

ANOTAÇÕES SOBRE A REFORMA DO CPP PELA LEI N. 11.690/08

João Marcos Buch

Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Joinville

I- PROVA

Art. 155. É claro, pois pacífico, que a prova indiciária pode ser utilizada como fundamento para uma condenação. Precisa ela porém obrigatoriamente de sustentação harmônica em Juízo, cujo sistema é acusatório. Este o momento certo para garantirem-se os direitos previstos na Constituição Federal da ampla defesa e do contraditório, não aplicáveis na fase das investigações inquisitoriais. Com este dispositivo fica claro assim o que a jurisprudência já firmava, ou seja, não é possível fundamentar a sentença exclusivamente nos elementos do inquérito, salvo cautelares, não repetíveis e antecipadas.

II- ÔNUS DA PROVA

Art. 156. O dispositivo acrescentou a possibilidade de o juiz determinar a antecipação de provas. Para tanto deve fundamentar a necessidade na urgência e relevância (v.g. testemunha ocular em estado de saúde terminal), sempre tendo a proporcionalidade como medida, o que aliás na atualidade está sendo muito trazida por todos os atores jurídicos.

No mais, quanto ao ônus da prova houve repetição do dispositivo anterior. Cumpre registrar que, no respeitante à análise da prova, a interpretação do art.156 do CPP deve ser de forma restritiva, uma vez que se trata de norma originária de instituto processual civil, onde o princípio da igualdade rege o ônus da prova. A bem da verdade em seara penal não há como se aplicar o instituto, irrestritamente. Não cabe aos acusados comprovar assim, exclusivamente, que o crime não existiu ou que não participaram do ilícito a eles imputados, mas sim à acusação, de comprovar o tipo de injusto e a culpabilidade, com a necessária prova da autoria.

III- PROVA ILÍCITA:

Art. 157. Outra consagração constitucional, passa a existir determinação legal para desentranhamento das provas ilícitas.

O artigo vai além e define o que são provas ilícitas, ou seja, todas as que violarem as normas constitucionais ou legais. Ex. busca domiciliar sem ordem judicial, fora de situações de flagrância ou ordem de prisão.

Importante é que agora todos os elementos colhidos com as referidas violações devem ser desentranhados dos autos e, uma vez precluída a decisão que assim determinou, inutilizados.

Observe-se ainda que houve feliz veto do parágrafo que tornava o juiz conhecedor da prova ilícita impedido de continuar no feito. Certo é que o juiz deve ser imparcial, ressalvadas as profundas discussões sobre se isto é possível. De uma forma ou de outra, pressupõe-se que o magistrado saberá desconsiderar a prova ilícita de que tomou conhecimento e determinou a destruição, não havendo como defender tese contrária.

IV- PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

Art. 157, §§ 1º e 2º. Este dispositivo advém da conhecida teoria do *fruits of the poisonous tree*, ou seja, o vício de origem que macula determinada prova transmite-se a todas as provas subseqüentes.

Matéria muito controvertida, o STF em maioria (HC73.351/SP) seguiu o entendimento de que é inadmissível o uso da prova ilícita por derivação.

À parte a discussão sobre a (in)constitucionalidade, de uma forma ou de outra os atuais parágrafos fazem a ressalva e permitem o uso das provas derivadas que não possuem conexão com a ilícita ou que possam ser obtidas por fonte independente - aquela que seguindo os trâmites legais seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. São as chamadas provas derivadas não exclusivas. Sobre estas também havia muita discussão na jurisprudência, inclinando-se a maioria pela possibilidade, agora consagrada na lei.

Concluindo, se a prova derivada pode ser obtida licitamente, então se a admite. Ex. interceptação telefônica sem autorização judicial que descobre possível entrada de droga no Estado. Se a autoridade policial for cientificada desta situação, pode então passar a diligenciar, com os mecanismos legais de infiltração, busca e apreensão, monitoramento etc, fontes próprias de investigação, podendo ser utilizadas portanto como fundamento para sentença. O dispositivo como se vê ainda dará muita margem a discussões, mormente porque não adentrou em questões vitais, como por exemplo a prova ilícita *pro reo*. De uma forma ou de outra, as decisões sobre a ilicitude e a exceção a esta serão norteadas como sempre pela proporcionalidade e razoabilidade.

III- PERITOS:

Art. 159. Como medida saneadora, o artigo passa a exigir apenas um perito oficial para os laudos. Ainda assim, caso a questão seja complexa, será possível designar mais de um perito oficial (§7º).

Foram mantidas as prescrições sobre a hipótese de não haver perito oficial, quando então serão nomeadas, mediante compromisso, duas pessoas idôneas com curso superior para tanto.

De outro lado, nos moldes do processo civil, as partes – acusação e defesa, poderão formular quesitos e indicar assistente técnico (§ 3º). Quanto ao assistente, ele somente atuará a partir da admissão pelo juiz e depois de realizados os exames e laudos pelo perito oficial. Medida interessante uma vez que impedirá que o assistente técnico tente tumultuar ou impedir o trabalho pericial. Sua atuação será posterior, com parecer próprio, inclusive com acesso do material, caso possível a conservação.

