Joel Silver. EUA/Austrália: Warner Bros., 1999. 1 DVD, 136 min., son., color.

⁷ THE Island. Direção e Produção de Michael Bay. EUA: Warner Bros., 2005. 1 DVD, 136 min., son., color.

⁸ Disse-lhe Pilatos: “Portanto, tu és rei?” E Jesus respondeu: “Tu o disseste: eu sou rei. Para isto é que nasci e para isto é que vim ao mundo: para dar testemunho da verdade. Todo aquele que ama a verdade, escuta a minha voz”. Perguntou-lhe então Pilatos: “Que é a verdade?...” (Evangelho narrado por João, 18, 37-38 – Bíblia Sagrada, tradução dos originais feita pelo Centro Bíblico Católico. 93 ed. São Paulo: Ave-Maria, 1994. p. 1409.).

⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

¹⁰ “*Verum est id quod est*”. Santo Agostinho nasceu em 354 d.C., em Tagaste, no Norte da África e morreu em 430 d.C. Foi um pensador com grande influência do Cristianismo. (HIRSCHBERGER, Johannes. *Santo Agostinho: O Mestre do Ocidente – História da Filosofia na Idade Média*. Disponível em: <http://www.consciencia.org/filosofia_medieval4_santo_agostinho.shtml>. Acesso em: 02.mai.2010.).

¹¹ BARROS. *op. cit.*, p. 15.

Fadista¹² entende que a verdade supõe três coisas: o objeto que se apresenta à inteligência, a inteligência que julga, e a relação de conformidade entre o juízo e o objeto apresentado. Essa é a verdade lógica ou verdade do conhecimento, pela qual o ser só é verdadeiro se existir a capacidade intelectual de firmar um juízo sobre a realidade de tal ser.

Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar a concepção de que não existe, entre os homens, a verdade lógica absoluta, uma vez que os conceitos e definições são considerados verdadeiros, pois são frutos da captação da inteligência do homem, que crê que isso ou aquilo tem conformidade com o real. Isso, até o momento que surge algo ou alguém, certamente com mais capacidade intelectual, que quebre o paradigma e consiga demonstrar o erro ou a falsidade que acomete aquele senso comum e que a realidade não se coaduna com aquilo que acreditavam ser verdade.

Na história humana, são várias as passagens em que a quebra dos paradigmas reflete justamente essa concepção de que a verdade é a conjugação do real com a capacidade intelectual humana. Tais quebras resultavam, até mesmo, em morte do revelador da nova verdade.

Pode-se citar Galileu Galilei¹³, perseguido pela Inquisição, que, por meio das observações, tais como, o formato da sombra da terra que se projeta na lua, defendeu o heliocentrismo, afirmando que a terra era redonda como uma laranja e que ela não era o centro do universo, mas sim que se movimentava em torno do sol, esse sim centro do universo.

Até hoje, a verdade lógica é passível de alteração da sua compreensão, bastando que alguém com maior capacidade de intelecto, consiga enxergar determinada coisa; ser de

¹² FADISTA, António Rocha. *A Verdade*. Disponível em: <http://www.maconaria.net/portal/index.php?view=article&catid=1%3Aartigos-a-pranchas&id=18%3Aa-verdade&option=com_content&Itemid=2>. Acesso em: 29.abr.2010.

¹³ GALILEU Galilei. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Galileu>>. Acesso em: 02.mai.2010.

maneira diferente e demonstre a “nova” concepção da verdade, até o momento que venha outrem para realizar o mesmo procedimento.

Ao lado dessa verdade lógica, tem-se a verdade ontológica¹⁴, de modo a afirmar que tudo, pelo simples fato de existir, é verdadeiro. António Rocha Fadista¹⁵ afirma que essa é a verdade das coisas, que consiste na sua conformidade com a inteligência divina e, portanto, tudo o que existe é ontologicamente verdadeiro; porque, criando Deus os seres tal como Ele os vê e quer, não poderia existir coisa alguma que não fosse perfeitamente conforme com a sua idéia.

Marco Antônio de Barros¹⁶ ratifica tais termos de modo a afirmar que o falso não existe na natureza. Quando existe é verdadeiro, no sentido de que possui qualidades específicas que correspondem a sua autêntica natureza. Traz o exemplo da moeda falsa. Uma moeda é falsa por não conter a qualidade que corresponde ao tipo de moeda da qual ela é um exemplar, mas é verdadeira se considerada em si mesma, como um objeto de metal.

Logo, segundo o autor, não falta quem afirme ser impossível atingir a verdade suprema, transcendental, que está fora do alcance humano, sendo as idéias verdadeiras aquelas que se pode assimilar, validar, corroborar e verificar, enquanto as falsas aquelas com as quais isso não se afigura possível.

Como visto, é da própria essência humana o interesse pela verdade; pela realidade, ou seja, pela subsunção do ser; real ao intelecto; juízo do homem e desde as mais remotas legislações é possível extrair que o homem preocupa-se em descobrir a verdade, seja pelo enunciado do nono¹⁷ mandamento de Deus: “não levantarás falso testemunho contra teu

¹⁴ É mencionada, ainda, na doutrina, a verdade histórica, como sendo a que busca reconstruir a realidade de certos acontecimentos ocorridos no passado, tal como ocorre no processo penal, que se busca reconstruir o fato criminoso para formar o convencimento do juiz.

¹⁵ FADISTA, António Rocha. *A Verdade*. Disponível em: <http://www.maconaria.net/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18>. Acesso em: 29.abr.2010.

¹⁶ BARROS. *op. cit.*, p.19

¹⁷ Para a igreja Luterana este seria o oitavo Mandamento. Isso porque, enquanto as demais religiões cristãs consideram o décimo Mandamento como sendo “Não cobiçarás”, a referida igreja, o divide em “Não cobiçarás a

próximo”¹⁸; seja pelo ritual de juramento de dizer a verdade, colocando-se a mão sobre a Bíblia, sob a proteção de Deus (ainda existentes em alguns sistemas); seja pela de imposição de severas penalidades em razão da mentira ou limitação às qualificações sociais daqueles que poderiam testemunhar.

É possível extrair trechos das mais antigas legislações que retratam esse quadro de preocupação do homem pela busca da verdade. O Código de Hammurabi¹⁹, famoso pelo talião – olho por olho, dente por dente²⁰, cominava, para o falso testemunho, as penas correspondentes ao resultado do processo, *verbis*:

Art. 3º ²¹– Se um homem livre, em processo, se apresenta como testemunha de acusação e não prova o que disse, se o processo importa em perda de vida, ele deverá ser morto.

Art. 4º – Se se apresentou com testemunho falso em causa de grão ou de prata, ele carregará a pena desse processo.²²

O Código de Manu, também penalizava o falso testemunho e externava claramente a preocupação em obter a verdade, uma vez que só admitia o testemunho de pessoas “dignas de confiança”, vedando expressamente que outras fossem testemunhas, por critérios de classe social, profissão, condição psicológica, estado emocional.

Art. 44 – Somente homens dignos de confiança, isentos de cobiça podem ser admitidos para testemunhas de fatos levados a juízo.

Art. 49 – É vedado testemunhar os artífices de baixa classe, os cozinheiros, os atores, os estudantes, os ascetas e os teólogos. Também, nenhum infeliz acabrunhado pelo pesar, nem um ébrio, nem um louco, nem um sofrendo de fome ou sede, nem fatigado em excesso, nem o que está apaixonado de amor, ou em cólera, ou um ladrão poderão testemunhar.

Art. 50 – As mulheres só devem prestar testemunhos para mulheres.

Art. 51 – Na falta de testemunhas masculinas, o depoimento de uma mulher pode ser recebido.

casa do teu próximo”, nono, e “Não cobiçarás a mulher do teu próximo nem seus servos ou servas, nem seu boi ou jumento, nem coisa alguma que lhe pertença”, décimo.

¹⁸ Êxodo, 20, 16 – Bíblia Sagrada, tradução dos originais feita pelo Centro Bíblico Católico. 93. ed. São Paulo: Ave-Maria, 1994. p. 121

¹⁹ “Hammurabi, também cognominado Kamu-Rabi, rei da Babilônia, viveu no século XXIII a. C., era filho de Gin-Mabullit e foi o sexto soberano da primeira dinastia babilônica. (...) Dotado de profundo espírito de justiça, promulgou o código de leis que hoje tem o seu nome, decalcado nas antigas leis da Caldéia.” (LIMA, João Batista de Souza. *As Mais Antigas Normas de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 01).

²⁰ “Art. 198 – Se um homem livre destruiu um olho de outro homem livre, destruirão o seu olho. Art. 200 – Se um homem arrancou um dente de um outro homem livre igual a ele, arrancarão o seu dente.” (*Ibid.*, p. 24).

²¹ Interessante notar que o Código de Hammurabi, na origem não era dividido em artigos, mas tão-somente em proposições isoladas. Posteriormente, houve a enumeração de tais proposições em artigos, “codificando-as”.

²² LIMA. *op. cit.*, p. 03.

Art. 52 – A falsa testemunha será precipitada no inferno de cabeça para baixo e privada do céu.²³

Art. 68 – Uma testemunha é purificada declarando a verdade; a verdade faz prosperar a justiça; é por isto que a verdade deve ser declarada pelas testemunhas de todas as classes.

Art. 82 – Saiba agora, ó digno homem, por uma enumeração exata e em ordem, quantos parentes uma falsa testemunha mata, segundo as coisas sobre as quais dê depoimento.

Art. 83 – Ela mata cinco de seus parentes por um falso testemunho relativo a animais, mais dez por um falso testemunho concernente a vacas, mata cem por um falso testemunho relativo a cavalos, mata mil por um depoimento relativo a homens.

Art. 84 – Ela mata os que nasceram e os que estão para nascer, por uma declaração falsa concernente a ouro; ela mata todos os seres por um falso testemunho concernente à terra; abstém-te, pois, de prestar um falso depoimento em um processo relativo a uma terra.²⁴

Por fim, vale trazer o exemplo da Lei da XII Tábuas que, segundo João Batista de Souza Lima²⁵, não foram inspiradas pela divindade, mas invocadas por patrícios e plebeus, atendendo às necessidades da época e, na Tábua Sétima, previa os delitos e as penas respectivas, punindo severamente o falso testemunho, conforme disposto no item 16 – Se alguém profere um falso testemunho, que seja precipitado da rocha Tarpéia.²⁶

Em suma, é possível afirmar que a verdade satisfaz o sentimento humano de justiça desde os primórdios da civilização, devendo ter em mente que a verdade é aquilo que o intelecto consegue apurar, ou seja, é o resultado do juízo intelectual-valorativo lançado sobre determinado caso; coisa; ser.

Aliás, a busca da verdade deve pautar-se em regras definidas pelo ordenamento jurídico de cada sociedade. Aqui é importante analisar a diferenciação entre verdade real e verdade processual, haja vista que os limites à perquirição da verdade serão determinados de acordo com esses conceitos, que darão base para o sistema processual penal adotado em cada ordenamento.

²³ *Ibid.*, p. 38.

²⁴ CÓDIGO de Manu. Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/Downloads.htm>>. Acesso em: 02.mai.2010.

²⁵ LIMA. *op.cit.*, p. 44

²⁶ *Ibid.*, p. 50.

1.2 VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL. NOVA PERSPECTIVA.

A distinção entre verdade real e verdade processual surge diante das peculiaridades do processo penal em relação ao processo civil. Enquanto este trabalha com a idéia de lide, conflito de interesses, em regra, privados, e segurança jurídica, o processo penal lida com a preponderância da justiça, na medida em que está em jogo a liberdade ambulatorial do acusado e o interesse social na resolução do caso penal²⁷.

Cintra, Grinover e Dinamarco²⁸ afirmam que, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial, na medida em que a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Isso, em razão da afirmação da autonomia do direito processual e do seu enquadramento como ramo do direito público, bem como da verificação da sua finalidade preponderantemente sócio-política.

Os autores aduzem, ainda, que a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador à posição ativa, cabendo-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares, entre outras condutas²⁹.

Nessa esteira, colocam que no processo penal sempre predominou o sistema da livre investigação de provas, mesmo quando no processo civil se confiava exclusivamente no

²⁷ “[...] nosso legislador constituinte não acolheu a idéia de lide penal, tanto que no art. 5º, LV, da Constituição, consta ‘aos litigantes’ (litigantes=lide=processo civil) e aos ‘acusados em geral’ (acusados=pretensão acusatória=processo penal) são assegurados o contraditório e a ampla defesa. Do contrário, não faria tal distinção entre litigantes e acusados (em geral, destaque-se, para desde logo avisar que também incide na fase pré-processual). [...] O conceito de pretensão não se reduz à construção carneluttiana. [...] Não se trata de uma pretensão que nasce de um conflito de interesses, mas sim do direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente do ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder de penar (Estado-juiz), tudo isso em decorrência do princípio da necessidade inerente à falta de realidade concreta do Direito Penal.” (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 79/82).

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 64.

²⁹ *Ibid*, p. 64.

interesse das partes para o descobrimento da verdade. Isso porque, enquanto no processo civil, em princípio, o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real, como fundamento da sentença³⁰.

Assim, a jurisprudência³¹⁻³²⁻³³ e a doutrina tradicional relacionam o processo civil com a verdade processual, também denominada formal, limitando os poderes instrutórios do juiz e o processo penal com a verdade real, material, ou ainda, substancial, concedendo amplos poderes instrutórios para o magistrado, para que busque a verdade dos fatos da maneira que ocorreram, para, desta forma, realizar o julgamento do caso penal.

Como visto, verifica-se uma publicização do processo civil, com o chamado ativismo judicial³⁴, com a concessão de poderes para que o juiz atue independente da provocação das partes. Em contrapartida, a doutrina moderna vem postulando uma limitação dos poderes instrutórios do juiz no processo penal, diante do sistema acusatório adotado pela CRFB/88 e, ainda, para que a imparcialidade do magistrado não fique comprometida.

³⁰ *Ibid*, p. 65.

³¹ NULDADE. ORDEM. INQUIRÇÃO. TESTEMUNHAS. [...] O juiz, no modelo brasileiro, não é mero espectador, visto que possui participação ativa no processo cujo controle incumbe-lhe. Dele se espera a proteção de direitos e garantias constitucionais e também a **busca da verdade real**. [...] Precedente citado: HC 121.215-DF, DJ em 18/11/2008. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 144.909-PE. Relator: Min. Nilson Naves. Publicado no DO de 15.03.2010). (Grifamos);

³² [...] A formulação de perguntas pelo Magistrado às testemunhas, antes das partes, não constitui violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal e, em consequência, ao princípio do devido processo legal; assim é porque a única inovação trazida pela Lei nº 11.690/08, foi a determinação de inquirição direta das testemunhas pelas partes; além do mais, o legislador não pretendeu, com isso, tornar o Juiz um mero expectador nas audiências, tanto que, consoante disposto no artigo 209 da Lei Processual Penal, pode ele ouvir testemunhas não arroladas pelas partes, **como forma efetiva de buscar a verdade real dos fatos**. [...] (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 2009.050.05993. Relator: Des. Moacir Pessoa de Araújo. Julgado em 18.11.2009). (Grifamos).

³³ “[...] Se o processo penal busca, por intermédio do conjunto probatório dos autos, a **apuração da verdade real**, a confissão do Apelado, por si só, não pode ser o único meio de prova a embasar um juízo de censura, mostrando-se necessário confrontá-la com as demais provas existentes no processo. [...] (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 2009.050.00906. Relator: Des. Maurílio Passos da Silva Braga. Julgado em 19.05.2009). (Grifamos).

³⁴ “No campo do processo civil, embora o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois em princípio pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc.), na maioria dos casos (direitos disponíveis) pode satisfazer-se com a *verdade formal*, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 65).

Nesse diapasão, Cintra, Grinover e Dinamarco asseveram que, enquanto no processo civil o princípio do dispositivo foi aos poucos se mitigando, a ponto de permitir-se ao juiz uma ampla gama de atividades instrutórias de ofício, o processo penal caminhou no sentido oposto, não apenas substituindo o sistema puramente inquisitivo pelo acusatório, mas ainda fazendo concessões ao princípio do dispositivo³⁵.

Isso porque, ao trabalhar com a verdade real no processo penal, deve se ter em mente que se trata de um caminho perigoso, pois a busca a qualquer preço da verdade pode ir de encontro com os direitos e garantias fundamentais do acusado, gerar a quebra da imparcialidade do julgador, enfim, romper com o sistema acusatório da Carta de 88.

Para Eugênio Pacelli, o maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade³⁶.

O sistema acusatório, atualmente, tem por principais características: a repartição das funções de acusar e julgar, a posição de alheamento do julgador, como verdadeiro *terzietà*, passivo no que se refere à coleta da prova³⁷, o tratamento igualitário das partes, a publicidade do procedimento, a presença do contraditório e possibilidade de resistência, a garantia de direitos fundamentais, a motivação das decisões judiciais, a coisa julgada, a possibilidade de impugnação das decisões.³⁸

Já o sistema inquisitivo remonta à sombria época da inquisição e se caracteriza da seguinte forma: busca pela condenação, órgão acusador e julgador não têm tarefas processuais bem definidas e delineadas, atividade probatória do juiz é sem limites, não há publicidade dos

³⁵ *Ibid*, p. 65.

³⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 328.

³⁷ Aury Lopes Jr., neste ponto, destaca que “a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado”. (LOPES Jr. *op. cit.*, p. 58/59).

³⁸ *Ibid*, p. 58.

procedimentos, trata a confissão como prova máxima, inexistente coisa julgada. Segundo Aury Lopes Jr., tal sistema foi desacreditado, principalmente, por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar³⁹.

A verdade real, segundo Aury Lopes Jr.⁴⁰, nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”. Aduz, ainda, que o mito da verdade real está relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor).

Destarte, relacionar-se-ia a verdade real com o sistema inquisitivo, pois ela seria a justificativa para a autorização de cometimento de barbáries contra o acusado, como por exemplo, a prática de tortura para obtenção de uma confissão ou um juiz que após toda atividade probatória possível, ainda busca provas para condenar, pois não admite a absolvição.

Deve se ter em mente que, da forma colocada pelos renomados autores, a verdade real realmente não subsiste ao filtro do sistema acusatório. No entanto, a ótica deve ser deslocada para uma visão constitucionalmente delineada para conciliar a verdade real como objetivo do processo penal, pois este trabalha com interesse social; a sociedade espera uma resposta penal (enquanto no processo civil, em regra, o conflito de interesses é privado) e não como princípio autorizador de cometimento de abusos aos direitos e garantias do réu.

A verdade real, portanto, merece ser encarada sob outro prisma; por uma nova perspectiva, de maneira a tornar o processo penal compatível com a CRFB/88, não podendo

³⁹ *Ibid.*, p. 64/66.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 522.

ser justificante dos meios usados para obtenção da verdade. Não se pode admitir o uso de meios desumanos para obtenção de provas, não se pode coagir o réu a produzir provas contra si mesmo – *nemo tenetur se detegere*, devem ser desentranhadas as provas ilícitas e obtidas por meios ilícitos, não pode haver comprometimento da imparcialidade do magistrado.

Destarte, diante da idéia de justiça sempre presente no processo penal e que prepondera sobre a segurança jurídica, por razões de política criminal do Estado, não é errado afirmar que o magistrado condutor do processo penal busca a verdade real, em satisfação ao interesse da sociedade na resolução do caso penal (que, em regra, não se encontra presente nas ações civis de cunho privado), mas não se deve tolerar abusos em nome da busca pela verdade.

2) A PROVA PENAL.

A infração penal é um fato pretérito e é imperiosa a reconstrução de tal fato a fim de que o magistrado possa proferir uma decisão, seja condenatória ou absolutória. Provas são os meios pelos quais se fará a reconstrução do fato passado (crime)⁴¹, a fim de capturar a psique do julgador. O magistrado exercerá uma atividade cognitiva dos fatos, buscando compreender a dinâmica em que se deram, para que possa formar sua convicção, o que legitimará sua decisão.

Logo, sobre as provas produzidas no processo, será feito um juízo pelo magistrado que proferirá a decisão que sentir justa, haja vista que, de acordo com as lições de Aury Lopes Jr.⁴², o termo sentença vem do latim *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*, que traduz sentimento, fazendo com que o juiz, por meio de sua decisão, experimente uma emoção.

A prova penal possui uma clara função persuasiva de modo a realizar a captura psíquica do julgador, ou seja, mantê-lo em fé; em crença. É neste sentido que Pedro Aragonese Alonso⁴³ afirma que o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz.

Por oportuno, é importante diferenciar prova de meros atos investigatórios, sendo o contraditório o ponto nevrálgico da diferenciação. Para que se possa falar em prova deve haver respeito às garantias do devido processo legal, em especial à garantia do contraditório, do contrário, estar-se-á diante de meros atos de investigação que não poderão embasar a sentença penal condenatória.

Os atos de prova, portanto, estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação, servem à sentença e exigem observância da publicidade, contradição e imediação do juiz que julgará o processo. Já os meros atos de investigação são produzidos na fase pré-processual,

⁴¹ *Ibid*, p. 489.

⁴² *Ibid*, p. 531.

