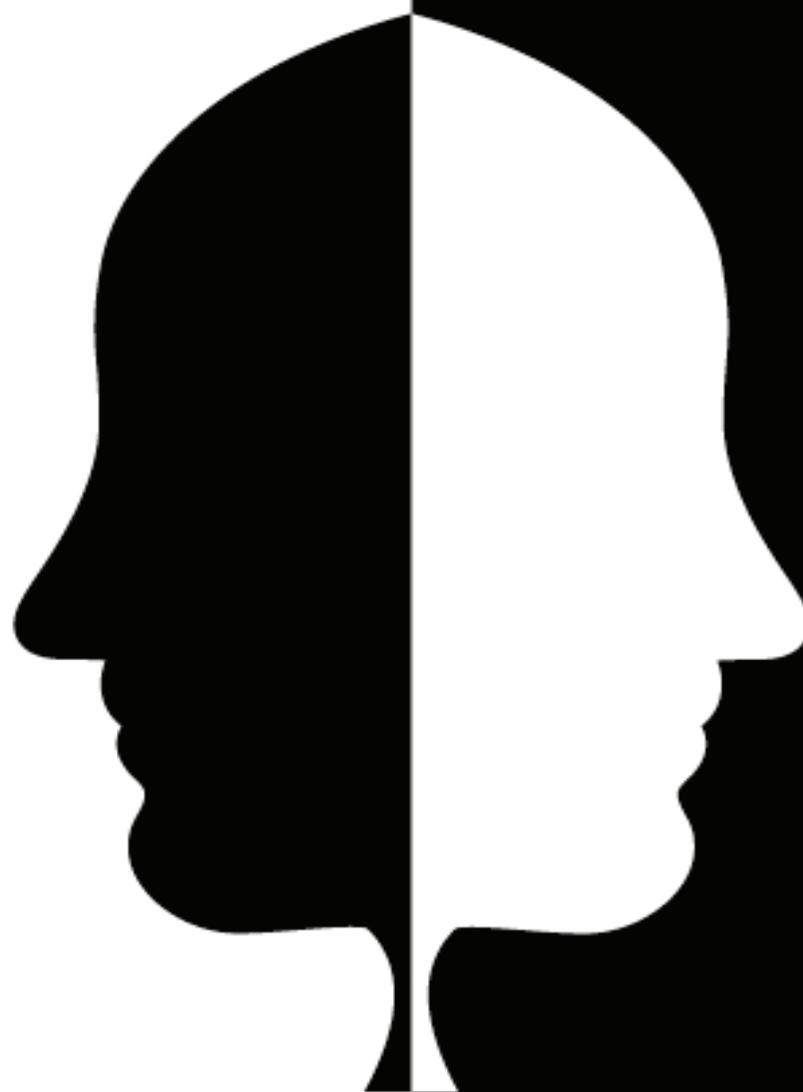


CLAUDIA RIBAS MARINHO

O Anonimato das Vítimas e Testemunhas Ameaçadas e a Proteção às Garantias do Acusado

Uma Análise Crítica do Provimento nº 5/10 da CGJ/SC



Tribunal de Justiça de Santa Catarina



CLAUDIA RIBAS MARINHO

O ANONIMATO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS AMEAÇADAS

E A PROTEÇÃO ÀS GARANTIAS DO ACUSADO:

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PROVIMENTO nº 5/10 da CGJ/SC¹

Tribunal de Justiça de Santa Catarina



¹ Esta obra foi escrita como monografia de conclusão do curso de Especialização em Gestão de Processo e Direito, em 2010, com base na Resolução 5/2010. Embora tenha ocorrido modificações no novo Código de Normas da CGJ/SC, não muda o ponto central desta discussão, em relação ao anonimato das testemunhas.

Sumário

Introdução	4
1 Princípios Constitucionais Sensíveis	6
1.1 O Processo Penal no Estado Democrático de Direito	6
1.2 O Devido Processo Legal	8
1.3 O Contraditório	10
1.3.1 Contraditório e Prova	12
1.4 A Ampla Defesa	12
1.5 A Isonomia	15
2 Publicidade e Sigilo no Processo Penal	18
2.1 Publicidade e Sigilo no Estado Democrático de Direito	18
2.1.1 Publicidade e Sigilo no Processo Penal	19
2.1.1.1 O Princípio da Publicidade no Processo Penal	22
2.2 Da Restrição à Publicidade (O Sigilo)	22
2.2.1 Sigilo Externo	23
2.2.2 Sigilo Interno	25
3 A Proteção às Vítimas e Testemunhas e o Provimento nº 05/10 da CGJ/SC	29
3.1 Da Prova Testemunhal	29
3.1.1 Da Credibilidade da Prova Testemunhal	29
3.1.1.1 Das Proibições de Testemunhar	33
3.1.1.2 Das Testemunhas Descompromissadas (informantes)	34
3.1.2 Do Direito da Defesa de Participar da Produção da Prova Testemunhal	35
3.1.2.1 Da Contradita	36
3.1.2.2 Da Acareação	38
3.2 Da Oitiva do Ofendido	38
3.3 Da Proteção à Testemunha e ao Ofendido	40
3.3.1 Da Sistemática de Proteção às Vítimas e Testemunhas Prevista na Legislação Federal	41
3.3.2 Das Medidas Propostas pelo Provimento nº 05/10 da CGJ/SC	42

3.4 Do Anonimato da Testemunha e da Vítima	43
3.4.1 Situações que Levariam Alguém a Esconder-se no Anonimato em Prejuízo do Réu	44
3.4.2 Situações em que o Anonimato da Vítima Prejudica a Defesa do Réu	45
3.4.3 Situações em que o Anonimato da Testemunha Prejudica a Defesa do Réu	45
3.4.4 Necessidade do Conhecimento da Identidade	46
3.4.5 Necessidade de Conhecimento dos demais Dados da Qualificação	48
3.4.6 Do Conhecimento da Identidade pelo Advogado e não pelo Acusado	49
3.4.7 Do Conflito com as Medidas Previstas em Lei Federal	49
3.4.8 Do Possível Efeito Adverso causado à Vítima e à Testemunha	51
3.4.9 Do Propósito Economicista da Medida e o Sacrifício das Garantias para Poupar o Erário	51
3.4.10 Dificuldades de Natureza Prática	52
3.4.10.1 Da Utilização do Capuz em Audiência	53
Conclusão	55
Referências	57
Anexos	64
Apensos	67
Autora	69
Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR	70
Créditos	71
Ficha Catalográfica	72

Introdução

A cada dia que passa o Estado se sente cada vez mais compelido a conferir maior proteção à vítima e às testemunhas no processo penal.

Em vista de tal fato, o Congresso Nacional editou a Lei nº 9.807/99, a qual visa consolidar uma política de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal, criando mecanismos processuais e extraprocessuais (administrativos) para a sua proteção.

No desenrolar dos esforços para a consecução dessa proteção em particular surgiu a defesa da necessidade de se adotar medidas de preservação dos dados pessoais de vítimas e testemunhas ameaçadas, presumindo que o desconhecimento da identidade do produtor da prova oral pelo réu resguardaria a segurança e a integridade física da testemunha do fato criminoso, permitindo assim a correta apuração da infração penal sem a influência negativa do constrangimento provocado pelo medo nas testemunhas e vítimas.

Nessa linha de entendimento, a Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com o ensejo de incrementar a proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas, e visando a regulamentação da Lei Federal nº 9.807/99, no ano de 2003 editou o Provimento nº 14/03, o qual estabelecia normas para garantir a segurança de tais indivíduos mediante o sigilo dos dados pessoais, e que foi reeditado pelo Provimento nº 05/10, de conteúdo praticamente idêntico, e que incorporou tais regras ao Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça.

Semelhante providência foi adotada pela Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, que editou o Provimento nº 32/2000, ato que determina o sigilo dos dados pessoais dos depoentes ameaçados, permitindo que “dados simples, como o endereço residencial ou profissional, seja manipulado e conhecido por aqueles que, efetivamente, têm interesse, isto é, as partes”².

Entretanto, diferentemente do regulamento paulista³, a norma catarinense vedou expressamente o acesso às informações pessoais das vítimas e testemunhas protegidas inclusive à própria defesa, permitindo apenas ao Judiciário e ao Ministério Público o acesso à identidade do depoente anônimo. A defesa teria acesso apenas com a autorização do Juiz e mediante requerimento justificado.

Com isso, o Provimento em tela acaba por criar a figura do depoente anônimo, o qual figura no processo com um nome alterado (ou outro sinal identificador qualquer), a quem não se conhece nem identidade nem o rosto, e que declara perante o juiz (o qual conhecerá sua identidade) em sigilo, sem controle algum da defesa⁴.

Ocorre que o desconhecimento da identidade do depoente pelo réu e seu defensor pode implicar no afastamento de algumas faculdades de controle da produção da prova durante o júízo oral que o acusado possui, resultando em óbice para o emprego de importantes ferramentas processuais, as quais dependem intrinsecamente do conhecimento da identidade do acusador, dificultando o exercício do direito de defesa.

Diante de tal panorama, conjectura-se um conflito entre a segurança devida pelo Estado às vítimas e testemunhas (cujo provimento visa proteger) e as garantias constitucionais de

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 668.

