

1 Reforma processual penal - Lei 11.690/08 e as provas no CPP*

Thiago Grazziane Gandra**

Resumo: Processual Penal - O presente artigo é fruto da análise da Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, com vigência iniciada em 11 de agosto de 2008, que alterou dispositivos do CPP Brasileiro, constantes do Título VII do Livro I, que trata das provas no processo penal e traz uma abordagem sistemática dos dispositivos alterados, com análise crítica do autor, cujo objetivo é o de abordar as alterações do CPP promovidas por aquela legislação, mas sem se furtrar a breves comentários sobre os pontos mais polêmicos e interessantes, com o inescandível intuito de promover o encontro do profissional do direito, notadamente da área penal, com o modificado CPP Brasileiro.

Recentemente, em 11 de agosto de 2008, entrou em vigor a Lei 11.690, que alterou dispositivos do CPP Brasileiro, modificando alguns pontos no que tange à matéria probatória.

Deve-se esclarecer que esse artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, nem mesmo de aprofundar-se nas questões mais polêmicas. O escopo desse artigo é o de sistematizar as alterações do CPP promovidas por aquela legislação, mas sem se furtrar a breves comentários sobre os pontos mais polêmicos e interessantes, com o inescandível intuito de promover o primeiro encontro do profissional do direito, notadamente, da área penal, com o modificado CPP Brasileiro.

A lei alterou, principalmente, os artigos constantes do Título VII do Livro I do CPP, que trata das provas.

O antigo art. 155 se transformou no atual parágrafo único do novo art. 155, que, por sua vez, no *caput*, ratificou ensinamento há muito consagrado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, pelo qual o magistrado não pode levar a cabo uma condenação penal, baseando seu convencimento nas provas colhidas exclusivamente na fase do inquérito policial. De fato, pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz é livre para apreciar a prova, mas, ao decidir, deve fundamentar sua decisão com base nas provas produzidas nos autos (art. 93, IX, CR/88). Por sua vez, sendo a prova o meio pelo qual se demonstra a verdade de algo, é intuitivo que a sua produção carece de contraditório e ampla defesa, sem os quais há franca violação ao Estado Democrático de Direito e ao consagrado no art. 5º, LV, da CR/88. Assim, o inquérito policial é um nada probatório, no sentido de que não pode haver condenação penal fundada tão-somente no inquérito policial, visto que ele se desenvolve ao arrepio do contraditório e da ampla defesa, afastado do sistema acusatório que informa a ação penal. Aliás, uma das principais características do inquérito é a sua inquisitorialidade, o que afasta a ampla defesa do acusado. É evidente que isso não significa total ausência de direitos e a consideração do acusado como “objeto da investigação”, expressão que vem sendo abandonada. Com efeito, o inquérito policial, embora seja dispensável, tem como objetivo assegurar a justa causa para a ação penal, ou seja, armar a acusação de elementos capazes servir de base, de fundamento, para a inicial acusatória. Tal objetivo está bem distante de ser o inquérito fundamento da condenação, que necessita de demonstração cabal de autoria e materialidade, o que só é alcançável, no Estado Democrático de Direito, mediante contraditório e ampla defesa.

* Artigo apresentado no 10º Curso de Formação - III Vitaliciar - Escola Judicial Des. Edésio Fernandes - EJEJF.

** Juiz de direito substituto. Pós-Graduado em Direito de Empresa, pela Universidade Gama Filho/RJ. Professor da Faculdade de Direito de Santa Luzia - FACSAL.

Diz o texto do art. 155:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Note-se o advérbio “exclusivamente” constante do texto. Ora, o inquérito policial, por si só, não pode servir de base para a sentença penal condenatória, mas, por outro lado, é claro que poderá ser utilizado como argumento de reforço da prova colhida sob contraditório.

Ademais, o texto ressalva expressamente as provas colhidas de forma antecipada e que não sejam repetíveis na ação penal. Pelo menos, em duas disposições legais, o CPP já tratava dessa possibilidade. Em primeiro, no que trata da prova pericial, especialmente do exame de corpo de delito, o art. 158 do CPP é expresso no sentido de que, quando a infração deixar vestígios, é necessário o exame de corpo de delito, sendo que o art. 6º, CPP, consagra como providência da autoridade policial a preservação do estado das coisas no local do crime, para que não se alterem até a chegada dos peritos criminais. Parece hialino que o exame do corpo de delito será realizado anteriormente à própria ação penal, portanto, antes de se estabelecerem o contraditório e a ampla defesa. Assim, não sendo repetível o exame, o novo texto do art. 155 possibilita a condenação com base na perícia realizada durante a investigação. Em segundo, quanto à prova testemunhal, estabelece o art. 225 a possibilidade de antecipar a oitiva, de ofício ou a requerimento, no caso de a testemunha haver de ausentar-se ou haver risco de seu falecimento antes da fase processual adequada para ouvi-la.