⁴³ ALONSO, Pedro Aragonese. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madri: Rubi Artes Gráficas, 1984. p. 251.

servem para formar um juízo de probabilidade e não a convicção do juiz para o julgamento, bem como não exigem a estrita observância da publicidade, contraditório e imediação, servindo para formação da *opinio delicti* do acusador⁴⁴. O inquérito policial, desta forma, apenas gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório⁴⁵.

Quanto á natureza jurídica da prova, Paulo Rangel⁴⁶ assevera que a sociedade, encarnada na figura do Ministério Público, tem o direito de exigir do Estado-juiz a punição daquele que ofende a ordem jurídica, mas este tem o direito de se contrapor à pretensão acusatória, ou seja, exercer o direito de defesa. Neste caso, a prova passa a ser um aspecto do direito de ação e de defesa, concluindo-se ser um direito subjetivo de índole constitucional de estabelecer a verdade dos fatos

2.1 EVOLUÇÃO E LIMITAÇÕES.

No que diz respeito às provas penais, é importante consignar que se operou uma evolução histórica, principalmente quanto aos meios de obtê-las, bem como de valorá-las. As Ordálias⁴⁷, também denominadas juízos de Deus, era um tipo de prova judiciária usado para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado era interpretado como um juízo divino.

As práticas mais comuns da Ordália eram as que envolviam a submissão do acusado a uma prova dolorosa. Se a prova fosse concluída sem ferimentos ou se as feridas fossem rapidamente curadas, o acusado era considerado inocente. Na Europa medieval, este tipo de procedimento fundava-se na premissa de que Deus protegeria o inocente e, por meio de um milagre, o livraria do mal causado pela prova. Apesar de haver sido amplamente praticado

⁴⁴ LOPES Jr. *op. cit.* p. 500.

⁴⁵ De acordo com o STF, a decisão condenatória, apoiada exclusivamente no inquérito policial, contraria o princípio constitucional do contraditório (RTJ 67/74). Em outra oportunidade, o Pretório Excelso decidiu que o inquérito policial não pode ser sede de sentença condenatória, porquanto a prova testemunhal que nele se acolhe só adquire valor jurídico por intermédio de sua jurisdicionalização, que só acontece no sumário (RTJ 59/789).

⁴⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 386.

⁴⁷ ORDÁLIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ord%C3%A1lias>>. Acesso em: 07.jul.2010.

durante a Idade Média na Europa, tal procedimento possui raízes mais antigas, em culturas politeístas tão remotas quanto o Código de Hammurabi e o Código de Ur-Nammu, bem como em sociedades tribais animistas, como o julgamento pela ingestão da "água vermelha" (fava-de-calabar) em Serra Leoa.

Nas sociedades pré-modernas, a Ordália era um dos três principais meios de prova que habilitavam o juiz a proferir um veredicto, juntamente com o juramento e o testemunho. Na Europa, as Ordálias em geral consistiam em testar o acusado no fogo; "prova de fogo" ou na água, embora a natureza precisa da prova variasse conforme o lugar e a época. O fogo costumava ser reservado para testar acusados de origem nobre, enquanto que a água era mais usada para os plebeus.

Em 1215, no IV Concílio de Latrão, o Papa Inocêncio III proibiu que o clero cooperasse com os julgamentos pelo fogo e pela água, substituindo-os pela purgação (um misto de juramento e testemunho). Os julgamentos por ordálias escassearam no final da Idade Média, em geral substituídos pela confissão mediante tortura, mas a prática caiu em desuso apenas no século XVI.

Em Portugal, as ordálias utilizadas foram de dois tipos: o ferro em brasa e o duelo judicial. No primeiro caso, o juiz e um sacerdote aqueciam o ferro, que o acusado era obrigado a segurar. O juiz cobria-lhe a mão com cera, punha-lhe por cima linho ou estopa e enfaixava tudo com um pano. Decorridos três dias, o estado da mão era analisado e se houvesse chaga o réu era considerado culpado e imediatamente condenado. O duelo judicial a cavalo ou a pé, segundo a classe social das partes, durava três dias. Após aquele período, o vencido perdia o processo. Se não houvesse vencido, perdia quem lançara o desafio.

Outro exemplo da evolução acerca do tema diz respeito à confissão, que era considerada a rainha das provas, sendo possível, na Inquisição, a prática de todo e qualquer método para consegui-la, ou seja, a tortura era admitida para obtenção da confissão.

Atualmente, a confissão não deve ser buscada a qualquer custo, pois seu valor é relativo e não goza de maior prestígio que as demais provas⁴⁸.

No Brasil, a ditadura militar imperou por longos anos, caracterizada sempre por torturas e abusos das mais diversas espécies. Com o processo de redemocratização do país, a Constituição de 1988 e as posteriores reformas pontuais do Código Processo Penal, preocupou-se em privilegiar a dignidade da pessoa humana, prevendo limites à atividade probatória, que surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal que conduz a valoração da forma dos atos processuais enquanto garantia a ser respeitada⁴⁹.

A prova penal será admitida sempre que nenhuma norma a exclua. A Constituição prevê em seu artigo 5º importantes limitações ao direito de prova, quais sejam, o direito à intimidade (inciso X), a inviolabilidade do domicílio (inciso XI) e do sigilo da correspondência e das telecomunicações (inciso XII), além da genérica inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI)⁵⁰.

A Lei 11.690/2008 inseriu o tratamento da prova ilícita no Código de Processo Penal dispondo, *verbis*: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”. Prova ilegal é o gênero que comporta duas espécies: prova ilícita e prova ilegítima. Esta quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo, por exemplo, a juntada fora do prazo e a prova produzida unilateralmente sem contraditório⁵¹. As ilícitas são as que violam regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre

⁴⁸ LOPES Jr. *op. cit.* p. 598.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 546.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 547.

⁵¹ *Ibid.*

exterior a esse, por exemplo, interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal de sigilo fiscal⁵², entre outras.

Questão interessante é saber se uma prova legítima, pois observou as normas processuais, mas ao mesmo tempo ilícita, pode ser valorada pelo juiz. Pelo menos quatro posicionamentos surgem para respondê-la, como bem sintetiza Maria Thereza Assis Moura⁵³. O primeiro pela admissibilidade processual da prova ilícita. A prova ilícita somente pode ser afastada do processo se o próprio ordenamento processual assim o determinar. Destarte, a prova ilícita apenas encontrará sanção processual quando, a um só tempo, for também ilegítima. Fora daí sua admissibilidade é examinada tão-somente pelas normais processuais, não se perquirindo, nessa seara, acerca da ilicitude da qual se originou, e que ensejará a punição de seu autor no plano do direito material violado.

Para um segundo posicionamento, há uma inadmissibilidade absoluta, isto é, a prova ilícita deve ser rejeitada, mesmo quando inexista norma processual que a considere inadmissível. Isso porque, sendo uma vedação constitucional, não admitiria exceção ou relativização. É o que Ada Pellegrini Grinover⁵⁴ denomina de “atipicidade constitucional”, ou seja, a desconformidade do modelo, do tipo imposto pela Constituição.

Os adeptos da teoria da proporcionalidade atenuam a não admissão das provas colhidas com infringência às garantias constitucionais, adotando-se o chamado critério da proporcionalidade (na Alemanha) ou da razoabilidade (nos Estados Unidos da América), pelo qual, em certos casos, pode-se admitir a prova obtida de forma ilícita, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido. No Brasil, noticia Maria Thereza

⁵² *Ibid*, p. 548.

⁵³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0025.html>>. Acesso em: 08/07/2010.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 37, 1992. p. 35.

Assis Moura⁵⁵, em matéria penal, o Superior Tribunal de Justiça aplicou-o, em pelo menos dois julgamentos⁵⁶, sob o fundamento que a vedação da prova ilícita é relativa, mas o rejeitou, em outro *decisum*⁵⁷, sem não antes ter invocado a relatividade do inciso XII, última parte, do artigo 5º da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, de igual modo, empregou a doutrina da proporcionalidade, embora com a ressalva de que, no caso concreto analisado⁵⁸, a prova tida como ilícita não constituía o único elemento probatório.

Por fim, há na doutrina quem defenda que a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu. É a proporcionalidade *pro reo*⁵⁹, em que a ponderação de valores iria pesar para o direito de liberdade em detrimento de eventual direito sacrificado na obtenção da prova. Ademais, o réu estaria acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou estado de necessidade, conforme o caso, ou ainda, pela inexigibilidade de conduta diversa. Frise-se que a mesma prova que serviu para absolvição do inocente não poderia ser usada contra terceiro, na medida em que a prova permanece ilícita, sendo admitida excepcionalmente para evitar a injusta condenação de alguém.

⁵⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0025.html>>. Acesso em: 08/07/2010.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 3982 e HC 4138. Relator: Min. Adhemar Maciel. Publicados no DO de 26.02.1996.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 5352-GO. Relator para o Acórdão: Min. Adhemar Maciel. Publicado no DO de 25.11.1996. Tratava-se de marido traído que gravava conversa telefônica entre a esposa e o amante, do que resultou ação penal contra aquela, porque demonstrado que ministrava “Lexotan” às filhas para facilitar o relacionamento, na ausência do marido. Restou assentado que embora esta Turma já se tenha manifestado pela relatividade do inciso XII (última parte) do art. 5º da CF (HC 3.982/RJ), no caso concreto o marido não poderia ter gravado a conversa ao arpejo de seu cônjuge. Ainda que impulsionado por motivo relevante, acabou por violar a intimidade individual de sua esposa, direito garantido constitucionalmente (art. 5º, X). Ademais, o STF tem considerado ilegal a gravação telefônica, mesmo com autorização judicial (o que não foi o caso), por falta de lei ordinária regulamentadora”. Foi vencido o Min. Vicente Cernicchiaro, que entendeu que, no tocante à fidelidade conjugal, o comportamento de um dos cônjuges é do interesse do outro, daí porque, no caso concreto, a conduta da esposa não poderia ser interceptada por estranho, salvo o marido, que tem interesse também no seu comportamento e que não é estranho.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 70.814-5. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DO de 24.06.1994. Decidiu aquela Corte que “a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitado o art. 41, § único, da Lei 7.210/84, proceder à interceptação de correspondência remetida aos sentenciados, porque a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”.

⁵⁹ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 552.

Outro limite à atividade probatória consiste em saber se a prova considerada ilícita contaminou outras provas, que, em caso positivo, serão consideradas ilícitas por derivação. A problemática da contaminação foi disciplinada nos parágrafos do artigo 157 do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 157. [...]

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, extrai-se a inadmissibilidade da prova derivada, por conta do princípio da contaminação, que deverá ser desentranhada e inutilizada, bem como que não haverá contaminação quando não ficar evidenciado o nexo causal ou quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita⁶⁰.

O princípio da contaminação⁶¹ tem sua origem no caso *Silverthorne Lumber & Co. vs. United States*, em 1920, tendo a expressão *fruits of the poisonous tree* sido cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no caso *Nardone vs. United States*, em 1937. Na decisão, afirmou-se que ‘proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal’. A lógica é muito clara, ainda que a aplicação seja extremamente complexa, de que se a árvore está envenenada, os frutos que ela gera estarão igualmente contaminados (por derivação). Exemplo típico é a apreensão de objetos que tenham sido obtidos a partir de escuta telefônica ilegal ou através de violação de

⁶⁰ *Ibid.*, p. 554.

⁶¹ *Ibid.*

correspondência. Mesmo que a busca e apreensão seja regular, é um ato derivado do anterior, ilícito. Portanto, está contaminado.

Profundamente relacionada com a problemática em torno do nexos causal, está a teoria da fonte independente. Significa as provas derivadas da ilícita poderiam ser obtidas por uma outra fonte lícita ou, de qualquer modo, ser descobertas de outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independent source*⁶² e, no segundo, na *inevitable discovery*⁶³.

Assim, percebe-se claramente a evolução no tratamento da prova penal de acordo com o inevitável progresso social e a necessidade das limitações à atividade probatória. Pode-se afirmar, inclusive, que as normas processuais penais são consideradas o medidor de nível de civilidade atingido por determinada sociedade, isto é, a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição⁶⁴.

2.2 PRINCIPAIS SISTEMAS DE VALORAÇÃO.

Sendo a prova um meio de demonstrar a verdade dos fatos para obter a captura psíquica do julgador, é indispensável que se afirme que ela é produzida para o juiz e este irá valorar o conteúdo probatório, em busca da verdade, para que possa prolatar uma sentença, condenatória ou absolutória.

⁶² “Exemplo de aplicação da teoria da fonte independente (*independent source doctrine*) ocorreu no caso *Murray vs. United States*, em 1988, em que policiais entraram ilegalmente em uma casa onde havia suspeita de tráfico ilícito de drogas e confirmaram a suspeita. Posteriormente, requereram um mandado judicial para busca e apreensão, indicando apenas as suspeitas e sem mencionar que já haviam entrado na residência. De posse do mandado, realizaram a busca e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida e que não estava contaminada. Isso porque, no entendimento da Corte nesse caso, o mandado de busca para justificar a segunda entrada seria obtido de qualquer forma, apenas com os indícios iniciais. Essa fonte era independente e pré-constituída em relação à primeira entrada ilegal.”. (*ibid*, p. 555).

⁶³ “Já a exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*) foi utilizada no caso *Nix vs. Williams*, em 1984, para validar-se a prova que poderia ser, certamente, obtida por qualquer outra forma. No caso do julgamento, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Foi realizada uma busca no município, com 200 voluntários, divididos em zonas de atuação. Durante essa busca, a polícia obteve ilegalmente a confissão do imputado, o qual especificou o local onde havia ocultado o corpo, tendo ele sido efetivamente encontrado no local indicado. Contudo, pela sistemática das buscas realizadas, em poucas horas os voluntários também teriam encontrado o cadáver. Logo, a descoberta foi considerada inevitável e, portanto, válida a prova.”. (*ibid*, p. 555).

⁶⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 67.

Dirigidos ao julgador, os sistemas de valoração das provas evoluíram, sendo certo que três ainda são encontrados no ordenamento jurídico, quais sejam: 1) sistema legal de provas ou da prova tarifada; 2) sistema da íntima convicção; 3) sistema do livre convencimento motivado, da livre convicção ou da persuasão racional.

O primeiro sistema é o legal, também chamado de sistema da prova tarifada e nele, segundo Aury Lopes Jr.⁶⁵, o legislador previa, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova, estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas. O valor a prova vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades do caso concreto em análise. A confissão era considerada uma prova absoluta, uma só testemunha não tinha valor etc.

O referido autor alerta para os inconvenientes de tal sistema, uma vez que não se permite uma valoração da prova por parte de seu destinatário: o juiz, que fica limitado a aferir segundo os critérios previamente estabelecidos pelo legislador, sem espaço para a sua sensibilidade ou eleições de significados a partir de cada caso. Ademais, seria possível argumentar que o legislador, ao tarifar a prova, estaria se imiscuindo na atividade típica do Poder Judiciário, desrespeitando a separação de Poderes.

Ainda é possível observar resquícios desse sistema no ordenamento jurídico pátrio, por exemplo, no artigo 158⁶⁶ do Código de Processo Penal dispõe que a confissão do acusado não pode suprir o exame de corpo de delito, direto ou indireto, nas infrações que deixam vestígios, ou ainda, o parágrafo único⁶⁷ do artigo 155 do mencionado Código, que traz um limite extrapenal à prova, estabelecendo que a prova quanto ao estado das pessoas somente pode ser feita na forma prevista pela lei civil.

⁶⁵ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 514.

⁶⁶ “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, **não podendo supri-lo a confissão do acusado.**” (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941). (Grifamos)

⁶⁷ Art. 155. [...] Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

O sistema da íntima convicção surge como uma superação do modelo acima comentado. O juiz não precisa obedecer a critérios de avaliação das provas, podendo valorá-las de acordo com a sua convicção e, ainda, não precisa fundamentar suas decisões, por isso íntima convicção. Como bem observa Aury Lopes Jr.⁶⁸, há um rompimento com os limites estabelecidos pelo sistema anterior, caindo em outro extremo: o julgador está completamente livre para valorar a prova, sem que sequer tenha que fundamentar sua decisão. O juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão, havendo um excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento.

No Brasil, os jurados do conselho de sentença do Tribunal do Júri julgam com plena liberdade, adotando-se o sistema da íntima convicção, sem a necessidade de fundamentar ou motivar suas decisões. Veja que apenas os jurados decidirão com base na íntima convicção, sendo certo que o juiz presidente deverá fundamentar todas as suas decisões, eis que para ele o sistema é o da persuasão racional, a seguir comentado.

Como sistema intermediário aos dois radicais mencionados anteriormente, surge o sistema do livre convencimento motivado, da livre convicção ou da persuasão racional, a fim de sustentar o princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX⁶⁹, da Constituição da República e no caput do artigo 155 do Código de Processo Penal, que dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

Nas lições de Aury Lopes Jr.⁷⁰, não existem limites e regras abstratas de valoração, como ocorre no sistema legal, mas tampouco há a possibilidade de formar a convicção sem uma devida fundamentação, como no sistema da íntima convicção. Tal liberdade de valoração tangencia a não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou de maioria. Desta

⁶⁸ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 514.

⁶⁹ Art. 93. [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Grifamos). (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

⁷⁰ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 515.

forma, todas as provas são relativas, não possuindo nenhuma delas maior prestígio ou valor que as outras.

No entanto, é preciso deixar claro que a liberdade de valoração não é plena, ou seja, o juiz não pode julgar conforme a sua opinião, sem cotejar as provas produzidas. Ademais, não é possível substituição de uma prova em sentido jurídico por uma em sentido moral, como ocorreria nos casos em que o juiz fizesse um juízo de valor em função da preferência sexual, religiosa, estado civil, profissão etc⁷¹.

Em suma, é possível notar que, no Brasil, a regra é a aplicação do sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, mas ainda existem os resquícios do sistema de prova tarifada que, *de lege ferenda*, deve ser expurgado em definitivo do ordenamento e a aplicação do sistema da íntima convicção ao modelo de Tribunal do Júri implementado no Brasil.

⁷¹ *Ibid.*, p. 516/517.

3) A COLHEITA DA PROVA PENAL PELO JUIZ.

No que diz respeito à colheita da prova penal pelo juiz, vários aspectos merecem ser analisados. Em primeiro lugar, faz-se necessária a abordagem dos princípios do juiz natural e da identidade física do juiz, este recentemente inserido na sistemática processual penal. Após, adentra-se na análise da imparcialidade do magistrado, garantia maior do processo, tangenciando, as hipóteses de suspeição e impedimento do julgador. Com isso, é possível examinar a discussão acerca da iniciativa instrutória do juiz, ou seja, se é possível que o juiz produza prova de ofício.

Em seguida, é preciso observar que nenhum indivíduo é obrigado a colaborar para produção de prova contra si mesmo e, por isso, traz-se o princípio *nemo tenetur se detegere* como limitador constitucional. Finalmente, discorre-se acerca das testemunhas do júízo e sistemas de inquirição, do interrogatório judicial, da confissão e da oitiva do ofendido, sob o prisma do magistrado.

3.1 O JUIZ NATURAL E O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA.

Inicialmente, é necessário ter em mente que, para o juiz colher a prova e, conseqüentemente, realizar o julgamento do caso penal, alguns princípios devem ser observados. O princípio do juiz natural se traduz em três garantias: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato (vedação à criação de júízos ou tribunais de exceção⁷²);

⁷² Clássico exemplo de tribunal *ad hoc*, ou seja, tribunal de exceção é o Tribunal de Nuremberg, “que logo após a Segunda Guerra Mundial, foi instituído com o objetivo de julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a guerra. Em quatro anos, desde 1945 a 1949, o tribunal julgou 199 homens, sendo 21 deles líderes nazistas. As acusações foram desde crimes contra o direito internacional até de terem provocado de forma deliberada a Segunda Guerra Mundial. A criação desse tribunal se deu através de um acordo firmado entre os representantes da ex-URSS, dos EUA, da Grã-Bretanha e da França, em Londres, em 1945”. (TRIBUNAL de Exceção. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal_de_exce%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 13.jul.2010).

c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja⁷³.

É a Constituição, portanto, que determinará quais são os órgãos jurisdicionais daquele Estado, bem como suas competências, de forma taxativa, e vedará a criação de juízos ou tribunais de exceção, sendo estes os criados após a ocorrência do fato criminoso. A Constituição da República de 1988 externou o referido princípio nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º, que preceituam, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

É nesse diapasão que Aury Lopes Jr.⁷⁴ afirma que o princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência e arremata considerando-o um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito, consistindo no direito de cada cidadão tem de saber, de antemão a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal.

É imprescindível, nesse momento, a análise do princípio da identidade física do juiz no processo penal, a partir da inovação da Lei 11.719/2008 que introduziu o parágrafo 2º do artigo 399 no Código de Processo Penal, com a seguinte redação: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”.

Para Paulo Rangel⁷⁵, trata-se da exigência legal de que o juiz que presidiu e concluiu a instrução do caso penal seja o mesmo que irá julgá-lo, já que pela oralidade que o permitiu avaliar direta e pessoalmente os fatos, bem como seu contato imediato com as partes, não autoriza que outro magistrado julgue a causa.

⁷³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 52.

⁷⁴ LOPES Jr. *op. cit.* p. 111.

⁷⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 502.

Antes dessa inovação, prevalecia o entendimento de que o princípio da identidade física do juiz não era aplicado na esfera processual penal⁷⁶, mas tão somente no campo processual civil por força do artigo 132 do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência, julgará a lide.