3 “O Tribunal de Justiça de São Paulo, em reiteradas decisões, tem fixado o entendimento de que o provimento não autoriza a supressão do nome das testemunhas, mas apenas de seus dados qualificativos. Segundo acórdão da lavra do desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan (HC nº 376.330-3/5-00, da Comarca de São Paulo, j.18.04.02): ‘Correta, portanto, é a interpretação de que para as testemunhas resguardadas por tal Provimento deve-se omitir apenas sua qualificação e endereço, tornando público o nome da testemunha para possibilitar ampla defesa.’ DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

4 Com base na definição de testemunha anônima de: CAFFERATA NORES, José I. **La prueba em el proceso penal: con especial referencia a la ley 23.984**. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 113.

proteção ao acusado (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, isonomia, etc.) e da publicidade dos atos estatais (todos mitigados pela omissão, nos processos, dos dados qualificadores de vítimas e testemunhas)⁵, configurando um conflito de bens jurídicos protegidos pelo Estado, quais sejam a integridade da vítima e da testemunha e o jus libertatis do acusado.

Assim, a presente obra analisa a (in)adequação do Provimento nº 05/10 da CGJ/SC às garantias fundamentais do acusado estatuídas no texto constitucional.

Uma norma cuja aplicação pode suceder em lesão a direitos individuais constitucionalmente garantidos, ainda que visando a proteção de outros direitos individuais, pode oferecer graves conseqüências às liberdades civis, na medida em que não proporciona a devida segurança jurídica, não sendo, por conseguinte uma norma adequada a figurar em um ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Faz-se necessário, por conseguinte, determinar, com base na doutrina e jurisprudência brasileira e estrangeira, se o Provimento nº 05/10 da CGJ/SC está em consonância com os ditames constitucionais e possui real aplicabilidade no processo penal, ou se a permanência da referida norma no ordenamento está comprometida pela falta de sua adequação aos preceitos fundamentais, resultando, portanto em sua total ou parcial inaplicabilidade.

Cabe ainda determinar a existência de eventuais conflitos da referida normativa com as medidas de mesmo cunho previstas na legislação federal, mormente a Lei nº 9.807/99 e o Código de Processo Penal (CPP).

Impende apontar que a normativa será tratada aqui exclusivamente consoante a sua (in) compatibilidade material com a Constituição da República, não sendo objeto do presente estudo a sua compatibilidade formal.

Num primeiro momento trataremos dos princípios constitucionais relativos ao processo penal, mormente as garantias do acusado, à primeira vista sensibilizados pelo anonimato das vítimas e testemunhas, fazendo uma necessária introdução da postura de um Estado Democrático de Direito em relação ao Processo Penal. Entretanto, deixamos o princípio da publicidade para ser desenvolvido no segundo capítulo, devido à sua interseção com a temática lá abordada, ou seja, a publicidade e o sigilo no Estado Democrático de Direito.

O último momento será destinado à abordagem específica da produção da prova oral no processo penal e à apresentação da sistemática de proteção às vítimas e testemunhas, tanto na legislação federal quanto no provimento da CGJ/SC. Ao final, apontaremos os eventuais conflitos entre a sistemática do anonimato adotada pelo provimento e os demais institutos aqui estudados.

A proposta metodológica da presente monografia consistiu primordialmente em uma pesquisa de forma exploratória, adotando como procedimento técnico o levantamento bibliográfico, buscando obter na literatura disponível, a postura do ordenamento jurídico brasileiro em relação ao anonimato do agente produtor da prova oral como forma de sua proteção, mormente no que diz respeito a eventual conflito com garantias constitucionais do acusado, adotando quanto ao método de abordagem o modo dialético.

Para tanto, foi empregado o método de pesquisa que se vale do estudo documental e da confrontação das fundamentações apresentadas, técnica da análise de conteúdo, cuja interpretação teve como parâmetro o contexto humano, social e histórico sob o qual foi produzido, procurando estabelecer um diálogo entre determinados autores que possam de algum modo contribuir com a construção de uma interpretação consentânea com o Estado Democrático de Direito.

5 RHEINGANTZ, Eduardo. O provimento n. 32/00 da CGJ de São Paulo. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 18, jul. 2005.

1 Princípios Constitucionais Sensíveis

Primeiramente trataremos dos princípios constitucionais relativos ao processo penal, mormente as garantias do acusado, à primeira vista sensibilizados pelo anonimato das vítimas e testemunhas. Entretanto, faz-se necessária uma breve introdução da postura de um Estado Democrático de Direito em relação ao Processo Penal.

1.1 O Processo Penal no Estado Democrático de Direito

Um Estado, ao estabelecer, em sua carta constitutiva, a estrutura de “Estado Democrático de Direito”, assume um paradigma⁶ e impregna todo o ordenamento jurídico com todas as diretrizes e elementos fundamentais que caracterizam e constituem o dito modelo de Estado, pois a Constituição da República, “em sendo norma suprema, o sentido de seu discurso deve contaminar todo o direito infraconstitucional, que não pode nem deve ser interpretado (concretizado/aplicado) senão à luz da Constituição”⁷.

Isso implica na adoção de todos os elementos inerentes ao modelo, ainda que não expressamente especificados nos demais artigos da Constituição, e sem os quais haveria a subversão ou descumprimento do modelo adotado, pois “os valores fundamentais, sob os quais se erige aquele ordenamento, passam a integrar esse mesmo ordenamento, ao serem inscritos no texto constitucional”⁸.

Ainda que o conceito de Estado Democrático de Direito seja vago, dinâmico e controvertido⁹ é cediço de que se trata de um conceito histórico, consolidação de conquistas ocorridas ao longo do tempo^{10 11}, com consequências próprias na principiologia constitucional.

No que tange ao processo penal, importa a gênese (etapa liberal¹²) do Estado Democrático de Direito, resultado histórico das exigências do pensamento liberal (de raízes iluministas¹³) concretizadas nos movimentos políticos do final do Séc. XVIII e início do Séc. XIX, as quais resultaram em importantes reformas, visando fundamentalmente à necessária proteção do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado¹⁴. Tais conquistas podem ser sintetizadas no reconhecimento da dignidade humana e de direitos individuais intangíveis, bem como, na sujeição do próprio Estado ao império do Direito¹⁵.

Nesse arquétipo o Estado passou a ser orientado pela “necessidade de reconhecimento e afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal”¹⁶. Assim, o processo deixa de ser mero veículo de aplicação da lei penal e

6 Na acepção ditada por Thomas Kuhn. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo, Perspectiva, 1987.

7 STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001, p. 25.

8 STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001, p. 25.

9 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 75.

10 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

11 “o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História”: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

12 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

14 VAZQUEZ ROSSI, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Conceptos Generales. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 11 e 18; MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Colección Maestros del Derecho Penal. nº 5. 2ª ed. B de F. Buenos Aires, 2003, p. 126.

15 VAZQUEZ ROSSI, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Conceptos Generales. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 11; MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal em el Estado social e democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994, p. 32.

16 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 24.

se transforma em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado¹⁷, assumindo uma postura de proteção aos Direitos Humanos, sendo possível afirmar que “a missão de proteção aos direitos fundamentais é a finalidade, primeira e última, de um Estado Democrático de Direito”¹⁸. Em decorrência disso, “toda disposição legal em contrário aos direitos e valores fundamentais do homem não pode ser mais aceita ou aplicada”¹⁹

Podemos afirmar com Gilson Bonato que

Um processo penal realmente democrático e de estrutura acusatória deve estar preocupado precipuamente com as garantias do sujeito passivo, ou seja, do acusado ou investigado. É ele o parâmetro para qualquer modificação evolutiva desse ramo do direito, pois em torno dele gira todo o processo e ninguém mais do que ele tem interesse no seu desenvolvimento regular e justo.²⁰

Processo e Constituição são inseparáveis e o regramento do direito processual penal deve ser interpretado à luz dos valores políticos que fundamentam a Constituição, pois “a efetividade daquele, dentro de um Estado Democrático de Direito, somente será possível se realmente for interpretado a partir desta, diretriz maior para a construção de um processo devido”²¹.

Nessa perspectiva, a relação processual penal haverá necessariamente que desenvolver-se sobre a estrutura democrática escolhida pela Constituição²², devendo adaptar-se e conformar-se ao paradigma adotado²³, compatibilizando o sistema normativo vigente, implicando em conceber o Direito Processual Penal não apenas como realização do direito penal material, mas também como Direito Constitucional Aplicado²⁴.

Conseqüentemente, a República Federativa do Brasil, ao insculpir em seu texto constitucional o Estado Democrático de Direito como padrão a ser seguido, compromete-se com a implementação e sustentação de uma política de respeito à dignidade da pessoa humana como valor fundamental do Estado²⁵, implicando, inexoravelmente, na adoção de um rol de garantias em matéria criminal inerentes ao paradigma adotado.

Assim, ao avocar o modelo de Estado Democrático de Direito na Constituição, em termos de processo penal, o Estado passa a adotar o procedimento acusatório como superação do procedimento inquisitivo²⁶, consistindo em um processo público²⁷ (com a supressão do secreto²⁸), isonômico, contraditório²⁹, e com a efetiva participação do acusado³⁰ e seu defensor no processo³¹, tendo como escopo principal a proteção jurídica (garantia) do acusado³².

17 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3.

18 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 460.

19 MAIA NETO, Cândido Furtado. **O Promotor de justiça e os direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 89.

20 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111.

21 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111.

22 Geraldo Prado, apud BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109.

23 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 11.

24 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento**. Limites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 72.

25 BACIGALUPO, Enrique. **Principios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 1999, p. 241/244.

26 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento**. Limites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 91.

27 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento**. Limites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 82.

28 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 52.

29 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 52.

30 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento**. Limites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 93.

