

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

O SISTEMA CROSS EXAMINATION E SUA APLICAÇÃO NA
INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO

Vinícius Pires Chaves

Presidente Prudente/SP

2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O SISTEMA CROSS EXAMINATION E SUA APLICAÇÃO NA
INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Vinícius Pires Chaves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2011

**O SISTEMA CROSS EXAMINATION E SUA APLICAÇÃO NA
INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

Orientador

CLAUDIO JOSÉ PALMA SANCHEZ

Examinador

MARCUS VINICIUS FELTRIM AQUOTTI

Examinador

A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto injustiça se relaciona com os extremos.

Aristóteles

Dedico este trabalho à minha avó materna, Maria de Lourdes, que não teve a oportunidade de ver este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me concedido a vida, a minha família, que sempre me apoiou, além dos meus amigos, meu suporte fora de minha casa.

À toda a minha família, por serem meu passado, meu presente e meu futuro, e por terem entendido este período de concentração para a finalização deste trabalho de conclusão de curso.

Aos meus pais, Paulo e Angela, que são meus guias nessa longa estrada chamada vida e minha inspiração para continuar na luta em direção ao futuro, para continuar a história escrita por eles.

Aos meus irmãos, Amanda e Felipe, que são além de tudo, amigos para todas as situações, que sempre me apoiam e me ajudam no que for necessário.

Aos meus avós que me ensinaram o sentido da vida e me demonstraram, em gestos e palavras, que amar vale a pena.

Ao meu orientador, Prof. Rodrigo Lemos Arteiro, por ter aceitado o meu convite de orientação, além de ter me ajudado em todas as situações para que esta Monografia pudesse ter começo, meio e fim.

Aos examinadores, Profs. Claudio José Palma Sanches e Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, por terem aceitado o convite para compor a Banca Examinadora, exemplos de professores e de pessoas, transmitindo sempre seus ensinamentos para o estudo, formação e para a própria vida.

Aos meus amigos, do colégio, faculdade, ou de qualquer outro lugar, pessoas que nunca esquecerei em minha vida, me apoiando e me corrigindo para todas as situações de nossa história.

RESUMO

O presente trabalho científico aborda a modificação legislativa efetuada pela Lei n.º 11.690/2008 no que tange à modificação do sistema de inquirição de testemunhas para o sistema *cross examination*. Traz como objetivo a distinção dos sistemas de inquirição de testemunhas, através de análise dedutiva e dialética, a fim de comparar os dois sistemas. Demonstra a prova em seu conceito, ou seja, a demonstração da verdade dentro do processo, para que seja criada pelo Magistrado a certeza mais relacionada aos fatos. Explicita os princípios relacionados à mesma, principalmente os que guardam relação com o Processo Penal, demonstrando a presença do contraditório e a oralidade como bases para o próprio processo. Traça a explanação do que se pode definir como princípios, assim como sua relação com seu gênero, norma jurídica, e a outra espécie, regra jurídica, e a influência do Postulado Normativo da Proporcionalidade, interpretação para todo o ordenamento jurídico. Registra a prova ilícita como praticamente impossível dentro do Processo Penal Brasileiro, diferenciando o gênero da prova ilícita, com suas espécies, prova ilegítima, aquela advinda de violação processual, e a prova ilegal, advinda de violação material. Enfocou-se a prova ilícita por derivação, com a demonstração de sua origem norte-americana, as limitações da fonte independente, da descoberta inevitável e da contaminação expurgada, passando pela exceção de utilização da prova ilícita a favor do réu, porém, quase nunca, a favor da sociedade. A análise passa à própria prova testemunhal, o objeto de estudo, escrevendo sobre sua evolução histórica desde os primórdios da prova mística, assim como sua conceituação jurídica e sua classificação. Aborda as características desse tipo de prova, demonstrando a importância da oralidade para obtenção do testemunho mais condizente com a realidade fática. Relaciona o sistema presidencialista, onde o Magistrado controla totalmente a inquirição da testemunha ao receber a pergunta formulada pela parte e a reformula ao inquirido, com o sistema adotado atualmente, o sistema *cross examination*, que permite inquirição direta da parte à testemunha, preservando o poder fiscalizador do Juiz durante a produção de prova, e permitindo a efetivação do Princípio da Celeridade Processual advinda de direito internacional. Definiu-se, com base em entendimento doutrinário e jurisprudencial, que houve modificação na ordem de inquirição das testemunhas, prevendo uma função fiscalizadora e adicional do Magistrado, ao ser o último a perguntar. Compartilha que o sistema *cross examination* é obrigatório dentro do Processo Penal, excetuando que, se for aplicado o sistema presidencialista, somente haverá nulidade, quando houver prejuízo na aplicação, a fim de não violar o Princípio da Celeridade, base para a modificação legislativa.

Palavras-chave: Prova. Processo Penal. Prova Testemunhal. Sistemas de Inquirição de Testemunhas. Princípio da Celeridade Processual.

ABSTRACT

This scientific work deals with the legislative change made by Law nº 11.690/2008 concerning the witnesses hearing system modification to the cross examination system. It brings as the objective the distinction of the witnesses hearing system, through dialectic and deductive analysis, in order to compare the two systems. It demonstrates the proof in its conception, in other words, the demonstration of the true inside the process, in order to create the assurance by the Judge which comes closer to the facts. It makes explicit the principles related to the proof, especially the ones that have relations with the Penal Process, demonstrating the presence of contradictory and rhetoric as basis to the process itself. It outlines the explanation of what can be meant as principles, as well as its relation to its own genre, legal standard, and its other species, legal rule, and the influence of the Standard Postulate of the Proportionality, interpretation to the whole law system. It registers the illicit proof as almost impossible inside of the Brazilian Penal Process, differentiating the genre of the illicit proof, with its species, illegitimate proof, which comes from process violation, and the illegal proof, which comes from substantive violation. It focuses the fruits of the forbidden tree theory, with the demonstration of its North-American origins, independent source limitation, inevitable discovery and the purged taint, passing through the exception of usage in favor of the defendant, but, almost never, in favor of the society. The analysis passes to the witnesses proof, the object of study, writing about its historical evolution since the beginning with the mystic proof, as well as its legal conceptualization and its classification. It approaches the characteristics of this type of proof, demonstration its importance to the rhetoric in order to obtain the evidence more related to the reality of the facts. It relates the presidential system, where the Judge controls completely the witnesses hearing in receiving the question made by the lawyers and it reformulates to the witness, with the now adopted system, the cross examination system, which permits direct interrogation from the sides to the witness, preserving the inspection power of the Judge during the proof production, allowing the effectuation of the Process Celerity Principle which comes from international law. It defines, based on doctrinaire and legal precedents, that modification has occurred in the order of witness hearing, showing inspection and additional function of the Judge being the last one asking. It shares that the cross examination system is mandatory in the Penal Process, writing that, if the presidential system is used, there will be nullity only if harms were made during the application, in order to not violate the Celerity Principle, basis to the law modification.

Keywords: Proof. Penal Process. Witnesses Proof. Witness Hearing System. Process Celerity Principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA PROVA	11
2.1 Conceito	11
2.2 Princípios	13
2.2.1 Princípio do contraditório	16
2.2.2 Princípio da audiência bilateral	17
2.2.3 Princípio da oralidade	18
2.2.4 Princípio da concentração	18
2.2.5 Princípio da publicidade	19
2.2.6 Princípio do livre convencimento motivado	19
2.2.7 Princípio da auto responsabilidade das partes	20
2.2.8 Princípio da comunhão da prova	20
2.2.9 Princípio da verdade real	20
3 PROVA ILÍCITA	22
3.1 Prova Ilegítima	23
3.2 Prova Ilegal ou Ilícita	24
3.3 Prova Ilícita por Derivação	25
4 PROVA TESTEMUNHAL	31
4.1 Evolução Histórica	31
4.2 Conceito	33
4.3 Classificação	35
4.4 Características	36
4.4.1 Oralidade, imediatidade e identidade física do juiz	36
4.4.2 Objetividade	38
4.4.3 Retrospectividade	39
4.4.4 Individualidade	39
5 DOS SISTEMAS DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS	41
5.1 Sistema Presidencialista	42
5.2 Sistema <i>Cross Examination</i>	46
5.2.1 Ordem de inquirição das testemunhas	49
5.3 Da Obrigatoriedade da Aplicação do Sistema <i>Cross Examination</i>	53
5.4 Consequências da Aplicação do Sistema Presidencialista	55
6 CONCLUSÃO	58
BIBLIOGRAFIA	60

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia enfocou a modificação legislativa no Código de Processo Penal através da Lei n.º 11.690/2008, principalmente quanto à adoção do sistema *cross examination* em detrimento do sistema presidencialista, anteriormente previsto.

Justificou-se o estudo da mudança de sistemas de inquirição de testemunhas, pela discussão doutrinária e jurisprudencial que adveio da modificação à normatização. Com a adoção de um novo sistema de inquirição, que permite as partes, por meio de seus advogados, questionarem diretamente às testemunhas, o Magistrado teve, de certa forma, seu poder reduzido, sinalizando para um Processo Penal puro, onde há menos interferência do Poder Judiciário. O Princípio da Celeridade Processual foi a base da modificação, sendo de suma importância para o Processo Penal, sendo previsto, atualmente, até mesmo pela Constituição Federal.

Foi efetuada a comparação entre os sistemas de inquirição de testemunhas, quais sejam, o sistema presidencialista e o sistema *cross examination*, objetivando a análise das adições e mudanças efetuadas na produção da prova testemunhal, a fim de demonstrar a qual é a aplicação do sistema *cross examination* e a consequência da aplicação de sistema diverso. Com a problemática que o sistema presidencialista trazia ao processo, houve a necessidade de reformulação da forma como as testemunhas são inquiridas, com a finalidade de acelerar todo o Processo Penal e o compatibilizar com a Constituição Federal e eventuais tratados internacionais.

Foram diversas as fontes utilizadas para a confecção deste trabalho científico, principalmente por meio de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, a fim de dar melhor abrangência ao tema pesquisado, com centralização legislativa na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

Foi utilizado o método dedutivo, partindo-se do geral para o específico. A análise da prova, bem como das provas ilícitas e até mesmo das características gerais da prova testemunhal, principal objeto de estudo, foram imprescindíveis para partir-se para a problemática dos sistemas de inquirição de testemunhas, que possui especificidade. Foi também utilizado o método dialético ao se comparar duas teses,

ou seja, os dois sistemas de inquirição, a fim de se chegar a uma síntese, definindo-se a prevalência de um sistema sobre outro.

Restou-se organizado esta Monografia de forma sequencial, passando-se pela análise da prova em geral, seu conceito e princípios relacionados, para possibilitar a explicitação da prova ilícita, e conseqüentemente, suas derivações. Posteriormente, foi necessário a determinação da prova testemunhal e todas as suas características, demonstrando a presença imprescindível da oralidade dentro de sua produção, para, finalmente adentrar o objeto do estudo, qual seja, a comparação dos sistemas de inquirição de testemunhas, como foco no sistema *cross examination* que superou o sistema presidencialista, que, de certa forma, não importava em preservação do Princípio da Celeridade Processual.

2 DA PROVA

Antes de ser abordada a própria prova testemunhal e seus sistemas de inquirição, objeto do estudo, a discussão da prova em si é necessária para possibilitar aprofundamento de seu entendimento e possibilidade de melhor percepção da inquirição das testemunhas no Processo Penal Brasileiro atual.

2.1 Conceito

O vocábulo prova, segundo Guilherme de Souza Nucci (2010, p.384): “origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação”. É possível extrair desses significados diversos sentidos que o vocábulo prova possui e permite possuir, potenciando a demonstração de veracidade.

Segundo a concepção de Nucci (2010, p.384), são três os sentidos que o termo prova possui:

a) *Ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

O doutrinador consegue expressar o termo prova de três sentidos, que embora diferentes, não deixam de fazer parte de uma sequência que promoverá a possibilidade de transmissão da verdade ao magistrado. Primeiramente o próprio processo que observará e constatará a verdade das alegações efetuadas pelas partes, passando pelo instrumento que demonstrará esta verdade alegada, possibilitando assim que o julgador dentro deste processo obtenha a verdade através da análise do processo e dos instrumentos utilizados para comprovação desses fatos.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p.213): “provar, é antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”. Trata-se, então, de demonstrar os fatos acontecidos para considerá-los verdadeiros e possibilitar a aplicação dos mesmos no processo, tendo em vista que o Juiz se utilizará desses fatos provados como substância para sua motivação e entendimento, para que efetivamente possa promover seu julgamento.