No processo civil, o próprio dispositivo ressalva a aplicação do mencionado princípio, isto é, o artigo 132 do diploma processual civil prevê que se o juiz que concluiu a audiência estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, passará os autos ao seu sucessor. Ocorre que no processo penal, não houve essa ressalva expressa e, portanto, deve ser utilizado o artigo 3º do Código de Processo Penal⁷⁷, aplicando-se subsidiariamente o disposto no Código de Processo Civil⁷⁸.

Atualmente, portanto, o princípio da identidade física do juiz é aplicado no processo penal⁷⁹, sendo possível a aplicação subsidiária da norma processual civil ao tema. No entanto, é preciso analisar a possibilidade de o réu ser interrogado por meio de carta precatória, após o advento da Lei 11.719/2008. Isso porque, antes da mencionada lei, o entendimento

⁷⁶ CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSO PENAL – HABEAS CORPUS [...] **INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ** – [...]. 2. É possível a realização do interrogatório do agente em País estrangeiro, desde que resguardadas todas as garantias legais e constitucionais atinentes à espécie, [...]. **3. Ademais, o princípio da identidade física do juiz não é aplicável ao processo penal.** 4. Ordem concedida. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 88225-RJ. Relatora: Min. Jane Silva. Publicado no DJE em 22.04.2008). (Grifamos)

⁷⁷ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

⁷⁸ IDENTIDADE FÍSICA. JUIZ. PROCESSO PENAL. A Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, reiterando que o princípio da identidade física do juiz, aplicável no processo penal com o advento do § 2º do art. 399 do CPP, incluído pela Lei n. 11.719/2008, pode ser excetuado nas hipóteses em que o magistrado que presidiu a instrução encontra-se afastado por um dos motivos dispostos no art. 132 do CPC – **aplicado subsidiariamente, conforme permite o art. 3º do CPP, em razão da ausência de norma que regulamente o referido preceito em matéria penal.** Precedente citado: HC 163.425-RO, DJe 6/9/2010. (Grifamos). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 133.407-RS. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 3/2/2011. Publicado no Informativo nº 461).

⁷⁹ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TORTURA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. **PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ: APLICAÇÃO AO PROCESSO PENAL SOMENTE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 11.719/2008. PRECEDENTES.** AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. [...] 2. O princípio da identidade física do juiz, embora previsto no artigo 132 do Código de Processo Civil, **somente passou a ser aplicado no processo penal após a vigência da Lei 11.719/2008**, que alterou o artigo 399, § 2º, do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Grifamos). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 681.149-SE. Relator: Min. Celso Limongi. Publicado no DJE em 19.04.2010).

dominante⁸⁰ entendia perfeitamente possível a realização do interrogatório por carta precatória, pois no processo penal não vigorava o princípio da identidade física do juiz.

Com o advento da Lei 11.719/2008 a doutrina argumenta que não é possível que o interrogatório seja realizado por meio de carta precatória, pois o intuito de inserir-se o princípio de identidade física do juiz foi colocar o juiz mais próximo das provas, especialmente as orais, para que tenha melhor percepção no momento do julgamento. Ademais, a ampla defesa constitucional abrange o direito de audiência, ou seja, o réu tem o direito de ser ouvido por seu juiz natural que seria o juízo deprecante. Argumentam, ainda, que houve um silêncio eloqüente por parte do legislador, pois se este quisesse permitir o interrogatório por meio de carta precatória o faria expressamente como o fez em relação à prova testemunhal. Por fim, aduzem que o fato do interrogatório ser o último ato da instrução seria prejudicial à duração razoável do processo, a possibilidade de ser realizado por carta precatória⁸¹.

Logo, em regra, não será possível a realização do interrogatório por meio de carta precatória, devendo ser realizado pelo juiz da causa, respeitando, assim, o princípio da identidade física do juiz. No que diz respeito ao réu preso, o Estado deverá providenciar seu deslocamento até o juiz natural, nos termos do parágrafo 1º do artigo 399 do Código de Processo Penal⁸² ou, se possível, realizar o interrogatório por meio de videoconferência.

⁸⁰ RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. [...]. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR CARTA PRECATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA NO PROCESSO PENAL DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. [...]. 1. **Não existe qualquer nulidade no fato de o paciente ter sido interrogado por carta precatória, por se encontrar preso em comarca diversa do distrito da culpa, porquanto no processo penal brasileiro não vigora o princípio da identidade física do juiz.** [...]. 4. Recurso desprovido. (Grifamos). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 15.126-SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. Publicado no DJE em 07.03.2005).

⁸¹ SANTOS, Robert Ursini dos. *Interrogatório por Carta Precatória e Princípio da Identidade Física do Juiz*. Disponível: <http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/10513/artigo._interrogat_rio_por_carta_precat_ria_e_identidade_f_sica_do_juiz2.pdf>. Acesso em: 03.fev.2011.

⁸² Art. 399. [...] § 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Em relação ao réu que responde o processo em liberdade, a regra é a mesma, ou seja, o interrogatório deve ser realizado pelo juiz que julgará o caso penal. Entretanto, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, será possível, excepcionalmente, a realização do ato por meio de carta precatória, caso assim opte o réu solto que tenha dificuldade para se deslocar até o juiz da causa⁸³.

3.2 SUSPEIÇÕES E IMPEDIMENTOS. GARANTIA DE IMPARCIALIDADE.

Como ficou constatado, é mister a observância do juiz natural para que o acusado possa ser julgado. Porém, não é bastante que este juiz esteja previamente investido de jurisdição e com a sua competência delineada na Constituição. Além desta garantia de julgamento pelo juiz natural, deve ser garantido ao acusado que ele seja julgado por um juiz imparcial. A imparcialidade do julgador é o princípio supremo do processo e, como tal, imprescindível para o normal desenvolvimento processual e obtenção de um resultado justo. Já a imparcialidade do julgador constitui uma consequência lógica da adoção da

⁸³ CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PROPOSTA NO PARANÁ. RÉ DOMICILIADA NO RIO DE JANEIRO QUE RESPONDE AO PROCESSO EM LIBERDADE. ART. 399, § 2o. DO CPP. LEI 11.719/08. INTERROGATÓRIO POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. PROCEDIMENTO, EM TESE, QUE NÃO FICA VEDADO COM A INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL, SOB PENA DE INVIABILIZAR A JURISDIÇÃO PENAL NO TERRITÓRIO NACIONAL. [...]. 1. Com a introdução do princípio da identidade física do Juiz no processo penal pela Lei 11.719/08 (art. 399, § 2o. do CPP), o Magistrado que presidir os atos instrutórios, agora condensados em audiência una, deverá proferir a sentença, **descabendo, em regra, que o interrogatório do acusado**, visto expressamente como autêntico meio de defesa e deslocado para o final da colheita da prova, **seja realizado por meio de carta precatória, mormente no caso de réu preso, que, em princípio, deverá ser conduzido pelo Poder Público (art. 399, § 1o. do CPP); todavia, não está eliminada essa forma de cooperação entre os Juízos, conforme recomendarem as dificuldades e as peculiaridades do caso concreto**, devendo, em todo o caso, o Juiz justificar a opção por essa forma de realização do ato. 2. **A adoção do princípio da identidade física do Juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei.** 3. [...] 4. Se não for o caso de absolvição sumária (art. 397), o Juiz, ao designar o dia e a hora para a audiência de instrução e julgamento, na intimação, **deverá oferecer a oportunidade de a ré ser ouvida por meio de carta precatória, caso não possa comparecer no Juízo processante.** 5. Assim, a competência, por ora, para impulsionar o processo, é do Juízo Federal da 2a. Vara de Cascavel - SJ/PR. 6. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Federal da 2a. Vara de Cascavel SJ/PR, o suscitante, com as ressalvas acima. (Grifamos). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC nº 99.023-PR. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado no DJE em 28.08.2009).

heterocomposição, por meio da qual um terceiro imparcial, ou seja, que não é parte, substitui a autonomia dos sujeitos parciais (partes).⁸⁴

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes e se traduz nessa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, exigindo-se uma posição de *terzietà*; um estar alheio aos interesses das partes na causa.⁸⁵ O Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.⁸⁶

Para assegurar a imparcialidade do juiz, a Constituição da República de 1988 estipula garantias e prescreve vedações aos magistrados, *verbis*:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 estabelece que “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e

⁸⁴ *Ibid.*, p. 122.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 122.

⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 52.

com justiça por um tribunal independente e **imparcial**, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal” (grifamos).⁸⁷

A imparcialidade pode ser encarada por dois aspectos, quais sejam, o subjetivo e o objetivo. O primeiro alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, deste modo, a sua falta de pré-juízos. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontra em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca de sua imparcialidade; é a visibilidade; deve haver uma preocupação com a aparência de imparcialidade que o julgador deve transmitir para os submetidos à administração da justiça⁸⁸.

Questão relacionada à imparcialidade é a que discute o poder instrutório do juiz, ou seja, acerca da possibilidade ou não do juiz determinar a produção de provas ou outras diligências de ofício, sem requerimento das partes. Tal questão será analisada a seguir em tópico próprio.

Verifica-se que para o juiz realizar a colheita das provas a fim de proferir um julgamento do caso penal, é imperioso que se trate de um órgão jurisdicional com a competência delineada previamente na Constituição, com as garantias e vedações que lhe assegurem a imparcialidade no julgamento.

Passa-se, assim, à análise dos institutos da suspeição e impedimento previstos no Código de Processo Penal.

Conforme anotou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto-vista no HC 146.796/SP, o instituto da suspeição representa uma grande inquietação que acompanha desde muito tempo o exercício da jurisdição e, portanto, também freqüenta os espíritos dos que se preocupam em teorizar sobre ela. Conforme referências que se encontram nos códigos do chamado Direito Antigo, o Direito que vigorou nas mais

⁸⁷ *Ibid.*, p. 53.

⁸⁸ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 126.

remotas civilizações, já nessas recuadas ordens jurídicas há preocupações com a qualificação isenta do juiz e isso se acha, por exemplo, no famoso Código de Hammurabi, na Torá dos hebreus, e, também, no Código de Manu, todos prevendo a impossibilidade de exercer a jurisdição ou de julgar as causas o juiz que se encontrava despojado da devida imparcialidade.

Percebe-se, desta forma, que a imparcialidade sempre foi preocupação dos ordenamentos jurídicos e, por isso, é o princípio supremo do processo penal, de modo a possibilitar um julgamento justo a quem quer que seja o acusado da prática da infração penal. É colocar o julgador em uma posição de total alheamento às partes, como verdadeiro *terzietà*. O magistrado não pode estar incumbido de um estado anímico tendente a beneficiar ou prejudicar uma das partes do processo.

Assim, o artigo 96 do Código de Processo Penal determina que a argüição de suspeição (bem como a de impedimento) precederá a qualquer outra, salvo quando fundada em motivo superveniente. Isso significa que, havendo uma causa de suspeição preexistente, ela deve ser a primeira a ser argüida no processo, tão grave seria o vício do julgamento ou prática de qualquer ato jurisdicional por um juiz suspeito.

Nesse sentido, manifesta-se Eduardo Espínola Filho⁸⁹ afirmando que a suspeição cria um motivo para imediata cessação de toda interferência ou atuação daquela pessoa no processo. Vale dizer que a exceção de suspeição poderá ser oposta, de acordo com os artigos 104, 105 e 106 do Código de Processo Penal⁹⁰, não somente em relação ao magistrado, mas também ao órgão do Ministério Público⁹¹⁻⁹², aos peritos, intérpretes ou servidores da justiça e,

⁸⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, v.2. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 236.

⁹⁰ Art. 104. Se for argüida a suspeição do órgão do Ministério Público, o juiz, depois de ouvi-lo, decidirá, sem recurso, podendo antes admitir a produção de provas no prazo de três dias.

Art. 105. As partes poderão também argüir de suspeitos os peritos, os intérpretes e os serventuários ou funcionários de justiça, decidindo o juiz de plano e sem recurso, à vista da matéria alegada e prova imediata.

Art. 106. A suspeição dos jurados deverá ser argüida oralmente, decidindo de plano do presidente do Tribunal do Júri, que a rejeitará se, negada pelo recusado, não for imediatamente comprovada, o que tudo constará da ata. (BRASIL. Decreto-Lei N° 3.689, de 03 de outubro de 1941).

⁹¹ Nas lições de Aury Lopes Jr. extrai-se que a suspeição do órgão ministerial não tem como pressuposto a quebra de sua imparcialidade, já que o Ministério Público é parte e, portanto parcial. “A questão situa-se noutra

ainda, aos jurados. De acordo com Aury Lopes Jr.⁹³, a questão é de demasiada relevância, pois envolve, em última análise, a própria credibilidade do sistema de administração da justiça.

Os casos de suspeição e impedimento estão dispostos nos artigos 252 e seguintes, todos do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância⁹⁴, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos júzcos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os júzcos que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo⁹⁵ ou inimigo capital⁹⁶ de qualquer deles;

dimensão” (LOPES Jr. *op. cit.*, p. 470). Para os que entendem ser o Ministério Público uma parte imparcial, a sua suspeição acaba por quebrar a sua imparcialidade.

⁹² Súmula 234, STJ: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

⁹³ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 468.

⁹⁴ **O termo instância previsto no art. 252, III, do CPP [...] abrange as esferas administrativa e judicial.** Com base nesse entendimento, a Turma deferiu habeas corpus impetrado em favor de condenado pela prática dos crimes de falsificação de documento público e de peculato que, **em julgamento de apelação criminal, tivera como vogal o mesmo magistrado que anteriormente fora relator de recurso hierárquico por ele interposto, em sede administrativa, contra decisão que o demitira do cargo de serventuário da justiça — v. Informativo 432.** Entendeu-se violado o citado art. 252, III, do CPP, em virtude do impedimento do magistrado. **Asseverou-se que as considerações do desembargador no julgamento do recurso administrativo, no mínimo, tangenciaram o mérito da ação penal,** o que prenunciaria ao paciente que um dos votos, de pronto, lhe seria desfavorável. Dessa forma, restaria inobservado o princípio do devido processo legal. Por fim, salientou-se que a presente hipótese **seria semelhante àquela em que o magistrado, na primeira instância, não decide o mérito da ação penal, mas adota medida que interfere na esfera jurídica do acusado, vindo, posteriormente, a participar do julgamento no segundo grau de jurisdição.** HC deferido para, declarando nulo o acórdão proferido, determinar a realização de novo julgamento e ordenar a imediata soltura do paciente se por al não estiver preso. (Grifamos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 86.963-RJ. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DOU em 16.08.2007).

⁹⁵ **HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. SUSPEIÇÃO DO JUIZ PROCESSANTE. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. MOTIVAÇÃO. LEGALIDADE. 1. A amizade íntima que gera a suspeição do juiz processante, nos termos do artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal, não se confunde com a admiração e o respeito pelo companheiro de trabalho e o sentimento profundo pela sua morte brutal, pois são traços da essencialidade**

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
 III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
 IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;
 V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
 VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

Art. 255. O impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

Art. 256. A suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

É imprescindível destacar que tanto a suspeição quanto o impedimento do juiz podem (e devem) ser reconhecidos espontaneamente, de ofício, por ele, fazendo de forma escrita e fundamentada, em respeito ao princípio da motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX, CRFB/88) e, uma vez assim decidido, deverá remeter o feito ao seu substituto, intimando-se as partes⁹⁷.

Vale dizer que o impedimento é inerente à relação entre o julgador e o objeto do caso penal (causa objetiva), enquanto a suspeição o vincula a uma das partes (causa subjetiva). Diante da natureza objetiva das causas de impedimento, o rol ali enumerado é considerado taxativo. Porém, há controvérsias acerca da taxatividade ou não do rol de causas de suspeição previsto no artigo 254 do Código de Processo Penal.

do ser humano normal no comum das relações da vida. 2. Em se oferecendo suficientemente fundamentado o decreto prisional cautelar, evidenciando, como evidencia, os seus pressupostos e motivos, definidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, não há falar em constrangimento ilegal. 3. Ordem denegada. (Grifamos). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 31.462-ES. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Publicado no DJE em 18.10.2010).

⁹⁶ **EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. INIMIZADE ENTRE MAGISTRADA E ADVOGADO.** As hipóteses de suspeição de magistrado vêm elencadas no artigo 254 do CPP e 135 do CPC, dentre elas está a inimizade capital, a qual pressupõe "ódio, rancor, desejo de vingança" (TJSP, JTJ 184/333). Outrossim, **o dispositivo legal menciona amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes, não fazendo menção a seus patronos ou procuradores, daí porque, de início, estaria fulminado o pedido.** Também não é despidendo ressaltar que o rol é taxativo e, não, exemplificativo (precedente: RESP 4509-MG, relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 30/10/90 pela 3ª Turma do STJ). (Grifamos). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Exceção de Suspeição nº 2009.056.00019. Relator: Des. Ricardo Bustamante. Julgado em 02.06.2010).

⁹⁷ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 469.

Diante da polêmica, Guilherme de Souza Nucci⁹⁸ anota que, embora muitos entendam ser taxativo o rol dos motivos que ensejam a suspeição, é de se considerá-lo exemplificativo. O autor explica que este rol não cuida dos motivos de impedimento, que vedam o exercício jurisdicional, como ocorre com o disposto no artigo 252, mas, sim, da enumeração de hipóteses que tornam o juiz não isento. Aduz que outras situações podem surgir que retirem do julgador o que ele tem de mais caro às partes: sua imparcialidade. Admite que possa haver outra razão qualquer, não expressamente enumerada no artigo destinado às causas de suspeição⁹⁹.

É nesse diapasão que Aury Lopes Jr.¹⁰⁰ prega a suspeição pela quebra da garantia da imparcialidade do julgador e do sistema acusatório, mais precisamente se referindo aos pré-julgamentos que possam ser evidenciados por decisões que dão inequívocos sinais de que a causa já foi decidida no interior do julgador, como por exemplo, quando há excesso de linguagem.

Afirma que, em regra, os julgadores conseguem motivar sem pré-julgar, mas há casos que fica evidente a destruição da estrutura dialética do processo, do contraditório e da imparcialidade, com verdadeiras condenações disfarçadas de decisões interlocutórias. Estas, destarte, devem analisar o caso, fundamentando a conclusão, mas utilizando linguagem sóbria e comedida, que externe a tranqüilidade inerente de quem ainda não decidiu. Do contrário, finaliza o autor, havendo excesso de linguagem, o juiz deve ser declarado suspeito¹⁰¹.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo: RT, 2007, p. 521.

⁹⁹ Nesse sentido: “[...] Embora se afirme que a enumeração do art. 254, do Código de Processo Penal, seja taxativa, a imparcialidade do julgador é tão indispensável ao exercício da jurisdição que se deve admitir a interpretação extensiva e o emprego da analogia diante dos termos previstos no art. 3º do Código de Processo Penal. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 245.629-SP. Relator: Min. Vicente Leal. Publicado no DJE em 01.10.2001). Em sentido contrário: “[...] 1. As causas de impedimento e suspeição de magistrado estão dispostas taxativamente no Código de Processo Penal, não comportando interpretação ampliada.[...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 99.945-SP. Relator: OG Fernandes. Publicado no DJE em 17.11.2008).

¹⁰⁰ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 478/479.

¹⁰¹ O posicionamento colocado por Aury Lopes Jr. ainda é minoritário. Veja-se: “DECISÃO MONOCRÁTICA Trata-se de exceção de suspeição em que o excipiente alega, em breve síntese, **provável parcialidade do magistrado excepto, em razão de excesso de linguagem utilizada na decisão de recebimento da denúncia e deferimento de prisão cautelar, que poderiam caracterizar pré-julgamento do feito em questão. Requer**

Com efeito, Júlio Fabbrini Mirabete¹⁰² aponta, além dos casos de suspeição e impedimento, para a chamada incompatibilidade que provém de graves razões de conveniência não incluídas entre os casos de suspeição ou de impedimento, estando previstas em geral nas leis de organização judiciária.

O jurista Eugênio Pacelli¹⁰³ afirma que tratando-se de questão ligada ao devido processo legal, no que toca à imparcialidade da jurisdição, a suspeição, o impedimento ou a incompatibilidade poderão ser reconhecidos mesmo após o trânsito em julgado da ação condenatória (exceto quando absolutória a decisão, tendo em vista a vedação da revisão *pro societate*), se comprovada a violação da imparcialidade do órgão julgador.

Por fim, importante trazer a lição de Reis Friede e Poul Erik Dyrlund¹⁰⁴ que afirmam que se, no passado recente, a dogmática própria do Direito era suficiente para a superação de praticamente todos os problemas afetos à função judicante – e a própria imparcialidade e isenção do julgador era vista de forma limitada – a realidade contemporânea, traduzida pelas inerentes complexidades dos movimentos sociais, impõe a presença de um juiz isento e imparcial sob todos os aspectos (formais e materiais).