Quanto ao art. 156, a inovação vem justamente para convalidar a ressalva prevista na parte final do *caput* do art. 155, ou seja, acrescenta-se o texto do inciso I, pelo qual o juiz poderá de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, ordenar a produção antecipada de provas, que considerar urgente e relevante, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O inciso II do art. 156 traz, praticamente, a mesma redação do *caput* do antigo art. 156, que tratava da realização de diligência no curso da instrução processual penal, ou antes da sentença, com o escopo de dirimir dúvidas acaso existentes.

O art. 157, também alterado, trata das provas ilícitas. Vale mencionar que o texto do antigo art. 157 foi levado para o novo art. 155, *caput*, mas com as alterações já comentadas alhures.

Na atual redação do art. 157, foi legalizado aquilo que já está previsto desde 1988, na Constituição, em seu art. 5º, LVI, ou seja, a vedação às provas ilícitas. A prova ilícita é gênero do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilegal, sendo que a primeira é aquela produzida em desacordo com as normas processuais, ou seja, ao avesso das regras para sua produção; e a segunda, aquela produzida em desacordo com o direito material. Assim, produzida a prova de modo atentatório ao direito, seja material ou processual, a mesma deve ser desentranhada dos autos ou desconsiderada pelo magistrado no momento da produção da sentença.

Deixa claro o texto do novel § 3º que haverá um incidente processual a ser resolvido pela decisão do magistrado. A lei não é expressa com relação à possibilidade de recurso e qual seria esse para que acusação ou defesa se insurjam contra a decisão do incidente. Em nosso sentir, sendo prejudicado o acusado, será o

habeas corpus, remédio adequado para atacar tal decisão; irrisignada a acusação, pode utilizar-se do mandado de segurança.

Interessantíssimo é o que dispõem os §§ 1º e 3º do art. 157, CPP. O § 1º consolida o entendimento do STF no que tange à Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada ou da Prova Ilícita por Derivação, originária da jurisprudência norte-americana, pela qual tudo o que se origina da prova ilícita também deve ser considerado ilícito e, portanto, não pode ser utilizado. Isto é, toda prova decorrente da produção de uma prova ilícita estará contaminada com o vício desta. Por exemplo, descoberta a existência e o local onde estavam documentos comprometedores do acusado, através de escuta telefônica não autorizada pelo juiz, portanto, ilícita, tais documentos são imprestáveis como prova e, por conseguinte imprestáveis enquanto fundamento de uma suposta condenação penal. O vício de uma prova contamina todas as outras que dela decorrerem.

Mas, andou bem o legislador ao mitigar a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada quando não evidenciado nexos de causalidade entre uma prova e outra ou quando as provas derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente da primeira. Quanto à existência do nexos de causalidade, é preciso estar atento à interpretação, pois não existem palavras inúteis na lei. Veja que o próprio enunciado da teoria norte-americana pressupõe o nexos causal entre a prova ilícita e a prova derivada, visto que, caso isso não ocorra, não há que se falar em aplicação daquela teoria. No entanto, o texto legal usa a expressão “não evidenciado” para se referir à existência do nexos causal. Ora, se o nexos causal está evidente, a prova derivada é ilícita. Se há ausência do nexos causal, por sua vez, é claro, a prova será lícita, até porque não se aplicaria nesse caso a teoria, já que não há prova derivada. A questão é se saber o que deve prevalecer no caso de dúvida sobre a derivação ou não de uma prova de outra ilícita. Nesse caso, exigindo o texto que o nexos seja evidente, havendo dúvida, a prova deve ser admitida. Haverá aqueles que defenderão que, na dúvida, deve prevalecer o que for mais benéfico ao réu (*in dubio pro reo*), mas, com a devida *venia*, não creio ser a melhor interpretação do texto legal. Assim, para se descartar a prova ao argumento de ser ilícita por derivação, deverá o acusado demonstrar que tal prova decorre de outra ilegal ou ilegitimamente produzida. Prevalece, segundo opção do legislador, a proteção da sociedade e, na dúvida sobre a sua ilicitude, mesmo sendo a prova contrária ao acusado, deverá a mesma prevalecer (*in dubio pro societate*). Por outro lado, quanto à exclusão da ilicitude da prova derivada quando esta puder ser obtida por fonte independente da primeira, trata-se de reconhecimento do legislador da chamada Teoria da Prova Absolutamente Independente, também já utilizada pelo STF, segundo a qual não é a mera presença da prova ilícita no processo que desemboca na nulidade do mesmo, pois, existindo outras provas licitamente produzidas, independentes da prova ilícita, todo o processo deve ser considerado válido. Ao nosso sentir, o que, de fato, vai gerar polêmica é a questão de saber o que são fontes independentes. O § 3º tentou definir o assunto como aquela fonte que “por si só, seguindo os trâmites típicos de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. Ou seja, o legislador trabalhou com mera hipótese, com juízo de probabilidade, o que, em processo penal e na esfera penal em geral não é aconselhável. Assim, a solução para o problema está, como mencionamos acima, na idéia de que, havendo dúvida quanto à derivação ou não da prova investigada de outra tida por ilícita, deve prevalecer a