31 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento**. Limites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 82; CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 52.

32 Adauto Suannes, apud BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 115.

Desse conjunto de características necessárias ao processo penal do Estado Democrático de Direito surgem os princípios orientadores que abordaremos adiante. Referimo-nos, portanto às garantias do devido processo legal, do contraditório, da publicidade dos atos (e provas) processuais, da igualdade das partes, e da ampla defesa (com a participação efetiva do acusado e seu defensor no processo).

1.2 O Devido Processo Legal

Princípio de raízes europeias, o devido processo legal tem origem no direito inglês, onde seu registro mais remoto, ainda que em forma rudimentar (judgement by the law of the land), encontra-se no art. 39 da Magna Carta de João Sem Terra³³, de 1215 a qual “tem sido considerada por muitos historiadores como sendo o primeiro documento público que reconhece algum direito da pessoa humana independentemente de sua posição social, de nobreza ou eclesiástica”³⁴, ainda que tenha sido redigida em latim para tornar-se inacessível à população iletrada³⁵.

Posteriormente, a referida garantia ganhou forma e expressão no direito inglês como o due process of law, alcançando o ápice de sua elaboração doutrinária e jurisprudencial no direito norte americano³⁶, sendo hoje, tido como princípio basilar na estruturação do Estado Democrático de Direito³⁷.

O devido processo legal encontra-se consagrado no Direito Brasileiro como direito fundamental, constando do elenco de Direitos e Garantias Fundamentais estatuído no art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, que adotou expressamente a cláusula do due process of law na seguinte fórmula: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”³⁸

O postulado do devido processo legal, se desdobra em uma série de outras garantias, englobando diversos outros princípios constitucionais³⁹, funcionando como verdadeira “norma de encerramento, se porventura os demais princípios não forem suficientes para resguardar determinada garantia processual não prevista de modo expresse na lei”⁴⁰. Nesse ponto, o princípio em tela “cumprir função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo”⁴¹.

Todavia, no âmbito das garantias do processo é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Assim, cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.⁴²

33 Vale recordar a limitada eficácia da Magna Carta de João Sem Terra (1215), que sob pressão da burguesia concedeu a primeira carta de Direitos dedicada não mais apenas à nobreza, mas ao menos parcialmente aos seus súditos, documento que nunca se tornou realidade, pois era escrito em latim (idioma desconhecido na região) e jamais fora registrado ou publicado, tornando seu conteúdo efetivamente inaplicável.

34 MARINHO, Dórian Ribas. **Direitos Humanos: transversalidade e interdisciplinaridade na educação à distância**. Dissertação de mestrado. UDESC, 2003.

35 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 5. ed. reescrita e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 139.

36 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 5. ed. reescrita e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 140.

37 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1.

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

39 Barbosa Moreira, apud CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 5. ed. reescrita e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 139; TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.60-61;

40 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 5. ed. reescrita e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 139.

41 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 538.

42 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed.

(...)

É certo, por outro lado, que muitas dessas garantias, a despeito da referência expressa na ordem jurídico-constitucional, continuam a revelar-se desdobramentos do princípio central do devido processo legal. Assim, é difícil falar-se na proibição do uso da prova ilícita sem se referir ao devido processo legal, ou nas garantias quanto à prisão sem fazer-se referência a essa garantia.⁴³

Portanto, o conjunto das garantias constitucionais que compõem o devido processo legal, “verdadeiros ‘escudos protetores’⁴⁴ contra o (ab)uso do poder estatal”⁴⁵,

de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.⁴⁶

Assim, no direito contemporâneo o devido processo legal é interpretado em seu sentido amplo (substantive due process / procedural due process; justificação externa / justificação interna)⁴⁷. Nessa visão, o devido processo legal configura-se em um preceito constitucional que, em sua face procedimental, “assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas”, enquanto em sua face material, “representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais”⁴⁸. Ou seja, é a sujeição a um conjunto de normas que garantam um processo justo⁴⁹.

De acordo com Néelson Nery Júnior, o conceito de devido processo “foi se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão”⁵⁰. Se considerada em ambos os aspectos material e procedimental, “é provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional”⁵¹. Em face dessa excessiva abrangência, o princípio do devido processo legal quase se confunde com o próprio Estado de Direito⁵².

Desse modo, a garantia do devido processo legal, construção histórica e cultural⁵³, constitui-se como “postulado universalmente concebido e contemplado pelos ordenamentos jurídicos de todos os países que se personificam num Estado de Direito”⁵⁴, revestindo-se, como instrumento de

rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 685.

43 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 686/687.

44 Expressão cunhada por Binder

45 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 113; No mesmo sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 292.

46 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 84.

47 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **AI 529733**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17.10.2006. Publicado no DJ 01.12.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 11 fev. 2010, p. 132-138.

49 No mesmo sentido: “... a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. (...) Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual – procedural due process – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1.511-MC**, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16.10.96, Publicado no DJ de 6.6.03. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 13 fev. 2010.)

50 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 33.

51 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 685.

52 BARROS, Antonio Milton. **Processo penal segundo o sistema acusatório**. São Paulo: LED. Editora de Direito, 2000, p. 36.

53 SCARPARO, Eduardo Kochenborger. **Considerações atuais sobre o devido processo legal**. Disponível em: <<http://www.scarparo.adv.br/artigos/dpl.pdf>>, acessado em: 04.12.2009, p. 9.

54 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 75.

“racionalização/otimização do debate processual e, conseqüentemente, de legitimação dos seus resultados”⁵⁵.

Dentre os corolários do devido processo legal, abordaremos particularmente o contraditório, a ampla defesa e a igualdade entre as partes. É praticamente impossível dissociar na prática tais garantias, estando todas intimamente ligadas⁵⁶, sendo aqui analisadas separadamente para fins didáticos.

1.3 O Contraditório

Dentre as garantias inerentes ao devido processo penal (acusatório)⁵⁷ destaca-se a do contraditório⁵⁸, verdadeiro corolário do devido processo legal, consubstanciador da dialeticidade do processo⁵⁹ como método de conhecimento⁶⁰, o qual assegura às partes que para cada ação haverá uma correspondente reação⁶¹ da parte contrária. “Em outras palavras, exige que em cada passo do processo cada parte tenha a oportunidade de apresentar suas razões, ou, se for o caso, as suas provas.”⁶² Assim, “a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”⁶³.

Ouvindo-se uma das partes

não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve.⁶⁴

Derivado da noção de Estado Democrático de Direito⁶⁵, o contraditório é inerente à própria idéia de processo⁶⁶, sendo que é um fator legitimador deste⁶⁷. Sem contraditório não há devido processo legal⁶⁸.

55 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 95.

56 ALBERTON, Genacéia da S. Prazo para interrogatório face à ampla defesa e ao contraditório. In: TOVO Cláudio Paulo (org.). **Estudos de direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 96; BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 116; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 192; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 90.

57 MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41.

58 Também conhecido como princípio da audiência bilateral (audiatur et altera pars) CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

59 COUTINHO, J. N. M. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, v. 28, p. 109-138, 1999; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 68; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 192.

60 CAFFERATA NORES, José I. **Proceso Penal y Derechos Humanos**. Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 129; CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Librería el Foro, 1960, p. 72; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34.

61 FAIREN Guillén, Víctor. **Teoría general del derecho procesal**, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 33-34; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito ao devido processo legal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3504>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

62 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 68.

63 BASTOS, Celso, apud BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 160.

64 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

65 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 204.

66 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 192.

67 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 125.

68 MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I. 2Ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 82.

O contraditório se desdobra em dois elementos essenciais, traduzidos no binômio ciência (informação/conhecimento) e participação (reação)⁶⁹.

A doutrina, tradicionalmente aponta o elemento ciência como sendo a “necessidade de comunicação da realização de um determinado ato processual às partes”⁷⁰, enquanto o elemento participação seria “a possibilidade de manifestação tendente a influenciar no convencimento do julgador”⁷¹.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida afirma que em virtude do elemento informação “nenhuma alegação se faz, nenhuma prova produz qualquer dos litigantes sem que o adversário as conheça; e o juiz não examina pedidos ignorados por um dos contendores e não dá despacho, nem lavra sentenças, de que não mande cientificar as partes”⁷².

Entretanto, a ciência não deve ser tratada exclusivamente sob o viés da informação ou da simples comunicação de atos, mas sim de verdadeiro “conhecimento de todas as alegações e provas produzidas pela parte adversária”⁷³, de forma a possibilitar a reação que pressupõe e depende essencialmente desse conhecimento⁷⁴, não podendo, como regra, haver segredo para a defesa⁷⁵, pois ninguém “pode defender-se sem conhecimento dos termos da imputação que lhe é feita”⁷⁶.

Portanto, “é a partir da informação que se possibilita a reação e o pleno exercício do direito de defesa”⁷⁷, notando-se que “a efetividade do contraditório no Estado Democrático de Direito está amparada no direito de informação e participação dos indivíduos na administração de Justiça. Para participar é imprescindível ter a informação”⁷⁸.

Assim, o conhecimento integral dos elementos que compõem o processo constitui requisito indispensável para que o imputado possa realizar sua defesa⁷⁹, pois os atos de impugnação dependem do conhecimento do conteúdo e da origem e dos fundamentos do ato a ser impugnado.