Trazem, como exemplo, o fato de quando as decisões judiciais exibem completo desconhecimento da engenharia social, a partir de seus balizamentos sociológicos e psicológicos, ou quando, ao contrário, a sentença do juiz é puramente baseada em critérios transcendentais à norma jurídica, existe sempre o risco de colapso na necessária confiabilidade

seja reconhecida a suspeição nos termos do disposto no artigo 96 do Código de processo Penal. [...] A presente exceção não encontra sustento em qualquer das hipóteses previstas no dispositivo acima, o que significa dizer que carece de amparo legal. **Ainda que assim não fosse, o excipiente não trouxe aos autos fatos que fundamentem, de forma cabal, suas alegações.** Ao contrário, o que se percebe é que o magistrado excepto proferiu decisão fundamentada e em observância à estrita legalidade, escorada em elementos constantes nos autos. Assim, pelos motivos acima expostos, entendo que não restou comprovada a alegada parcialidade do magistrado excepto, razão pela qual deixo de acolher a presente exceção.” (Grifamos). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Exceção de Suspeição nº 0034798-74.2008.8.19.0204. Relator: Des. Valmir Ribeiro. Julgado em 13/09/2010).

¹⁰² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Incompatibilidades, impedimentos e conflitos de competência*. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/mira18.htm>>. Acesso em: 16/10/2010.

¹⁰³ OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 267.

¹⁰⁴ FRIEDE, Reis; DYRLUND, Poul Erik. *Vícios de Capacidade Subjetiva do Julgador; Do impedimento e da suspeição do Magistrado*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 29/30.

que deve guardar o julgador e o órgão incumbido da tarefa judicante, ainda que, de uma forma ou de outra, esteja assegurada a isenção formal do julgador.

Asseveram que o juiz deve procurar buscar a substância do princípio da imparcialidade (e não apenas contentar-se com o seu continente formalizante) e, por meio do imperativo da serenidade, encontrar o necessário e difícil equilíbrio; a justa medida indicativa da dosagem correta (nem sempre objetiva) entre o conteúdo axiológico da ordem jurídica, por um lado, e do preceito ético e moral da justiça por outro, com todo o cuidado e, ao mesmo tempo, firmeza e inteligência (que a situação impõe), para não permitir o seu desvio da imperatividade implícita na própria normatividade do direito positivo.

Aduzem que o julgador deve, em síntese, encontrar de forma serena e tranqüila o caminho único para solução do litígio, sem propender para esta ou aquela causa, sem permitir-se envolver no aspecto político-ideológico intrínseco ao conflito levado ao seu conhecimento, sem deixar conduzir pelas pressões político-sociais e, acima de tudo, sem se deixar vencer pelas coações impostas pela Sociedade.

Para isso, entendem que o julgador deverá, ainda, fundamentar seu mister nos aspectos formais e, sobretudo, materiais de sua isenção, por meio do império da lei e de sua íntegra e perfeita aplicação e a partir da interpretação absolutamente imparcial da norma jurídica, viabilizando, em última análise, a condição derradeira e inexorável para o desempenho da função judicante por intermédio da imposição de sua qualidade de Estado-Juiz, independente da eventual fraqueza ou fortaleza do próprio Estado.

Isso quer dizer que o juiz deve estar atento ao aspecto material da sua isenção; da sua imparcialidade, isto é, deve aplicar a norma jurídica de maneira íntegra e perfeita, interpretando-a de forma imparcial, não bastando que haja o aspecto formal da ausência de suspeição e impedimentos, ou seja, a não subsunção à norma que trata dos institutos mencionados de um fato caracterizador da imparcialidade.

3.3 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ.

Uma das maiores batalhas doutrinárias diz respeito à iniciativa instrutória do juiz no processo penal, ou seja, se é possível que o juiz, na seara criminal, determine a produção de provas ou outras diligências de ofício, sem qualquer requerimento das partes. Uns defendem a total inércia do juiz, sob pena de comprometimento de sua imparcialidade e do sistema acusatório, enquanto outros defendem a atividade instrutória plena prevista no Código de Processo Penal.

O artigo 156 do Código de Processo Penal é o ponto nevrálgico da discussão e estabelece que, *verbis*:

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 – 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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

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)

Pela redação do referido artigo é fácil depreender-se que o legislador conferiu amplos poderes instrutórios e investigatórios¹⁰⁵ ao juiz criminal, possibilitando ao magistrado a ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas e a determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A discussão, no entanto, não se resume ao referido artigo, podendo ser ampliada para a possibilidade de o juiz, de ofício, decretar a prisão preventiva (artigo 311, CPP), determinar o seqüestro de bens e a busca e apreensão (artigos 127 e 242, CPP), ouvir testemunhas, além das arroladas pelas partes (artigo 209, CPP), determinação de novo interrogatório de ofício

¹⁰⁵ Poderes investigatórios são os exercidos na investigação preliminar (fase pré-processual) e poderes instrutórios são os exercidos no processo. (LOPES Jr. *op. cit.*, p. 123).

(artigo 196, CPP), juntada, independentemente de requerimento, de documentos aos autos (artigo 234, CPP)etc.

O fundamento que leva à possibilidade da atuação de ofício do magistrado no processo penal, como se viu quando se comentou acerca da verdade real no processo penal, é que o processo penal trabalha com a liberdade do indivíduo. Assim sendo, enquanto no processo civil, em princípio, o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real, como fundamento da sentença¹⁰⁶.

Para José Roberto dos Santos Bedaque¹⁰⁷, uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz não significa quebra da sua imparcialidade, uma vez que a atividade probatória deste não tem o condão de favorecer esta ou aquela parte, já que quando o juiz determina a realização de alguma prova não tem condições de prever o seu resultado e nem muito menos de saber a quem ela poderia beneficiar. Acrescenta ainda ao seu posicionamento, considerando os ensinamentos de Barbosa Moreira, a seguinte indagação: “Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude acabe beneficiando a parte que não tem razão?”.

Ademais, juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos, e não aquele que deixa de produzir uma determinada prova, que poderia elucidar a obscuridade de uma questão processual, apenas por medo de se tornar

¹⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 80.

parcial. Esta não deve ser, definitivamente, a postura do juiz comprometido com a busca da verdade material¹⁰⁸.

Todavia, grande parte da doutrina defende que há quebra da imparcialidade do julgador se este se imiscuir na atividade probatória, que deveria se concentrar totalmente nas mãos das partes. Os defensores dessa teses afirmam que ao ser adotado o sistema acusatório, com a repartição de funções entre os sujeitos processuais, o juiz não pode possuir qualquer atividade instrutória, devendo se contentar com as provas produzidas pelas partes.

Com efeito, Aury Lopes Jr.¹⁰⁹ assevera que é insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de julgar e acusar, não bastando tal separação inicial, com o órgão acusador formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permiti-se que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.

Nesse contexto, aduz o referido autor, que o artigo 156 do Código de Processo Penal funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulmina a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador.

Acrescenta, ainda, que o juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar a prova colhida. A figura do juiz espectador em oposição à figura inquisitória do juiz ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório. São limitações inerentes ao jogo democrático.

Por fim, arremata considerando substancialmente inconstitucionais todos os dispositivos que atribuam poderes instrutórios ao juiz e que violam o sistema acusatório

¹⁰⁸ FARIA, Katarine Keit Guimarães Fonseca de. *Juiz Instrutor: uma Tendência de Ampliação da Atividade Instrutória Oficial em Face dos Valores Consagrados pelo Estado Social Democrático*. Recife: Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 2, p. 253-281, 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27750>>. Acesso em: 13.jul.2010.

¹⁰⁹ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 124.

desenhado na Constituição, tais como os seguintes artigos do Código de Processo Penal: 5º, 127, 156, 209, 234, 311, 383, 385 etc¹¹⁰.

Nessa esteira, Geraldo Prado¹¹¹ expõe que a introdução de material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo. Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570-2¹¹² proposta pelo Procurador-Geral da República, em face do artigo 3º, da Lei nº 9.034/95, adotou-se tal posicionamento para declarar a inconstitucionalidade do artigo combatido que autorizava o juiz, de ofício, atuasse em sigilo, tendo acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais de réus.

Luigi Ferrajoli¹¹³ utiliza-se do grau de ativismo judicial para colocar uma das distinções entre os sistemas processuais. Afirma o renomado autor que do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos. Nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 177.

¹¹¹ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.136/137.

¹¹² “[...] Essa atividade coletora de provas do juiz, [...], viola a cláusula do *due process of law*. Viola, porque compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade. E a imparcialidade, como sabemos, é virtude exigida de todo e qualquer magistrado [...] E coletando provas, não paira dúvida, ele será fatalmente influenciado. Talvez valesse para um ‘juiz preparador’ nunca para um ‘juiz julgador’. Ademais, o ‘princípio da ação’, do *ne procedat iudex ex officio*, impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício. Esse não é o papel institucional e constitucional reservado ao magistrado.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1570-2. Relator: Maurício Corrêa. Publicado no DOU de 22.10.2004).

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 489/490.

conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas. De fato, representam resíduos inquisitórios o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas.

Não obstante as respeitadas opiniões acima transcritas, não é possível admitir uma total inércia do magistrado no processo penal, assim como não se pode conceder poderes instrutórios ilimitados ao julgador. É imperioso que se chegue a um meio termo, isto é, o juiz não poderá adotar uma postura inquisidora, com poderes ilimitados, podendo até mesmo substituir, ou dispensar, a figura do órgão acusador, buscando provas para uma condenação, tampouco deverá ficar inerte frente à deficiência probatória dos autos, quando ainda possível esclarecer pontos obscuros, na medida em que no processo penal se trabalha com a idéia de justiça sobrepondo-se à idéia de certeza.

Primeiramente deve ser esclarecido que a atividade instrutória do juiz deve ser supletiva a das partes do processo, ou seja, quando estas não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. Não pode assumir contorno de atividade, o que lhe emprestaria características de reiteração e continuidade, sob pena, aí sim, de concentração de todos os poderes nas mãos de um único sujeito processual, abrindo espaço para que dúvidas fossem levantadas quanto à preservação da imparcialidade do julgador.¹¹⁴

Assim, a iniciativa instrutória do juiz deve se dar de maneira excepcional e supletivamente a das partes. Ademais, deverá fundamentar a sua decisão, sempre demonstrando o ponto obscuro a ser elucidado, a impossibilidade da produção da prova pela parte e a necessidade de sua produção.

¹¹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 144.

Marcos Zilli¹¹⁵ pugna pelo rompimento do mito dogmático de que a iniciativa instrutória é impossível com a imparcialidade, uma vez que ao assim proceder, o julgador desconhece qual será o resultado da diligência e, por conseqüência, quem será porventura beneficiado. Quando determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende por oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos.

Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Isso porque, no processo penal o juiz tem a função primordial de garantir a máxima eficácia dos direitos e garantias do acusado, em contrapartida a sociedade espera uma resposta àquele que delinqüiu.

Há que se explanar, ainda, acerca da aceção probatória do princípio da presunção de inocência. O discurso doutrinário é uníssono ao reconhecer como imperativa a absolvição na hipótese de persistência de dúvida na mente do julgador. Cuida-se da aplicação da máxima do *in dubio pro reo*. O conflito de interesse de alta relevância social, tônica do processo penal, não pode se contentar com formas absolutamente exatas e matemáticas de solução. Se assim o fosse, tanto a confissão judicial quanto a revelia seriam sinônimos de condenação, o que se sabe não ser verdade.¹¹⁶

No campo do processo penal, há a necessidade do melhor acerto fático possível. De fato, subsistente um estado relativo de dúvida, ou melhor, um estado de irresolução transitório e presente uma possibilidade real de obtenção de novas provas, não

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 144.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 149.

será possível reconhecer, desde já um estado inafastável de dúvida que ensejaria a aplicação da máxima do *in dubio pro reo*.¹¹⁷

Assevera Marcos Zilli¹¹⁸ que comumente, concluída a instrução criminal, vê-se o juiz diante da possibilidade de configurações contraditórias igualmente verossímeis. Em tal ponto, quando o estado de dúvida na mente do julgador for insuperável, vale dizer, quando ausentes outras fontes possíveis e concretas de prova, a absolvição será imperativa.

Por derradeiro, é imprescindível deixar claro que a atuação instrutória do magistrado não autoriza os sujeitos parciais, sobretudo a acusação, a se omitirem de uma atividade que lhes é imposta por natureza.¹¹⁹ Além disso, deve haver respeito às demais garantias o devido processo legal, em especial o contraditório e a ampla defesa, sendo necessária a ciência bilateral dos atos e termos, bem como a possibilidade de contradita-los.¹²⁰

Em suma, nas lições de Marcos Zilli¹²¹, além do natural e lógico freio às iniciativas antecipadas e prematuras, deve o juiz atentar, rigorosamente, para os ditames decorrentes da observância do devido processo legal. Toda e qualquer iniciativa instrutória pressupõe o atendimento dos requisitos relativos a um juiz natural, independente e imparcial, tendo espaço somente quando o relevante estado de dúvida for, a princípio, superável por força de uma diligência viável e pertinente em atenção, pois, à regra do *in dubio pro reo* como decorrência do princípio da presunção de inocência.

Ademais, é nesses precisos termos que a determinação judicial haverá de ser motivada, propiciando aos sujeitos parciais não só o conhecimento das razões que levaram à adoção de um comportamento excepcional no âmbito da marcha processual, mas também os fundamentos para uma futura e eventual impugnação. Por ocasião de sua concretização, a iniciativa instrutória não poderá recair sobre provas vedadas, devendo, ainda, ser efetivada

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 150.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 150/151.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 151.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 166.

¹²¹ *Ibid.*, p. 182.

sob o manto da publicidade, assegurando, por fim, o respeito incondicional ao contraditório e à ampla defesa.

3.4 O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* COMO LIMITADOR CONSTITUCIONAL.

Ponto que merece destaque no tratamento das provas é o princípio *nemo tenetur se detegere*¹²², ou seja, a impossibilidade de coagir uma pessoa a produzir uma prova contra si mesma. Nas palavras de Aury Lopes Jr.¹²³, segundo o referido princípio, o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória.

O direito ao silêncio, por exemplo, decorre diretamente do referido princípio e vem assegurado no artigo 5º, LXIII, da Constituição de 1988¹²⁴, bem como no artigo 8º, 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹²⁵ e, ainda, no artigo 186 do Código de Processo Penal¹²⁶.

Luigi Ferrajoli¹²⁷ explica que o princípio *nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recepcionada, a partir do século XVII, no Direito inglês. Como corolários de tal princípio, o autor extrai: 1) proibição da tortura espiritual, como a obrigação de dizer a verdade; 2) direito de silêncio, assim como a faculdade do imputado de faltar com a verdade nas suas respostas; 3) a

¹²² Aury Lopes Jr. citando Franco Cordero explica que “[...] na inquisição vigorava a fórmula do *reus tenetur se detegere*, na medida em que o imputado era interrogado sob juramento e estava obrigado a ‘descobrir-se’, isto é, sofria a intervenção corporal (tortura) para descobrir e eliminar a heresia que ocultava na sua alma [...]” (LOPES Jr. *op. cit.* p. 587).

¹²³ *Ibid.*, p. 194.

¹²⁴ Art. 5º. [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (Grifamos). (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988).

¹²⁵ Art. 8º. [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) **direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada**. (Grifamos). (BRASIL. Anexo ao Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011).

¹²⁶ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu **direito de permanecer calado** e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003). (Grifamos). (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *op. cit.*, p. 608.

proibição, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência, não só de arrancar a confissão com violência, senão também de obtê-la mediante manipulações psíquicas, com drogas ou práticas hipnóticas; 4) a conseqüente negação do papel decisivo das confissões; 5) o direito do imputado de ser assistido por defensor no interrogatório, para impedir abusos ou quaisquer violações das garantias processuais.

Maria Elizabeth Queijo¹²⁸, afirma que a advertência com relação ao *nemo tenetur se detegere* e a conseqüente inexistência do dever de colaborar é essencial para que o acusado possa se autodeterminar livremente no momento da produção da prova: deverá ele decidir, devidamente informado sobre seu direito, se colabora ou não na persecução penal.

Diz, ainda, que se em dado ordenamento sobrepõe-se, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado: não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas nem restrições à valoração destas. Não há, enfim, ilicitude da prova. Tudo se justifica em prol da busca da verdade, que é perseguida a qualquer preço. No outro extremo, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, nessa ótica, nenhuma limitação aos direitos fundamentais, inclusive, ao *nemo tenetur se detegere*.¹²⁹

A autora aduz que dentre as provas que para serem produzidas dependem da colaboração do acusado, existem as provas invasivas e não invasivas. As provas invasivas são as que para serem produzidas necessitam de intervenções no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, por exemplo, o exame de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia e o exame do reto. As não invasivas não penetram no organismo do homem, mas são realizadas a partir de vestígios do corpo humano, tais como as perícias de exames de materiais fecais, os exames de DNA

¹²⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não Produzir Prova contra si Mesmo: O Princípio do “Nemo Tenetur se Detegere” e suas Decorrências no Processo Penal*. São Paulo: Saravia, 2003, p. 318.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 242.

realizados a partir de fios de cabelo e pêlos, a impressão datiloscópica, impressão de pés, unhas e palmar, sendo este último grupo interessante para o processo penal, pois conciliariam os interesses buscados pela persecução criminal sem violar os direitos fundamentais.¹³⁰

Apesar de haver defensores da mitigação do referido princípio em face da proporcionalidade e da razoabilidade, a mencionada autora¹³¹ assevera que tem predominado, na doutrina, o entendimento de que, por incidência do *nemo tenetur se detegere*, não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para compeli-lo a cooperar na produção das provas; a recusa do réu não configura crime de desobediência; e não se permite extrair da sua recusa a veracidade da imputação, nem presunção de culpabilidade.

Nessa esteira, Aury Lopes Jr.¹³² comunga com a tese de que o acusado não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser forçado a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais, tais como exame de sangue, DNA, escrita etc.

No processo civil o problema da recusa em colaborar com a obtenção de células corporais pode ser resolvido por meio da carga da prova e a presunção de veracidade das afirmações não contestadas. Já no processo penal a situação é muito mais complexa, pois existe o direito de não fazer prova contra si mesmo.¹³³

São exemplos de provas ilícitas por violação ao princípio ao *nemo tenetur se detegere* a reconstituição do fato, que for produzida mediante coação no qual se obrigue o acusado a ostentar determinada feição; o exame grafotécnico realizado com colheita de

¹³⁰ *Ibid.*, p. 245/251.

¹³¹ *Ibid.*, p. 268.

¹³² LOPES Jr. *op. cit.*, p. 588.

¹³³ *Ibid.*, p. 195.

material gráfico do acusado sob pena de desobediência; o exame de DNA realizado mediante execução coercitiva de coleta de sangue do acusado.¹³⁴

Portanto, fica evidente que o acusado no processo penal, mesmo que o juiz determine que colabore ou produza determinada prova, não incorre nas penas do crime de desobediência ou qualquer outra sanção posto que estará amparado pelo direito de não se auto-acusar, emanado do princípio do *nemo tenetur se detegere*, constituindo uma arbitrariedade ser compelido a auxiliar, ou sua recusa ser interpretada prejudicialmente no momento de ser prolatada a decisão final.

3.5 TESTEMUNHAS DO JUÍZO E SISTEMAS DE INQUIRÇÃO.

De acordo com Luiz Vicente Cernicchiaro¹³⁵ o Direito Processual Penal moderno registra, como uma das características, o contraditório, admitidos todos os meios de prova, salvo se obtidos por meio ilícito, a teor do disposto no artigo 5º, LVI da Constituição da República. Acusação e defesa, dessa forma, têm amplo poder para evidenciar a tese que sustentam.

O ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, já falecido, explica que o crime, como fato histórico, acontece em variadas circunstâncias e, por isso, com frequência, é presenciado por terceiros. A testemunha, dessa forma, é convocada para depor, trazendo subsídios para esclarecer o que aconteceu e passou a ser objeto da denúncia, ou da queixa. O esclarecimento verbal é de singular importância; pode, sem dúvida, porque prestado pelo homem, ser tendencioso, visando a favorecer uma das partes. Daí, evidente, com excessivo exagero, a prova testemunhal, tantas vezes ser apelidada de a prostituta das provas. Aduz o autor que não é bem assim, do mesmo modo que a confissão não é a rainha das provas, ao falso argumento de que jamais alguém confessa o delito, depondo contra si mesmo. Todos os

¹³⁴ QUEIJO. *op. cit.*, p. 399.

¹³⁵ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Falso testemunho*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-penal/falso.htm>>. Acesso em: 20.jul.2010.

meios de prova têm o mesmo significado, a mesma importância, ainda mais quando analisados conjuntamente. O juiz, com a sensibilidade que se espera do magistrado, saberá aferir o valor probante de cada meio utilizado.

Segundo Frederico Marques¹³⁶, testemunhas são os terceiros chamados a depor perante o juiz sobre suas percepções sensoriais acerca dos fatos que se contêm no caso penal. Já Adalberto Aranha¹³⁷ define testemunha como sendo todo homem, estranho ao feito e equidistante às partes, capaz de depor, chamado ao processo para falar sobre fatos caídos sob seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

O artigo 209 do Código de Processo Penal possibilita ao juiz, quando julgar necessário, ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, ou seja, é possível que haja a inquirição de testemunhas do juízo externando a preocupação em se buscar a verdade real dos acontecimentos, dirimir pontos obscuros dos fatos e complementar a atividade instrutória das partes.