prova, inclusive, sendo ônus daquele que quer ver declarada ilícita a prova a demonstração de sua derivação daquela outra comprovadamente ilícita.

Passemos agora ao estudo do art. 159, CPP, também alterado pela Lei 11.690/08. Tal dispositivo trata do exame de corpo de delito e de outras perícias. A redação anterior do *caput* e do § 1º determinava que tais provas deveriam ser realizadas por dois peritos oficiais e, na ausência deles, por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, escolhidas dentre aquelas que tivessem habilitação técnica relacionada ao objeto da perícia. Com a reforma isso mudou.

Agora, diz o texto do art. 159 que o exame de corpo de delito e as perícias serão realizadas por um perito oficial, com diploma em curso superior, podendo o juiz designar mais de um perito quando a perícia for complexa e abranger diversas áreas de conhecimento. Vale ressaltar que não se trata de uma faculdade do juiz, mas sim de um poder-dever, na medida em que, se a perícia é complexa e envolve mais de uma área de conhecimento, só haverá prova seguramente produzida e, portanto, efetivamente capaz de formar a convicção do magistrado, quando a análise do objeto de prova for feita por profissionais capacitados para tanto, mesmo que para isso seja necessário utilizar-se de mais de um profissional. O que, e de fato, a lei quer afastar é que funcione na análise pericial mais de um perito da mesma área de conhecimento. E note-se que a lei não traz uma faculdade, mas sim uma ordem, através da locução verbal “serão realizadas”.

Na ausência de perito oficial, a reforma não modificou substancialmente o que já previa o CPP, ou seja, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, com diploma de curso superior, preferencialmente com habilitação na área específica objeto da perícia ou do exame, sendo que deverão prestar compromisso de bem e fielmente cumprir o encargo.

Inova a Lei 11.690/08 ao admitir no processo penal o assistente técnico das partes, figura essa já tradicional no processo civil, mas que não tinha ainda espaço na instrução processual penal, bem como viabiliza a formulação de quesitos ao perito. Incluiu a lei, no art. 159, os §§ 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, que tratam da matéria.

Poderão as partes, o Ministério Público e o assistente de acusação formular quesito e indicar assistentes técnicos para análise do exame ou da perícia realizada. No entanto, a lei é expressa ao determinar que, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que o assistente técnico, em geral, pode acompanhar o trabalho pericial, devendo inclusive ser comunicado da data em que o exame será realizado, no processo penal, o assistente técnico apenas atuará após a realização e conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais. A parte interessada deverá requerer ao juiz a admissão de seu assistente técnico e após a decisão do magistrado que o admitir, passará a atuar o assistente técnico.

Importante frisar que não há possibilidade da participação de assistente técnico antes do início da ação penal, ou seja, antes do início da fase judicial da persecução penal. Significa dizer que, durante a investigação, durante o inquérito policial, não há que se falar em participação de assistente técnico. O texto do § 5º é expresso nesse sentido ao dispor que “Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: [...] II - indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência”.

Quanto à oitiva do perito oficial, em audiência, ela também é possível, no intuito de esclarecer a prova ou para responder quesitos. Mas os quesitos a serem respondidos deverão ser encaminhados com antecedência de 10 dias, sendo permitido ao perito responder aos quesitos através de laudo complementar.