O Elemento participação, consubstanciado na possibilidade⁸⁰ ou oportunidade⁸¹ de reação (discutir e contrariar as alegações e provas produzidas pela parte contrária⁸²), no processo penal é qualificado pela ampla defesa, a qual impõe ao Estado o poder-dever de assegurar a efetiva reação por parte do acusado, não se tratando de mera permissibilidade, uma vez que o direito sub judice (liberdade) é indisponível⁸³. Por esse motivo, “ao levar em conta o

69 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27 e 59; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195.

70 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 95.

71 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 95.

72 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo. Saraiva, 1937, p. 107.

73 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

74 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195; PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa : repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 148; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58.

75 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195.

76 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: RT, 1975, p. 114.

77 CLEMENTE, Aleksandro; MACHADO, André Augusto Mendes Machado. **Sigilo e Prova Criminal**. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98.

78 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.

79 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.155, fulcrando-se em Alex Carocca Pérez.;

80 Vocábulo usado por: CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 95, e MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44

81 Vocábulo usado por: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34, e GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 2.º Volume. 11.ª Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 1996. p. 90.

82 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

83 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev.

contraditório no encadeamento dos atos procedimentais, a defesa deve ser posta sempre em condições de reagir à acusação, atuando depois dela”⁸⁴.

1.3.1 Contraditório e Prova

Em sede probatória, a referida garantia confere ao réu o direito de participar de todos os atos de produção da prova de acusação⁸⁵.

A efetivação do contraditório na produção das provas é mais do que dar à defesa a mera oportunidade para se pronunciar sobre atos da acusação, a ela devem ser conferidos “os meios para que realmente possa contrariá-los, devendo ter a defesa idênticas armas em relação àquelas fornecidas à acusação. Deve se propiciar, assim, nas práticas de atos e na coleta de prova pela outra parte, oportunidade de refutação”⁸⁶.

De acordo com Frederico Marques: “...em face da Constituição não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente”⁸⁷. Portanto, “se é meio de prova, só pode ser considerado como tal se coletada frente ao contraditório (...), Logo, ausente contraditório, sequer prova é”⁸⁸.

O contraditório constitui “verdadeiro requisito de validade do processo”⁸⁹, e sua violação em sede probatória resulta na nulidade absoluta da prova.

1.4 A Ampla Defesa

O postulado da ampla defesa, por sua vez, consiste na garantia ao acusado do gozo da plenitude dos meios e recursos disponíveis ao exercício de sua defesa.

A defesa é o conteúdo da reação do acusado (segundo elemento do contraditório), equivalendo-se, desse modo, em um dos lados do diálogo processual, complementando a bilateralidade do processo, integrando, assim, o contraditório⁹⁰, e consistindo em fundamento lógico deste⁹¹, de modo que não há contraditório sem ampla defesa, nem ampla defesa sem contraditório^{92 93}. A defesa é o aspecto substancial da oposição à pretensão acusatória⁹⁴ do autor, é a repulsa, a antítese à acusação (tese), pressuposto da prestação jurisdicional (síntese)⁹⁵.

e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

84 FERNANDES, Antonio Scarance. **Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal**. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9.

85 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prefácio. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. xiv.

86 LIMA, Marcellus Polastri. Comentários sob a perspectiva brasileira referente ao capítulo I. In: AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63.

87 Tratado de Direito processual penal. Saraiva, 1980, I/194, apud PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

88 CARVALHO, A. B. de. Nós, Juizes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (org.). **Direito penal e processual penal: urna visão garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Jurídica, 2001, p. 8.

89 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33.

90 HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 77.

91 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, item 165.

92 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 90.

93 Ainda que possa existir defesa sem contraditório (LEONE, Giovanni, apud LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 527), a ampla defesa, consistente na totalidade de oportunidades de reação no processo, não pode existir sem o contraditório que é seu oportunizador.

94 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195.

95 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 63; VAZQUEZ ROSSI, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Conceptos Generales. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 196 e 198; PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 33; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

O Direito de Defesa deriva da legítima pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado, e “não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático”⁹⁶.

De acordo com Eberhard Schmidt, o direito de defesa consiste “na possibilidade de influir o acusado no processo como um de seus modeladores, com o poder de criar situações processuais e reforçar sua perspectiva de sentença favorável, bem como no direito de manifestar sua apreciação final sobre as *quaestiones facti* e *quaestiones juris*”⁹⁷. Na lição de Borges da Rosa “em sentido objetivo, defesa é o conjunto das matérias, provas e argumentos de fato ou de direito que o acusado aduz em seu favor”⁹⁸.

A garantia da ampla defesa é igualmente reconhecida em nosso ordenamento como direito fundamental, também insculpida no rol de direitos e garantias individuais, in verbis:

Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁹⁹

No processo penal, o conteúdo da defesa assume uma função diferenciada em relação aos demais ramos do Direito, em razão da “supremacia, dos bens ou valores jurídicos que ele põe em jogo”¹⁰⁰. Ao tutelar a liberdade (direito indisponível), o processo penal confere à garantia da ampla defesa as características da inviolabilidade¹⁰¹, e indispensabilidade¹⁰², além de ampliar o seu espectro em relação à mesma garantia nos demais tipos de processo.

“A garantia de defesa em juízo – em matéria penal – não se reduz à concessão de faculdades para o exercício do poder de defesa mas estende-se, conforme o caso, ao fornecimento pelo Estado dos meios necessários para que o julgamento a que se refere o art. 18 da Constituição Nacional [Argentina] se desenvolva em paridade de condições entre quem exerce a ação pública e quem deve suportar a imputação, mediante a efetiva intervenção da defesa”¹⁰³

Assim, “o direito de defesa cumpre, no processo penal, um papel particular, pois, de um lado, atua de forma conjunta com as demais garantias e, de outro, é a garantia que torna operativas todas as demais”¹⁰⁴.

Desta feita, o Direito de defesa é “uma garantia frente ao poder [punitivo] do Estado, representando uma limitação a esse poder”¹⁰⁵. Em face disso, “a lei deve garantir ao acusado direitos suficientes para poder resistir a essa persecução, pois a defesa é inviolável”¹⁰⁶. “A inviolabilidade do direito de defesa é a garantia fundamental com que conta o cidadão, porque é o único que permite que as demais garantias tenham uma vigência concreta dentro do processo penal.”¹⁰⁷

96 PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4.ª edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001. P. 125

97 Apud PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa : repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 27; Em mesmo sentido: HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 231.

98 ROSA, Borges da. **Processo Penal Brasileiro**. Vol 2. Porto Alegre: Oficina Gráfica da Livraria do Globo-Barcellos, Bertaso & Cia., Ed. 1942, p.197.

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

100 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 162.

101 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 70 e ss e p. 164.

102 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 70 e ss; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 244; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

103 LEVENE, RICARDO (H). **Manual de Derecho Procesal Penal**. Tomo I. 2 Ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 240.

104 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 161, com base em TOVO.

105 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 162.

106 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 162.

107 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 161.

A garantia constitucional da ampla defesa (plenitude de defesa/mais ampla defesa) deriva exatamente dessa impossibilidade de restringir o direito de defesa (inviolabilidade), em razão de sua função de proteção aos inocentes¹⁰⁸.

A garantia da ampla defesa implica a vedação a qualquer limitação ao exercício do direito de defesa, ainda que derivadas de fatos ou atos eventualmente ilícitos ou ilegítimos¹⁰⁹.

O Direito de defesa compreende o direito de alegar, produzir prova do que alega, “valorar a prova produzida e expor as razões, de fato e de direito, para obter uma sentença favorável segundo sua posição, que exclua ou atenua a aplicação do poder penal estatal”¹¹⁰.

A doutrina comumente divide a garantia da ampla defesa em duas garantias específicas: autodefesa e a defesa técnica¹¹¹. A primeira é aquela levada a cabo pelo próprio acusado, mediante ações ou omissões tendentes a impedir que prospere a pretensão acusatória¹¹². É exercida principalmente no ato do interrogatório, “e também quando auxilia o defensor: com informações necessárias, esclarecimento dos fatos, escolha das pessoas que poderão testemunhar e demais elementos indispensáveis para provar o que alegar em sua defesa ou para desconstituir os fatos narrados pela acusação”¹¹³.

A defesa técnica é aquela levada a cabo por um perito com capacidade postulatória (advogado)¹¹⁴, que tem por profissão o exercício da função técnico-jurídica de defesa do acusado, para por em relevo seus direitos, e contribuir com seu conhecimento à orientação e direção do processo no sentido da consecução dos fins perseguidos pelo acusado¹¹⁵.

A defesa técnica, garantia mínima do direito de defesa, consagrada expressamente pelos tratados internacionais de Direitos Humanos¹¹⁶, é consequência necessária da complexidade do processo moderno e se justifica em razão dos interesses em jogo¹¹⁷ e principalmente da natureza eminentemente técnica do órgão acusatório, sendo certo que “a ele não poderá o imputado ficar inferiorizado, sob pena de quebrantar-se o princípio do equilíbrio processual entre as partes. Daí a necessidade de, ao lado da defesa pessoal, colocar-se a defesa técnica.”¹¹⁸. Nessa perspectiva, o defensor técnico traduz os fatos e atos processuais para um palavreado mais compreensível ao acusado, enquanto traduz para o linguajar jurídico as informações fornecidas pelo acusado e sua pretensão, favorecendo o equilíbrio entre as partes.

Por tal motivo, a comunicação permanente entre acusado e defensor é indispensável¹¹⁹.

108 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 161.

109 Vide o exemplo da admissibilidade de provas ilícitas favor rei. Ainda que a conduta do acusado seja eventualmente ilícita, ou até mesmo típica (na obtenção da prova), será responsabilizado pontualmente por tal conduta, todavia, a prova obtida será tida como legítima para fins de defesa no processo penal.