Possível ainda deferir a oitiva dos peritos para esclarecimento da prova ou resposta a quesitos. Para tanto é necessário o encaminhamento dos quesitos ou questões a serem esclarecidas, juntamente com a intimação, com dez dias de antecedência à audiência.

Uma última observação sobre os peritos fica por conta do art. 2º, da novel lei, segundo o qual *Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressaltados*

os peritos médicos. Artigo este deslocado, despropositado e por óbvio fruto de lobby da categoria.

V- DO OFENDIDO

Art. 201. Sem descuidar do fato de que o processo penal é um sistema de garantias do réu, para limitação do poder do estado em punir, o ofendido passa a ter papel mais importante na relação processual.

Além das mantidas prescrições sobre seu comparecimento para oitiva, inclusive com condução (§ 1º), o ofendido deve ser obrigatoriamente comunicado dos atos processuais de ingresso e saída do acusado da prisão, da designação de audiências e da sentença e acórdão (§ 2º). Para tanto poderá ser utilizado o meio eletrônico (§ 3º). Interessante assim, neste ponto, que as autoridades policiais sejam provocadas para que por ocasião das oitivas em flagrantes ou inquiridos a vítima seja perguntada sobre seu email e sobre a concordância em assim ser informada.

O ofendido, assim como as testemunhas, como sempre foi de praxe, tem agora na lei a previsão de permanecer em espaço separado antes do início da audiência (§4º), bem como de ter sua privacidade preservada, inclusive com decretação de segredo de justiça (§ 6º).

Finalmente, o § 5º prevê o amparo do ofendido, podendo o juiz o encaminhar a atendimento multidisciplinar, às expensas do ofensor ou o Estado. É claro que na maioria das vezes o ofensor não terá condições de arcar com o tratamento. Da mesma forma, se for às suas expensas, haverá necessidade de encerramento do processo com sentença condenatória transitada em julgado, o que tornará ineficaz o amparo à vítima, por óbvio. O que acontecerá com maior frequência portanto é o tratamento às expensas do Estado. E como se sabe, o Estado não cuida bem da saúde dos cidadãos, cabendo então ao juiz de forma firme fazer valer este direito.

VI- DAS TESTEMUNHAS:

Art. 210. Mantidas as prescrições sobre as testemunhas serem inquiridas separadas e sem tomar conhecimento dos demais depoimentos, também se

passou a prever que deverão elas ficar em espaços separados, para garantia de sua incomunicabilidade. Medida esta recomendável porém, como se sabe, inviável e deslocada das condições fáticas da maioria dos fóruns. Cabe portanto ao juiz tomar as providências necessárias para, na falta de espaço próprio, manter servidor ou policial junto para garantir a incomunicabilidade.

VII- DA INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS:

Art. 212. Mudança das mais significativas, na tentativa de fortalecer a imparcialidade do juiz, aberta a audiência, as perguntas passam de plano a ser formuladas pelas partes diretamente à testemunha, podendo o juiz ao final ainda complementar a inquirção sobre pontos não esclarecidos que reputar necessários. A norma prevê ainda que o juiz deverá zelar pela não indução das respostas, devendo de pronto impedir atuação das partes neste sentido, bem como indeferir perguntas irrelevantes ou repetidas, o que demandará, como sempre demandou, bom senso e razoabilidade na condução do ato.

A conclusão decorrente desta norma também é que agora as partes deverão, assim como o juiz, comparecer plenamente preparadas e conhecedoras dos autos.

Leia neste encarte o artigo *A nova redação do artigo 212 e parágrafo único do CPP e a consagração do princípio da oralidade e imediação na colheita da prova testemunhal*, do colega Solon Bittencourt Depaoli.

Art. 217. Assim como para o ofendido, o artigo repete a possibilidade de se fazer retirar o réu da sala para inquirção das testemunhas, devendo haver fundamentação da medida. A novidade fica por conta da possibilidade de realização do ato por videoconferência. Observe-se aqui que não se trata de interrogatório por videoconferência, pois além de o capítulo estar a tratar de inquirção de testemunhas, o STF já tem posicionamento sobre a inconstitucionalidade daquele. O que o artigo prevê é que a testemunha é que poderá ficar em local isolado e ser inquirida por videoconferência, estando o réu presente na sala de audiências com o juiz, promotor e advogado de defesa.

V- DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA:

Art. 386. O inciso IV passa a prever a absolvição por prova de que o réu não concorreu para a infração penal. Este dispositivo é importante para efeitos civis, uma vez que se usado para a absolvição fará coisa julgada no cível.

O inciso V repete o antigo inciso IV, respeitante à falta de provas da autoria, que não faz coisa julgada no cível.

O inciso VI repete o antigo inciso V e o remete às corretas referências ao Código Penal sobre exclusão de ilicitude e isenção de pena, bem como ressalva a fundada dúvida sobre a existência destas.

O inciso VII repete o antigo inciso VI, respeitante à absolvição por falta de prova suficiente para a condenação.