A busca da verdade é algo que orienta todo o Processo Penal e será posteriormente analisada dentro dos princípios que influenciam a própria prova. Entretanto, tendo em vista a constante utilização do termo verdade, é necessário que a expressão seja conceituada para melhor compreensão.

Conforme Nicola Framarino Dei Malatesta (1996, p.21), nos idos de 1912: “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza”. Sendo assim, a verdade pode ser entendida com algo subjetivo de cada pessoa, isto é, relacionado à como a realidade foi vista por uma das partes, e trata-se de certeza acreditar nessa verdade.

O objetivo de toda prova, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p.214) é tornar o fato discutido no processo conhecido pelo Juiz, e, o mais importante, convencê-lo de que tudo o que está sendo exposto existiu, isto é, trata-se da verdade. Sendo assim, a sociedade necessita de uma resposta do Poder Judiciário, pois o investiu mesmo via Constituição Federal na função jurisdicional e no poder de dar a certeza dessa mesma verdade.

Pode-se dizer que essa convicção do órgão julgador poderá ser “verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais falsa, que é um juízo não verdadeiro” (NUCCI, 2010, p.385). Entende-se que a constatação do Juiz ao observar os fatos do processo e as provas produzidas, poderá se investir de uma certeza que poderá não corresponder ao que realmente aconteceu, mas que nunca se tratará de uma ausência de certeza. A mesma análise também acontecerá quando o Magistrado for proferir seu julgamento, ou seja, também não haverá a situação de ausência de certeza, poderá estar investido em certeza que não corresponde à realidade dos fatos ocorridos.

2.2 Princípios

Tendo em vista todas as informações dispostas sobre a prova, e conseqüentemente a verdade que permeia a mesma, é necessário que seja explicitado os principais princípios que trilharam por estes caminhos, para apreciação da prova dentro do contexto constitucional e infraconstitucional.

Entretanto, é necessário inicialmente estudar o que se entende por princípio. Cássio Scarpinella Bueno (2011, p.132) escreve o seguinte:

Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.

Os princípios são extremamente necessários para que todo o ordenamento jurídico seja entendido como se fosse, e é, um só. São importantes para que a interpretação de todo o sistema seja a mesma, ou similar, seguindo uma mesma lógica e coordenação para que haja unidade de entendimentos e interpretações acerca do direito material e processual.

Diante das diversas lacunas de nossa legislação, os princípios servirão também como uma fonte para a interpretação daquela, e eventual, complemento de “vazios” legislativos, sendo assim, “ferramentas indispensáveis, até mesmo, para viabilizar a solução a problemas práticos” (BUENO, 2011, p.132). A interpretação das lacunas existentes, e também das regras previstas em legislação, porém com dúvida interpretação, será feita com base nesses princípios, para uniformidade do sistema jurídico.

Há de se considerar que embora os princípios sejam valores, fazem parte do direito positivo, não sendo metafísico ou metajurídicos, tendo em vista que como são normas jurídicas, implicam vinculação ao aplicador do direito e a seu intérprete (BUENO, 2011, p.133).

Deverá ser compreendido “que as normas jurídicas são gênero do qual os *princípios* jurídicos e as *regras* jurídicas são espécies bem diferentes. O que

distingue estas duas espécies de normas jurídicas é fundamentalmente, a densidade de uma ou de outra” (BUENO, 2011, p.133). Sendo assim, os princípios e regras jurídicas fazem parte do gênero, normas jurídicas, sendo dessas suas espécies, possuindo uma diferença substancial: densidade.

Segundo Bueno (2011, p.133), o melhor entendimento do que seja princípio jurídico é a de que transmitem direitos fundamentais, tendo em vista que possuem uma natureza que não é exclusivamente jurídica, mesmo fazendo parte do direito positivo. A aplicação do princípio jurídico será ampla, servindo-se como base para o ordenamento jurídico brasileiro, conforme já explicitado anteriormente.

O mesmo doutrinador ainda dita que as regras jurídicas, que são a legislação normatizada, possuem uma incidência limitada. Essa incidência limitada está intimamente ligada com a sua casuística prevista desde os idos de sua concepção, limitando a sua aplicação à previsão expressa pelo legislador.

Porém, o direito legislado, casuístico, não se pode dar “a solução exata ou adequada para as mais variadas situações de direito material”. (BUENO, 2011, p.133). Já que a situação fática constantemente muda, se altera, com as diversas influências e evoluções do conhecimento humano, as regras jurídicas não poderão exprimir a solução ideal para a realidade fática, já que sua confecção se baseou em situação passada, realidade advinda de sua concepção.

A densidade dos princípios e das regras jurídicas é diferente, conforme já explanado, sendo que “as regras colidem umas com as outras e revogam umas às outras, e os princípios, não; eles *convivem* uns com os outros mesmo quando se encontram em estado de total colidência” (BUENO, 2011, p.133).

Dita Bueno (2011, p.134) que:

[...], os princípios assumem fundamental papel na própria interpretação e aplicação das regras jurídicas. Isto se deve fundamentalmente pela especial qualidade de densidade normativa e valorativa que caracteriza um princípio jurídico como tal, em contraposição às regras jurídicas. Assim, é incorreta a interpretação da regra quando ela entra em contradição, explícita ou implícita, com os princípios; se a interpretação da regra resultar em duas ou mais alternativas, deve prevalecer a que melhor se afinar aos princípios incidentes na espécie.

A regra jurídica é densa, devendo se aplicar a casos específicos, previstos em sua concepção, sendo que duas regras não poderão ser aplicadas conjuntamente a uma mesma situação fática. Já os princípios jurídicos, podem viver

em harmonia, tendo em vista sua leve densidade, podendo-se amoldar a diversas situações fáticas. Há de se acrescentar que se a situação de interpretação dúbia de uma regra em conflito com os princípios, deverá se sobrepor a interpretação mais condizente com os princípios que incidirem na situação.

Quando há o conflito de regras para uma mesma situação jurídica, a própria legislação traz a solução. Os §§1º ao 3º do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 4.657/42, conhecido como Lei de Introdução do Código Civil trazem a normatização de que a regra nova e mais específica se sobreporá a antiga e a geral, respectivamente. São critérios objetivos, ou seja, bastará que seja analisado o critério do tempo e/ou da especialidade das regras da situação fática que estão em conflito.

No entanto, quando do conflito de princípios a situação é diferente. Bueno (2011, p.135) dita que a caracterização da aplicação e interpretação dos princípios “é o seu *conflito* e a necessidade de seus valores antagônicos *preponderarem*, mesmo que momentaneamente uns sobre os outros, em cada caso concreto que reclame a sua incidência”. Não haverá uma anulação de um princípio com relação a outro, e sim, uma preponderação de um dos princípios envolvidos, conforme a situação fática.

A solução para este impasse estará no Postulado Normativo da Proporcionalidade, chamado por Bueno (2011, p.135) de: “regra da proporcionalidade”, tendo em vista que esta não possibilita hesitação na sua aplicação com relação à preponderância de valor. Segundo o mesmo, esta “fornece critérios os mais objetivos possíveis que deverão ser empregados para solucionar os impasses, de *preponderância* dos diversos princípios jurídicos em cada caso concreto”. O Postulado Normativo da Proporcionalidade atuará com critérios objetivos para que seja definido qual será o princípio que preponderará na situação fática em que há conflito entre princípios.

São três os critérios utilizados pelo Postulado Normativo da Proporcionalidade. O primeiro critério é a regra da adequação que dita que se deve buscar a correspondência exata entre os meios e os fins para que haja uma relação lógica entre os utilizados. O segundo critério é a regra de necessidade que leva em consideração a existência de possíveis outros meios para alcançar o mesmo fim, dando-se preferência àquele que trouxe menor restrição ou prejuízos ao direito em

questão. O terceiro e último critério é a regra de proporcionalidade em sentido estrito que prevê o sopesamento de vantagens e desvantagens da solução dada por cada princípio à situação fática (BUENO, 2011, p.136).

Por meio destes três critérios que são incorporados ao Postulado Normativo da Proporcionalidade, o Juiz “consegue *medir* os valores dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger, qual deve prevalecer, mesmo em detrimento (ou eliminação momentânea) do outro” (BUENO, 2011, p.136). Sendo assim, com os critérios do Postulado Normativo, será possível ao Magistrado avaliar qual será o princípio a interpretar a situação fática, fazendo com que um prevaleça, ou seja inutilizado, dependendo do caso concreto.

Ainda especifica Bueno (2011, p.137) que é imprescindível que o Magistrado, ao fazer a aplicação do postulado normativo para avaliação dos princípios em conflito, que motive, ou seja, “explicando as razões pelas quais entende que um deve prevalecer sobre o outro”. Esta motivação é necessária, para que seja explicitado o entendimento do referido Magistrado, ao prever o porquê da prevalência de um princípio em especial em detrimento do outro. Esta motivação deve ser efetuada “justificando por que o princípio prevalecente é o mais *adequado*, por que é o mais *necessário*, dizendo em última análise, por que a solução é mais justa para o caso concreto” (BUENO, 2011, p.137), ou seja, proporcional. Sendo assim, deverão ser demonstrados na motivação do Magistrado os três critérios do Postulado Normativo da Proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entendido o conceito de princípio e regras jurídicas, assim como o Postulado Normativo da Proporcionalidade, devem-se explicitar os princípios relacionados ao Processo Penal, principalmente os que serão importantes para a análise do objeto de estudo.

2.2.1 Princípio do contraditório

Trata-se de princípio constitucional previsto no artigo 5.º, LV da Constituição Federal de 1998, artigo que trata dos Direitos e Garantias

Fundamentais tão comentados em nossa doutrina e jurisprudência. Guilherme de Souza Nucci (2010, p.84) o explicita como:

[...] toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado.

Tem-se que tal princípio equilibra todos os estados ideais previstos na Constituição Federal ao possibilitar que a cada apresentação ou demonstração dos fatos, principalmente através das provas, a outra parte tenha permissibilidade de questionar e comentar, ou até mesmo, apresentar outras provas e fatos igualando, de certa forma, as partes do processo.

2.2.2 Princípio da audiência bilateral

Trata-se de derivação do próprio Princípio do Contraditório, conforme doutrina Adalberto José de Camargo Aranha (2006, p.31):

[...] toda a prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte. É princípio jurisprudencial pacífico a nulidade do processo quando uma das partes não tenha ciência e possibilidade de manifestar-se sobre uma prova existente nos autos.

A produção de prova sem que a outra parte possa produzir uma contraprova, gerará nulidade do processo, sendo que o próprio Princípio do Contraditório não será respeitado, isto é, não possibilitando que a outra parte teça seus comentários e exponha suas conclusões, no caso, acerca da prova produzida. O doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p.260) dá um exemplo de aplicação do princípio da audiência contraditória ao dizer que a prova emprestada não possa ter efeitos dentro de um processo, se a outra parte não figurou dentro do processo de onde adveio. Haveria a inexistência da presença dos princípios acima figurados (Princípio do Contraditório e da Audiência Bilateral) na situação descrita pelo doutrinador.

2.2.3 Princípio da oralidade

Trata-se de importante princípio presente em nosso ordenamento jurídico processual penal que, segundo Aranha (2006, p.31), dita que: “haverá sempre predominância da palavra falada. Os depoimentos serão sempre orais, não sendo possível substituí-los por outros meios, como declarações particulares”. O Princípio da Oralidade permeia o Processo Penal como forma de permitir a celeridade do processo, além de colocar o Magistrado como um dos principais destinatários da prova, de forma a ter real participação dentro de sua concepção. A oralidade estará ainda mais presente dentro da prova testemunhal, sendo característica imprescindível da mesma, a qual será estudada em capítulo posterior.

2.2.4 Princípio da concentração

Este princípio é decorrente do Princípio da Oralidade, sendo que “busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência” (Aranha, 2006, p.32), sendo que com isso promove celeridade, tanto do processo, quando na própria produção da prova.

É importante o acréscimo de Nucci (2010, p.108) ao dizer que o princípio da concentração também implica no entendimento que: “[...] colheita da prova e o julgamento devem dar-se em uma única audiência ou no menor número delas”, novamente priorizando a celeridade que o processo necessita, impedindo-se assim violações, principalmente, a direitos e garantias previstos em nossa Constituição Federal vigente.

Este princípio ganhou ainda mais força com o advento da Lei n.º 11.690/2008 que modificou o Código de Processo Penal em diversos aspectos, sendo que o Princípio da Celeridade permeia grande parte das modificações efetuadas, como na previsão da audiência una e do sistema *cross examination* de inquirição das testemunhas.