110 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 162, com base em Binding.

111 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.156; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 36; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 92.

112 FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**. Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457

113 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165.

114 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. Teoria geral do processo. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 195-6.

115 FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**. Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952, p. 457

116 EDWARDS, Carlos Henrique. **Garantias Constitucionales em Materia Penal**. Buenos Aires: Astrea, 1996.

117 HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 228.

118 PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa : repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.35. No mesmo sentido: HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 228.

119 HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 245.

Ambas as formas de defesa são indispensáveis¹²⁰. Entretanto, a autodefesa é direito disponível (pode ser renunciada pelo acusado) enquanto a defesa técnica direito indisponível¹²¹ (no processo penal). Desse modo, a ausência de oportunidade de qualquer delas ou a não efetivação da defesa técnica constitui grave violação à garantia da ampla defesa, sancionada com a nulidade absoluta.

1.5 A Isonomia

O postulado da igualdade, derivado da própria noção de Estado Democrático de Direito¹²², e inerente ao modelo acusatório¹²³, está previsto como garantia fundamental na Constituição¹²⁴, e veda tratamento desuniforme às pessoas¹²⁵, tendo como principal diretiva a de que o Estado dispense tratamento equânime a seus tutelados¹²⁶, impedindo que a lei seja fonte de privilégios pessoais¹²⁷.

No processo, em tese, todas as partes seriam iguais em direitos, deveres, poderes e ônus. Ocorre que as pessoas não são iguais entre si, nem mesmo no processo, onde as partes invariavelmente apresentam desigualdades¹²⁸. Desse modo, para a consecução do princípio democrático da igualdade, faz-se necessária uma equiparação jurídica entre as partes ontologicamente desiguais¹²⁹. Tal equiparação jurídica chamamos de isonomia¹³⁰. No processo, a equiparação entre as partes é também chamada de paridade de armas¹³¹ ou par conditio¹³². A igualdade processual é corolário do princípio geral da igualdade e integra o devido processo legal.

Tal equiparação se efetiva pela compensação das desigualdades com a distribuição de ônus e vantagens jurídicas às partes, e pelo oferecimento das mesmas oportunidades e instrumentos processuais¹³³ quando da inexistência de disparidade entre elas¹³⁴, evitando a existência de desequilíbrio na apreciação das teses pelo juiz.

120 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 70 e ss; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 244; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

121 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 529-530; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 43.

122 Carl Schmitt, apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 26; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 204; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

123 PATRÍCIO, Rui. **Proteção de testemunhas em Processo Penal**, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, p.293, apud SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Comarca de São Miguel do Oeste. Sentença de Pronúncia, **Autos nº 067.08.000945-6**. Magistrado prolator: Marcelo Elias Naschenweng. Decisão publicada em: 07 de Julho de 2008. Disponível em : <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acessada em 14 de janeiro de 2010.

124 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, art. 5º, caput.

125 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 14.

126 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 13.

127 JIMÉNEZ de Asúa, Luis. **La ley y el delito: principios de derecho penal**. 4ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 69; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 14.

128 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 153.

129 "A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser." BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29.

130 Do grego iso (igual) + nomos (norma).

131 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.58; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 228; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 273; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Derecho penal y el estado de derecho**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 171-172; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 247.

132 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 68; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 291; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 85.

133 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

134 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 273.

Em função da diferença ontológica entre as partes,

uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe pois o privilégio da iniciativa, e é óbvio que esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e submeter-se. Daí a necessidade de a defesa poder propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa.¹³⁵

Assim, “segundo a concepção moderna, a igualdade de armas exige que as partes possam apresentar o caso sob condições que não impliquem nenhuma posição desvantajosa a respeito da parte contrária”¹³⁶.

Para que haja um diálogo imparcial, um embate justo, é necessário que haja igualdade entre as partes. Desse modo, percebe-se que a isonomia entre as partes deriva da própria essência do contraditório¹³⁷, sendo uma consequência deste¹³⁸, integrando, assim, o devido processo legal¹³⁹.

O procedimento dialético (contraditório), inerente ao modelo acusatório¹⁴⁰ e ao Estado Democrático de Direito, pressupõe a existência de uma igualdade, no plano normativo¹⁴¹, entre as partes naturalmente desiguais, eliminando os privilégios derivados de eventual superioridade alheia ao processo, colocando as partes em posição de similitude perante o Estado-Juiz¹⁴², pois “um sistema que reconheça a participação do réu nas atividades processuais, dialogando com o acusador, em igualdade de condições, não só revela a opção de civilidade, mas também constitui o método mais adequado para se chegar a uma decisão justa e que possa ser legitimada perante a sociedade”¹⁴³.

Em face disso, Gilson Bonato, ao discorrer sobre o contraditório, afirma que “devem ser utilizados todos os meios necessários para evitar que a disparidade de tratamento entre as partes, no que tange às posições no processo, possa interferir no seu resultado, comprometendo a prestação da tutela jurisdicional.”¹⁴⁴, devendo o juiz velar para que se estabeleça um real equilíbrio, sem nenhum tipo de discriminação entre o acusado e acusador¹⁴⁵, não se admitindo a concessão de qualquer privilégio a qualquer das partes¹⁴⁶.

Não se cuida de tratar as partes como se iguais fossem, mas sim de artificialmente colocá-las em um mesmo patamar, de modo que a garantia da isonomia proíbe não apenas que se trate de forma desigual os iguais, mas também proíbe que se trate de forma igual os desiguais¹⁴⁷.

Também não estamos falando de

uma igualdade matemática ou lógica entre as armas de que acusação e defesa poderão dispor para realizarem a apontada contradição sistemática, mas uma igualdade qualitativa, isto é, uma igualdade assente numa relação meio-fim, que se cumpre sempre que à acusação e à defesa sejam dados meios igualmente eficazes para tornar efectivos os seus direitos.¹⁴⁸

135 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 153.

136 AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 63.

137 FAIREN Guillén, Víctor. **Teoría general del derecho procesal**. Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 34.

138 Afrânio Silva Jardim apud NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Curso completo de processo penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. 1995, p.12; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol 1. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 45; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000, p. 41; CAFFERATA NORES, José I. **Introducción al derecho procesal penal**. Marcos Lerner Editora Córdoba, 1994, p. 206; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7-8.

139 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 83.255**. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 5.11.03, Publicado no DJ em 12.3.04. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 16 jan. 2010.

140 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol 1. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 49-50

141 CAFFERATA NORES, José I. **Proceso Penal y Derechos Humanos**. Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 26

142 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 58.

143 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prefácio. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. xiii.

144 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 171.

145 CAROCCA PÉREZ, Alex. **El nuevo sistema procesal penal**, Chile, Lexis Nexis, 3ª ed., 2005, p. 95.

146 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 155-157.

147 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 656; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 13-14.

148 PATRÍCIO, Rui. **Proteção de testemunhas em Processo Penal**, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais,

No processo penal, o acusado encontra-se fatalmente inferiorizado em relação ao órgão acusatório¹⁴⁹, motivo pelo qual “a lei prevê uma série de mecanismos para melhorar a posição do acusado e garantir certa igualdade de armas”¹⁵⁰, de modo que ele não seja prejudicado em relação à acusação¹⁵¹, lembrando ainda que “no processo penal o princípio da igualdade é atenuado pelo favor rei, postulado básico pelo qual o interesse do acusado goza de prevalente proteção, no contraste com a pretensão punitiva”¹⁵²

O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce monopólio.¹⁵³

Como já mencionado anteriormente, a própria defesa técnica, ao nivelar o diálogo entre as partes, proporciona um melhor equilíbrio ao embate processual¹⁵⁴. O fundamento da garantia da defesa técnica repousa exatamente na necessidade de se garantir ao máximo possível a igualdade de posições no processo penal¹⁵⁵.

Em razão disso, “a defesa tem que participar no processo o quanto antes possível para evitar que se produza um déficit de informação irrecuperável em relação à Promotoria”¹⁵⁶.

É esta garantia que determina que a defesa fale sempre depois da acusação, tendo aquela sempre a última palavra no diálogo, em função de sua já mencionada inferioridade em relação à acusação.

Assim, resta violado o princípio da igualdade quando houver a criação de disparidades no tratamento das partes sem que haja “motivo racional evidente, resultante da ‘natureza das coisas’, para desigual regulação de situações de fato iguais ou igual regulação de situação de fato desiguais”¹⁵⁷.

Almedina, 2004, p.293, apud SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Comarca de São Miguel do Oeste. Sentença de Pronúncia, **Autos nº 067.08.000945-6**. Magistrado prolator: Marcelo Elias Naschenweng. Decisão publicada em: 07 de Julho de 2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acessada em 14 de janeiro de 2010.

149 CAROCCA PÉREZ, Alex. **El nuevo sistema procesal penal**. Chile, Lexis Nexis, 3ª ed., 2005, p. 95; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 196;

150 HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I, 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 228.

151 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Derecho penal y el estado de derecho**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 171-172.

152 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. Teoria geral do processo. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.

153 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 3-4.

154 PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

155 MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. I. 2Ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 427; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I. 1.ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 228; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 196.

156 AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 27.

157 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 382.

2 Publicidade e Sigilo no Processo Penal

2.1 Publicidade e Sigilo no Estado Democrático de Direito

Na mesma linha de raciocínio do Capítulo anterior, ao adotar o modelo Democrático de Direito, o Estado se sujeita aos paradigmas que dele emanam.