Para que o assistente técnico do interessado possa atuar, em muitos casos, será necessário que ele analise não só o laudo produzido pelo perito oficial, mas o próprio objeto da análise. Assim, as partes poderão requerer que seu assistente tenha acesso ao material probatório. Todavia, a lei se cerca de precauções ao admitir tal exame pelos assistentes apenas na presença de um perito oficial, no órgão oficial, que manterá sua guarda. De forma evidente e desnecessária, há ressalva no texto no caso de ser impossível a conservação do material probatório. Ora, se o material não pode ser conservado, não há mesmo que se falar em análise posteriormente do mesmo - lembre-se que o assistente só atua após a conclusão do exame e elaboração do laudo pelo perito oficial. Nesse ponto, andou mal o legislador, na medida em que, no caso de material probatório que não possa ser conservado, poderia muito bem ter admitido a presença do assistente técnico indicado pela parte no momento em que o perito oficial faz a análise. É claro que não é ideal que o assistente interfira no trabalho do perito oficial e não deve mesmo fazê-lo, mas, em muitos casos, o simples contato visual, o simples tato com o material probatório pode ser suficiente para que o assistente possa realizar melhor seu trabalho. Até porque a prova estará protegida pelo próprio perito oficial que estará presente, fazendo sua análise. Vale ressaltar que o processo penal se informa pela busca da verdade real e toda contribuição, seja do perito oficial, seja do assistente técnico (que, por vezes, pode ter até melhor conhecimento técnico que o perito), é importante para que o juiz chegue o mais próximo possível da verdade e possa decidir com justiça.

Fechando a análise do art. 159, dispõe seu § 7º que, sendo complexa a perícia, abarcando mais de uma área de conhecimento, poderá ser designado mais de um perito oficial, bem como poderão as partes indicar mais de um assistente técnico.

O próximo artigo modificado pela Lei 11.690/08 foi o art. 201, CPP, que trata do ofendido, no Capítulo V do Título VII do CPP. Na verdade, foram inseridos os §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º ao *caput* do art. 201, transformando seu parágrafo único em § 1º.

As novidades do art. 201 estão diretamente ligadas à proteção da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, e dos direitos da personalidade (vida, liberdade, imagem, honra, integridade física, privacidade, etc.), consagrando os recentes estudos de vitimologia. A prática do crime e o processo penal geram impactos sim no âmbito do acusado, mas não deixam de atuar de forma significativa na esfera do ofendido. Agora determina a lei que o ofendido será comunicado sobre o ingresso e a saída do acusado da prisão, das datas designadas para audiência e da decisão, seja sentença ou acórdão, no endereço por ele indicado, sendo facultada a indicação de endereço eletrônico (é o processo penal se rendendo à era digital). Ademais, antes e durante a audiência, será reservado espaço separado para o ofendido. Não bastasse isso, notável o que dispõe o § 5º, pelo qual, “se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às expensas do ofensor ou do Estado”. É o reconhecimento expresso da necessidade de se amparar a vítima do

crime, gerando meios de recuperação psíquica, social e de saúde, além de possibilitar-lhe participar e/ou compreender o desenrolar procedimental do processo penal, através da garantida assistência jurídica. Aliás, basta a vítima requerer tais benefícios ao juiz, e o mesmo, analisando a necessidade, de forma superficial, não devendo ser rigoroso demais nessa análise, pois é a vítima do crime que solicita o amparo do Estado, e este, não podendo se furtar, os concederá.

Quanto aos custos desse atendimento à vítima, há quem defenda que, enquanto não houver condenação transitada em julgado, não poderá o acusado custear tal tratamento, sob pena de ferir-se o princípio da presunção de inocência, e, durante o processo, seria o Estado o responsável por tal ônus, sendo possível ao Estado, após a condenação, buscar o ressarcimento de tais despesas em face do condenado, inclusive, devendo o juiz fixar tal valor na própria sentença penal, na esteira do que possibilitou a Lei 11.719/08, também integrante da reforma processual penal, ao modificar o art. 63, CPP, admitindo que o juiz criminal fixe um mínimo do valor da indenização devida pelo condenado, em decorrência dos danos causados pelo crime.

Expressamente, enfim, prevê o § 6º do art. 201 que o juiz tomará as providências necessárias para preservar a intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo determinar segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações a seu respeito, para evitar sua exposição aos meios de comunicação. Na verdade, tal disposição protege de modo geral os direitos da personalidade do ofendido, sendo, portanto, o rol meramente exemplificativo, tendo o juiz a liberdade para, de forma fundamentada, na proteção à dignidade humana, garantir a proteção do ofendido. Interessante a parte final do dispositivo que fala expressamente sobre afastar a exposição do ofendido aos meios de comunicação. Ora, tal medida é salutar, uma vez que nada parece capaz de conter a voracidade da mídia sensacionalista, que vende notícia à custa do sofrimento alheio. Temos visto os maiores absurdos no processo penal em decorrência da pressão e do apelo midiático. É pena que o legislador reformista apenas se preocupou com a proteção da vítima e se esqueceu de que os maiores ataques da mídia são sofridos pelo acusado, que, antes mesmo do processo penal se iniciar, já está condenado pela mídia e, por conseguinte, pela maioria da sociedade. São os espetáculos da prisão, das algemas, dos arrombamentos e demais ações policiais filmados em tempo real pela imprensa.