2.2.5 Princípio da publicidade

Trata-se de princípio previsto nos artigos 5.º, XXXIII e LX, além do artigo 93, IX da Constituição Federal, sendo que Nucci (2010, p.85) o explicita dizendo: “que os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredos e sem sigilo”. Essa publicidade dos atos judiciais, possibilitando a publicidade da produção das provas, transparece a possibilidade de controle dos atos do Poder Judiciário, tendo em vista que foi investido de tal poder por meio do povo através da Constituição Federal. Essa publicidade não será absoluta, sendo que o próprio ordenamento jurídico constitucional poderá explicitar exceções em seu texto normativo.

2.2.6 Princípio do livre convencimento motivado

Trata-se de princípio que dita, segundo Aranha (2006, p.32), que “as provas não são prévia e legalmente valoradas, dando-se ao julgador liberdade em sua apreciação, apenas limitando aos fatos e circunstâncias dos próprios atos”. O princípio transmite a ideia de que o Juiz terá liberdade para valorar e apreciar as provas que estiverem dentro do processo, desde que motive suas decisões fundamentando-as.

Mirabete (2006, p.260) complementa dizendo que “o juiz está adstrito às provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar qualquer decisão em elementos estranhos a eles: o que não está nos autos, não está no mundo”. O Juiz poderá basear seu julgamento, e o motivar, conforme qualquer prova que estiver contida nos autos, não podendo se aproveitar de algo que não o está, ou foi considerado como nulo. Esta é a realidade de nosso ordenamento jurídico processual penal para que diversos outros princípios priorizados sejam respeitados, como o Princípio do Contraditório.

2.2.7 Princípio da auto responsabilidade das partes

Princípio que traz o estado ideal que prevê que “cada parte assume e suporta as consequências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais, pois tem o encargo de apresentar em juízo os elementos comprobatórios das alegações feitas e que lhes compete demonstrar”. (ARANHA, 2006, p.30). Este princípio está intimamente ligado ao ônus da prova, sendo que a parte arcará todas as consequências advindas de eventuais ações ou omissões na apresentação ou produção das provas dentro do processo penal, dentro do que deveria demonstrar e provar, e não o fez.

2.2.8 Princípio da comunhão da prova

Segundo Nucci (2010, p.109): “a prova [...] pertence ao processo e pode ser utilizada por todos os participantes da relação processual, destinando-se a apurar a verdade dos fatos alegados e contribuindo para o correto deslinde da causa pelo juiz”. Tal princípio traduz a ideia de que a prova não possui apenas um destinatário, e sim, tem como tal o processo. A prova trata de proporcionar a busca pela verdade real para provocar a certeza pelo Magistrado a fim de dar correto julgamento à lide proposta, sendo que no caso do Processo Penal, dar ao réu o destino correspondente à realidade fática, sendo pela sua condenação ou absolvição.

2.2.9 Princípio da verdade real

Conforme já explicitado quando fora conceituada a própria prova, já dizia Malatesta (1996, p.21) que verdade é algo relativo, sendo que cada parte pode

ter uma visão da verdade sobre os fatos, e constituir uma certeza em cima dessa mesma verdade.

O Princípio da Verdade Real possibilita uma diminuição de influência das diferentes certezas presentes no processo. No processo, o Magistrado nunca pode se assegurar de “ter alcançado a *verdade objetiva*, aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real” (NUCCI, 2010, p.104). Mesmo assim, há de se considerar, que conforme já fora levantado, o conceito de verdade é relativo, já que cada um pode constituir uma certeza.

Trata-se de um princípio próprio do processo penal que, conforme Nucci (2010, p.105): “o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”. Buscando a verdade real, por si só, o Magistrado poderá obter mais informações acerca da realidade, constituindo uma verdade, montando a sua própria certeza, ou seja, seu juízo de julgamento, sendo assim priorizados e honrados os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Ocorre uma situação totalmente contrária dentro do Processo Civil, onde há a presença do princípio da verdade formal, “pela qual o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial [...] contentando-se com a trazida pelas partes [...]” (NUCCI, 2010, p.105). Dentro da verdade formal, no Processo Civil, o magistrado fica adstrito às provas produzidas pelas partes, construindo sua certeza em cima das verdades expostas.

A verdade real vai mais além: permite que o próprio Magistrado tenha participação ativa na produção de provas, assim como permitir que, em certas ocasiões, haja expansão dos direitos previstos na legislação. Nucci (2010, p.106) traz o seguinte exemplo: “[...] a parte deseja ouvir mais testemunhas do que lhe permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter do magistrado a possibilidade de fazê-lo”. Há uma expansão dos direitos previstos na legislação para prevalecer a verdade real dentro do Processo Penal, haja que sua ocorrência deve ser priorizada para que a certeza mais apropriada seja obtida pelo magistrado.

3 DA PROVA ILÍCITA

Após ser explanada a prova testemunhal em si e o sistema utilizado para inquirição das testemunhas dentro do Processo Penal Brasileiro, é necessário que comentários sejam feitos acerca das provas ilícitas em nosso ordenamento jurídico, principalmente dentro do ordenamento processual penal.

Nucci (2010, p.87) faz uma análise profunda da conceituação da prova ilícita ao especificar três momentos que a mesma é citada no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, o art. 5.º, LVI da Constituição Federal de 1989 especifica que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Já o Código de Processo Penal, em seu art. 155, parágrafo único, dita que: “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. Por sua vez, o Código de Processo Civil, prevê que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Ao relacionar as três disposições, Nucci (2010, p.87) chega a conclusão que: “em síntese, portanto, pode-se concluir que o processo penal deve formar-se em torno da produção de provas legais e legítimas, inadmitindo-se qualquer prova obtida por meio ilícito”. É possível compreender que, tendo em vista as três previsões propostas em nosso ordenamento, somente será possível a utilização de provas legais e legítimas dentro do processo penal, sendo vedadas provas contrárias a estes princípios.

Embora havendo discordância entre a doutrina, que utiliza diversos termos para conceituar a prova ilícita, Nucci (2010, p.88) explicita que “o *gênero* é a ilicitude – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é *contrário ao ordenamento jurídico*, contrário ao Direito de um modo geral”. Sendo assim, existe o gênero chamado prova ilícita que abarcaria todas as situações de ofensa ao Direito em geral.

Termos semelhantes para o gênero estão presentes na doutrina, como prova proibida, defendido por Capez (2011, p.346) e Aranha (1994, p.42), assim

como o termo provas inadmissíveis, defendido por Mirabete (2006, p.253), sendo que todos seguem o mesmo sentido defendendo que seria este o gênero que englobaria todas as situações de provas que não são, em sua essência ou produção, de acordo com nosso ordenamento jurídico.

Com o advento da reforma do Código de Processo Penal introduzida pela Lei n.º 11.690/2008, houve modificação do art. 157, que especifica que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, sendo que segundo Nucci (2010, p.88) é mais uma demonstração do ordenamento jurídico que o gênero é ilícito, sendo que duas espécies nascem desse gênero, espécies estas que serão explicitadas a seguir.

3.1 Prova Ilegítima

Dita Fernando Capez (2011, p.347) que “quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima”. Conceito semelhante traz Mirabete (2006, p.253) ao dizer que são provas ilegítimas “as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção, quanto na introdução da prova no processo”. É possível extrair desses conceitos que a prova ilegítima trata-se de espécie do gênero prova ilícita que engloba somente as situações em que essa afronta seja de natureza processual.

Há diversos exemplos de provas ilegítimas em nosso ordenamento processual penal, entre elas “a prova da morte da vítima através de simples confissão do réu” (NUCCI, 2010, p.88), assim como “o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, caput (CPP)” (CAPEZ, 2011, p.347), que trata da situação de apresentação de qualquer prova ou documento durante o plenário do Júri que não fora juntado aos autos dentro do prazo determinado e sem a ciência, ou seja, sem o conhecimento da parte contrária, violando também o Princípio do Contraditório. Há também a situação do sigilo profissional, previsto no art. 210 do Código de Processo Penal, quando determinadas pessoas que devam guardar este sigilo, afrontam a norma processual

do Código, sendo testemunhas durante o processo com relação aos fatos que deveriam ser sigilosos, sem a desobrigação da parte interessada ou envolvida. (CAPEZ, 2011, p.347).

Todas as situações acima elencadas possibilitam o entendimento do sentido da espécie prova ilegítima, uma das espécies do gênero, que não possuirá valor probatório, nestes casos, dentro do processo penal.

3.2 Prova Ilegal ou Ilícita

Tendo em vista que Gustavo de Souza Nucci (2010, p.88) utiliza o termo prova ilícita para o gênero, foi necessário que o mesmo elaborasse nomenclatura diferente para a segunda espécie. Entende que quando a prova ilícita envolver a produção da prova violando direito material seria a situação de prova ilegal.

Porém, diversos doutrinadores, mesmo se utilizando da terminologia prova ilícita para determinação do gênero, utilizam o mesmo termo para definir afronta ao direito material. Dita Capez (2011, p.347) que: “quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita”, sendo que Mirabete (2007, p.253) segue o mesmo entendimento ao dizer que são provas ilícitas “as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio, quer quanto ao modo de obtenção”. Todos os entendimentos seguem o mesmo caminho, ao dizer que as provas ilícitas ou ilegais são aquelas que afrontam direito material, utilizando-se apenas de terminologia diferenciada.

Separa Capez (2011, p.348) a prova ilegal ou ilícita em duas situações ao dizer que “serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem com aquelas que afrontem princípios constitucionais”. Tendo em vista a situação elencada pelo doutrinador, é possível destacar que as duas situações serão provas ilícitas ou ilegais, ou seja, quando afrontarem normas constitucionais e infraconstitucionais, desde que no âmbito material.

Com relação a exemplo de provas ilícitas ou ilegais mediante violação de normatizações infraconstitucionais, Capez (2011, p.348) elenca “uma confissão obtida com emprego de tortura”, situação em que o crime de tortura, previsto pela Lei n.º 9.455/1997, seria cometido. Seria uma situação onde não haveria produção de provas, e sim, a tipificação de um crime previsto em nosso ordenamento. Quaisquer situações em que para a produção efetiva da prova, um crime seja cometido, haverá a prova ilícita ou ilegal, tendo em vista que foi produzida violando direito material previsto no ordenamento infraconstitucional, no caso, penal.

Já com relação a exemplos de provas ilícitas ou ilegais produzidas com afronta à própria Constituição Federal, Capez (2011, p.348) elenca “o caso da gravação de conversa telefônica que exponha o interlocutor a vexame insuportável, colidindo com o resguardo da imagem, da intimidade e da vida privada das pessoas”, violando preceito previsto no art. 5.º, X da Constituição Federal que trata sobre o direito à intimidade e vida privada. No exemplo dado, há violação do direito previsto em norma constitucional, elencando situação de produção de prova ilícita ou ilegal.

Haverá também situações onde ocorrerão as duas situações ao mesmo tempo, sendo que Capez exemplifica (2011, p.348), com a “violação de domicílio (art. 5º, XI), do sigilo das comunicações (art. 5º, XII), [...] do respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), dentre outros”. Nessas situações, a violação de princípio constitucional será acompanhada de caracterização de uma própria infração penal.

3.3 Prova ilícita por derivação

Conforme foi possível constatar, a doutrina, a jurisprudência e o próprio ordenamento jurídico repelem qualquer que seja a espécie da prova ilícita. Há, porém, uma situação em que existem provas, segundo Capez (2011, p.348-349) “que são aquelas em si mesmo lícitas, mas produzidas a partir de outra ilegalmente obtida”. Esse pensamento traduz a ideia de que poderá ocorrer a situação de uma prova ser lícita em sua matéria, tanto quanto em sua formação, porém, a produção

só foi possível tendo em vista violação ao ordenamento jurídico ocorrida durante a produção de prova anterior. Trata-se da prova ilícita por derivação.

Os exemplos na doutrina são diversos. Tourinho Filho (2009, p.244) trata da situação de mediante tortura, o que seria um ilícito penal, obter-se a informação de onde estaria o objeto furtado, sendo que este é apreendido da forma especificada em lei; traz ainda a situação de uma escuta telefônica sem autorização judicial, sendo assim uma prova ilícita, que possibilita encontrar entorpecentes, sendo que estes, mais uma vez, são apreendidos da forma especificada em lei. Em ambas as situações, é possível constatar que embora a segunda produção de prova tenha sido feita licitamente, sem cometimento de qualquer delito, e também sem violar procedimento especificado em legislação, somente foi possível a própria produção tendo em vista prova ilícita anteriormente produzida.

Por sua vez, Nucci (2010, p.89) traz exemplo similar de prova ilícita por derivação e chega a seguinte conclusão:

Note-se que a apreensão está eivada do veneno gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da conduta policial. (NUCCI, 2010, p.89)

A doutrina chega à conclusão de que se for aceita a prova produzida de forma lícita, mais que possui um passado ilícito, se estaria validando a conduta ilegal ocorrida anteriormente, violando, assim, a Constituição Federal.