Conforme as lições de Scarance Fernandes¹³⁸, é possível extrair três características do depoimento a ser prestado pelas testemunhas: 1) a oralidade; 2) a objetividade; 3) a retrospectividade. A primeira é prevista no artigo 204 do Código de Processo Penal que dispõe que o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito, mas é permitida a breve consulta a apontamentos. O artigo 221, § 1º, do CPP¹³⁹ constitui uma exceção a essa regra, o que é criticado por parte da doutrina, pois ao permitir

¹³⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Penal. Vol.2.* 2.ed. Campinas: Millennium, 2000. p. 403.

¹³⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 125.

¹³⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* São Paulo: RT, 1999. p. 71.

¹³⁹ Art. 221. [...] § 1º 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. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977). (Grifamos). (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

que essas pessoas deponham por escrito, de forma unilateral e fora do processo, viola-se a garantia da jurisdição e do contraditório¹⁴⁰.

A objetividade vem no artigo 213 do Diploma Processual Penal que prevê que o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato. Aqui o juiz precisa tolher os tagarelas, ou seja, o juiz deverá filtrar os excessos de adjetivação e afirmativas de caráter manifestamente valorativo. O que se pretende é um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e muito menos um julgamento por parte da testemunha sobre o fato presenciado.¹⁴¹

A retrospectividade é a característica óbvia do depoimento, na medida em que o delito é sempre um fato passado. O depoimento da testemunha, portanto, é retrospectivo, narrando-se a historicidade do crime. Não existe função prospectiva legítima no depoimento, pois o olhar da testemunha só está autorizado quando voltado ao passado.¹⁴²

Fernando Capez¹⁴³ acresce, ainda, outras três características ao depoimento testemunhal, quais sejam, a judicialidade, pois, tecnicamente, só é prova testemunhal aquela produzida em juízo; a imediação, porque a testemunha deve dizer aquilo que captou imediatamente através dos sentidos; e a individualidade, uma vez que cada testemunha presta o seu depoimento isolada de outra.

No que se refere ao sistema de inquirição das testemunhas, segundo Fernando Capez¹⁴⁴, com o advento da Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, que alterou a redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, o sistema presidencialista, em que as partes formulavam perguntas às testemunhas por intermédio de um magistrado, restou superado. Similarmente à inquirição realizada em plenário do júri, agora as partes formularão as

¹⁴⁰ Nesse sentido: LOPES Jr. *op. cit.*, p. 608; NUCCI. *op. cit.*, p. 480.

¹⁴¹ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 611.

¹⁴² *Ibid.*, p. 608.

¹⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 282.

¹⁴⁴ *Id.* *Reforma Processual Penal – Cross-Examination*. Disponível em: <http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5602>. Acesso em: 20.jul.2010.

indagações diretamente à testemunha (não há repergunta, mas pergunta direta), não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Trata-se do sistema de inquirição direta, chamado de *cross-examination*, de inspiração norte-americana.

Diz o mencionado artigo 212 que 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. O parágrafo único admite que o juiz poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

O processualista Fredie Didier Jr.¹⁴⁵ traz interessante lição acerca do tema, afirmando que no direito anglo-americano, a inquirição das testemunhas é feita pelo advogado diretamente à testemunha. A *direct-examination* (inquirição pela parte que arrolou a testemunha) e a *cross-examination* (inquirição pela parte contrária) são feitas sem a intermediação do magistrado, a quem cabe principalmente controlar a regularidade da inquirição (EUA, Federal Rules of Evidence, rule n. 611, 'a'¹⁴⁶). Permite-se que o magistrado formule perguntas com o objetivo de integrar as perguntas formuladas pelas partes e esclarecer pontos duvidosos do depoimento – trata-se de poder escassamente exercitado, porém. O papel do magistrado é, portanto, bem diverso do que aquele para ele previsto no direito processual brasileiro: no direito anglo-americano, o magistrado é coadjuvante e as partes, por seus advogados, os grandes protagonistas.

¹⁴⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* - Vol. II. Salvador: JusPodivum, 2007. p. 196.

¹⁴⁶ *Rule 611. Mode and Order of Interrogation and Presentation. (a) Control by court. The court shall exercise reasonable control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to (1) make the interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth, (2) avoid needless consumption of time, and (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment.* (EUA. Federal Rules of Evidence. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm#Rule611>>. Acesso em: 16.abr.2011).

“Regra 611. Modo e Ordem de Inquirição e Apresentação [de provas]. (a) Controle pela corte. A corte deverá exercitar o controle com razoabilidade sobre o modo e a ordem de inquirir testemunhas e apresentar provas a fim de (1) fazer a inquirição e apresentação eficaz para a averiguação da verdade, (2) evitar desnecessário gasto de tempo e apresentação razoável, e (3) proteger a testemunha de assédio [tortura] ou constrangimento indevido.” (tradução livre nossa).

O sistema do *cross-examination* evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que, após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação. No exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (*cross-examination as to facts*), como também formular questões que tragam à luz elemento para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (*cross-examination as to credit*).¹⁴⁷

O sistema para inquirição trazido pelo legislador brasileiro demonstra a necessidade de conciliação entre a busca pela verdade real e o papel do juiz como garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias do réu e, por isso, caberá ao magistrado não admitir as perguntas impróprias (que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida) e, ainda, complementar a inquirição ao final. Ademais, caso o magistrado, nos termos do artigo 217¹⁴⁸ do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008, verifique 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, deverá realizar a inquirição por videoconferência ou, na impossibilidade dessa forma, determinar a retirada do réu da sala de audiências prosseguindo com a presença do seu defensor, fazendo constar em termo a adoção de tais medidas.

Questão que causa divergência entre os doutrinadores e vem sendo enfrentada na jurisprudência diz respeito à nulidade do ato caso a ordem para se fazer a inquirição não seja

¹⁴⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009. p. 286.

¹⁴⁸ Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008). Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). (BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

respeitada, ou seja, caso o magistrado inicie a inquirição e, somente após, as partes façam as suas perguntas.

Para Luís Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, a leitura apressada do artigo 212 do Código de Processo Penal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Para esses autores não parece ser exatamente assim. Bastaria ver, por exemplo, a redação do art. 188 do mesmo Código, a determinar que, no interrogatório, de início as perguntas são formuladas pelo juiz que, depois, consultará às partes se há algo a ser esclarecido. E mesmo a atual redação do art. 473 do CPP, que, no plenário do júri, determina a primazia do juiz de colher o depoimento da vítima e das testemunhas, para depois facultar às partes a formulação de perguntas. Afrontaria mesmo nossa tradição conceder-se, desde logo, a palavra às partes, para que o juiz, por último, pudesse perguntar à testemunha. Concluem que seria melhor que mantivesse a fórmula tradicional, arraigada na "práxis" forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha, desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial.¹⁴⁹

Esse posicionamento é comungado por Damásio Evangelista de Jesus que reconhece que, pelo disposto no parágrafo único do artigo 212 do CPP, o juiz será o último a formular as perguntas, abordando pontos não esclarecidos, mas afirma que em que pese a redação do preceito citado, o magistrado poderia formular perguntas a qualquer momento, até porque tal proceder não teria o condão de gerar nulidade processual.¹⁵⁰

Em sentido contrário, por todos, Eugênio Pacelli de Oliveira assevera que o novo sistema trazido pelo legislador encontra-se alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova,

¹⁴⁹ GOMES, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008. p. 302.

¹⁵⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191.

evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação e conclui que as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra.¹⁵¹

Sobre o tema, para a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a inversão da ordem de inquirição fere o devido processo legal, agindo o magistrado em *error in procedendo* e, portanto, o ato deve ser renovado¹⁵². Já a Sexta Turma do Tribunal supracitado, entende que não há nulidade pela alteração da ordem das perguntas, porque o caráter acusatório é mantido em ambos os procedimentos¹⁵³. Assim também já decidiu o Egrégio Tribunal do Justiça do Rio de Janeiro¹⁵⁴.

¹⁵¹ OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 370.

¹⁵² INVERSÃO. ORDEM. PERGUNTAS. TESTEMUNHAS. [...] Para o Min. Relator, de acordo com precedentes, após a nova redação do art. 212, dada pela Lei n. 11.690/2008, as perguntas são formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, e o magistrado, se achar conveniente, somente pode complementar a inquirição com esclarecimentos, bem como pode inadmitir perguntas já feitas ou não pertinentes ao caso. **Assim, esclareceu que, na espécie, como houve inversão da inquirição das testemunhas, inclusive admitida pelo tribunal a quo, o juízo singular incorreu em error in procedendo, caracterizando constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável pela via do habeas corpus.** [...] Precedentes citados do STF: HC 102.881-SC, DJe 11/3/2010; do STJ: HC 137.091-DF, DJe 13/10/2009; HC 121.216-DF, DJe 1º/6/2009, e HC 149.942-MG, DJe 3/5/2010. (Grifamos). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 153.140-MG. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 12.8.2010. Publicado no Informativo nº 442).

NULIDADE. ORDEM. INQUIRÇÃO. TESTEMUNHAS. [...] O impetrante narra que, designada audiência de instrução e julgamento, ela se realizou em desacordo com as normas do art. 212 do CPP, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.690/2008, pois houve inversão na ordem de formulação das perguntas. Isso posto, **a Turma concedeu a ordem para anular a audiência realizada em desconformidade com o art. 212 do CPP e os atos subsequentes, determinando-se que outra seja procedida nos moldes do referido dispositivo, ao entendimento de que ficou suficientemente demonstrada a nulidade decorrente do ato em apreço, em razão de evidente ofensa ao devido processo legal**, sendo mister reiterar que contra a paciente foi proferida sentença condenatória, bem demonstrando que, diante do novo método utilizado para a inquirição de testemunhas, a colheita da prova de forma diversa, indubitavelmente, acarretou-lhe evidente prejuízo, sendo bastante para declarar nulo o ato reclamado e os subsequentes e determinar que outro seja realizado dentro dos ditames legais. (Grifamos). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 145.182-DF. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 04.02.2010. Publicado no Informativo nº 421).

¹⁵³ NULIDADE. ORDEM. INQUIRÇÃO. TESTEMUNHAS. A Lei n. 11.690/2008 alterou a redação do art. 212 do CPP e modificou a ordem de inquirição das testemunhas, ao estabelecer que, primeiramente, as partes devem perguntar e, só ao final, poderá o juiz fazê-lo de forma suplementar, tal qual pugna o modelo norteamericano (*cross-examination*). **Porém, a oitiva de testemunha sem observância dessa nova ordem não resulta nulidade absoluta, pois não se altera o sistema acusatório nem se viola a lei. O juiz, no modelo brasileiro, não é mero expectador, visto que possui participação ativa no processo cujo controle incumbelhe. Dele se espera a proteção de direitos e garantias constitucionais e também a busca da verdade real.** Anote-se que o próprio CPP, em seu art. 473, permite que, no júri, as perguntas sejam feitas inicialmente pelo juiz presidente e, depois, pelas partes diretamente. Vê-se que o caráter acusatório é o mesmo nos dois procedimentos, **de sorte que não há a nulidade pela alteração da ordem de perguntas.** Precedente citado: HC 121.215-DF, DJe 18/11/2008. (Grifamos). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 144.909-PE. Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em 04.02.2010. Publicado no Informativo nº 421).

¹⁵⁴ **A formulação de perguntas pelo Magistrado às testemunhas, antes das partes, não constitui violação ao artigo 212 do Código de Processo Penal e, em consequência, ao princípio do devido processo legal;** assim é porque a única inovação trazida pela Lei nº 11.690/08, foi a determinação de inquirição direta das testemunhas pelas partes; além do mais, o legislador não pretendeu, com isso, tornar o Juiz um mero expectador nas audiências, tanto que, consoante disposto no artigo 209 da Lei Processual Penal, pode ele ouvir testemunhas não

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema e concluiu pelo mesmo entendimento manifestado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça e não reconheceu a nulidade pela inversão da ordem de inquirição das testemunhas. Vale dizer que o Ministro Marco Aurélio ficou vencido no ponto.¹⁵⁵

3.6 O INTERROGATÓRIO JUDICIAL E A CONFISSÃO.

Interrogatório é o ato processual pelo qual o acusado tem a oportunidade de prestar ao juiz a sua versão do fato criminoso que lhe é imputado. Está disciplinado nos artigos 185 e seguintes do Código de Processo Penal. De acordo com o artigo 187 do mencionado diploma processual, o interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos¹⁵⁶.

arroladas pelas partes, como forma efetiva de buscar a verdade real dos fatos. [...]. (Grifamos). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 2009.050.05993. Relator: Des. Moacir Pessoa de Araújo. Julgado em 18.11.2009).

¹⁵⁵ Audiência de Instrução: Inversão na Formulação de Perguntas e Nulidade. A Turma indeferiu habeas corpus em que se objetivava a anulação da audiência de instrução e julgamento e, conseqüentemente, da sentença condenatória proferida contra o paciente. A impetração sustentava a existência de nulidade absoluta, consistente na inversão da ordem de inquirição das testemunhas, pois a magistrada de 1º grau teria feito suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes o fizessem. **Salientou-se, de início, tratar-se de vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deveria ser argüido oportunamente, o que não ocorreria, daí a superveniência da preclusão. Ademais, não teria sido demonstrado prejuízo concreto decorrente da alegada nulidade, pois a inversão da ordem do sistema de perguntas diretas, [...] não alteraria o sistema acusatório.** Nesse sentido, a decretação de nulidade a partir desse fato seria considerar o processo um fim em si mesmo, e não um meio para se conseguir a aplicação da lei penal. **No ponto, divergiu o Min. Marco Aurélio, por entender que a forma prevista no citado artigo seria essencial e que o prejuízo estaria certificado na sentença condenatória. Contudo, tendo em conta a organicidade do Direito, asseverou que a inobservância de forma prevista em lei, como essa alusiva ao interrogatório, encerraria nulidade relativa. Por sua vez, não houvera o insurgimento da defesa no momento próprio, o que implicaria preclusão.** (Grifamos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 103.525-PE. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 03.08.2010. Publicado no Informativo nº 594).

¹⁵⁶ Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

O juiz, inicialmente, após qualificar o acusado e cientificá-lo do inteiro teor da acusação, antes de iniciar o interrogatório, o informará do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas, conforme disposto no artigo 186 do Código de Processo Penal. Isso porque o legislador prestigiou o princípio *nemo tenetur se detegere*, já estudado, que garante o direito de não produzir prova contra si mesmo, melhor, não prestar declarações que poderão ser usadas contra sua própria pessoa, sendo certo, destarte, que o silêncio não importará em confissão, nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa¹⁵⁷.

Desta forma, como leciona Aury Lopes Jr.¹⁵⁸, fica vedado o uso da tortura espiritual, de qualquer método violento para obter uma confissão, bem como de manipulações psíquicas realizadas através de hipnoses ou drogas (“soro da verdade”).

Não é admissível, igualmente, o chamado interrogatório sub-reptício, isto é, o interrogatório obtido de por meio ilícito; fraudulento. O interrogando réu tem o direito de saber que está prestando seu depoimento na condição de acusado e, como visto, deve ter ciência do seu direito de permanecer calado, pois tudo que declarar poderá comprometê-lo posteriormente. Assim, conversas informais, por exemplo, não podem ser reputadas como interrogatório, que deverá obedecer as formalidades impostas pelo legislador¹⁵⁹.

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

¹⁵⁷ Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

¹⁵⁸ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 588.

¹⁵⁹ O termo “interrogatório sub-reptício” foi utilizado pelo ex-Ministro Sepúlveda Pertence, relator do HC 80949/RJ-STF, como sinônimo de interrogatório informal. No caso, tratava-se de interrogatório sub-reptício em sede de inquérito policial, mas as lições também se aplicam ao interrogatório judicial, como foi ressaltado pelo próprio Ministro: [...] 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o

O juiz, após informar ao réu do seu direito de permanecer calado e que o silêncio não importará em confissão ou qualquer prejuízo, iniciará as perguntas, primeiramente, como visto, acerca da pessoa do réu e, após, sobre os fatos imputados. Conforme o disposto no artigo 188 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 10.792/2003, após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante. Essa inovação legislativa fez com que houvesse uma maior participação das partes no interrogatório que, antes da mencionada Lei que alterou o dispositivo, podia ser realizado até mesmo sem a presença de defensor técnico, pois se tratava de ato privativo do juiz¹⁶⁰, sendo certo que atualmente a presença do defensor faz-se imprescindível¹⁶¹, pois a natureza jurídica formal não mais é a de ato privativo do juiz, mas sim audiência em contraditório¹⁶².

É preciso destacar, ainda, que a sistemática do interrogatório difere da adotada atualmente para a inquirição das testemunhas. Nesta, as partes iniciam a inquirição e o juiz complementa a inquirição com suas próprias perguntas, enquanto que no interrogatório, o juiz realiza o ato e oportuniza às partes requererem eventual esclarecimento acerca de algum fato, sendo que o próprio juiz formulará a pergunta se a entender pertinente e relevante.

Nesse sentido, manifestou-se Renato Marcão¹⁶³ ao comentar a inovação legislativa:

É bem verdade que não se deve entender que a Lei autoriza às partes "intervir ou influir" diretamente nas perguntas feitas pelo juiz ou nas respostas apresentadas pelo acusado, de forma a procurar mudar uma ou

indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - **importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não.** (Grifamos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 80.949-RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 14.12.2001).

¹⁶⁰ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 591.

¹⁶¹ [...] Somente após a entrada em vigor da Lei 10.792/03, faz-se necessária a presença de defensor no interrogatório do réu, por se tratar de ato sujeito a contraditório. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 154.457-SP. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Publicado no DJE em 17.05.2010).

¹⁶² LOPES Jr. *op. cit.*, p. 591.

¹⁶³ MARCÃO, Renato Flávio. *Interrogatório: Primeiras Impressões sobre as Novas Regras Ditadas pela Lei nº 10.792/2003*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4614>>. Acesso em: 25.out. 2010.

outra. Também não se autorizou a formulação de perguntas pelas partes ao acusado.

O que está autorizada legalmente, no momento indicado e na forma evidente, é a *indicação de fato a ser esclarecido*, decorrendo de tal indicação a possibilidade de nova formulação de perguntas ao acusado, sempre pelo magistrado que presidir o ato.

Seja como for, é inegável que agora a lei passou a admitir, *de algum modo*, que as partes *influenciem nas perguntas...*

Muito embora caiba ao juiz apreciar a *pertinência e relevância* dos fatos indicados pelas partes, para depois fazer ou não ao acusado as perguntas correspondentes, é certo que uma vez indeferido qualquer esclarecimento sobre os fatos indicados deverá cuidar-se para que constem do termo exatamente como apresentados pelas partes e as razões do indeferimento, como garantia da ampla defesa, visto abrir-se a possibilidade de discussão em eventual ataque recursal sobre tal particularidade.

Diante da possibilidade de uma maior participação das partes no interrogatório, que deixou de ser ato privativo do juiz, é mister a análise da possibilidade de o advogado de co-réu participar do ato e requerer esclarecimentos, haja vista que pela dicção do artigo 191 do Código de Processo Penal, havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.

Em suas precisas lições, Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁶⁴ assevera:

Embora ainda haja defensores da idéia de que a ampla defesa vem a ser apenas o outro lado ou a outra medida do contraditório, é bem de ver que semelhante argumentação peca até mesmo pela base. É que, da perspectiva da teoria do processo, o contraditório não pode ir além da 'garantia de participação', isto é, a garantia de a parte poder impugnar - no processo penal, sobretudo a defesa - toda e qualquer alegação contrária a seu interesse, sem, todavia, maiores indagações acerca da concreta efetividade com que se exerce aludida impugnação.

E, exatamente por isso, não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica - do advogado - de co-réu durante o interrogatório de 'todos os acusados'. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesses entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele co-réu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a participação dos defensores de co-réus no interrogatório de 'todos os acusados'.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci¹⁶⁵ sustenta que havendo delação no interrogatório, pode haver reperguntas do defensor do co-réu delatado, unicamente para aclarar pontos pertinentes à sua defesa.

¹⁶⁴ OLIVEIRA. *op. cit.*, p. 29.

¹⁶⁵ NUCCI. *op. cit.*, p. 446.

Antonio Scarance Fernandes¹⁶⁶ explica que ofende a Constituição a proibição de reperguntas ao co-réu que incrimina outro acusado. Aduz que, se a palavra de um acusado, com relação aos demais, é valorada como testemunho, é imprescindível o contraditório, sob pena de não ser possível a valoração do depoimento como prova.

Nesse diapasão, Aury Lopes Jr.¹⁶⁷ afirma:

No que tange à disciplina processual do ato [interrogatório], cumpre destacar que - havendo dois ou mais réus - deverão eles ser interrogados separadamente, como exige o art. 191 do CPP. Aqui existe uma questão muito relevante e que não tem obtido o devido tratamento por parte de alguns juízes, até pela dificuldade de compreensão do alcance do contraditório inserido nesse ato, por força da Lei nº 10.792/2003, que alterou os arts. 185 a 196 do CPP.

Até essa modificação legislativa, o interrogatório era um ato pessoal do juiz, não submetido ao contraditório, pois não havia qualquer intervenção da defesa ou acusação.

Agora a situação é radicalmente distinta. Tanto a defesa como a acusação podem formular perguntas ao final. Isso é manifestação do contraditório.