Vale ressaltar que o antigo parágrafo único, mantido pela reforma, mas agora como § 1º, continua possibilitando a condução coercitiva do ofendido, quando, intimado a comparecer em juízo, não o faça, sem motivo justo.

Quanto à oitiva das testemunhas, acrescentou-se um parágrafo único no disposto no art. 210, de modo que, antes e durante a realização da audiência, serão reservados espaços separados para as testemunhas de acusação e de defesa, visando garantir a incomunicabilidade, prevista no *caput* do art. 210. O problema é estrutural. Não há local apropriado em grande parte dos fóruns criminais para que seja cumprida tal determinação. Aqui, cremos que será a criatividade do magistrado ou a das diretorias do foro que serão capazes de fazer atender à determinação legal.

Grande novidade traz o art. 212, reformado, visto que avança, de modo que prevê, no que tange à inquirição das testemunhas, que as parte formularão as perguntas *diretamente* às testemunhas, podendo

apenas o juiz não admitir aquelas perguntas que puderem induzir a testemunha a uma resposta ou não tiverem relação com a causa ou, ainda, importarem repetição daquilo que já fora perguntado. Estabelece, também, no novo parágrafo único, que o juiz poderá complementar as perguntas realizadas pelas partes de modo a se buscar o esclarecimento de pontos ainda não esclarecidos.

Novidade também é o que dispõe o art. 217, reformado pela Lei 11.690/08, admitindo a oitiva de testemunhas por videoconferência. Note-se que não se trata de interrogatório por videoconferência, que inclusive não tem sido admitido pelo STJ (*RHC 6272-SP - 5ª Turma*) e pelo STF (*HC 88914-SP - 2ª Turma*). Trata-se, tão-somente, da oitiva de testemunha por videoconferência se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo a prejudicar a verdade. Anteriormente à reforma, previa o art. 217 a retirada do acusado da sala para que pudesse ser ouvida a testemunha ou o ofendido. Hoje, tal medida apenas será possível na hipótese de não haver possibilidade técnica de realização da videoconferência.

Por fim, saindo da parte do CPP que trata das provas, a Lei 11.690/08 alterou a redação do art. 386, que trata das hipóteses de absolvição do réu, para incluir o novo inciso IV, renumerando os demais incisos, que antes eram seis e agora são sete e para alterar a redação do inciso VI (que antes era o V). Quanto a essa alteração de redação, trata-se tão-só de adequação do texto do dispositivo aos artigos do Código Penal que tratam das hipóteses de existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, que antes da reforma penal de 1984 estavam nos arts. 17, 18, 19, 22 e 24, § 1º, e, depois da mudança ocorrida em 1984, foram transferidas para os arts. 20, 21, 22, 23 e 26, § 1º. Com a Lei 11.690/08, corrigiu-se referência para referir a estes últimos artigos.

Por outro lado, o novo inciso IV traz uma nova hipótese de absolvição, qual seja quando estiver provado que o réu não concorreu para a infração penal. Isso é diferente de não existir prova de que o réu concorreu para a infração penal. É que, no segundo caso, há possibilidade de demonstração do nexos causal na esfera cível e, por consequência, geração da responsabilização civil do autor do fato, o que não é possível na hipótese do novo inciso IV. Na esfera penal, se houver carência probatória, a sentença será absolutória, o que não impede a demonstração de responsabilidade na esfera cível. Mas, se na esfera penal ficar provado que o agente não concorreu para a infração penal, também restará provado que não gerou os danos advindos daquela infração penal, e, por conseguinte, estará afastada qualquer possibilidade de responsabilização civil.

Enfim, vale relembrar que a reforma processual penal de 2008 não contou apenas com as modificações tratadas acima, inseridas pela Lei 11.690/08, mas há duas outras leis que modificaram substancialmente o processo penal, inclusive o tribunal do júri, sendo elas as Leis 11.719/2008 (que alterou os procedimentos penais) e 11.689/08 (que alterou o tribunal do júri).