A origem da prova ilícita por derivação remete-nos ao sistema *Common Law*, presente nos Estados Unidos, conforme abaixo:

Essa categoria de provas ilícitas foi reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, com base na teoria dos “frutos da árvore envenenada” – *fruits of the poisonous tree* -, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. A partir de uma decisão proferida no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, as cortes americanas passaram a não admitir qualquer prova, ainda que lícita em si mesma, oriunda de práticas ilegais. (CAPEZ, 2011, p.349).

Conforme os ensinamentos acima mencionam, a prova ilícita por derivação surgiu nos Estados Unidos da América, tendo como base a ideia de que o vício de uma planta se transmite a todos os seus frutos, sendo aplicável a mesma

ideia para as provas ilícitas dentro de um processo. Ainda comenta Nucci (2010, p.89) que tal teoria “advém do preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos”, sendo este um dos motivos por qual a Suprema Corte norte-americana utilizou-se desta terminologia.

O caso ocorrido na decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana é especificado por Tourinho Filho (2009, p.244): no caso foi decidido que o Estado não pode “intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal”. A situação que levou a Suprema Corte a priorizar a teoria dos “frutos da árvore envenenada” é realmente semelhante com todos os exemplos levantados pelos doutrinadores.

No Brasil, entretanto, tal entendimento não fora pacífico desde o começo. Conforme ensina Capez (2011, p.349-350), em 1993, o Supremo Tribunal Federal não havia acatado a teoria dos frutos da árvore envenenada por maioria apertada, proferindo julgamento permitindo a utilização dessas provas por derivação. Entre anulação de julgamento de um dos Ministros, e posterior substituição de um dos Ministros, em 1996, passou a ser entendimento majoritário a adoção da teoria em questão, invertendo-se o entendimento anterior.

Com o advento da Lei n.º 11.690/2008, a teoria dos frutos da árvore envenenada ou as provas ilícitas por derivação restou-se positivada, incluindo o parágrafo primeiro ao artigo 157 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte previsão: “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”. O artigo em questão, principalmente em seu parágrafo, pacificou e normatizou a teoria dos frutos da árvore envenenada em nosso ordenamento.

É importante acrescentar que a legislação trouxe limitações e exceções à teoria em questão, conforme parágrafos primeiro e segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal.

O primeiro parágrafo do artigo em questão traduz, segundo Capez (2011, p.356) a ideia da chamada limitação da fonte independente (*independent source limitation*), ao dizer que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando [...] quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Pode-se extrair do dispositivo legal que a todo o

momento em que houver uma fonte independente daquela contaminada pelo ilícito, será a prova derivada considerada lícita. Luiz Flávio Gomes (2008, p.41) continua a análise dizendo que no parágrafo segundo do mesmo artigo, o legislador definiu o que deve ser entendido como fonte independente, sendo entendida esta como “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”. Sendo assim, fonte independente trata-se de fonte que sozinha, ou seja, mesmo que não houvesse a fonte maculada pelo ilícito, conduziu à mesma produção da prova derivada.

O exemplo oferecido por Nucci (2010, p.387) para essa exceção é o seguinte: durante uma escuta telefônica ilegal, foi obtida a informação de um documento que incriminaria o indiciado. Porém, uma testemunha depôs regularmente e informou a localização do mesmo documento. Se o documento tivesse sido obtido exclusivamente pela informação da escuta ilegal, estaríamos numa situação clara de prova ilícita por derivação, por ter sido a informação inicial obtida por meio de prova ilícita. Entretanto, a situação da testemunha informar a localização do mesmo documento, ou seja, possuía uma fonte independente, será acolhido como prova lícita.

Segundo Gomes (2008, p.42), há também a situação da exceção ou limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), que considera a ideia de que a prova seria descoberta de qualquer forma, era inevitável, trazendo o seguinte exemplo: o indiciado, mediante tortura, confessa o crime e informa o local onde o corpo da vítima estaria. A polícia rapidamente se dirige para o local indicado, encontrando o corpo. Ao mesmo tempo, havia diversas pessoas cavando o local para que encontrassem o corpo. Estes não haviam recebido a informação obtida ilicitamente, e era inevitável que ocorresse a descoberta do corpo.

O exemplo demonstrado acima traduz a exata ideia da descoberta inevitável. Mesmo que se a polícia tivesse encontrado o corpo tendo em vista informação ilícita obtida mediante tortura, o corpo seria encontrado logo pelo grupo de pessoas que estavam procurando-o no mesmo local. A prova obtida pelos policiais encaixaria na prova ilícita por derivação, mas é válida, tendo em vista a limitação de a descoberta inevitável estar presente na situação.

É imprescindível acrescentar que as duas limitações até agora citadas são extremamente semelhantes, sendo que alguns doutrinadores chegam até mesmo a incorporar a situação da limitação da descoberta inevitável na limitação da fonte independente.

Há uma limitação não explorada expressamente em nosso ordenamento jurídico, mas segundo Gomes (2008, p.42) seria considerável a situação da limitação da contaminação expurgada, sendo que o mesmo doutrinador traz o seguinte exemplo: o indiciado, mediante tortura, confessa o cometimento de um delito, informando também o coautor, que eventualmente também confessa. Essa confissão obtida do coautor é ilícita por derivação, tendo em vista que a primeira confissão obtida, mediante tortura, se trata de prova ilícita. Entretanto, alguns dias depois, o coautor decide se confessar espontaneamente perante o juiz, estando presente o seu próprio advogado. Sendo assim, Gomes (2008, p.42) dita que “a contaminação precedente fica expurgada. A nova confissão, feita na presença de advogado, possui valor jurídico. Ou seja: expurga a contaminação precedente”. É extraído dessa situação o entendimento de que a contaminação seria limpa, tendo em vista que, posteriormente, a prova contaminada pela prova ilícita é produzida de forma correta.

Há também, segundo Gomes (2008, p.40), a chamada exceção da prova *pro reo*, sendo que seria a situação de que o gênero prova ilícita seria admissível no processo, desde que a favor do réu. O mesmo doutrinador faz a ressalva de que essa situação se aplicaria tanto às provas ilícitas originais, quanto às derivadas destas, sendo que o fundamento de admissão dessas provas ilícitas estaria no chamado Princípio da Proporcionalidade, dizendo que entre o confronto de dois estados ideais, isto é a inadmissibilidade da prova ilícita e o princípio da inocência do réu, este seria preponderante. Capez (2011, p.351) segue o mesmo entendimento ao dizer que “no caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social”. Os diversos estados ideais presentes em nosso ordenamento jurídico estão sempre em contraste e harmonização, sendo que haverá um que deverá se sobrepor temporariamente a outro.

Haverá também a situação exposta pela teoria da proporcionalidade, que conforme dita Capez (2011, p.351) surgiu na Alemanha durante o pós-guerra.

Essa teoria traduz a ideia que “sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes”. Em situações excepcionais, tendo em vista a teoria apresentada, provas ilícitas poderiam ser utilizadas, tendo em vista um estado ideal superior a ser considerado.

Fica claro na doutrina a utilização do princípio em questão a favor do réu. Entre aceitar uma prova ilícita, único meio de prova existente para comprovar a inocência do mesmo, e permitir que alguém manifestamente inocente, que não tem responsabilidade alguma pelo ocorrido, seja punido, a aceitação da ilicitude da prova seria consoante com nosso ordenamento jurídico e com a Constituição Federal de 1988. (CAPEZ, 2011, p.353).

Conforme exposto, o Princípio da Proporcionalidade ser usando *pro reo* é incontestável. Gomes (2008, p.41) trata da situação contrária, ou seja, da situação do mesmo princípio ser utilizado *pro societate*, ou seja, a favor da sociedade. O doutrinador diz ser impossível, tendo que vista que o princípio em questão “nasceu para limitar os poderes do Estado, que não pode praticar abusos ou excessos. Nasceu, em síntese, para a tutela dos direitos fundamentais do cidadão”. O fundamento por qual o Princípio da Proporcionalidade foi imaginado, a limitação do Estado de interferência nos direitos do cidadão, impede que o mesmo seja utilizado a favor da sociedade, já que se trataria de uma antinomia para seu fundamento.

4 PROVA TESTEMUNHAL

Após o exposto quanto à própria prova, e as situações de provas ilícitas, há de se adentrar no objeto de estudo: a prova testemunhal, e posteriormente, o sistema de inquirição das testemunhas.

Segundo José Carlos G. Xavier de Aquino (1995, p.13): “a palavra “testemunha” vem de *testibus*, que significa dar fé da veracidade de um fato”. No mesmo sentido, Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (2006, p.156) entende que:

Testemunhar, etimologicamente, vem do latim *testari*, significando mostrar, asseverar, manifestar, testificar, confirmar, etc. Por sua vez, deu origem ao vocábulo testemunha (*testis*), que representa toda a coisa [...] ou pessoa [...] que afirma a verdade de algum fato.

Antes de adentrar na prova testemunhal, é necessário traçar uma evolução história da prova e do testemunho para compreensão destes e conseqüente aplicação no ordenamento jurídico atual.

4.1 Evolução Histórica

De acordo com Aquino (1995, p.3), os povos antigos já possuíam noção da prova, entretanto:

[...] nessa época, predominava a chamada prova mística, que sujeitava os acusados a determinados processos bárbaros e desumanos. Tais processos recorriam ao juízo dos deuses para a indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham de suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência. Esse meio primitivo de prova denominava-se “ordália”.

Entendia-se naqueles tempos que os deuses apenas deixariam aquela pessoa viver se inocente fosse, ou seja, somente suportaria tal provação cruel se fosse inocente, caso contrário perecia durante ou após o processo de prova.

Aquino (1995, p.3) ensina, que “através da Bíblia, na Palestina, verifica-se a presença da prova testemunhal como meio de atestar a realidade de um fato”. Muitos procedimentos e entendimentos utilizados e aplicados no ordenamento jurídico brasileiro, assim nos ordenamentos de todo o mundo, são previstos na Bíblia, principalmente nos livros do Êxodo, Deuteronômio e Provérbios, tais como: preocupação e punição com relação ao falso testemunho e não admissão de testemunha única.

Já “na Babilônia, aquele que acusasse e não provasse a culpabilidade do culpado, também, como na Palestina, sofria a mesma pena que a este seria infligida, caso a acusação fosse verdadeira” (AQUINO, 1995, p.4), o que era de certa forma, punição ao crime de falso testemunho. O Código de Hamurábi trazia, além da previsão expressa do acima mencionado, “referência à manipulação ou suborno das testemunhas” (AQUINO, 1995, p.5), continuando se preocupando com a importância deste meio de prova.

Na Índia, as previsões do Código de Manu também se preocupavam com a prova testemunhal. Aquino (1995, p.5) escreve que “entre outras prescrições, o Código de Manu estabelecia que as testemunhas deveriam pertencer à mesma classe social do imputado”, assim como somente mulheres poderiam testemunhar com relação a outras mulheres, exceto quando os fatos tivessem acontecido em locais internos, ermos ou em caso de assassinato. O mesmo Código também previa que “se os fatos fossem presenciados por criança, ancião ou doente e estes viessem a prestar testemunho, o seu depoimento deveria ser considerado fraco” (AQUINO, 1995, p.5), sendo que a situação de fragilidade de certos testemunhos persiste no ordenamento jurídico brasileiro.

Roma, por sua vez, Aquino (1995, p.6) explicita que “em quase todas as épocas [...] predominava a desconfiança” na prova testemunhal, sendo que “as mulheres, os escravos, os delinqüentes, os incapazes, as prostitutas e as crianças não podiam testemunhar”. Gradualmente, com o Cristianismo, as diversas proibições de testemunhos foram desaparecendo, especialmente a partir da permissibilidade do testemunho das mulheres e escravos.

Era admitida também a prova testemunhal na Grécia, embora conforme doutrina Aquino (1995, p.7) “predominassem, tal qual no direito romano, proibições

com relação ao testemunho das mulheres, dos escravos e das crianças”, sendo que na Grécia somente era possível a figura da testemunha ocular.

4.2 Conceito

É possível encontrar diversos conceitos de testemunha e prova testemunhal, sobretudo jurídicos, na doutrina. Guilherme de Souza Nucci (2010, p.457) conceitua testemunha como “a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade”. Isto é, somente é testemunha aquela que de alguma forma obtém informações acerca do ocorrido, sendo que com estas informações confirmará a realidade do fato penal, sempre agindo de forma a não prejudicar a imparcialidade de seu testemunho, que deve demonstrar a verdade.