Nessa linha, discute-se a possibilidade de a defesa do co-réu fazer perguntas no interrogatório. Pensamos que, principalmente se as teses defensivas forem colidentes, deve o juiz permitir o contraditório pleno, com o defensor do outro co-réu (também) formulando perguntas ao final. Ou seja, deve o juiz admitir que o defensor do interrogando formule suas perguntas ao final, mas também deve permitir que o advogado do(s) outro(s) co-réu(s) o faça. Contribui para essa exigência o fato de que à palavra do co-réu é dado, pela maioria da jurisprudência, o valor probatório similar ao de prova testemunhal.

Em suma, a doutrina e jurisprudência¹⁶⁸⁻¹⁶⁹⁻¹⁷⁰ vêm aceitando a participação do advogado de co-réu no interrogatório, em prestígio ao princípio do contraditório e ampla defesa, especialmente quando as teses defensivas dos acusados forem conflitantes.

¹⁶⁶ FERNANDES. *op. cit.*, p. 72.

¹⁶⁷ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 591.

¹⁶⁸ **Por entender legítimo**, em face do que dispõe o art. 188 do CPP (“Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”), **que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus**, e considerando que a coincidência de datas entre as audiências realizadas em diversos Estados-membros pode trazer dificuldades aos defensores que eventualmente queiram participar desses interrogatórios, o Tribunal, por maioria, deu parcial provimento a agravos regimentais interpostos em ação penal — movida pelo Ministério Público Federal contra 40 pessoas acusadas da suposta prática de crimes ligados ao esquema denominado “Mensalão” —, para determinar a expedição de ofício aos juízos competentes para a realização dos interrogatórios, solicitando-lhes que informem as datas já reservadas para as audiências. (Grifamos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 06.12.2007. Publicado no Informativo nº 491).

¹⁶⁹ ‘HABEAS CORPUS’. RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. [...] **Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos**

É necessário consignar, com base nas lições de Aury Lopes Jr.¹⁷¹, que na delação premiada, também denominada “chamada de co-réu”, se o acusado estiver depondo na condição de réu, é inegável que está amparado pelo direito de silêncio e, portanto, não estará obrigado a responder às perguntas que lhe forem feitas. Todavia, em relação às perguntas que digam respeito às imputações que está fazendo, o silêncio alegado deve ser considerado no sentido de se desacreditar a versão incriminatória dos co-réus. Isso porque, aduz o autor, a delação é uma traição premiada, em que o interesse do delator em se ver beneficiado costuma fazer com que ele atribua fatos falsos ou declare sobre acontecimentos que não presenciou. Registre-se que se for arrolado como testemunha, não está protegido pelo direito ao silêncio, devendo responder a todos os questionamentos.

O interrogatório do surdo, mudo e surdo-mudo far-se-á na forma prevista no artigo 192 do Código de Processo Penal:

O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II – ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

LIV e LV) - de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta. Doutrina. Precedentes do STF.” (Grifamos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 94.601. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 24.10.2008).

¹⁷⁰ Interrogatório e Repergunta a Co-réu. **A decisão que impede de forma absoluta que o defensor de um dos réus faça qualquer repergunta a outro réu ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia.** Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, deferiu em parte *habeas corpus* para anular a instrução do processo principal a partir do interrogatório, inclusive, e, em consequência, a condenação do paciente pela prática do crime de associação para o tráfico de drogas entre Estados da Federação (Lei 11.343/2006, art. 35, c/c o art. 40, V). **Ressaltou-se que a nova sistemática processual penal passou a dispor que, após as perguntas formuladas pelo juiz ao réu, podem as partes, por intermédio do magistrado, requerer esclarecimentos ao acusado (CPP, art. 188, com a redação dada pela Lei 10.792/2003).** Consignou-se que, no caso, a impetração demonstrara o prejuízo sofrido pela defesa e que não se resignara com o indeferimento, pelo juízo de 1º grau, do pedido de formulação de reperguntas a co-réu, o que fora registrado e protestado em ata de audiência, sendo suscitada a nulidade ainda em sede de apelação e perante o STJ. Rejeitou-se, por outro lado, a pretensão relativamente ao delito de tráfico de drogas (Lei 11.343/2006, art. 33), porquanto a condenação estaria fundamentada em diversos elementos de prova que não o interrogatório dos réus. Vencido, no ponto, o Min. Marco Aurélio que deferia o *writ* em maior extensão, por reputar que a inobservância da forma prevista no art. 188 do CPP implicaria nulidade, pouco importando as provas posteriores, uma vez que, sendo o defeito precedente às demais provas, as contaminaria. Estenderam-se os efeitos da concessão da ordem ao co-réu. (Grifamos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 101.648-ES. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 11.05.2010).

¹⁷¹ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 592.

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

Vista a forma que irá proceder ao ato do interrogatório, é importante trazer a discussão acerca da sua natureza jurídica material. O clássico debate doutrinário discute, em suma, se o interrogatório seria um meio de prova, um meio de defesa ou um misto de defesa e prova.

Adalberto Aranha¹⁷² considera o interrogatório como um meio de prova, pois colocado no Código entre as provas e como tal considerado pelo julgador ao formular sua convicção. O autor aduz, ainda, que as perguntas podem ser feitas livremente, apenas obedecendo-se às diretrizes do art. 188. Ademais, afirma que o interrogatório pode atuar tanto contra o acusado, no caso da confissão, como em seu favor. Por fim, explica que o silêncio, a recusa em responder às perguntas, pode atuar como um ônus processual (arts. 186 e 191, CPP).

Nessa esteira, Hélio Tornaghi¹⁷³ ensina que o fato do interrogatório ser meio de prova, não impede que o réu se valha dele para se defender. Reconhece que é uma excelente oportunidade para fazer alegações defensivas. Desta forma, conclui que, embora o acusado possa aproveitar-se do ato para defender-se, o objetivo do interrogatório é provar, a favor ou contra.

Já Tourinho Filho¹⁷⁴ sustenta que o interrogatório seria um meio de defesa, na medida em que o artigo 5º, LXIII, CRFB/88 consagrou o direito ao silêncio e, assim, se o acusado pode calar-se, ficando o Juiz obrigado a respeitar o silêncio, erigido à categoria de direito fundamental, não se pode dizer seja o interrogatório um meio de prova. Aduz que se

¹⁷² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 98.

¹⁷³ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 1, p. 363/364.

¹⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 3º vol. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 278/279.

não há lei que obrigue o réu a falar a verdade, é indubitável que o interrogatório (de acordo com o autor melhor seria denominá-lo *declaração*) é meio de defesa e não de prova¹⁷⁵.

Não obstante os argumentos acima expendidos, ainda é preciso mencionar que há defensores da tese de que o interrogatório teria uma natureza jurídica híbrida, ou seja, seria tanto um meio de defesa como um meio de prova. Nesse diapasão, Fernando Capez¹⁷⁶ ensina que:

O Código de Processo Penal, ao tratar do interrogatório do acusado no capítulo concernente à prova, fez clara opção por considerá-lo verdadeiro *meio de prova*, relegando a segundo plano sua natureza de meio de autodefesa do réu (Francisco Campos, Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item VII). Entretanto, a doutrina mais avisada, seguida pela jurisprudência mais sensível aos novos postulados ideológicos informativos do processo penal, tem reconhecido o interrogatório como *meio de defesa*, i. e., como ato de concretização de um dos momentos do direito de ampla defesa, constitucionalmente assegurado, qual seja, o direito de auto-defesa, na espécie de audiência. Desse modo, tem prevalecido a natureza mista do interrogatório, sendo aceito como meio de prova e de defesa.

Para Damásio Evangelista de Jesus¹⁷⁷, o interrogatório é meio de defesa e, secundariamente, meio de prova. Aduz o autor que preponderantemente o ato tem o caráter de meio de defesa. No entanto, o fato do seu conteúdo poder ser utilizado como elemento na formação da convicção do julgador, lhe outorga, secundariamente, a característica de meio de prova.

O que deve ser levado em conta é a preponderância do caráter defensivo, mas sem excluir totalmente a possibilidade de utilização do interrogatório como meio de prova, na medida em o juiz é livre no seu convencimento, desde que motive sua decisão (sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional).

¹⁷⁵ Nos Estados Unidos se o réu quiser manter-se calado, respeitar-se-á esse direito, mas se for vontade sua prestar esclarecimentos, sujeitar-se-á ao compromisso. Seu defensor lhe formula perguntas (direct examination) e a seguir a acusação (cross examinaion). Se faltar com a verdade, haverá perjúrio. Entre nós, não. O réu, se quiser ser interrogado, poderá mentir à vontade. Nada lhe acontece, salvo se fizer uma auto-acusação falsa. (TOURINHO FILHO. *op. cit.*, p. 278 e 279).

¹⁷⁶ CAPEZ. *op. cit.*, p. 333.

¹⁷⁷ JESUS. *op. cit.*, p. 177.

O argumento ganha força com o advento da Lei 11.719/08 que colocou o interrogatório como último ato da instrução, deixando evidente o caráter defensivo desse ato. Com essa remodelação do procedimento, portanto, apenas após a colheita de todas as provas é que será realizado o interrogatório que antes era o primeiro ato da instrução, demonstrando claramente prejuízo à defesa, pois não se sabia quais provas seriam utilizadas contra o acusado, prejudicando a sua linha de argumentação defensiva.

Valer dizer que, conforme dispõe o artigo 196 do Código de Processo Penal, o juiz pode repetir o interrogatório a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer das partes. Essa regra perdeu um pouco o valor, na medida em que o interrogatório será, obrigatoriamente, o último ato da instrução criminal.¹⁷⁸

Questão atual, que vem sendo debatida na doutrina, refere-se à constitucionalidade do interrogatório por videoconferência (tele-interrogatório, interrogatório on-line ou virtual). Entende-se por videoconferência a tecnologia que reúne duas ou mais pessoas, através de imagem em tempo real e voz, sem que elas estejam fisicamente no mesmo lugar¹⁷⁹.

Segundo Amorim¹⁸⁰, a idéia do interrogatório por videoconferência surgiu para permitir que o Magistrado, acompanhado do Promotor de Justiça e de Defensor do réu, realize o interrogatório da sala de audiências do fórum, enquanto o acusado, preso, permaneceria na sede da carceragem onde se encontra, contando com a assistência de outro defensor no local. Isso seria realizado por meio de sistemas e equipamentos próprios de captação de áudio e imagem, que garantiriam a identificação dos presentes em cada sala, possibilitando a comunicação em tempo real através de software específico e conexões via rede e assegurados

¹⁷⁸ A oitiva de testemunhas por carta precatória ou rogatória não influi na ordem com que devem ser ouvidas as demais testemunhas (logo, não há inversão). Contudo, o interrogatório deve, efetivamente, ser o último ato. Dessa forma, não poderá ser realizado enquanto não retornarem todas as cartas precatórias expedidas. (LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. II*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198).

¹⁷⁹ AMORIM, Luciana Magalhães Oliveira. *Interrogatório por videoconferência*. Evolução tecnológica no meio forense. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1804, 9 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11350>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

¹⁸⁰ *Ibid.*

a nitidez das imagens com possibilidade de zoom, o uso de telas amplas de alta definição, o sincronismo áudio-vídeo, o controle da câmera remoto pelo magistrado, e a gravação em mídia adequada, a ser anexada aos autos para posterior consulta.

É imprescindível que ao ser iniciada a audiência, sejam feitos os esclarecimentos sobre a operacionalidade do sistema, bem como a checagem do regular funcionamento da aparelhagem. Além disso, é assegurado à defesa técnica telefone digital, em linha direta, exclusiva e confidencial com o interrogado, podendo orientá-lo em tempo real e reservadamente¹⁸¹.

Desta forma, o réu preso não necessitaria ser transportado até a sede do juízo para a audiência de interrogatório, mas apenas seria conduzido à sala especial no local onde se encontra detido, e de lá seria diretamente questionado pelo juiz acerca das imputações que lhe são feitas¹⁸².

Para os defensores do interrogatório *on line*, isso significaria redução de gasto público com o transporte do preso para a sede do fórum, economia de combustível e manutenção de viaturas, bem como a desnecessidade de movimentação dos presos pelas ruas, evitando “resgates” que colocam em risco a segurança da população. Ademais, seria viável transferir, imediatamente, centenas de policiais, que fariam as escoltas dos acusados, para policiamento ostensivo nas ruas otimizando e maximizando a vigilância¹⁸³. É possível incluir que poderia ser benéfico para o próprio preso que, por vezes, fica aguardando o início da audiência por horas, sem alimentação¹⁸⁴.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório por sistema de videoconferência*. Revista TRF-3ª Região. São Paulo, nº 68, p. 13-23, nov-dez 2004. p. 18/20.

¹⁸⁴ Aury Lopes Jr., em crítica ao interrogatório *on line*: “O primeiro preso submetido a interrogatório virtual em São Paulo (setembro de 2002) concordou em participar do ato sem oferecer qualquer resistência. Depois, contudo, descobriu-se o verdadeiro motivo de tamanha boa vontade, quando ele declarou à imprensa: *antes a gente saía para ser interrogado e passava o dia inteiro sem alimentação* (e, provavelmente, algemado e com as mãos nas costas, por horas a fio)”. (LOPES Jr. *op. cit.*, p. 596).

Foi a Lei 11.900/09 que introduziu no artigo 185 do Código de Processo Penal a previsão do interrogatório por videoconferência, sendo mister a sua transcrição, neste momento:

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§ 1º O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, 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. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

Antes da citada lei, o interrogatório *on line* foi rechaçado pelo STF por ofensa ao devido processo legal. O Ministro Cezar Peluzo, como relator do HC 88.914/SP¹⁸⁵, explicitou o direito de presença e de audiência do acusado, como corolários da ampla defesa constitucional, bem como a natureza de meio de defesa do interrogatório. Esclareceu que não existia, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão legal para a realização do interrogatório por videoconferência. Aduziu, ainda, que mesmo que houvesse lei disciplinando-o, a decisão determinando essa forma de interrogatório, deveria ser suficientemente motivada,

¹⁸⁵ Informativo nº 476, STF: Interrogatório por Videoconferência – 1. A Turma deferiu *habeas corpus* impetrado em favor de paciente cujo interrogatório fora realizado por videoconferência, no estabelecimento prisional em que recolhido, sem que o magistrado declinasse as razões para a escolha desse sistema. Na espécie, o paciente não fora citado ou requisitado para se defender, mas apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no mesmo dia em que o interrogatório acontecera. Por ocasião da defesa prévia, pleiteara-se a nulidade do interrogatório e, em consequência, a realização de outro, na presença do juiz. O pedido restara indeferido e o paciente, condenado, apelara da sentença e, em preliminar, reiterara a nulidade do feito. Sem sucesso, a defesa impetrara idêntica medida no STJ, denegada, ao fundamento de que o interrogatório mediante teleconferência, em tempo real, não ofenderia o princípio do devido processo legal e seus consectários, bem como de que não demonstrado o prejuízo. Entendeu-se que o interrogatório do paciente, realizado — ainda na vigência da redação original do art. 185 do CPP — por teleaudiência, estaria eivado de nulidade, porque violado o seu direito de estar, no ato, perante o juiz.

Interrogatório por Videoconferência – 2. Inicialmente, aduziu-se que a defesa pode ser exercitada na conjugação da defesa técnica e da autodefesa, esta, consubstanciada nos direitos de audiência e de presença/participação, sobretudo no ato do interrogatório, o qual deve ser tratado como meio de defesa. Nesse sentido, asseverou-se que o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) pressupõe a regularidade do procedimento, a qual nasce da observância das leis processuais penais. Assim, nos termos do Código de Processo Penal, a regra é a realização de audiências, sessões e atos processuais na sede do juízo ou no tribunal onde atua o órgão jurisdicional (CPP, art. 792), não estando a videoconferência prevista no ordenamento. E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-la deveria ser motivada, com demonstração de sua excepcional necessidade no caso concreto, o que não ocorrera na espécie. Ressaltou-se, ademais, que o projeto de lei que possibilitava o interrogatório por meio de tal sistema (PL 5.073/2001) fora rejeitado e que, de acordo com a lei vigente (CPP, art. 185), o acusado, ainda que preso, deve comparecer perante a autoridade judiciária para ser interrogado. Entendeu-se, no ponto, que em termos de garantia individual, o virtual não valeria como se real ou atual fosse, haja vista que a expressão “perante” não contemplaria a possibilidade de que esse ato seja realizado on-line. Afastaram-se, ademais, as invocações de celeridade, redução dos custos e segurança referidas pelos favoráveis à adoção desse sistema. Considerou-se, pois, que o interrogatório por meio de teleconferência viola a publicidade dos atos processuais e que o prejuízo advindo de sua ocorrência seria intuitivo, embora de demonstração impossível. Concluiu-se que a inteireza do processo penal exige defesa efetiva, por força da Constituição que a garante em plenitude, e que, quando impedido o regular exercício da autodefesa, em virtude da adoção de procedimento sequer previsto em lei, restringir-se-ia a defesa penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 88.914-SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicado no DOU de 05.10.2007).

demonstrando a plena e excepcional necessidade diante de peculiaridades do caso concreto. Ademais, o Ministro ressaltou que desde 2003, com a Lei 10.792, na impossibilidade de o réu preso ser conduzido ao fórum, é o magistrado que deve se deslocar até o local onde está localizado o acusado para interrogá-lo.

Com a edição da Lei 11.900/09, passou-se a existir no ordenamento jurídico brasileiro previsão legal para a realização do interrogatório *on line*, ainda que de maneira excepcional. Percebe-se que a paradigmática decisão no mencionado *habeas corpus*, foi levada em conta pelo legislador, na medida em que a possibilidade da realização do ato por meio de videoconferência existe, mas é excepcional, como se extrai facilmente da leitura do parágrafo 2º do artigo 185 do Diploma Processual Penal, que inicia sua redação com “Excepcionalmente, [...]”.

Além disso, é mister ressaltar que desde 2003, com a Lei 10.792, a regra para o interrogatório do réu preso é que ocorra no local onde o acusado se encontra recluso, isto é, o juiz e as partes vão até o presídio para a realização do ato processual.¹⁸⁶ Como ensina Geraldo Prado¹⁸⁷, “se as partes tradicionalmente têm o direito de serem ouvidas pelo juiz – é dito que têm direito ao seu dia na corte – o juiz passa a ter o direito (ou dever, diríamos nós?!) ao seu dia na prisão: *one day in jail*”.

Veja que a redação originária do parágrafo 1º do artigo 185 já dizia que:

Art. 185. [...] §1º O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal.

Logo, denota-se, desde 2003, a necessidade de observância da regra do *one day in jail* e, na impossibilidade de segurança na sua realização, na época, o interrogatório deveria ser realizado nos moldes tradicionais.

¹⁸⁶ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 594.

¹⁸⁷ PRADO. *op. cit.*, p. 276.

Atualmente, permanece a regra do juiz se deslocar até o presídio, prevista no parágrafo 1º do mencionado artigo, porém há a possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência, nos termos do parágrafo 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal. De acordo com o parágrafo 7º do referido artigo, será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar no estabelecimento em que o réu encontra-se recolhido, nem por meio da videoconferência. Assim, pela lei processual penal, o interrogatório de réu preso, na sede do fórum, só ocorrerá na impossibilidade de o juiz se deslocar ao estabelecimento prisional ou de realizá-lo por meio de videoconferência.

Todavia, a questão não é simplória e há quem sustente a inconstitucionalidade do interrogatório *on line*, por entendê-lo como violador de direitos e garantias constitucionais da pessoa do acusado. Isso porque, a ampla defesa constitucional, prevista no artigo 5º, LV, CRFB/88, engloba a defesa técnica e a autodefesa. A primeira, como define Amorim¹⁸⁸, é aquela que o acusado é defendido por profissional habilitado, seja ele defensor constituído, dativo ou *ad hoc*, sendo esta uma defesa obrigatória.

A autodefesa, por sua vez, consubstancia-se no direito de audiência e no direito de presença. O primeiro, nas palavras de Antonio Scarance Fernandes¹⁸⁹, traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o interrogatório. Já o direito de presença manifesta-se pela oportunidade do acusado tomar posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, isto é, o réu tem o direito de estar presente durante todos os atos instrutórios.

Na visão de Aury Lopes Jr.¹⁹⁰ o direito de defesa é ferido de morte no interrogatório *on line*. Aduz que a Convenção Americana de Direitos Humanos; o Pacto de São José da Costa Rica prevê no art. 7º. 5 que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem

¹⁸⁸ AMORIM, Luciana Magalhães Oliveira. *Interrogatório por videoconferência. Evolução tecnológica no meio forense*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1804, 9 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11350>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

¹⁸⁹ FERNANDES. *op. cit.*, p. 252.

¹⁹⁰ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 594/595.

demora, à presença de um juiz. O autor argumenta, ainda, no sentido de que o interrogatório por videoconferência acaba com o mínimo de humanidade que o processo deve guardar.

É nessa esteira que René Ariel Dotti¹⁹¹ afirma que:

Todas as observações críticas deságuam na convicção alimentada pela visão humanista do processo penal: a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e, muito menos, o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente.