Desse modo, em face de que, em um regime democrático, o povo é o titular do poder¹⁵⁸, não pode dele ser escondido o exercício desse mesmo poder que em seu nome é exercido. Por tal motivo “os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, não podem privilegiar o mistério”¹⁵⁹. Em função disso

a Constituição da República não privilegia o sigilo, nem permite que este se transforme em “práxis” governamental, sob pena de grave ofensa ao princípio democrático, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral sobre o tema (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.¹⁶⁰

Daí exsurge a publicidade dos atos estatais como elemento inerente ao atuar estatal, fazendo da ideia de publicidade algo inseparável da própria ideia de democracia, constituindo-se em “uma garantia política de maior envergadura, (...), expressando acima de tudo uma exigência de transparência nos assuntos públicos, sem a qual não seriam possíveis ou legítimos os controles sobre o exercício do poder”¹⁶¹

Em face de tal ilação, é possível afirmar que em um Estado Republicano e Democrático de Direito a regra é a publicidade dos atos estatais (art. 37, caput, CRFB), não existindo espaço para o sigilo no trato do Estado para com o cidadão¹⁶².

Em decorrência disso, o Estado que adota o modelo Democrático de Direito deve realizar seus atos da maneira mais pública possível¹⁶³, e a publicidade dos atos de todos os poderes do Estado “há de imperar em Estados submetidos a uma ordem constitucional legítima, que prezem pela garantia dos direitos fundamentais e pela imprescindibilidade do devido processo legal”¹⁶⁴, configurando-se como requisito para a legitimidade do atuar estatal¹⁶⁵.

No que concerne aos atos judiciais, o Estado deve igualmente primar pela publicidade¹⁶⁶, pois a própria Constituição (Art. 5º, LX e art. 93, IX, CRFB), afirma que a publicidade dos

158 “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, Art. 1º, Parágrafo único.

159 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 55.

160 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 55.

161 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001, p. 48.

162 Em contrapartida, a recíproca não é verdadeira, podendo o cidadão exigir do Estado o respeito à sua intimidade, impondo a ele a limitação do sigilo, como garantia (Art. 5º, XII, XIV, CRFB).

163 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 51.

164 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. Segredo de Estado e direitos fundamentais. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

165 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 55.

166 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 55.

atos judiciais é a regra, estabelecendo como únicas exceções a proteção à intimidade e ao interesse público. Não por menos, Bentham afirmava ser a publicidade a “alma da Justiça”¹⁶⁷.

2.1.1 Publicidade e Sigilo no Processo Penal

No processo penal não é diferente, pois, em sendo processo judicial, se submete igualmente à regra da publicidade inscrita no art. 93, IX, da Constituição da República. Ademais, a persecução penal é, em regra, atividade pública, e como tal se sujeita ao regramento reitor da administração pública, inscrito no art. 37 da Constituição da República, o qual determina que os atos praticados pelo poder público devam ser regidos pelo princípio da publicidade¹⁶⁸.

Entretanto, historicamente, a publicidade nem sempre foi uma constante no processo penal, notando-se que “em regra, os processos criminais na antiguidade Greco-romana eram públicos, passando a ser sigilosos ao final do Império Romano”¹⁶⁹. A partir daí, durante muitos séculos vigorou nos principais Estados do ocidente o modelo inquisitório de processo penal, principalmente em função da difusão do processo canônico, um dos principais expoentes de tal modelo de procedimento¹⁷⁰.

Veja-se que uma das principais características desse modelo é o sigilo¹⁷¹. Assim, no procedimento inquisitivo a produção das provas era feita integralmente em segredo¹⁷², vigorando contra o acusado o princípio do secreto¹⁷³, e “o procedimento permanecia em segredo tanto para o próprio acusado como para o público”¹⁷⁴, incluindo a oitiva das testemunhas que eram mantidas no anonimato, cabendo apontar que nem o réu, nem tampouco seu defensor poderia saber seus nomes¹⁷⁵. Apenas os inquisidores tinham acesso ao material probatório¹⁷⁶, sendo a violação de tal sigilo punida com a excomunhão¹⁷⁷.

Certo trecho do livro *Vigiar e Punir* de Michael Foucault ilustra bem as características de tal modelo de processual:

Na França, como na maior parte dos países europeus - com a notável exceção da Inglaterra - todo o processo criminal, até à sentença, permanecia secreto: ou seja opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. “O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer”, dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade

167 BENTHAM, apud IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre El valor de La intermediación (una aproximación crítica). In: BONATO, Gilson (org.). *Processo penal: Leituras constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165.

168 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 41.

169 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50.

170 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

171 Tal constatação é facilmente confirmada pela seguinte passagem do *Manual dos Inquisidores* (directorium inquisitorium) de Nicolau Eymerich: “o procedimento deve ser sumário, simples, sem complicações e tumultos, nem ostentação de advogados e juizes. Não se pode mostrar os autos de acusação ao acusado, nem discuti-los”. EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993, p. 110.

172 FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 57.

173 PIMENTA, apud BONATO, Gilson. Devido processo legal e garantias processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 96.

174 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

175 BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 234/265; ESMEIN, Ademar, apud DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. Para que serve o provimento n. 32/00? *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

176 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

177 BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 234.

da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam pronta, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovavam; só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença. A forma secreta e escrita do processo confere com o princípio de que em matéria criminal o estabelecimento da verdade era para o soberano e seus juízes um direito absoluto e um poder exclusivo¹⁷⁸.

Ocorre que esse formato procedimental praticamente impedia qualquer reação defensiva do acusado, “levando dezenas de milhares de ‘condenados’ ao martírio no patíbulo ou ao suplício nos aljubes”¹⁷⁹ “Não pode causar surpresa que um jurista do século XIII, recordado por Malinverni, tenha passado a vida inteira em assuntos criminais e não conseguisse se lembrar de algum réu absolvido”¹⁸⁰.

A outro giro, se constatou que “os abusos praticados nos julgamentos tenderam a se avolumar nos períodos em que tudo ocorria a portas fechadas”¹⁸¹.

Em oposição a esse obscurantismo medieval, que propiciava abusos e arbitrariedades, insurgiu-se o pensamento iluminista, defendendo o restabelecimento dos processos judiciais públicos¹⁸², pois “as acusações públicas são conformes ao espírito do governo republicano, no qual o zelo do bem geral deve ser a primeira paixão dos cidadãos”¹⁸³.

Essa visão resta consagrada

na célebre passagem de Mirabeau, que, perante a Assembleia Nacional instalada na Revolução Francesa, desabafou: ‘Dê-me o juiz que quiser: parcial, corrupto, até mesmo meu inimigo, se quiser, pouco me importa; conquanto que ele nada possa fazer a não ser em face do público’¹⁸⁴

O pensamento iluminista propagou-se, influenciando legislações continentais e além-mar¹⁸⁵, gerando “um paulatino progresso de todas as legislações na direção da publicidade dos atos persecutórios”¹⁸⁶. Entretanto, observaram-se momentos de retrocesso e a restituição de elementos (ou até mesmo a integralidade) do procedimento inquisitório em regimes ditatoriais de cariz autoritário e despótico¹⁸⁷.

178 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história das violências nas prisões. 14ªed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 35-36.

179 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

180 BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000, p. 234.

181 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

182 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

183 MONTESQUIEU, apud BONESANA, César (Marquês de Beccaria). Tratado de los Delitos y de las penas. Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 87.

184 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

185 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

186 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50.

187 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50; KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São

Herdeiro do pensamento iluminista, o processo penal acusatório, próprio do Estado Democrático de Direito, surgiu como superação ao modelo inquisitório, cujas características violadoras da dignidade da pessoa humana o tornam incompatível com as liberdades protegidas pelo Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, o paradigma do qual o processo penal moderno quer se afastar.

A relação entre o Estado Democrático de Direito e a publicidade dos atos processuais é tão forte que Luigi Ferrajoli acredita haver um “nexo indissociável entre publicidade e democracia no processo”¹⁸⁸.

Não obstante a evolução do Estado Liberal de Direito, ao Estado Democrático de Direito, a publicidade no processo persiste como “um imperativo de índole política, introduzido pela ideologia liberal, como instrumento de controle da atividade dos órgãos jurisdicionais”¹⁸⁹ integrando o modelo acusatório¹⁹⁰ como princípio reitor, constituindo-se em “aspecto essencial à validade dos atos judiciais quanto à sua forma e um desdobramento natural do caráter comunitário que deve para ter o processo penal nos regimes democráticos”¹⁹¹.

Assim sendo, a condição do povo na qualidade de detentor do poder no Estado democrático implica no inexorável conhecimento da atuação daqueles que em seu nome exercem tal poder. Mais do que isso, a publicidade processual

insere-se em um campo mais amplo da transparência da atuação dos poderes públicos em geral. É uma decorrência do princípio democrático. Este não pode conviver com o sigilo, o segredo, o confinamento a quatro portas, a falta de divulgação, porque por este caminho, da sonegação de dados à coletividade, impede-se o exercício importante de um direito do cidadão em Estado governado pelo povo, qual seja: o de controle.¹⁹²

A essa afirmação é possível acrescentar a lição de Perfecto Ibañez, o qual, analisando o pensamento de Jeremy Bentham, vaticina que

a publicidade (...) se apresenta como fundamental instrumento de garantia apto a prevenir atrocidades como as perpetradas com os jurisdicionados ao amparo do sigilo, próprio do processo escrito. A transparência que leva à realização dos atos processuais na presença das partes e de terceiros, é para este autor [Bentham] ‘um freio no exercício do poder do qual é tão fácil de abusar. E se considera também o meio mais idôneo para assegurar uma verdade processual de superior qualidade, propiciada pela concentração dos atos de prova e, sobretudo, pelo contato direto do tribunal com as fontes dela, em particular as de caráter pessoal.¹⁹³

Desse modo, no procedimento criminal no Brasil, na qualidade de Estado Democrático de Direito, e conseqüentemente seguidor do modelo Acusatório de procedimento, a publicidade da atuação estatal resulta como imposição política e normativa¹⁹⁴, agindo como elemento legitimador do próprio procedimento¹⁹⁵, não deixando “lugar para juízos secretos ou práticas inquisitivas como houve no ancien regime”¹⁹⁶.

Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

188 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

189 TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988** e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 76.

190 SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Sigilo interno e externo na investigação criminal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 177, p. 12, ago. 2007

191 DOTTI, René Ariel, apud SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206-207.

192 Celso Ribeiro Bastos, apud BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 178.

193 IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre El valor de La intermediación (una aproximación crítica). In: BONATO, Gilson (org.). **Proceso penal: Leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165.

194 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

195 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 208.

196 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In:

Em apertada síntese, a publicidade dos atos processuais é uma das garantias decorrentes do devido processo na esfera penal¹⁹⁷, e configura-se como princípio fundamental próprio de um Estado Democrático de Direito, e cuja fundamentação teórica hoje se encontra fora de dúvida¹⁹⁸.

2.1.1.1 O Princípio da Publicidade no Processo Penal

A doutrina processual efetua uma divisão taxonômica do princípio da publicidade de acordo com os sujeitos destinatários. Assim, é possível classificar a publicidade processual em externa e interna.

A primeira, externa (também chamada de geral, absoluta, ampla ou popular¹⁹⁹), “é a que se garante aos terceiros estranhos à persecução penal”²⁰⁰, ou seja, quando respeitada “todos os atos do processo são acessíveis às partes, e, ainda, ao público geral”²⁰¹.

De outra feita, a publicidade interna (ou restrita²⁰²) “se refere àquela garantida às partes, a seus defensores e demais operadores do direito que atuam na persecução penal (policiais, servidores judiciais, peritos – particulares ou públicos etc.)”²⁰³, isto é, “apenas as partes podem estar presentes aos atos realizados pelo juiz e auxiliares de justiça”²⁰⁴.

A publicidade dos atos processuais penais vem expressamente consignada em vários dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, a começar pelo texto constitucional (Art. 5º, LX e art. 93, IX, CRFB), seguindo-se pelos tratados internacionais firmados pelo Brasil, (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 10; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14, 1, Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, art. 8º, 5), e pela legislação ordinária (Código de processo Penal, art. 185, § 1º, in fine; art. 792), a qual disciplina a matéria dentro dos estreitos limites impostos pelos diplomas anteriormente mencionados que a precedem hierarquicamente.

Por ser uma garantia de envergadura constitucional, a sua violação (nos casos não excepcionados pela própria Constituição) tem por consequência a nulidade absoluta do ato não público²⁰⁵.

2.2 Da Restrição à Publicidade (O Sigilo)

A restrição ou limitação da publicidade no processo inexoravelmente acarreta o desconhecimento, por parte de algum dos destinatários da garantia (povo/partes), do conteúdo de

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 206.

197 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 116, com base em Tucci e Tucci.

198 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento**. Limites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S. Ziffer. Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 82.

199 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

200 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

201 José Frederico Marques, apud KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

202 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

203 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

204 José Frederico Marques, apud KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

205 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 92.

atos estatais jurisdicionais, o que, à primeira vista, poderia resultar no esvaziamento da garantia pretendida, qual seja, o conhecimento da população (controle) e das partes (informação/defesa).

Entretanto, tal restrição não necessariamente acarreta ofensa ao princípio da publicidade, e a própria Constituição prevê expressamente situações em que a publicidade pode ser restringida. (Art. 5º, LX e art. 93, IX, CRFB). Ainda, as situações devem estar expressamente previstas em lei²⁰⁶ (Art. 5º, LX, primeira parte), de prerrogativa da União²⁰⁷, e limitadas às justificativas dispostas na Constituição²⁰⁸.

Importante salientar, que as exceções à publicidade, “um principio essencial, a que a nova ordem jurídico-constitucional vigente em nosso País não permaneceu indiferente”²⁰⁹, mesmo que constitucionalmente autorizadas, revestem-se do caráter de excepcionalidade²¹⁰, devendo “sempre ser aplicadas de forma diminuta, como ultima ratio”²¹¹.

Antes de analisarmos atentamente as exceções constitucionais ao dito princípio, faz-se necessária uma abordagem destacada, de acordo com a tipologia doutrinária conferida às formas de sigilo, igualmente classificadas de acordo com o sujeito destinatário.

O raciocínio contrario sensu à classificação taxonômica da publicidade, leva a doutrina a igualmente classificar as eventuais restrições a esta em sigilo externo e interno²¹². Veremos ambos mais detalhadamente.

2.2.1 Sigilo Externo

Então, é possível conceituar sigilo externo como sendo aquela restrição à publicidade externa, atingindo “a todos os que não são partes no processo nem funcionários do juízo”²¹³, ou seja, “pessoas alheias ao processo, como os órgãos de imprensa ou o conhecimento popular”²¹⁴, restringindo “o contato com os atos processuais penais somente aos atores da cena judiciária”²¹⁵.

Em princípio, na relação Estado-Cidadão, não existe espaço para o sigilo. Todavia, a própria Constituição enxerga a possibilidade da garantia da publicidade ser excepcionada.

A primeira situação visualizada pela Constituição é quando a própria publicidade ferir outro direito fundamental, qual seja, a intimidade do jurisdicionado.

206 MORAES, Maurício Zanoide. Motivação dos atos judiciais e da publicidade. In: FRANCO, Alberto Silva; Stoco, Rui (Coord.). Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial. Vol 1. 2.ed São Paulo: RT, 2005, p. 1.051.

207 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

208 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 46.

209 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 56.

210 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 56.

211 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 63.

212 Tal classificação é conforme Francesca Maria Molinari, apud SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Sigilo interno e esterno na investigação criminal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 177, p. 12, ago. 2007; e SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210

213 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 60

214 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

215 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

Muitas vezes, o processo judicial contempla causas que não necessariamente dizem respeito ao público em geral, mas, tão somente às partes do processo. A ampla divulgação de tais informações a pretexto de proteger a garantia da publicidade, em algumas situações, pode gerar grave dano às partes, sem que tenha havido a real necessidade da exposição do conteúdo de tais atos para fins de controle da atividade estatal.

Justifica-se pela eventual nocividade de se “permitir que pessoas estranhas ao processo venham a tomar conhecimento de tudo ou parte do que os autos versam, em razão do direito de intimidade das partes nele envolvidas”²¹⁶.

Nessas situações em particular o Estado excepciona a publicidade em benefício da parte receosa de ver sua intimidade violada. Institui, portanto, o sigilo dos autos e atos do processo a pessoas não diretamente envolvidas na causa. Assim, a Constituição excepciona a publicidade e permite que ela seja restringida

quando se pretende a proteção da intimidade das pessoas envolvidas na persecução (investigado/acusado, vítima, testemunhas, parentes e seus representantes etc.) (...) não havendo, com sua restrição, qualquer prejuízo para os juridicamente interessados na causa (partes e seus representantes).²¹⁷

O sigilo externo visa, portanto, o “interesse das partes do processo, em regra particulares, como aquele sigilo que protege a vida privada que por vezes é trazida ao embate forense”²¹⁸. Nesse caso, o sigilo é “considerado uma garantia de segundo grau já que voltado à proteção de direitos fundamentais do interessado”²¹⁹.

Tal tipo de restrição no processo penal é ainda justificável na proteção do acusado à superexposição causada pela mídia, que por vezes, de forma irresponsável “tende a orientar em sentido diverso a opinião pública, criando um convencimento errôneo ou excessivo acerca da culpabilidade (ainda indefinida) do sujeito envolvido”²²⁰, expondo o acusado ao inconveniente do prejulgamento, vulnerando o princípio constitucional da presunção de inocência²²¹.

Trata-se de uma ponderação de bens jurídicos, na qual o legislador entendeu por bem que em determinados casos a intimidade dos jurisdicionados precede a publicidade. Obviamente deve ser levado em conta que o próprio jurisdicionado, bem como os demais atores do processo (Magistrado, Membro do Ministério Público, Advogado, serventuários da justiça) são igualmente integrantes do povo, e como tais estão aptos e legitimados a fiscalizar e controlar os atos estatais. Ademais, o legítimo andamento do processo é do maior interesse das partes, ficando o bem jurídico protegido pela publicidade externa razoavelmente garantido.

Por tal motivo, o texto constitucional faz a ressalva que a garantia da publicidade pode ser restringida quando oferecer dano à preservação de informações relativas à intimidade do indivíduo, sem que o interesse público à informação (controle) venha a ser vulnerado.

A segunda situação prevista constitucionalmente é aquela na qual o “interesse social” seja prejudicado pela publicidade do ato processual.

216 BRASIL, Tribunal Regional Federal. Primeira Turma Especializada. **RHC-223-RJ**. Rel. Des. Abel Gomes. Decisão: 30.05.2007, Publicado no DJU:15.06.2007, p.305/306.

217 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

218 BRASIL, Tribunal Regional Federal. Primeira Turma Especializada. **RHC-223-RJ**. Rel. Des. Abel Gomes. Decisão: 30.05.2007, Publicado no DJU:15.06.2007, p.305/306.