No mesmo sentido, Aranha (2006, p.158) é mais explícito ao fazer sua conceituação, propondo a definição a seguir:

[...] testemunha é todo o homem, estranho ao feito e eqüidistante 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 das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

Esse conceito é mais abrangente já que consegue explicitar todos os detalhes intrínsecos da prova testemunhal. Aranha (2006, p.159), explicando seu próprio conceito, dita que somente poderá ser testemunha o ser humano, já que é necessário que os fatos que foram conhecidos pela pessoa por seus sentidos sejam reproduzidos de forma narrativa, e somente o ser humano tem a habilidade para esta atividade. Além disso, essa pessoa deverá ser estranha às partes e ao juiz, não podendo manter com elas “relações de parentesco, interesse ou amizade que as tornem impedidas ou suspeitas de depor” (ARANHA, 2006, p.159), ou seja, uma forma de impedir que o testemunho ou o julgamento sejam parciais.

Uma importante consideração com relação a esse conceito é esmiuçar os sentidos do corpo humano que a testemunha pode dar fé. Já dizia Nicola Framarino Dei Malatesta (1996 p.323):

Conquanto se possa ser testemunha para qualquer espécie de sensação, não se fala, geralmente, senão de testemunhas de vista e ouvir. Isto é devido à maior precisão e exatidão desses dois sentidos, o que não importa, contudo, que, com um valor inferior, não possa haver testemunhos apoiados em outros sentidos.

Todos os cinco sentidos (visão, audição, tato, olfato e paladar) podem ser utilizados para dar fé, ou seja, para testemunhar perante o juízo penal. Deve-se entender que, embora menos comum, há situações em que sentidos diferentes da visão e audição podem ser utilizados para a prova testemunhal. Para apoiar seus próprios ensinamentos, Malatesta (1996, p.323) dá como exemplo de testemunha de paladar a situação seguinte:

Tício, depois de ter visto Caio beber, supondo-se por conseqüência envenenado, aproximou o mesmo copo aos lábios, cuspidando imediatamente o pequeno gole de bebida que lhe caiu sobre a língua, devido a um certo sabor áspero que o preveniu.

Obviamente que na situação acima explicitada, a produção de prova pericial traria resultado mais abrangente, além de mais seguro, entretanto, tudo dependerá da situação fática e da possibilidade da utilização de uma prova pericial.

O principal fundamento para estudo da prova testemunhal foi exposto de forma clara por Tourinho Filho (2009, p.315) nas seguintes palavras:

A prova testemunhal, sobretudo no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Em geral as infrações penais só podem ser provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento. Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nesta reside seu fundamento.

É possível perceber que há diversos motivos que tornam a discussão da prova testemunhal importante para o uso efetivo da mesma, já que muitas vezes será o único modo de provar que os fatos narrados realmente existiram.

4.3 Classificação

Guilherme de Souza Nucci (2010, p.457) entende que não ser cabível classificar as testemunhas, utilizando o seguinte argumento:

Testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem. Se viram ou ouviram dizer, não deixam de ser testemunhas, dando declarações sobre a ocorrência de alguma coisa. A pessoa que presencia um acidente automobilístico, por exemplo, narra ao juiz os fatos, tais como se dera na sua visão. Lembremos, sempre, que qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, *o que e como* tudo ocorreu.

É possível perceber que o doutrinador dita que testemunha é testemunha, não importando de qual forma ou modo obteve as informações. Porém, para as modalidades de prova, a classificação da prova testemunhal é necessária.

Ao classificar as testemunhas, Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p.319) diz ser: “*direta* a testemunha, quando depõe sobre fatos a que assistiu. *Indireta*, quando depõe sobre fatos cuja existência sabe por ouvir dizer”, fazendo distinção com relação à fonte do testemunho prestado.

Continua Tourinho Filho (2009, p.320):

Própria [...] a testemunha que depõe sobre os fatos objeto do processo, cuja existência conhece de ciência própria ou por ouvir dizer. Diz-se *imprópria*, quando depõe sobre um ato, fato ou circunstância alheia ao fato objeto do processo e que se imputa ao acusado.

Ainda dita Tourinho Filho (2009, p.320) que: “dizem-se *numerárias* as testemunhas que prestam compromisso, e *informantes* aquelas que não o prestam. Ainda há as chamadas testemunhas *referidas*, que são terceiras pessoas indicadas no depoimento de outra testemunha”. Com relação a esta parte da classificação, Nucci (2010, p.458) questiona que se a testemunha solicitada pelo Juiz presta compromisso se tornaria numerária, entretanto não estaria vinculada a nenhum número, ou seja, não está vinculada à quantidade de testemunhas que cada parte pode oferecer, não sendo assim, de certa forma, numerária. É necessário levantar ainda que o Juiz pode ouvir quantas testemunhas achar necessário para julgar a

causa, conforme artigo 209 do Código de Processo Penal. Segundo André Estefam (2008, p.56), deve-se entender como numerária a testemunha que integra o direito de provar das partes previsto em lei, criando-se a testemunha extranumerária, poder instrutório do Juiz, não computando nos números previstos em lei.

4.4 Características

A prova testemunhal, assim como qualquer outro tipo de prova, possui suas características, sendo estas importantes para melhor compreensão de sua aplicação e particularidades dentro do Processo Penal.

4.4.1 Oralidade, imediatidade e identidade física do juiz

A oralidade é uma importante característica da prova testemunhal, estando expressa no Código de Processo Penal no artigo 204: “O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”.

Esta característica já era discutida em 1912 por Malatesta (1996, p.326) ditando que:

[...] o princípio de oralidade tem o seu fundamento num princípio mais largo, isto é, no princípio do exame direto das provas; exame direto que, na medida do possível, é preciso sempre confiar para evitar qualquer influência estranha do espírito do redator do depoimento, sobre o do juiz que deve pronunciar a sentença. Com o exame direto e oral do testemunho, o juiz, que tem sobre os seus olhos os vários elementos do julgamento, pode descobrir onde a testemunha foi deficiente por omissão ou inexatidão, e reparar por meio de oportunas interrogações. Quanto tenha, ao contrário, de julgar segundo testemunhos reduzidos a escrito por outrem, ainda que por um oficial público, existirá sempre a possibilidade de um auto não completamente fiel, seja por ter desprezado qualquer parte do depoimento oral ou subentendido.

Pode-se entender que para o Juiz poder perceber a realidade do depoimento da testemunha, este depoimento deve ser oral. Se feito de forma

escrita, pode receber influências externas ou até mesmo tentativas por parte da própria testemunha de omitir informações. Trata-se da figura do princípio ou, neste caso, da característica imediatidade, relacionada à característica da oralidade. Malatesta (1996, p.326) ainda dizia que:

[...] o juiz dos debates, confiando na redação escrita dos testemunhos, priva-se daquela grande luz que surge da conduta pessoal da testemunha e aclara a maior ou menor credibilidade de suas afirmações. Há sinais de veracidade ou de mentira na fisionomia, no som da voz, na serenidade ou no embaraço de quem depõe. É um acúmulo precioso de provas indiretas, que se perde quando se julga sobre o escrito.

Algo escrito não consegue deixar transparecer tudo que o corpo humano transmite no momento em que se fazem afirmações ou mentiras, sendo que o juiz precisa ter acesso a estes tipos de informações transmitidas pelas emoções humanas.

É importante acrescentar que a testemunha poderá sim se recorrer a notas escritas, conforme prevê o parágrafo único do mesmo artigo 204 do Código de Processo Penal, dizendo que “não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos”. Malatesta (1996, p.329) já se referia a esta possibilidade, dizendo que notas escritas poderiam ser levadas pela testemunha, já que, como exemplo, há situações em que “é necessário por vezes referir detalhes intrincados e minuciosos de algarismos, que nem sempre se podem reter na memória”, além do que, a utilização destas notas ajudaria a testemunha a expressar a veracidade das informações prestadas.

Há de se dizer, porém, que o próprio Código de Processo Penal traz as exceções à oralidade. No artigo 221, §3º, prevê que “o Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito [...]”, acrescentando ainda que eventuais perguntas das partes sejam também enviadas via ofício, ou seja, de forma escrita. Nesta situação, as autoridades referenciadas no parágrafo em questão, poderão optar pela prestação do depoimento como testemunha de forma escrita, ao invés de forma oral. Segundo Tourinho Filho (2009, p.322), “na Espanha, o art. 415 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* estabelece a mesma regra para certas pessoas, como os

Presidentes da Câmara e do Senado”, demonstrando que tal proteção não existe somente no ordenamento jurídico nacional.

A segunda exceção prevista no ordenamento brasileiro está também no Código de Processo Penal, porém, no parágrafo único do artigo 223 que dita que “tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192”, sendo que o artigo 192 do Código Processo Penal dita que o surdo será questionado por escrito e responderá oralmente; o mudo será questionado oralmente, respondendo por escrito; e finalmente, o surdo-mudo será questionado por escrito, respondendo da mesma forma. Mesmo que as colocações efetuadas pelo Código de Processo Penal sejam óbvias, é interessante que o legislador explicita situações como essa para se evitar eventuais lacunas ou interpretações diferenciadas.

Há um princípio, e conseqüentemente uma característica, derivado da oralidade: trata-se do princípio da identidade física do juiz. Segundo Nucci (2010, p.108), este dita que “o magistrado que preside a instrução, colhendo as provas, deve ser o que julgará o feito, vinculando-se à causa”. Esse princípio traduz a ideia de que o juiz que colheu as provas deverá julgar, o que deriva simplesmente da oralidade e da imediatidade. O Magistrado que colheu a prova, no caso a prova testemunhal, deverá julgar a causa, já que teve contato direto com a produção da mesma e pode obter todas as características e situações exprimidas pelas testemunhas durante a inquirição.

4.4.2 Objetividade

A testemunha deve-se ater a expressar aquilo que testemunhou, seja de forma direta ou indireta, não podendo exprimir colocações pessoais, conforme o artigo 213 do Código de Processo Penal: “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”, ou seja, não poderá a testemunha realizar juízo de valor.

Tourinho Filho (2009, p.323) dá o exemplo de não admissão da situação escrevendo que: “uma pessoa, depondo em juízo ou perante a Autoridade

Policial, diga que, se fosse o réu, não se teria aborrecido com as palavras proferidas pela vítima”. Na situação supracitada, a testemunha está proferindo de certa forma um julgamento, papel que esta não tem no processo.

Continua Tourinho Filho (2009, p.323) ao escrever: “ainda que formuladas pelas partes perguntas que ensejem apreciações pessoais da testemunha, deverá a autoridade indeferi-las, consignando-se, no termo, a pergunta e o indeferimento”, sendo que esta situação de indeferimento está de certa forma implícita no artigo do Código de Processo Penal.

4.4.3 Retrospectividade

As testemunhas, conforme Tourinho Filho (2009, p.323) ensina, “depõem sobre fatos passados e jamais sobre fatos futuros. Se *B* foi preso em flagrante, as testemunhas deporão sobre o fato que se passou... sobre fatos pretéritos”. Nunca poderá, além de ser humanamente impossível, a testemunha falar sobre acontecimentos futuros.

Tourinho Filho (2009, p.323) ainda diz que “com bastante acerto ensina Tornaghi que, se um médico comparece em juízo para depor, não poderá dizer que a lesão corporal sofrida pela vítima a incapacitará para as ocupações habituais por mais de 30 dias”. É um exemplo da característica da retrospectividade, sendo que não há como se afirmar efetivamente, ou seja, não há como saber o que acontecerá no futuro.

4.4.4 Individualidade

Esta característica está previsto no artigo 210 do Código de Processo Penal: “as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho”. Sendo assim, cada testemunha é

individualizada, devendo cada uma depor de cada vez, não podendo ouvir o que a outra disse para se evitar tentativas de mudança ou omissão em seus depoimentos. A contradita das testemunhas será utilizada exatamente para as contradições entre os depoimentos das diversas testemunhas ou até mesmo com as partes do processo.

5 DOS SISTEMAS DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS

Tendo em vista a necessidade natural de organização dos procedimentos, existem dois principais sistemas de inquirição das testemunhas. É imprescindível o entendimento de ambos para melhor compreensão das modificações efetuadas pela Lei n.º 11.690/2008 e eventual definição do sistema adotado pelo ordenamento jurídico atual.

É importante acrescentar, entretanto, que os dois sistemas estabelecem o sistema de inquirição perante o Magistrado. Em 1912, Malatesta (1996, p.363) já entendia o seguinte:

[...] É preciso, em suma, que o juiz, na medida do possível, perceba diretamente as provas, como aderentes a seu sejeito [*sic*] natural e originário, pois é claro que o convencimento é tanto mais legítimo quanto mais se apóia na imediata percepção das provas do que provém.