Guilherme de Souza Nucci¹⁹² compartilha do entendimento asseverando que não importa o que o réu irá dizer ao magistrado, mas é imprescindível que ele tenha o direito de encontrar pessoalmente o juiz, diante da possibilidade de realizar uma denúncia de maus tratos das autoridades, eventual pressão que esteja sofrendo, “sentir” a posição do juiz para saber se vale confessar ou não, entre outras tantas possibilidades. O autor conclui que retirar esse direito do acusado, colocando-o em contato com o juiz por meio virtual, frio e distante, sem razão especial (a não ser comodidade) é ferir de morte os princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Vale a transcrição do argumento trazido por Sérgio Marcos de Moraes Pitombo¹⁹³, no sentido de que:

O interrogatório que, para o acusado, se faz em estabelecimento prisional, não acontece com total liberdade. Ele jamais terá suficiente serenidade e segurança, ao se ver interrogar na carceragem - ou outro lugar, na Cadeia Pública. Estará muito próximo ao carcereiro, ao "chefe de raio", ao "xerife de cela", ao co-imputado preso, que, contingentemente, deseje delatar. O interrogado poderá, também, ser um "amarelo"; ou se ter desentendido com alguma quadrilha interna e, assim, perdido a paz, no cárcere. Em tal passo, o primeiro instante do exercício do direito de defesa, no processo, ou autodefesa torna-se reduzida. O inculpado não será, pois, ouvido, de forma plena (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República). Tais aspectos - que não esgotam o tema - forcem ponderada análise. A existência e

¹⁹¹ DOTTI, René Ariel. *O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 34, nº 134. p. 273. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/244>>. Acesso em: 12.nov.2010.

¹⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da Confissão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. p. 234/235.

¹⁹³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório à distância*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 8, nº 93, agosto 2000. p. 01/02.

reconhecimento de direito individual implica dever de abstenção de quaisquer dos Poderes do Estado, em feri-lo. Cabe, ainda, recordar o que todos sabem: a função específica do Poder Judiciário é solucionar conflitos, tutelando a liberdade jurídica, e não socorrer o Poder Executivo, em suas falhas e omissões.

O Ministro Cezar Peluzo, no voto proferido no HC 88914/SP traz uma lição interessante dizendo que “mais do que modo de ver e ouvir, o interrogatório é evento afetivo, no sentido radical da expressão. Assim como em sessão psicanalítica, é fundamental a presença física dos participantes em ambiente compartilhado”.

Viu-se, portanto, que a questão referente à realização do interrogatório por meio de videoconferência está longe de ser aceita por parcela da doutrina, diante do direito de presença, corolário da autodefesa, que compõe a ampla defesa constitucional, além dos benefícios que esse direito de presença traz para o acusado preso, além do argumento humanístico. Deve-se aguardar o posicionamento dos Tribunais Superiores após a edição da Lei 11.900/09, sendo certo de que, se declarado constitucional, sem dúvida será medida excepcional.

No interrogatório, como visto, o acusado poderá valer-se do seu direito ao silêncio, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo ou importe em confissão. Contudo, o acusado pode optar por relatar ao juiz a sua versão dos fatos que lhe são imputados e realizar a confissão, que é tratada nos artigos 197 a 200 do Código de Processo Penal.

Como bem colocado por Rômulo de Andrade Moreira¹⁹⁴, a confissão já foi considerada a “rainha das provas” (*regina probationum*), possuindo valor absoluto quando o acusado confessava ter cometido um delito, sendo certo que hoje seu valor probatório é relativo, nos termos do artigo 197 do Código de Processo Penal, devendo ser corroborada por outros meios de prova também admitidos e avaliada em conformidade com o sistema do livre convencimento motivado. O autor assevera, no passado, eram legítimos, para conseguir a

¹⁹⁴ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Da Confissão no Processo Penal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B1813C1FD-8558-4EAD-8B61-5F49A4D89156%7D_026.pdf>. Acesso em: 12.nov.2010.

confissão, métodos verdadeiramente desumanos, como a tortura e assim, como reação (e por razões eminentemente humanitárias), muitos passaram a pregar uma posição diametralmente oposta e radicalmente concebida: o desvalor absoluto da confissão, negando-lhe legitimidade como meio de prova, taxando-a de imoral e cruel, sob o argumento de que feria a própria natureza humana o admitir-se a própria culpa; haveria, portanto, uma impossibilidade moral na confissão

Aury Lopes Jr.¹⁹⁵ observa que a própria Exposição de motivos do CPP, ao falar sobre provas, diz categoricamente que a “confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra”. Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁹⁶.

Nada mais correto que a relatividade emprestada à confissão, uma vez que várias circunstâncias pessoais podem levar alguém a confessar uma infração penal sem que tenha sido seu verdadeiro autor. Tourinho Filho¹⁹⁷, por exemplo, enumera algumas delas: 1) desejo de morrer (no caso de ser prevista a pena de morte); 2) debilidade mental; 3) vantagem pecuniária; 4) relevante valor moral ou social; 5) fanatismo religioso (autopunição); 6) ocultação de delitos mais graves (álibi); 7) desejo de proteção estatal (segurança, alimentação, etc.).

A confissão deve ser, portanto, analisada no contexto probatório e somente deverá ser valorada se foi realizada com plena liberdade e autonomia do réu, isso quer dizer, que ele tenha sido informado e tenha compreendido substancialmente seus direitos constitucionais.

¹⁹⁵ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 598.

¹⁹⁶ [...] Se o processo penal busca, por intermédio do conjunto probatório dos autos, a apuração da verdade real, **a confissão do Apelado, por si só, não pode ser o único meio de prova a embasar um juízo de censura, mostrando-se necessário confrontá-la com as demais provas existentes no processo.** [...] (Grifamos). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 2009.050.00906. Relator: Des. Maurílio Passos da Silva Braga. Julgado em 19.05.2009).

¹⁹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 283.

Ademais, a confissão para valer como prova deve ser feita em juízo (jurisdicionalizada) e, ainda, o réu deve ter sido assistido por defensor técnico¹⁹⁸.

Rômulo de Andrade Moreira¹⁹⁹ atesta que

Grande parte da doutrina identifica e admite a chamada confissão implícita ou tácita, quando, por exemplo, o acusado repara o dano causado pela infração penal ou pratica qualquer outro ato que enseje concluir pela veracidade da imputação. O comportamento do réu em relação à vítima e ao dano causado pelo delito indicaria que ele teria sido o autor da infração penal, ainda que assim não o declarasse expressamente. No entanto, a confissão implícita deve ser vista com muita cautela, admitindo-a apenas como mero indício, pois, como adverte Mittermaier, “*muitas vezes vê-se um homem inocente fazer um sacrifício de dinheiro para tirar-se de uma posição embaraçosa, para evitar uma denúncia que, embora não fundada, pode-lhe causar um grave prejuízo*”.

A confissão pode ser simples, complexa ou qualificada. A primeira é aquela que o acusado simplesmente assume o cometimento da infração penal. Na confissão complexa, o acusado assume a prática do fato criminoso que lhe está sendo imputado e, ainda, assume outros fatos e/ou incrimina outros autores ou partícipes (chamada de co-réu). Já na denominada confissão qualificada, o réu, igualmente, assume a ocorrência do fato, porém alega em seu benefício uma causa excludente da tipicidade, da ilicitude ou da culpabilidade, ou ainda, qualquer outra circunstância que lhe beneficie²⁰⁰.

O artigo 198 do Código de Processo Penal, conforme as lições de Aury Lopes Jr., deve ser lido à luz do direito constitucional ao silêncio e em conformidade com a estrutura do devido processo. Assim, para o autor, é substancialmente inconstitucional a última parte do dispositivo quando afirma que o silêncio do acusado “poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

O artigo 200 do Diploma Processual Penal prevê que “a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em

¹⁹⁸ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 598.

¹⁹⁹ MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Da Confissão no Processo Penal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B1813C1FD-8558-4EAD-8B61-5F49A4D89156%7D_026.pdf>. Acesso em: 12.nov.2010.

²⁰⁰ *Ibid.*

conjunto”. Isso significa que a confissão feita anteriormente (normalmente em sede policial) pode ser objeto de retratação pelo acusado em juízo. No que tange à divisibilidade, significa que o juiz pode, ao julgar, levar em conta apenas uma parte da confissão, desprezando outra, por exemplo, aceitar a confissão de um homicídio e não se convencer quanto à admissão da lesão corporal também imputada, em concurso material, ao réu²⁰¹.

Por fim, vale dizer que, diferentemente do Processo Civil, no Processo Penal não há a denominada confissão ficta, ou seja, não existe no Código de Processo Penal disposição similar àquela contida no artigo 285 do Código de Processo Civil, segundo a qual “não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor”²⁰².

3.7 A OITIVA DO OFENDIDO.

Como bem colocado por Aury Lopes Jr.²⁰³, desenhar o papel do ofendido²⁰⁴ no processo penal sempre foi uma tarefa das mais trabalhosas. Isso porque, de um lado, é possível que ele esteja contaminado por interesses negativos, tais como a vingança, sendo possível que ocorra vícios processuais insuperáveis. Por outro lado, não é possível deixá-lo ao desabrigo e negar valor ao que se sabe.

É de se ressaltar que o ofendido não é (e nem poderia, diante dos seus sentimentos humanos) considerado como testemunha e, assim, possui tratamento diferenciado. Isso quer dizer que ele não está compromissado em dizer a verdade e tampouco poderá ser responsabilizado pelo delito de falso testemunho, porém é possível a ocorrência do delito de

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 599.

²⁰⁴ “No Código Penal e no Código de Processo Penal brasileiros, encontramos os termos vítima, ofendido e lesado várias vezes e até indistintamente. Entretanto, a doutrina usa a terminologia vítima para designar aquele que o foi nos crimes contra a pessoa; já o termo ofendido, nos crimes contra a honra e contra os costumes e, por fim, lesado, nos crimes contra o patrimônio”. Optou-se por se referir ao ofendido, pois foi esse o termo escolhido pelo legislador processual penal ao tratar da oitiva do sujeito passivo do delito. (CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. *Vitimização e Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/36517>>. Acesso em: 25.mai.2011).

denúncia caluniosa previsto no artigo 399 do Código Penal, conforme o caso. Ademais, por óbvio, não será computado no limite numérico das testemunhas.

A Lei 11.690/08 alterou o artigo 201 do Diploma Processual Penal que passou a contar com seis parágrafos:

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Infere-se, pois, pela redação do parágrafo 1º do citado artigo, que o ofendido não pode negar-se a comparecer para depor, sob pena de condução. É possível, no entanto, que peça para que o réu seja retirado da sala de audiências no momento em que for depor, se a presença daquele influir no seu estado de ânimo, sendo aplicado o artigo 217, do Código de Processo Penal por analogia (aplica-se também, por analogia, o disposto nos artigos 220 a 225 do mesmo Código).²⁰⁵

Inovação trazida pelo parágrafo 2º supramencionado diz respeito à comunicação dos atos processuais relativos à prisão ou liberdade do acusado, independentemente de

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 600.

habilitação. O juiz, portanto, deve comunicar tais atos ao ofendido, independentemente de ele estar ou não habilitado nos autos como assistente de acusação. Além disso, o juiz deve tomar as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, na forma determinada pelo parágrafo 6º do artigo em análise, para evitar a exposição dele aos meios de comunicação. Deve frisar-se que se trata de típico caso de segredo no plano externo, cujo objetivo é limitar a publicidade abusiva e o espetáculo dos meios de comunicação.²⁰⁶

O juiz deve ser cauteloso no valor probatório a ser dado à oitiva do ofendido, na medida em que ele está contaminado pelas circunstâncias do caso penal. Isso pode ser benéfico para o acusado, por exemplo, por temor, ou pode ser maléfico, por simples questão de vingança ou outro interesse escuso. Ademais, não há compromisso de dizer a verdade, o que faz com que a atenção do juiz seja redobrada ao proceder à oitiva. Em princípio, apenas a palavra do ofendido não pode justificar uma condenação, devendo ser cotejada com outras provas produzidas nos autos.²⁰⁷

Contudo, como ressalvado por Aury Lopes Jr., a jurisprudência brasileira admite a condenação com base apenas na palavra do ofendido em casos excepcionais, nos crimes praticados na clandestinidade, tais como crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça e crimes sexuais. Isso ocorre porque a prática de tais delitos ocorre às escondidas e pouco resta em termos de prova. Nesse caso, caberá ao juiz avaliar a palavra harmônica e coerente do ofendido, bem como a ausência de motivos que indiquem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (se houver, ainda que mínimo).²⁰⁸

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 600/601.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 601.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 601/602.

4) O JUIZ DAS GARANTIAS.

Antes de ser realizada a análise da figura do Juiz das Garantias no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, é mister destacar alguns pontos relevantes acerca da conduta de um magistrado, que deve sempre observar diversos princípios, que, por vezes, são ignorados pela pessoa física investida de jurisdição e que, conforme Pontes de Miranda²⁰⁹, apresenta²¹⁰ o Estado.

4.1 A CONDUTA DO JUIZ. PRINCÍPIOS ÉTICOS.

Em 2008, o Conselho Nacional de Justiça editou o Código de Ética da Magistratura Nacional, por considerá-lo instrumento essencial para os juízes incrementarem a confiança da sociedade em sua autoridade moral, além de traduzir compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça e, assim, mecanismo para fortalecer a legitimidade do Poder Judiciário. Além disso, considerou o fato de que é fundamental para a magistratura brasileira cultivar princípios éticos, pois lhe cabe também função educativa e exemplar de cidadania em face dos demais grupos sociais. Ademais, notou a necessidade de minudenciar os princípios erigidos na Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN), que veda ao magistrado procedimento

²⁰⁹ CAMATA, Tiago. *A concreção da pessoa jurídica no discurso de Pontes de Miranda: reflexão sobre a metamorfose sujeito-pessoa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7246>>. Acesso em: 22.fev. 2011.

²¹⁰ Presentar difere de Representar. Representar pressupõe dois sujeitos, quais sejam, um Representante e um Representado. Presentar é uma relação orgânica, isto é, a pessoa física faz o Estado presente no ato. Assim, quando, por exemplo, o juiz age, é o Estado em si que está atuando. (FUREGATTO, Camilla. *Qual a Diferença entre Representação e Apresentação?* Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/noticias/101400/qual-a-diferenca-entre-representacao-e-presentacao-camilla-furegatto>. Acesso em: 22.fev.2011).

incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções²¹¹ e comete-lhe o dever de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular²¹².

O Código de Ética da Magistratura Nacional prevê expressamente os princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da dedicação, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro. Neste ponto do trabalho, serão destacados os princípios da cortesia, da integridade pessoal e profissional, da dedicação, da prudência e da transparência.

Inicialmente, merece ser enfatizado o princípio da cortesia, expressamente previsto nos artigos 22 e 23, do Código de Ética da Magistratura Nacional e que se traduz no tratamento cortês que o magistrado deve dirigir aos colegas, aos membros do Ministério Público, aos advogados, aos servidores, às partes, às testemunhas e a todos quantos se relacionem com a administração da Justiça²¹³.

Ademais, também está compreendida no princípio da cortesia a necessidade de o magistrado se utilizar de linguagem escorreita, polida, respeitosa e compreensível²¹⁴, bem como a obrigação de não haver afronta ao respeito e consideração pelos correicionados, quando no exercício da atividade disciplinar, correicional e fiscalizatória²¹⁵.

²¹¹ LOMAN – Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: [...] II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; (BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 16.abr.2011.).

²¹² LOMAN – Art. 35 - São deveres do magistrado: [...] VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular. (BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 16.abr.2011.).

²¹³ BRASIL. Artigo 22 do Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

²¹⁴ BRASIL. Art. 22, parágrafo único do Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

²¹⁵ BRASIL. Artigo 23 do Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

É importante, do mesmo modo, fazer menção ao princípio da transparência, previsto nos artigos 10 a 14 do Código de Ética da Magistratura Nacional, que ratifica a necessidade da publicidade dos atos praticados pelos magistrados, excetuados os casos de sigilo previstos em lei, trazendo, ainda, a noção de colaboração para com os órgãos de controle e de aferição do desempenho profissional dos mesmos.

Além disso, o princípio compreende o fato de o magistrado, sempre observando a possibilidade do segredo de justiça, informar ou mandar informar aos interessados acerca dos processos sob sua responsabilidade, de forma útil, compreensível e clara e, ainda, na relação com os meios de comunicação social, o dever de se comportar de forma prudente e equitativa, velando para que não sejam prejudicados direitos e interesses legítimos de partes e seus procuradores, bem como o dever de se abster de emitir opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos, sentenças ou acórdãos, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, doutrinária ou no exercício do magistério. Isso porque, os comportamentos que impliquem a busca injustificada e desmesurada por reconhecimento social, mormente a autopromoção em publicação de qualquer natureza precisam ser evitados.²¹⁶

Outro princípio que merece realce é o da dedicação, previsto no artigo 21 do Código de Ética da Magistratura Nacional, que prevê o dever de o magistrado não assumir encargos ou contrair obrigações que perturbem ou impeçam o cumprimento apropriado de suas funções específicas, ressalvadas as acumulações permitidas constitucionalmente, sendo sempre necessário priorizar a atividade judicial, dispensando-lhe efetiva disponibilidade e dedicação. Insta ressaltar que, no exercício do magistério, acumulação permitida constitucionalmente, o professor deverá ter conduta adequada à sua condição de juiz, na medida em que o Código

²¹⁶ BRASIL. Artigos 10 a 14 do Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

entende que aos olhos de alunos e da sociedade, o magistério e a magistratura são indissociáveis, e faltas éticas na área do ensino refletirão necessariamente no respeito à função judicial.²¹⁷

O princípio da prudência também está previsto no Código de Ética da Magistratura Nacional, que em seu artigo 24 define como magistrado prudente aquele que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável. Aliás, o magistrado deve agir com cautela quando proferir decisões, tendo em vista às conseqüências que pode provocar e, ainda, deve manter atitude aberta e paciente para receber argumentos ou críticas lançados de forma cortês e respeitosa, podendo confirmar ou retificar posições anteriormente assumidas nos processos em que atua.²¹⁸

Por fim, o princípio da integridade pessoal e profissional também é de observância obrigatória pelo magistrado que deverá comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função jurisdicional, uma vez que deve ter em mente que o exercício da judicatura impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral. É de se notar que o mencionado princípio busca a confiança dos cidadãos na judicatura e que, assim, o magistrado deve recusar quaisquer benefícios ou vantagens de ente público, de empresa privada ou de pessoa física que possam comprometer sua independência funcional, bem como lhe é vedado usar para fins privados, sem autorização, os bens públicos ou os meios disponibilizados para o exercício de suas funções e, ainda, precisa adotar as medidas

²¹⁷ BRASIL. Artigo 21 do Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

²¹⁸ BRASIL. Artigos 24 a 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

necessárias para evitar que possa surgir qualquer dúvida razoável sobre a legitimidade de suas receitas e de sua situação econômico-patrimonial.²¹⁹

Diante dos princípios realçados, percebe-se que a sociedade espera do magistrado um comportamento exemplar; uma conduta digna de ser admirada. Tais princípios buscam nortear a vida, tanto profissional quanto pessoal, da pessoa física que exercerá a jurisdição e irá apresentar o Estado, mas que nunca deixará de ser sujeito humano e, por isso, passível de erros.

4.2 ANÁLISE DA FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ANTEPROJETO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

O anteprojeto²²⁰ de reforma do Código de Processo Penal traz, no Livro I, Título II, Capítulo II, artigos 15 a 18, a figura do Juiz das Garantias, no intuito de consolidar o sistema acusatório desenhado pela Constituição da República de 1988, conforme se extrai do item III da exposição dos motivos do mencionado anteprojeto, coordenado pelo Ministro Hamilton Carvalhido e tendo como relator Eugênio Pacelli de Oliveira.

De acordo com a exposição dos motivos do anteprojeto, a inovação não se limita a trazer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais, uma vez que o Juiz das Garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, isto é, ele deverá ser o garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias constitucionais dos acusados na fase pré-processual.

É de se ressaltar, ainda, que o deslocamento dessa competência para um órgão jurisdicional com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, haja vista que a proteção da intimidade, da privacidade e da honra, direitos da

²¹⁹ BRASIL. Artigos 15 a 19 do Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

²²⁰ BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.

personalidade indisponíveis e previstos na Carta Magna, exige um exame precavido acerca da necessidade de medida cautelar que autorize o tangenciamento de tais direitos individuais. As mencionadas estratégias são: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, 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.

Isso se explica pelo fato de que o juiz que tem contato com os atos de investigação, produzidos, em regra, com ausência de contraditório, pode ter a sua imparcialidade, que é princípio supremo do processo penal acusatório, comprometida, influenciando no julgamento do mérito. Com isso, afirma Aury Lopes Jr.²²¹, evita-se a contaminação e garante-se que a valoração probatória recairá exclusivamente sobre aqueles atos praticados na fase processual e com todas as garantias.