Sendo assim, demonstra Malatesta que o juiz é necessário dentro de qualquer sistema de inquirição, tendo em vista ser o sujeito natural e que seu convencimento será melhor condizente estando presente durante a inquirição da testemunha.

Outro importante acréscimo é que não importa qual sistema for adotado, tanto o Juiz quanto as partes terão a oportunidade de realizar perguntas, direta ou indiretamente, entendimento que Malatesta (1996, p.370) já exprimia:

[...] se é lógico conceder ao juiz o direito de interrogar no julgamento público, para que ele dê uma base mais sólida a seu convencimento, não deve ele negar-se às partes interessadas, quando julguem, do ponto de vista de suas convicções particulares e interesses legítimos, poder contribuir com suas perguntas para a formação do correto convencimento judicial.

Malatesta demonstra que as partes devem também ter o direito de realizar perguntas à testemunha para possibilitar a busca da verdade real, isto é, o correto convencimento do Magistrado, evitando assim percepção errônea dos fatos narrados pela testemunha ou informados por uma das partes.

5.1 Sistema Presidencialista

O sistema presidencialista ou sistema indireto de inquirição das testemunhas era o sistema previsto no Código de Processo Penal antes da modificação do artigo 212 pela Lei n.º 11.690/2008. Este sistema é comparável ao sistema utilizado pelo legislador no Processo Civil Brasileiro. A antiga redação do artigo em questão estabelecia o seguinte:

As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

Somente o Juiz se dirigia à testemunha. Ele realizava suas perguntas diretamente. Já as partes deveriam formular a pergunta ao Juiz que a refaria à testemunha, sendo esta a figura da repergunta.

Neste sistema, o Juiz será o primeiro a inquirir as testemunhas, passando para as partes realizarem as reperguntas. Após o Magistrado, a parte que arrolou a testemunha formulará as perguntas ao Juiz primeiramente, sendo que após essa, terá o mesmo direito a parte contrária. Se houver a figura do assistente de acusação, este fará as reperguntas após o Ministério Público. Caso a testemunha tenha sido convocada pelo Juiz, a acusação será a primeira a efetuar suas reperguntas (MIRABETE, 2006, p.304).

Para entender a adoção desse sistema, as considerações levantadas por Cristiani Monteiro Luchesi (2010, p.16) são pertinentes, ao dizer que o Código de Processo Penal surgiu em meio à centralização política e com a prevalência de ideais autoritários, tendo em vista o mesmo ter sido concebido durante o Estado Novo, inspirando-se, inclusive, em “legislação processual penal italiana produzida na década de 1930 (Codice di procedura penale), em pleno regime fascista, o CPP foi pensado e estruturado em bases que, por óbvio, refletem autoritarismo, em decorrência de sua gênese”. Este autoritarismo pode ser percebido em toda a extensão do Código de Processo Penal, tendo em vista a concentração de atos na mão do Magistrado, inclusive com relação à inquirição das testemunhas.

Conclui Luchesi (2010, p.105): “o processo, em especial o penal, não refletia sua instrumentalidade, constituindo-se tão somente em um contundente objeto do Estado contra aqueles que delinquem”. O Código de Processo Penal se estabeleceu de forma inquisitorial, dando foco a centralizar o poder para garantir uma efetiva repressão Estatal e conseqüente punição do que delinuiu. A utilização excessiva das garantias individuais estimularia, segundo tais fontes, a criminalidade, mesmo que de forma indireta.

Tal fonte e características influenciaram a adoção do sistema presidencialista, sistema em que o Magistrado possui controle total da produção da prova testemunhal, sendo esta uma das críticas efetuadas a este sistema de inquirição.

De acordo com Nucci (2010, p.472), o sistema presidencialista preza pela direção e controle do juiz na instrução de todos os atos praticados na audiência, inclusive com relação à inquirição das testemunhas, porém, tal controle trazia como consequência uma inquirição indireta das mesmas, implicando em lentidão e inadequação para o bom fluir da audiência.

A testemunha estará presente na sala da audiência durante a repergunta efetuada pela parte, e terá entendido o que foi perguntado pela defesa ou pela acusação, e a poderia responder imediatamente. Porém, o Magistrado a orientava a esperar que o mesmo repetisse a pergunta, para que, somente então, pudesse responder. Diante do processo informatizado, sendo a maioria dos depoimentos colhidos de forma eletrônica, seria desnecessário ouvir o mesmo questionamento duas vezes. (NUCCI, 2009, p.483)

Havia também limitação a uma característica importante dentro da prova testemunhal:

A interação da conversa, da qual se pode extrair não só o que se diz, mas também a forma de dizer, aliada à expressão corporal, à dinamicidade entre as perguntas e às respostas para sentir a segurança do interpelado, muitas vezes ficava atravancada pela intervenção judicial como ponte entre interpelante e o interpelado. (TÁVORA, 2008, p.93)

Com a figura da repergunta, a situação de obtenção de sinais indiretos exprimidos pela testemunha durante sua inquirição fica prejudicada com a excessiva intervenção judicial que a figura da repergunta traz.

O intuito do sistema da repergunta, e sendo assim do próprio sistema presidencialista, seria o seguinte:

Se o intuito era o de proteger a testemunha e a própria colheita da prova de questões irrelevantes ou impertinentes, tal finalidade poderia ser garantida pela presença fiscalizadora do juiz e da parte contrária. Havendo indagação inconveniente, seria ela indeferida, antes de a testemunha responder. Se já o fez, não constará do termo a resposta, diante do indeferimento. (NUCCI, 2010, p.472)

Sendo assim, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento da parte contrária, indeferir a repergunta efetuada por uma das partes, atribuição tanto prevista na redação anterior do artigo 212 quanto na atual, que prevê o sistema *cross examination*, o qual será examinado posteriormente. A finalidade de proteção da testemunha e do próprio processo já estaria garantida diante de tal atribuição.

Continua Nucci (2010, p.473) que o Juiz deve utilizar tal atribuição fundamentadamente e com o uso do bom senso. “Afim, o magistrado não pode ser o senhor absoluto da inquirição, desejando filtrar tudo aquilo que se passa na mente das partes, envolvendo-se na estratégia da acusação ou da defesa”. Mesmo sendo destinatário da prova testemunhal, o Magistrado não pode tentar controlar exageradamente a produção desta.

Existe uma situação que poderá estar presente quando do sistema presidencialista: a figura do pré-julgamento por parte do Magistrado. Nestor Távora (2008, p.93) dita o seguinte:

Percebe-se claramente a preocupação do legislador em evitar que a parte faça perguntas tendenciosas, levando a testemunha a erro, em que a resposta acabe sendo fabricada por argúcia do interpelante, retirando da testemunha a espontaneidade necessária para esclarecimento da verdade. Quer-se evitar também o testemunho moldado, no qual a parte faz as afirmações e praticamente convoca a testemunha a concordar ou discordar, retirando-lhe totalmente a liberdade de analisar e até mesmo entender o que foi indagado. A habilidade na condução do testemunho pela acusação ou pela defesa pode acabar fazendo da testemunha verdadeira marionete, alçada arditamente a dizer o que se quer ouvir.

Embora na descrição acima Nestor Távora esteja se referindo as partes dentro do processo penal, as mesmas situações podem ser levadas em conta quanto ao Juiz. Tendo em vista sua maior presença no sistema presidencialista, no qual receberá a pergunta da parte e a referirá a testemunha, filtrará o que achar ser

imprescindível para o seu entendimento. O Magistrado tentará moldar os testemunhos para que seu pré-julgamento seja concretizado. Embora no sistema *cross examination* tal situação também poderá ocorrer, a sua utilização no sistema presidencialista é facilitada. Empossado de atribuições como a reestruturação das perguntas das partes, o Magistrado poderá refazê-las de forma a modificá-la substancialmente a fim de alcançá-lo. É claro que tal atuação do Magistrado a fim de concretizar seu pré-julgamento fere a imparcialidade do mesmo, sendo figura de nulidade na inquirição da testemunha, ou seja, na produção da prova testemunhal.

Nestor Távora (2008, p.92-93) também dita que: “a transmissão das perguntas pelo magistrado gerava graves inconvenientes, não só quanto a fidelidade do que era perguntado, mas também pelo tumulto ocasionado pela triangularização entre as perguntas e as respostas”. A situação da repergunta poderia, mesmo que involuntariamente, modificar a pergunta original efetuada pelas partes, além de confusão da testemunha com a situação.

Neste sentido, chega a seguinte conclusão Tourinho Filho (2011, p.61) ao dizer sobre o princípio da verdade real:

Essa posição ativa e proeminente do Órgão Jurisdicional Penal deriva, desde logo, da natureza pública do interesse repressivo e contrasta com a posição do Juiz cível, cujos poderes estão, geralmente, condicionados e limitados pela iniciativa das partes. Aqui, ao que nos parece, houve certo exagero do legislador; não se pode nem se deve atribuir ao Juiz poderes exclusivos e pertinentes às partes. Deveria cumprir ao Juiz, apenas, prover à regularidade do processo, limitar-se a recolher as provas apresentadas e julgar. Infelizmente o nosso Processo Penal apresenta acentuados laivos de inquisitividade.

A presença exarcebada do Magistrado Penal diante da inquirição das testemunhas no sistema presidencialista demonstra traços do sistema inquisitorial de processo, onde há concentração das funções de acusar em diversos sujeitos do processo, com o objeto principal de punir o infrator da lei.

A utilização do sistema presidencialista pelo legislador do Código de Processo Penal, principalmente por possuir raízes do fascismo e do Estado Novo, é um claro sinal de influência do sistema processual inquisitivo, mesmo que o Código de Processo Penal, em sua maioria, seja baseado no Princípio Acusatório que permeia o próprio sistema acusatório, isto é, com as funções de acusar, julgar e defender divididas entre os sujeitos envolvidos no processo.

5.2 Sistema *Cross Examination*

O sistema *cross examination* provém do Direito dos Estados Unidos da América e é também conhecido como sistema de inquirição cruzada ou de inquirição direta. Este sistema já era previsto no procedimento do Tribunal do Júri para inquirição das testemunhas.

Tendo em vista a modificação efetuada pela Lei n.º 11.690/2008, é este o sistema agora previsto para o procedimento comum no Processo Penal Brasil, estando estabelecido no artigo 212 do Código de Processo Penal, conforme redação abaixo:

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.

Sendo assim, diferentemente do sistema presidencialista, o novo sistema adotado pelo legislador brasileiro prevê que as partes também formularão suas perguntas diretamente às testemunhas, possuindo o Juiz o papel principal de fiscalização para impedir perguntas não necessárias ao desenrolar do processo.

Com relação ao sistema *cross examination*, Nucci (2010, p.473) o julga como “mais dinâmico e fácil de ser compreendido, inclusive e em especial pela própria testemunha”, influenciando no modo que a mesma se comportará durante sua inquirição. Sendo perguntada diretamente pelos advogados das partes, poderá responder imediatamente, sem necessitar aguardar reformulação da pergunta pelo Juiz.

Entende Tourinho (2009, p.348) que a modificação do sistema presidencialista para o sistema *cross examination* “talvez seja um caminho para futuramente ser instaurado, entre nós, um processo penal puro, permitindo-se ao Juiz, excepcionalmente, um poder complementar”. O processo penal puro ainda não é, e provavelmente não será, abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro, já que o Magistrado possui papel importante na instrução dentro de todo o procedimento penal, principalmente diante da presença do Princípio da Verdade Real.

A adoção deste sistema por parte da Lei n.º 11.690/2008 preza pelo Princípio da Celeridade Processual tão presente nessa reforma do Código de Processo Penal. Este princípio está previsto no art. 8.º do Pacto de São José da Costa Rica, que teve aprovação no Brasil em 1992 através do Decreto Legislativo n.º 27 e promulgada no mesmo ano através do Decreto n.º 678, ao ditar que toda pessoa tem direito a um processo com prazo razoável. Tendo em vista este procedimento, o ordenamento processual brasileiro já aceitava o Princípio da Celeridade. Entretanto, o legislador por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, expressou o referido princípio em um novo inciso ao art. 5º: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Este princípio traduz a ideia de uma melhor eficácia à prestação jurisdicional (CAPEZ, 2011, p.70).

A Lei n.º 11.690/2008 veio efetivar o Princípio da Celeridade Processual especificadamente dentro do processo penal ao modificar o art. 400 do Código de Processo Penal criando a figura da audiência una, onde ocorrerá toda produção das provas. A adoção do sistema *cross examination* está intimamente ligada a esta modificação legislativa, tendo em vista que este sistema prioriza a relação da parte que estiver inquirindo com a testemunha, sem a presença da repergunta, gerando desburocratização durante a inquirição da mesma.

É necessário acrescentar que o Magistrado mantém o controle dos questionamentos. O Magistrado estará presidindo a audiência, controlando a produção das provas. Dita Nestor Távora que mesmo que as perguntas sejam agora realizadas diretamente às testemunhas, o sistema de fiscalização pelo Juiz persiste. As partes formularão normalmente suas perguntas, diretamente às testemunhas, sendo que o Magistrado poderá impedir que a resposta seja dada, “desde que haja cabal impertinência, posto que a pergunta não tenha relação com a causa, ou já tenha sido respondida, ou ainda, como inovação legislativa, caso a indagação possa induzir a testemunha na resposta” (TÁVORA, 2008, p.93). Sendo assim, o poder de fiscalização do Magistrado, um dos fundamentos para aplicação do sistema presidencialista, persiste no sistema *cross examination*. Sendo assim, o sistema *cross examination* tem incorporado uma das preocupações que o sistema presidencialista possui, quais sejam, a proteção do processo e da testemunha.

Algumas considerações quando a este poder de fiscalização são úteis para melhor explanação:

Muitas vezes, a parte tem um raciocínio próprio, que visa a envolver a testemunha de modo suficiente a descortinar as inverdades proferidas. Se o juiz quebrar este método, exigindo saber, passo a passo, a razão do que está sendo reperguntando, a prova será mal colhida. Por isso, somente deve interferir questões francamente irrelevantes, impertinentes ao processo, resvalando na agressão à testemunha ou na violação da sua intimamente gratuitamente, bem como quando se tratar de matéria já respondida. (NUCCI, 2010, p.473).

Tendo em vista que a testemunha estará fadada a esconder ou maquiar a verdade dos fatos para enganar o Poder Judiciário, e facilitar a situação para alguma das partes, o que implicaria no crime de falso testemunho, a parte poderá se utilizar de algumas perguntas sequenciais para possibilitar que esse testemunho seja desmascarado. Se o Magistrado tentar interferir em todas as perguntas efetuadas pela parte, esse raciocínio poderá ser quebrado, impossibilitando na colheita exata da verdade e da prova.

Poderá ocorrer a situação de uma pergunta ser indeferida por razões pertinentes, mas a parte inconformada com o indeferimento refará a mesma pergunta com palavras e objetivos similares, permitindo o Juiz inferi-la novamente. (NUCCI, 2010, p.473).

A parte que ficar inconformada com o indeferimento da pergunta poderá solicitar constar no termo da audiência suas razões para tal. O Magistrado também constará no termo seus motivos para indeferimento da pergunta. A audiência não será suspensa ou interrompida tendo em vista tal situação. Em sede de recurso, poderá a parte levantar tal possibilidade de cerceamento de acusação ou de defesa, dependendo da situação. Por motivos óbvios, se com a argumentação da parte que teve sua pergunta indeferida o Magistrado ceder e permitir a pergunta, a outra parte poderá realizar o mesmo procedimento, solicitando constar suas razões. (NUCCI, 2010, p.473).

Conforme demonstrado, o controle da produção da prova continuará em poder do Magistrado. Se a intuição do sistema presidencialista seria a proteção da testemunha e da própria produção da prova, isto também será priorizado no sistema *cross examination*, já que o Magistrado possui a mesma atribuição de

indeferimento de perguntas que não sejam úteis para o processo e para seu próprio convencimento da verdade real dos fatos.

5.2.1 Ordem de inquirição das testemunhas

Há intensa discussão na doutrina com relação à ordem de inquirição das testemunhas tendo em vista a modificação do sistema para *cross examination*. Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p.348) entende que após a testemunha se compromissar com a verdade, a acusação será a primeira a perguntar, seguida pelo assistente de acusação, se houver. Posteriormente, a defesa fará as suas perguntas. Se a testemunha for de defesa, o procedimento seria o contrário: primeiramente a defesa efetuará suas perguntas e depois a acusação. O Juiz seria o último a efetuar seus questionamentos à testemunha, se julgar necessário, tendo em vista o que dita o parágrafo único do art. 212 do CPP: “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. Segundo o mesmo doutrinador, “concedeu-se ao Juiz um simples poder integrativo no que respeita às indagações das partes” (TOURINHO FILHO, 2009, p.348). Para Tourinho Filho, que defende uma participação menor do Magistrado dentro do Processo Penal mediante um processo penal puro, o Juiz teria, com a modificação legislativa, uma função meramente complementar com relação à inquirição das testemunhas, se houver alguma dúvida ainda a ser sanada para seu convencimento acerca dos fatos ocorridos.

Seguindo o mesmo entendimento, Fernando Capez (2011, p.424) dita que “cabera primeiramente à parte que arrolou a testemunha e não ao juiz realizar as perguntas”, tendo em vista a modificação efetuada do sistema presidencialista para o sistema *cross examination*, possuindo o Magistrado uma função complementar com relação às perguntas a serem realizadas pela parte.

O mesmo doutrinador excepciona a situação do Tribunal do Júri, dizendo que neste, tendo em vista a nova redação do art. 473 do CPP, introduzida pela Lei n.º 11.689/2008, o Magistrado será o primeiro a inquirir as testemunhas, sendo que as partes formularão suas perguntas logo após, de forma direta,

semelhantemente aos outros procedimentos. Dita ainda que, segundo o §2º do mesmo artigo, o Juiz intermediará as perguntas no Tribunal do Júri somente na situação de questionamentos dos jurados, tendo em vista que os mesmos não possuem conhecimento técnico para tal situação, sendo uma utilização do sistema presidencialista (CAPEZ, 2011, p.425).

Entretanto, não é esse o entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2010, p.473): “O juiz, como presidente da instrução e destinatário da prova, continua a abrir o depoimento, formulando, como sempre fez, as suas perguntas às testemunhas de acusação de defesa ou do juízo”. Sendo assim, somente após se esgotar as dúvidas do Magistrado é que será aberto às partes para efetuarem seus questionamentos, começando pela acusação às suas testemunhas, para posteriormente a defesa a inquirir, sendo que no caso da testemunha ser da defesa, esta fará as perguntas primeiramente. Seja qual for a situação, as perguntas serão efetuadas de forma direta às testemunhas, possuindo o Magistrado apenas a atribuição de eventual indeferimento de pergunta impertinente.

Continua o referido doutrinador, que: “o magistrado pode, ao final da inquirição, como, aliás, sempre pôde, fazer quaisquer indagações quanto aos pontos não esclarecidos” (NUCCI, 2010, p.473). Sendo assim, o Magistrado não possuiria um simples papel complementar, e sim, seria um papel ativo na produção da prova, possuindo aquele apenas no final da inquirição da testemunha caso reste alguma dúvida para seu próprio convencimento.

Como base para esse entendimento, o doutrinador traz o seguinte:

A pretensão de transformar o processo penal brasileiro no sistema americano ou partir para o acusatório puro é frágil e inadequada. Não se terá um novo sistema processual penal pela modificação de um único artigo do Código de Processo Penal. Olvida-se, afinal, poder o magistrado produzir tantas provas quantas ele desejar, de ofício, sem que nenhuma das partes manifeste interesse. Olvida-se que, no cenário das testemunhas, o juiz do feito pode arrolar quem bem quiser, sem prestar contas às partes. Enfim, o julgador, mesmo após a reforma de 2008, continua o presidente da instrução, não sendo cabível que se diga ser o último a perguntar. As partes não passam a ter o domínio da instrução ou da audiência; apenas *reperguntam*, isto é, dirigem indagações às testemunhas, quando não houver pergunta formulada pelo magistrado. (NUCCI, 2010, p.474)

Sendo assim, embora o sistema de inquirição das testemunhas tenha sido modificação para o sistema *cross examination*, fora modificado foi somente o

modo de inquirição das testemunhas, não alterando que o Juiz seja o destinatário da prova e o presidente da audiência, devendo ser assim o primeiro a inquirir as testemunhas. É importante o que o doutrinador aponta quanto à tentativa de introdução do processo penal puro, onde o Magistrado possui uma figura complementar apenas, não tendo uma participação ativa no processo.

Seguem o mesmo entendimento diversos doutrinadores como Nestor Távora (2008, p.94-95) e Norberto Cláudio Pâncaro Avena (2009, p.528-529). Este dita ainda que “a interpretação literal do precitado artigo sugere que, inicialmente, as perguntas sejam feitas pela parte que arrolou a testemunha (*direct examination*) e, após, pela parte contrária (*cross examination*)” (AVENA, 2009, p.529). O doutrinador segue o mesmo entendimento de Nucci de que o Juiz, sendo o presidente da audiência e da produção da prova, deverá ser o primeiro na inquirição das testemunhas, acrescentando também que é esse o entendimento de Luis Flávio Gomes, Rogério Sanches e Ronaldo Batista Pinto.

Há de se adicionar algumas ponderações efetuadas por Guilherme de Souza Nucci (2009, p.484): tanto se adotado o Juiz como o primeiro a inquirir a testemunha, quanto se adotar o Juiz como o último na inquirição, não autorizaria um sistema a considerar o outro como uma nulidade absoluta, já que entender que considerar nula toda a produção da instrução colocaria o fim do processo em si mesmo. Seria como dar privilégio ao próprio rito, mesmo que a situação não causasse nenhum prejuízo às partes. O depoimento que foi colhido normalmente pelas partes e pelo Juiz, com conteúdo rico e detalhado para descobrimento da verdade, e, sendo assim, não seria objeto de anulação, refeito devido apenas uma suposta ordem de inquirição errônea, pois, segundo o próprio doutrinador, a regra está redigida de forma precária e dúbia. A situação seria, então, de nulidade relativa. Conforme Nestor Távora (2008, p.95): “a inversão na ordem de interpelação pode ocasionar nulidade, desde que demonstre ter havido prejuízo, sendo, portanto, de caráter relativo”. Apenas se houvesse prejuízo a alguma das partes, e fosse esse provado, esta nulidade poderia ser suscitada, anulando-se assim a instrução efetuada.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p.486) diz que não haveria situação de prejuízo às partes com a simples inversão da ordem de inquirição das testemunhas, fazendo com que o Magistrado fosse o primeiro a realizar a produção

das perguntas. Não seria importante a ordem da inquirição e sim as perguntas efetuadas, desde que demonstrado o prejuízo causado por estas. O simples fato de modificação do sistema presidencialista para o sistema *cross examination* não implicaria em modificação da ordem de inquirição e sim, em modo de relação entre os inquiridores e as testemunhas.

Tal entendimento é contraposto pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E COM NUMERAÇÃO RASPADA. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. DEFESA SILENTE DURANTE A REALIZAÇÃO DO ATO. PRECLUSÃO.

AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocardo *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo (Precedentes STJ e STF).

5. Constatando-se que a defesa dos pacientes permaneceu silente durante a audiência de instrução e julgamento, vindo a arguir a irregularidade somente nas alegações finais, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão.

6. Ordem denegada.

(HC 206.833/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 21/09/2011)

Chega-se a conclusão, então, que o legislador processual quando modificou o sistema presidencialista para o *cross examination* quis alterar apenas a

forma de relação entre quem está perguntando, sendo as partes ou o Juiz, e a testemunha, tendo em vista que o Princípio da Celeridade é cada vez mais necessário e imprescindível, estando previsto, inclusive, dentro de nossa *Magna Carta*, a Constituição Federal de 1998. Entretanto, a ordem de inquirição deve ser modificada com relação ao sistema anterior, sendo a inquirição feita primeiramente pela parte que arrolou a testemunha, e posteriormente a outra parte, sendo que o Magistrado será o último na ordem de inquirição, tendo como base o próprio Princípio Acusatório, que prevê uma função limitada do Magistrado, estando presente durante como presidente da audiência e destinatário da prova testemunhal para preservar a Princípio da Verdade Real e obter a realidade dos fatos alegados, assim como a presença do próprio Princípio da Celeridade. É importante citar que, caso seja aplicado ordem diversa, ou seja, com o Juiz sendo o primeiro na ordem de inquirição das testemunhas, se tratará de nulidade relativa, devendo ser arguida na própria audiência e posteriormente citada em sede de recurso.

5.3 Da Obrigatoriedade da Aplicação do Sistema *Cross Examination*

Tendo em vista toda a modificação efetuada pela Lei n.º 11.690/2008, com relação à alteração do artigo 212, que prevê, agora, o sistema de inquirição direta das testemunhas, surgiu discussão doutrinária e jurisprudencial quanto à obrigatoriedade da aplicação do sistema atual.

O entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2009, p.483) é que: “a Lei 11.690/2008 eliminou o sistema presidencialista de inquirição das testemunhas”. Sendo assim, o sistema *cross examination* se sobressaiu sobre o sistema presidencialista, restando agora somente um sistema de inquirição direta, isto é, as partes, a acusação e a defesa, e eventualmente, o Magistrado, farão a inquirição diretamente à testemunha.

O mesmo entendimento é compartilhado por Norberto Avena (2009, p.529) que escreve: “Observa-se, portanto, que, a partir desta normatização, abandonou o legislador o sistema presidencialista, optando em permitir que as partes reportem-se diretamente ao destinatário da pergunta”.

Na mesma linha de pensamento, segue Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p.348) ao dizer que: “A Lei n. 11.690/2008 inverteu o sistema. Adotávamos o ‘presidencialista’ [...]. Agora, por primeiro são as partes que fazem diretamente suas perguntas. É o *direct examination*”.

Assim também entende Nestor Távora ao ditar que:

Com a nova redação do art. 212, CPP, inserida pela Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, supera-se o sistema indireto de inquirição, franqueando-se à parte reportar-se diretamente à testemunha ao direcionar as perguntas à serem respondidas, adotando-se portanto o sistema do *cross examination*, como já acontece, por exemplo, nos Estados Unidos. (TÁVORA, 2008, p.93)

O entendimento do referido doutrinador é também no sentido de que o sistema *cross examination* superou o sistema antigo, ou seja, o sistema presidencial.

É assim que Fernando Capez (2011, p.424) também entende ao escrever que: “O sistema presidencialista, em que as perguntas das partes eram formuladas por intermédio de um magistrado, restou superado com a nova reforma processual penal”.

Dentro da jurisprudência, entendimento semelhante pode ser observado em julgamento do *Habeas Corpus* abaixo:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. PROCEDIMENTO REALIZADO EM DESCONFORMIDADE COM OS DITAMES LEGAIS. INQUIRÇÃO DIRETA PELO MAGISTRADO. NULIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

VII. A nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal conferida pela Lei 11.690/2008 suprimiu o sistema presidencialista na oitiva das testemunhas em juízo para inaugurar o sistema acusatório, segundo o qual as vítimas, as testemunhas e o interrogado são inquiridos pela acusação e na seqüência pela defesa, possibilitando ao magistrado, supletivamente, caso queira complementar as declarações em pontos ainda não esclarecidos, proceder à sua inquirição. Precedentes.

[...]

(HC 155.020/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

Conforme é possível a constatação, a doutrina e a jurisprudência da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça só vêm reiterar a ideia de que o sistema *cross examination* superou o sistema presidencialista.

Há de se considerar também que o próprio Código de Processo Penal não mais faz menção ao sistema presidencialista, restando apenas a normatização atual com menção e previsão apenas do sistema de inquirição direta das testemunhas.

Sendo assim, é possível sumarizar que, além de não estar mais previsto na legislação brasileira, a doutrina majoritária, assim como o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, defende que o sistema presidencialista foi superado, restando espaço apenas para a aplicação do sistema *cross examination*.

5.4 Consequências da Aplicação do Sistema Presidencialista

Já que não restam dúvidas sobre a aplicação do sistema *cross examination*, a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir sobre qual seria a consequência se, mesmo com a adoção do Código de Processo Penal do sistema de inquirição direta, o Magistrado adotar o sistema presidencialista durante a produção da prova testemunhal, ou seja, se gerará nulidade processual.

Em seu entendimento, Nestor Távora (2008, p.95) dita que: [...] caso o magistrado obste o sistema direto de inquirição, continuando como intermediário entre as perguntas e respostas, havendo prejuízo, pode-se falar em nulidade (relativa)".

O doutrinador Fernando Capez traz a mesma ideia:

Difícilmente poder-se-á falar em nulidade do ato processual na hipótese em que o juiz opta em intermediar as perguntas formuladas pelas partes, na medida em que essa providência poderá justamente visar superar as dificuldades surgidas pela inabilidade das partes na condução do testemunho. Cumpre ao juiz-presidente respeitar a prerrogativa das partes de inquirir diretamente as testemunhas, mas a sua inobservância implica mera irregularidade, por falta de prejuízo. (CAPEZ, 2011, p.425)

O entendimento é de que mesmo que o sistema *cross examination* esteja em vigor e tenha superado o anterior, caso o sistema presidencial seja

utilizado, restará apenas a nulidade relativa, nulidade esta pendente de prova do prejuízo.

O acórdão abaixo do Superior Tribunal de Justiça ao julgar um *Habeas Corpus* segue o mesmo entendimento:

HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. NULIDADE. RECLAMAÇÃO AJUIZADA NO TRIBUNAL IMPETRADO. JULGAMENTO IMPROCEDENTE. RECURSO INTERPOSTO EM RAZÃO DO RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA PRESIDENCIALISTA ADOTADO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessários esclarecimentos.

2. A abolição do sistema presidencial, com a adoção do método acusatório, permite que a produção da prova oral seja realizada de maneira mais eficaz, diante da possibilidade do efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações colhidas, bem delineando as atividades de acusar, defender e julgar, razão pela qual é evidente o prejuízo quando o ato não é procedido da respectiva forma, como na hipótese vertente.

3. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, anular a audiência de instrução e julgamento reclamada e os demais atos subsequentes, determinando-se que outra seja realizada, nos moldes do contido no art. 212 do CPP.

(HC 145.182/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 10/05/2010)

Na jurisprudência acima, embora não conste no acórdão, julgava a situação de inquirição inicial feita pelo Magistrado, porém, este é pertinente para a análise da consequência da aplicação do sistema presidencial. Consta na ementa que o sistema presidencial está abolido, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro adota agora o sistema acusatório ou o sistema *cross examination*. Haverá nulidade na aplicação do sistema presidencial se houver prejuízo, sendo que, no caso em questão, houve ofensa ao Princípio do Devido Processo Legal na aplicação de sistema anterior, que não mais está previsto no Código de Processo Penal.

Há de se constatar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência seguem o mesmo entendimento: o sistema *cross examination* superou o sistema presidencial, sendo que não está mais previsto em nosso Código de Processo Penal. A aplicação do sistema anterior não é pertinente, e se for aplicado, haverá a situação de uma nulidade relativa, ou seja, pendente de comprovação de prejuízo.

Pode-se considerar até mesmo que o Princípio da Celeridade, grande base da modificação dos sistemas de inquirição das testemunhas e de toda a nova reforma processual penal, será violado se a produção da prova testemunhal e seus atos subsequentes forem anulados, mesmo não havendo prejuízo às partes.

6 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico brasileiro tem como fonte principal a Constituição Federal, utilizada para interpretação de toda legislação infraconstitucional. Com a previsão expressa do Princípio da Celeridade Processual, o legislador viu-se na iminente necessidade de modificação do Código de Processo Penal para obediência a tal Princípio. Adveio, então, a Lei n.º 11.690/2008, que, entre outras modificações, alterou o sistema de inquirição das testemunhas.

Há de se dizer que a adoção anterior do sistema presidencialista, conferia ao Magistrado poder excessivo ao possuir controle total da produção da prova testemunhal, principalmente com relação à triangulação da inquirição, ou seja, não havendo inquirição direta das testemunhas por parte da acusação ou da defesa, devendo tal pergunta ser direcionada ao Juiz.

Esse sistema presidencialista foi intrinsecamente influenciado pela situação histórica do Brasil quando da edição do Código de Processo Penal. A influência fascista refletiu na adoção do sistema presidencialista, transmitindo autoritarismo até mesmo à produção das provas dentro do processo, resquícios de um sistema inquisitivo, onde o Magistrado faz parte da garantia de repressão estatal. O Juiz, utilizando-se do sistema anterior, poderia até mesmo moldar as reperguntas feitas pelas partes, a fim de efetivar seu pré-julgamento da causa.

Já o sistema *cross examination*, influenciado pelo sistema de direito norte-americano, possibilita uma concentração e celeridade à produção da prova testemunhal, ao permitir que as partes façam as perguntas diretamente ao Juiz, possuindo este um poder instrutório e fiscalizador, para impedir eventuais abusos com a relação a perguntas não necessárias a alcançar a verdade real dos fatos.

A ordem de inquirição das testemunhas resta-se modificada pela nova regra jurídica. O Magistrado será o último a efetuar suas perguntas à testemunha, já que o Princípio Acusatório coloca a função dele como fiscalizador da produção da prova, porém continuando como um dos principais destinatários da mesma, a fim de possibilitar a criação da certeza mais condizente com a realidade através da análise das verdades demonstradas. A não observância de tal previsão se tratará de

nulidade relativa, devendo ser arguida na própria audiência, sendo posteriormente levantada em sede de recurso.

A doutrina majoritária e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça preveem que o sistema presidencialista restou-se superado. Deve prevalecer o sistema *cross examination* a fim de se preservar o Princípio da Celeridade Processual, além de não estar mais previsto no Código de Processo Penal o sistema anterior.

A aplicação de sistema diverso, ou seja, o sistema presidencialista, gerará nulidade relativa, pendente de prova do prejuízo, tendo em vista que a anulação injustificada da produção da prova violaria o próprio Princípio da Celeridade, que é base para aplicação do sistema *cross examination*.

A análise abrangente de todo o ordenamento jurídico sob a ótica da Constituição Federal possibilita o entendimento de que o sistema *cross examination* veio para possibilitar um avanço do Processo Penal. A celeridade e confiança transmitida da aplicação deste sistema possibilitam a aplicação e efetivação de princípios especificados em nossa *Magna Carta*. Não é possível regressão a uma situação de influência exagerada do Estado dentro das relações entre as partes. Cada função, de cada figura estatal, está guiada, dentro do Processo Penal, pelo Princípio Acusatório, sendo especificada cada atividade, sendo de defesa, acusação e julgamento, para diferentes poderes, a fim de proteção à realidade fática ocorrida, para que a resposta do Poder Judiciário seja certa e exata na medida da verdade real expressada na produção da prova. Se essa produção não for realizada de forma suficiente, livre de máculas, e, o mais importante, célere, haverá violação à própria Constituição Federal, inutilizando direito fundamental conquistado a fim de defender o processo, e mais importante, o ser humano da influência exarcebada do Estado.

BIBLIOGRAFIA

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. 319 p.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994. 221 p.

_____. **Da prova no processo penal**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 336 p.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Método, Gen, 2009. 1201 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Receptação. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e com numeração raspada. Nulidade. Rito adotado em audiência de instrução e julgamento. Sistema Acusatório. Exegese do art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/2008. Eiva relativa. Defesa silente durante a realização do ato. Preclusão. Ausência de demonstração do efetivo prejuízo. Princípio da Instrumentalidade das Formas. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. **Habeas Corpus n.º 206.833/RS**. Impetrante: Maria de Fátima Zachia Paludo. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, 6 de setembro de 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101101224&dt_publicacao=21/09/2011>. Acesso em: 8 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo Penal. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Interceptações telefônicas. Nulidade. Não ocorrência. Audiência de instrução e julgamento. Procedimento realizado em desconformidade com os ditames legais. Inquirição direta pelo magistrado. Nulidade. Ordem parcialmente concedida. **Habeas Corpus n.º 155.020/RS**. Impetrante: Francis Rafael Beck e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 16 de dezembro de 2010. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902324669&dt_publicacao=01/02/2011>. Acesso em: 8 out. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. 685 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 875 p. ISBN 978-85-02-10622-2

ESTEFAM, André. **Provas e procedimentos no processo penal**. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2008. 185 p.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de curso**. 2009 – Presidente Prudente, 2009. 116 p.

FARAH, Geisa Matos. **Prova ilícita e sua aplicação no processo penal**. 2008. 68 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Art. 157: “Provas Ilícitas”. In: GOMES, Luiz Flávio (org.). **A Prova no processo penal**: comentários à lei nº 11.690/2008. 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. 112 p.

LUCHESE, Christiane Monteiro. **Uma visão panorâmica da iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. 2010. 117 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996. v. 1

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 510 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006-2008. 818 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1246 p.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1070 p.

PAVARINA, Eduardo Ribeiro. **Prova ilícita no processo penal brasileiro.** Presidente Prudente, 2004. 60 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2004.

PEREIRA, Maria Cristina Teixeira Alves. **Da eficácia da prova testemunhal no processo penal: aspectos gerais quanto à integridade e segurança das testemunhas.** Leme: JG Editor, 2003. 122 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v.2.

TÁVORA, Nestor. Art. 212: “Inquirição das testemunhas e controle judicial”. In: GOMES, Luiz Flávio (org.). **A Prova no processo penal: comentários à lei nº 11.690/2008.** 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. 112 p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3. 687 p.

_____. **Processo penal.** 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v.1. 713 p.

VADE Mecum. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 2003 p.