O relatório do Senador José Renato Casagrande do PSB do Espírito Santo é esclarecedor da noção do chamado Juiz das Garantias:

A ideia é garantir ao juiz do processo ampla liberdade crítica em relação ao material colhido na fase de investigação. O raciocínio é o seguinte: o juiz que atua no inquérito, seja mantendo o flagrante ou decretando a prisão preventiva do investigado, seja autorizando a quebra dos dados resguardados por sigilo constitucional, incluindo a interceptação das conversas telefônicas, seja permitindo técnicas invasivas como a infiltração de agentes, pois bem, esse juiz tende, cedo ou tarde, a assumir a perspectiva dos órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público). Por isso, para que o processo tenha respeitado o equilíbrio de forças e assegurada a imparcialidade do magistrado, seria melhor, na ótica do PLS nº 156, de 2009, separar as duas funções. Além do mais, como teríamos um juiz voltado exclusivamente para a investigação, estima-se que isso se traduza em maior especialização e, portanto, ganho de celeridade. Com efeito, a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal e alcança todas as infrações penais (art. 16), ressalvadas as de menor potencial ofensivo, que seguem o rito dos juizados especiais. Todavia, é preciso ter claro que o juiz das garantias difere do juiz das varas de inquérito policial, hoje instituídas em algumas capitais, como São Paulo e Belo Horizonte. É que o juiz das garantias deve ser compreendido na estrutura do modelo acusatório que se quer adotar. Por conseguinte, o juiz das garantias não será o gerente do inquérito policial, pois não lhe cabe requisitar a abertura da investigação tampouco solicitar diligências à autoridade policial. Ele agirá

²²¹ LOPES Jr. *op. cit.*, p. 288.

mediante provocação, isto é, a sua participação ficará limitada aos casos em que a investigação atinja direitos fundamentais da pessoa investigada. O inquérito tramitará diretamente entre polícia e Ministério Público. Quando houver necessidade, referidos órgão dirigir-se-ão ao juiz das garantias. Hoje, diferentemente, tudo passa pelo juiz da vara de inquéritos policiais.

O anteprojeto evidencia o fato de que o inquérito policial é destinado ao acusador, para que este forme a sua *opinio delicti*, porque afirma, na exposição de motivos, que a investigação se destina a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação e não serve e não se dirige ao Judiciário, não havendo razão para o controle judicial da mesma, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. Nesse caso, frise-se, o curso da investigação deverá sempre ser acompanhado pelo Juiz das Garantias, não como controlador da qualidade ou do conteúdo dos atos investigatórios a serem colhidos, mas como fiscal do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal e garantidor dos direitos e garantias individuais do acusado.

Percebe-se, como salientado por Jacinto Coutinho²²², que se procura acabar com a sobreposição de funções entre o órgão jurisdicional e aquele acusador, prestigiando o sistema acusatório e, conseqüentemente, o princípio da imparcialidade do julgador, sendo certo de que o Juiz das Garantias não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais²²³.

²²² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.); COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Novo Processo Penal á Luz da Constituição - Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 06.

²²³ Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
- IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

Vale dizer que a competência do Juiz das Garantias abrangerá todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessará com a propositura da ação penal e, a partir daí, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. Ademais, as decisões proferidas pelo Juiz das Garantias não vincularão o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, sendo certo de que os autos que compuserem as matérias submetidas à apreciação do Juiz das Garantias serão juntados aos autos do processo²²⁴.

Serão as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal que designarão o Juiz das Garantias e, insta destacar, que o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do artigo 15 ficará impedido de funcionar no processo²²⁵.

Caberá ao Juiz das Garantias decidir o incidente sobre a alegação de suspeição ou impedimento, quando cabível, da autoridade policial²²⁶ e o *habeas corpus* relacionados aos atos eivados de ilegalidade realizados no curso da investigação. Quando os atos de violência

X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação;

XII – decidir sobre os pedidos de:

- a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;
- b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
- c) busca e apreensão domiciliar;
- d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.

XIII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada. (BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.).

²²⁴ Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§ 1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo.

§ 2º As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

§ 3º Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo. (BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.)

²²⁵ Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo.

Art. 18. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal. (BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.).

²²⁶ Art. 429. [...] *Parágrafo único.* Havendo alegação de suspeição ou impedimento, quando cabível, da autoridade policial, caberá ao juiz das garantias a decisão sobre o incidente. (BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.).

ou coação ilegal forem atribuídos ao Juiz das Garantias, caberá ao Tribunal o julgamento do remédio constitucional²²⁷.

Por fim, é de se salientar que quando houver investigado com foro de prerrogativa de função, caberá ao órgão do tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial e exercer as funções do Juiz das Garantias²²⁸, sendo certo que, nas ações penais de competência originária, essas funções serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator²²⁹.

Diante disso, percebe-se que o anteprojeto caminha para a ratificação do sistema acusatório idealizado pela Carta Magna de 1988, onde a função das partes no processo penal são bem definidas, com clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, deixando o ônus probatório nas mãos do acusador e ao juiz cumprindo o papel de garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do réu, mantendo incólume a sua imparcialidade.

²²⁷ Art. 638. Competirá conhecer do pedido de *habeas corpus*: [...] III – os tribunais, sempre que os atos de violência ou coação ilegal forem atribuídos ao juiz das garantias, à turma recursal ou à autoridade sujeita à competência originária destes tribunais; [...] V – ao juiz das garantias, em relação aos atos eivados de ilegalidade realizados no curso da investigação e ao juiz do processo, quando encerrada a jurisdição daquele. (BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.).

²²⁸ Art. 24. Quando o investigado exercer função ou cargo público que determine a competência por foro privativo, que se estenderá a outros investigados na hipótese de crimes conexos ou de concurso de pessoas, caberá ao órgão do tribunal competente autorizar a instauração do inquérito policial e exercer as funções do juiz das garantias. (BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.).

²²⁹ Art. 302. Nas ações penais de competência originária, o procedimento nos tribunais obedecerá às disposições gerais previstas neste Código e no respectivo regimento interno, e, especialmente, o seguinte:
I – as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator; [...]. (BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.).

CONCLUSÃO.

Em conclusão, é imprescindível que seja realizado um apanhado geral dos assuntos abordados no corpo do presente trabalho, na medida em que diversos aspectos relativos ao papel do juiz na colheita da prova penal foram tangenciados no decorrer da dissertação.

É possível afirmar, diante do que foi estudado, que o homem sempre admirou e, assim, buscou a verdade, pois esta satisfaz o sentimento humano de justiça desde os primórdios da civilização. Todavia, chegar a um conceito do que seria a verdade não é tarefa fácil, pois, como visto, ela pode ser enxergada sob diversas perspectivas, alterando-se a sua conceituação.

Destaca-se a sugestão de que a famigerada verdade real deva ser visualizada por uma nova ótica, ou seja, sob a lente da Constituição. Isso porque, diante da idéia de justiça sempre presente no processo penal e que prepondera sobre a segurança jurídica, por razões de política criminal do Estado, não pode ser considerado errado afirmar que o magistrado condutor do processo penal busca a verdade real, em satisfação ao interesse da sociedade na resolução do caso penal (o que, em regra, não se encontra presente nas ações civis de cunho privado). Por outro lado, não é possível tolerar abusos em nome da busca pela verdade, isto é, sob alegação da verdade a qualquer preço.

No que tange às provas penais, percebeu-se claramente a evolução no tratamento dispensado a elas, de acordo com o inevitável progresso social e a necessidade das limitações à atividade probatória ilícita. Foi possível notar que, no Brasil, em regra, o sistema de valoração das provas é o do livre convencimento motivado ou persuasão racional, mas ainda existem resquícios do sistema de prova tarifada, que, *de lege ferenda*, deve ser expurgado em definitivo do ordenamento, e do sistema da íntima convicção aplicado ao modelo de Tribunal do Júri implementado no Brasil.

O terceiro capítulo buscou aprofundar importantes questões pertinentes ao magistrado, quais sejam, os princípios do juiz natural, da identidade física do juiz e da imparcialidade, a sua iniciativa instrutória, o princípio *nemo tenetur se detegere* e, ainda, os aspectos relativos às testemunhas do júízo, ao interrogatório judicial, à confissão e à oitiva do ofendido.

Em relação ao juiz natural, viu-se que o princípio não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência, sendo um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito, consistindo no direito de cada cidadão saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal.

O princípio da identidade física do juiz, recentemente incluído na sistemática processual penal brasileira, permitiu a análise do princípio e a conseqüente controvérsia acerca do interrogatório por meio de carta precatória. Isso porque, se o juiz que encerrar a instrução é o que deverá julgar o caso penal e sendo o interrogatório o último ato da instrução, o juiz do júízo deprecado é quem terá a encerrado e, conseqüentemente, deveria realizar o julgamento. Porém, conforme já decidido pela jurisprudência, em regra, não será possível a realização do interrogatório por meio de carta precatória, devendo ser realizado pelo juiz da causa, respeitando, assim, o mencionado princípio.

Com efeito, a garantia da imparcialidade foi analisada juntamente com as hipóteses de suspeição e impedimento do juiz e foi possível perceber que é uma garantia de justiça para as partes. Ademais, destacou-se que o juiz deve estar atento ao aspecto material da imparcialidade, isto é, deve aplicar a norma jurídica de maneira íntegra e perfeita, interpretando-a de forma imparcial, não bastando que haja o aspecto formal da ausência de suspeição e impedimentos.

A controvérsia relacionada à iniciativa instrutória do juiz foi abordada de modo a realçar os argumentos trazidos tanto pelos que defendem a impossibilidade de o juiz produzir prova de ofício, quanto pelos que são a favor da possibilidade. Como visto, grande parte da doutrina defende que há quebra da imparcialidade do julgador se este se imiscuir na atividade probatória, que deveria se concentrar totalmente nas mãos das partes.

No entanto, foi possível concluir que uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz não significa quebra da sua imparcialidade, já que quando determina a realização de alguma prova não tem condições de prever o seu resultado, muito menos saber a quem ela poderia beneficiar. Além disso, esclareceu-se que a atividade instrutória do juiz deve ser supletiva à das partes do processo.

Infere-se, portanto, como já ressaltado, que é imperioso que se chegue a um meio termo, ou seja, o juiz não poderá adotar uma postura inquisidora, com poderes ilimitados, podendo até mesmo substituir, ou dispensar, a figura do órgão acusador, buscando provas para uma condenação, tampouco deverá ficar inerte frente à deficiência probatória dos autos, quando ainda possível esclarecer pontos obscuros, na medida em que, no processo penal, se trabalha com a idéia de justiça sobrepondo-se à idéia de certeza.

O princípio *nemo tenetur se detegere* foi abordado como limitador constitucional à atividade probatória, ficando evidente que o acusado no processo penal, mesmo que o juiz determine que colabore ou produza determinada prova, não incorre nas penas do crime de desobediência ou qualquer outra sanção, uma vez que estará amparado pelo direito de não se autoacusar, emanado do mencionado princípio, constituindo uma arbitrariedade ser compelido a auxiliar, ou sua recusa ser interpretada prejudicialmente no momento de ser prolatada a decisão final.

No que diz respeito às testemunhas do júízo, após examinado o conceito e os sistemas de inquirição presidencialista e de inquirição direta, foi destacada a discussão a

respeito da nulidade do ato caso a ordem para se fazer a inquirição não seja respeitada, ou seja, caso o magistrado inicie a inquirição e, somente após, as partes façam as suas perguntas. É possível concluir que a questão não é pacífica nos Tribunais, havendo decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido da nulidade do ato e decisão da Sexta Turma do citado Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, por maioria, e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no sentido de que não há nulidade.

Da análise do interrogatório judicial é de se enfatizar que o interrogando réu tem o direito de saber que está prestando seu depoimento na condição de acusado e, portanto, deve ter ciência do seu direito de permanecer calado, pois tudo que declarar poderá comprometê-lo posteriormente. Denota-se, ainda, que há uma maior participação das partes no interrogatório, sendo certo que a natureza jurídica formal não mais é a de ato privativo do juiz, mas sim audiência em contraditório. Já sobre a natureza jurídica substancial do interrogatório, se meio de prova ou de defesa, deve ser levado em conta a preponderância do caráter defensivo, mas sem excluir totalmente a possibilidade de utilização do interrogatório como meio de prova. Ademais, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência vêm aceitando a participação do advogado de co-réu no interrogatório, em prestígio ao princípio do contraditório e ampla defesa, especialmente quando as teses defensivas dos acusados forem conflitantes.

O ponto referente à realização do interrogatório por meio de videoconferência, como foi possível verificar, está longe de ser aceito por parcela da doutrina, diante do direito de presença, corolário da autodefesa, que compõe a ampla defesa constitucional, além dos benefícios que esse direito de presença traz para o acusado preso, além do argumento humanístico. Deve-se aguardar o posicionamento dos Tribunais Superiores após a edição da Lei 11.900/09, sendo certo de que, se declarado constitucional, sem dúvida será medida excepcional.

Quanto à confissão, é mister destacar que deve ser analisada no contexto probatório e somente deverá ser valorada se foi realizada com plena liberdade e autonomia do réu, isso quer dizer, que ele tenha sido informado e tenha compreendido substancialmente seus direitos constitucionais.

Validamente, é possível afirmar que o juiz deve ser cauteloso no valor probatório a ser dado à oitiva do ofendido, na medida em que a vítima está contaminada pelas circunstâncias do caso penal e não há compromisso de dizer a verdade. Logo, em princípio, apenas a palavra da vítima não pode justificar uma condenação, devendo ser cotejada com outras provas produzidas nos autos.

O quarto capítulo se inicia com o exame da conduta do juiz e diante dos princípios éticos realçados, percebe-se que a sociedade espera do magistrado um comportamento exemplar; uma conduta digna de ser admirada. Tais princípios, como verificado, buscam nortear a vida, tanto profissional quanto pessoal, da pessoa física que exercerá a jurisdição e irá apresentar o Estado, mas que nunca deixará de ser sujeito humano e, por isso, passível de erros.

Por fim, da análise da figura do Juiz das Garantias no anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal é possível perceber que o anteprojeto caminha para a ratificação do sistema acusatório idealizado pela Carta Magna de 1988, onde a função das partes no processo penal são bem definidas, com clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, deixando o ônus probatório nas mãos do acusador e ao juiz cumprindo o papel de garantidor da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais do réu, mantendo afastada qualquer possibilidade de dúvida sobre sua imparcialidade.

BIBLIOGRAFIA.

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madri: Rubi Artes Gráficas, 1984.

AMORIM, Luciana Magalhães Oliveira. *Interrogatório por videoconferência*. Evolução tecnológica no meio forense. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1804, 9 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11350>>. Acesso em: 12 nov. 2010.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Da Prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARISTÓTELES. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Arist%C3%B3teles>>. Acesso em: 02.mai.2010.

BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. Anexo ao Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

_____. Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/publicacoes/codigo_de_etica_da_magistratura_nacional.pdf>. Acesso em: 16.abr.2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

_____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 16.abr.2011.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 22 de abril de 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 70.814-5. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DO de 24.06.1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 80.949-RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 14.12.2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1570-2. Relator: Maurício Corrêa. Publicado no DOU de 22.10.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 86.963-RJ. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado no DOU em 16.08.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 88.914-SP. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicado no DOU de 05.10.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 06.12.2007. Publicado no Informativo nº 491.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 94.601. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em 24.10.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 101.648-ES. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em: 11.05.2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC nº 103.525-PE. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Julgado em 03.08.2010. Publicado no Informativo nº 594.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 3982 e HC 4138. Relator: Min. Adhemar Maciel. Publicados no DO de 26.02.1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 5352-GO. Relator para o Acórdão: Min. Adhemar Maciel. Publicado no DO de 25.11.1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 245.629-SP. Relator: Min. Vicente Leal. Publicado no DJE em 01.10.2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 15.126-SP. Relatora: Min. Laurita Vaz. Publicado no DJE em 07.03.2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 88225-RJ. Relatora: Min. Jane Silva. Publicado no DJE em 22.04.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 99.945-SP. Relator: OG Fernandes. Publicado no DJE em 17.11.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. CC nº 99.023-PR. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado no DJE em 28.08.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 145.182-DF. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 04.02.2010. Publicado no Informativo nº 421.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 144.909-PE. Relator: Min. Nilson Naves. Julgado em 04.02.2010. Publicado no Informativo nº 421.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 154.457-SP. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Publicado no DJE em 17.05.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 153.140-MG. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 12.8.2010. Publicado no Informativo nº 442.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 144.909-PE. Relator: Min. Nilson Naves. Publicado no DO de 15.03.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 681.149-SE. Relator: Min. Celso Limongi. Publicado no DJE em 19.04.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 31.462-ES. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Publicado no DJE em 18.10.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 133.407-RS. Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 03.02.2011. Publicado no Informativo nº 461.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 2009.050.00906. Relator: Des. Maurílio Passos da Silva Braga. Julgado em 19.05.2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 2009.050.05993. Relator: Des. Moacir Pessoa de Araújo. Julgado em 18.11.2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Exceção de Suspeição nº 2009.056.00019. Relator: Des. Ricardo Bustamante. Julgado em 02.06.2010.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Exceção de Suspeição nº 0034798-74.2008.8.19.0204. Relator: Des. Valmir Ribeiro. Julgado em 13.09.2010.

CAMATA, Tiago. *A concreção da pessoa jurídica no discurso de Pontes de Miranda: reflexão sobre a metamorfose sujeito-pessoa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7246>>. Acesso em: 22.fev. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 282.

_____. *Reforma Processual Penal – Cross-Examination*. Disponível em: <http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&con_id=5602>. Acesso em: 20.jul.2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.); COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição - Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de; LOBATO, Joaquim Henrique de Carvalho. *Vitimização e Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/36517>>. Acesso em: 25.mai.2011

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Falso testemunho*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-penal/falso.htm>>. Acesso em: 20.jul.2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CÓDIGO de Manu. Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/Downloads.htm>>. Acesso em: 02.mai.2010.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil* - Vol. II. Salvador: JusPodium, 2007.

DOTTI, René Ariel. *O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 34, nº 134. p. 273. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/244>>. Acesso em: 12.nov.2010.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, v.2. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

EUA. Federal Rules of Evidence. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rules.htm#Rule611>>. Acesso em: 16.abr.2011

EVANGELHO narrado por João, 18, 37-38 – Bíblia Sagrada, tradução dos originais feita pelo Centro Bíblico Católico. 93 ed. São Paulo: Ave-Maria, 1994.

ÊXODO, 20, 16 – Bíblia Sagrada, tradução dos originais feita pelo Centro Bíblico Católico. 93. ed. São Paulo: Ave-Maria, 1994.

FADISTA, António Rocha. *A Verdade*. Disponível em: <http://www.maconaria.net/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=18>. Acesso em: 29.abr.2010.

FARIA, Katarine Keit Guimarães Fonseca de. *Juiz Instrutor: uma Tendência de Ampliação da Atividade Instrutória Oficial em Face dos Valores Consagrados pelo Estado Social Democrático*. Recife: Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 2, p. 253-281, 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27750>>. Acesso em: 13.jul.2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FRIEDE, Reis; DYRLUND, Poul Erik. *Vícios de Capacidade Subjetiva do Julgador; Do impedimento e da suspeição do Magistrado*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FUREGATTO, Camilla. *Qual a Diferença entre Representação e Apresentação?* Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/noticias/101400/qual-a-diferenca-entre-representacao-e-presentacao-camilla-furegatto>. Acesso em: 22.fev.2011.

GALILEU Galilei. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Galileu>>. Acesso em: 02.mai.2010.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As reformas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009.

GOMES, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 37, 1992.

HIRSCHBERGER, Johannes. *Santo Agostinho: O Mestre do Ocidente – História da Filosofia na Idade Média*. Disponível em: <http://www.consciencia.org/filosofia_medieval4_santo_agostinho.shtml>. Acesso em: 02.mai.2010.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, João Batista de Souza. *As Mais Antigas Normas de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. I*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. II*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARCÃO, Renato Flávio. *Interrogatório: Primeiras Impressões sobre as Novas Regras Ditas pela Lei nº 10.792/2003*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4614>>. Acesso em: 25.out. 2010

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Penal. Vol.2*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Incompatibilidades, impedimentos e conflitos de competência*. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/mira18.htm>>. Acesso em: 16/10/2010.

MITO da Caverna. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Mito_da_caverna>. Acesso em 02.mai.2010.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Da Confissão no Processo Penal*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B1813C1FD-8558-4EAD-8B61-5F49A4D89156%7D_026.pdf>. Acesso em: 12.nov.2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A ilicitude na obtenção da prova e sua aferição*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0025.html>>. Acesso em: 08/07/2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da Confissão no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*, São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORDÁLIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ord%C3%A1lias>>. Acesso em: 07.jul.2010.

PIMENTEL, Anna Maria. *Interrogatório por sistema de videoconferência*. Revista TRF-3ª Região. São Paulo, nº 68, p. 13-23, nov-dez 2004.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Interrogatório à distância*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 8, nº 93, agosto 2000.

PLATÃO. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Plat%C3%A3o>>. Acesso em: 02.mai.2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não Produzir Prova contra si Mesmo: O Princípio do Nemo Tenetur se Detegere e suas Decorrências no Processo Penal*. São Paulo: Saravia, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Processual Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Robert Ursini dos. *Interrogatório por Carta Precatória e Princípio da Identidade Física do Juiz*. Disponível:<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/10513/artigo._interrogat__rio_p_or_carta_precat__ria_e_identidade_f__sica_do_juiz2.pdf>. Acesso em: 03.fev.2011.

SÓCRATES. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%B3crates>>. Acesso em: 02.mai.2010.

THE Matrix. Direção de Irmãos Wachowski. Produção de Joel Silver. EUA/Austrália: Warner Bros., 1999. 1 DVD, 136 min., son., color.

THE Island. Direção e Produção de Michael Bay. EUA: Warner Bros., 2005. 1 DVD, 136 min., son., color.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol.3. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Manual de Processo Penal*. 3º vol. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TRIBUNAL de Exceção. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Tribunal_de_exce%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em:
13.jul.2010

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.