219 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

220 SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Sigilo interno e externo na investigação criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 177, p. 12, ago. 2007, parafraseando Maria Francesca Molinari .

221 IAMAGURO, Roberto Noboru. **Do sigilo do inquérito policial (art. 20 do CPP) e o princípio da dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da CF/1988)**. Disponível em <<http://www.advnoboru.com.br/artigos.php>>, Acessado em: 05.02.2010.

Saliente-se que tais situações de “interesse social”, igualmente limitadas pela reserva legal, devem obviamente encontrar limites nos demais direitos individuais encartados na Constituição, pois as razões de interesse público que legitimam o sigilo “não tem o condão de suprimir ou de comprometer a eficácia de direitos e garantias fundamentais que assistem a qualquer pessoa sob investigação ou persecução penal do Estado, independentemente da natureza e da gravidade do delito supostamente praticado.”²²².

Ora, se o poder constituinte instituiu como interesse de todos a garantia do contraditório e da ampla defesa (e o seu indefectível direito à informação), não pode o legislador ordinário, ou quiçá o juiz, eleger outro interesse público que possa sobrepujá-los, sob pena de esvaziar completamente as garantias dispostas na Constituição.

Não é legítima, portanto, qualquer lei que, embora aprovada pelo Congresso Nacional, segundo processo legislativo constitucional, vede a publicidade dos atos da persecução penal para, por exemplo, torná-la mais ágil ou para que os envolvidos não exerçam a ampla defesa (autodefesa e defesa técnica).²²³

O conceito de interesse social, por ser demasiadamente fluido e sem um significado unívoco, apreensível de plano, necessita ter seu conteúdo semântico delimitado pela norma legal, a qual deverá especificar não apenas o bem jurídico constitucional a justificar tal interesse público, bem como elencar taxativamente as situações em que a violação a tal interesse ocorrerem, sob pena de criar uma exceção a um princípio constitucional demasiadamente ampla e sujeita ao arbítrio do aplicador da lei, em detrimento das liberdades públicas.

Assim, é possível restringir a publicidade dos atos processuais, excepcionalmente, quando estes vierem de encontro a um interesse público, desde que tal interesse público tenha guarida constitucional a justificar o sopeso frente a outra garantia constitucional (da mesma forma como ocorre com o direito à intimidade), e que suas hipóteses sejam taxativamente delimitadas em lei que as justifique.

2.2.2 Sigilo Interno

Por sua vez, o sigilo interno consistiria na restrição da publicidade interna, atingindo as próprias partes do processo²²⁴.

Todavia, diferentemente do sigilo externo, o qual não fere direitos e garantias individuais²²⁵, “O Sigilo perante as partes do processo, ou sigilo interno, não se coaduna com o perfil garantista do processo penal na atualidade.”²²⁶, pois implica em restrição ou limitação de alguns direitos fundamentais conferidos ao acusado pela ordem constitucional.

O sigilo interno não é apenas outra modalidade ou a face oposta do sigilo externo, mas sim uma forma mais radical de sigilo. Por óbvio, o sigilo interno pressupõe a existência do externo²²⁷, resultando em um total desconhecimento do ato processual estatal tanto do povo (titular do poder e controlador natural dos atos em seu nome exercidos) quanto do acusado (alvo da sanção penal), restringindo o conhecimento do conteúdo do ato estatal a um círculo

222 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV n° 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe n° 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário n° 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 56.

223 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

224 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

225 Exceto pela eventual diminuição do espectro da garantia de controle dos atos judiciais pelo povo, como já mencionado.

226 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

227 SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Sigilo interno e externo na investigação criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 177, p. 12, ago. 2007.

extremamente restrito de pessoas (todas agentes estatais, tornando praticamente nula a possibilidade de exercício do controle externo protegido pela garantia da publicidade).

Primeiramente, é de se notar que “A limitação da publicidade interna (...) somente ocorre para uma parte da persecução, qual seja o sujeito investigado/acusado”²²⁸, criando assim uma desigualdade na persecução, uma vez que para a acusação não é imposto tal sigilo²²⁹, vulnerando, desse modo a garantia da isonomia (paridade de armas).

Além disso, a restrição da publicidade interna, indiretamente, acaba por restringir outras garantias que dela dependem para surtir efeitos, ou seja, o contraditório e a ampla defesa²³⁰, os quais dependem do direito à informação para serem efetivamente exercidos²³¹.

Note-se que há quem defenda a tautologia entre a publicidade interna e o direito à informação inerente ao contraditório e à ampla defesa²³². Entretanto enxergamos uma garantia de dupla dimensão, consistente na interseção da publicidade e do direito à informação, sendo abonada pelos dispositivos que protegem todos os princípios mencionados, sendo viável considerar que uma das múltiplas funções da publicidade é assegurar “a efetiva possibilidade de defesa do imputado, permitindo o exercício do contraditório por meio do conhecimento de todos os elementos da acusação”²³³.

Em decorrência dessa dupla garantia

o acusado deverá ter conhecimento de tudo que contra ele é produzido ou venha a ser utilizado, antes do término da instrução, de modo que possa exercer o seu direito de contraprovar, requerendo ao juiz a produção de prova que entenda necessária para se contrapor ao trazido aos autos.²³⁴

Assim, as eventuais restrições à publicidade interna no processo têm como limitação o direito à informação inerente ao contraditório e da ampla defesa, não servindo para excepcioná-lo, pois

mesmo em sua figura excepcional e limitada por lei, jamais a publicidade poderá afetar ou de qualquer modo atingir o direito inalienável da parte e de seus representantes terem conhecimento e acompanharem todos os atos processuais. Essa ideia indefectível, bem expressa nos dispositivos legais indicados, é o resultado de séculos de lutas (físicas, sociais, políticas, jurídicas e morais) para o fim dos “juízos secretos que tão bem caracterizaram a Inquisição e está sendo sempre reprimado pela humanidade nos regimes de exceção de matiz autoritário e despótico”²³⁵.

Por tal motivo, é possível enxergar como sendo “redundante a designação de uma publicidade para as partes, posto não se considerar como válida situação outra que não a possibilidade de conhecimento para as partes daquilo que se passa em processo de seu interesse”²³⁶.

228 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

229 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43.

230 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 43; SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

231 Como já ponderado no primeiro capítulo.

232 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59, concordando com a lição de Flávia Rahal Bresser Pereira.

233 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 207.

234 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

235 MORAES, Maurício Zanoide. Motivação dos atos judiciais e da publicidade. In: FRANCO, Alberto Silva; Stoco, Rui (Coord.). Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial. Vol 1. 2.ed São Paulo: RT, 2005, p. 1.051.

236 PEREIRA, Flávia Rahal Bresser, apud KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance;

Desse modo, ao limitar a publicidade interna estar-se-ia limitando igualmente o direito à informação, cerceando “o direito de conhecimento de elementos da causa por parte de pessoas diretamente interessadas, como o imputado ou seu advogado, afetando sobremaneira o direito de defesa”²³⁷.

Nesse aspecto, deve ser levado em conta que

Quanto ao sigilo interno, também em face do princípio da ampla defesa, impossível sequer imaginar inquérito policial ou ação penal a que não tenham o imputado e/ou seu patrono acesso. Irrelevante o grau de publicidade existente nos autos: trata-se, antes disso, de imposição para que se possa formular uma devida resposta à imputação. Afirmam-no não só a doutrina pacífica como também a jurisprudência pátrias²³⁸.

Em decorrência dessa dupla garantia, não pode o imputado ser tolhido do direito de conhecer o que há nos autos²³⁹, e as provas que pesam contra si. Por consequência, “a restrição do acesso a elementos do processo que podem levar à condenação do réu é uma afronta direta à garantia constitucional da ampla defesa e do exercício do contraditório”²⁴⁰.

Nesse diapasão, vale a pena destacar a lição de João Barbalho ao comentar o dispositivo constitucional da Constituição de 1891 que inseria a ampla defesa no rol de garantias daquele diploma:

O pensamento de facilitar amplamente a defesa dos acusados conforma-se bem com o espírito liberal das disposições constitucionais relativas à liberdade individual, que vamos comentando. A lei não quer a perda daqueles que a justiça processa/ quer só que bem se apure a verdade da acusação e, portanto, todos os meios e expedientes de defesa que não impeçam o descobrimento dela devem ser permitidos aos acusados. A lei os deve facultar com largueza, regularizando-a para não tornar tumultuário o processo. Com a ‘plena defesa’ são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob a coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas, e em geral todo o procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa. Felizmente, nossa legislação ordinária sobre a matéria realiza o propósito da Constituição, cercando das precisas garantias do exercício desse inalienável direito dos acusados - para ela ‘res sacra reus’²⁴¹

O Supremo Tribunal Federal Já teve a oportunidade de examinar a publicidade interna no direito processual penal, no que diz respeito ao inquérito policial, decidindo em diversas oportunidades “que o sigilo não pode ser oposto aos advogados das partes”²⁴².

Não por menos o mesmo Supremo Tribunal Federal culminou por editar a Súmula Vinculante nº 14 afirmando a inoponibilidade do sigilo das investigações ao advogado, uma vez que em

ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 59.

237 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

238 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

239 KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 78.

240 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

241 BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**: comentários. Ed. Fac Similar, de 1902. Brasília: Senado Federal, 1992, p. 323/234.

242 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

“uma sociedade democrática (...) é incompatível com qualquer ato de investigação que seja sigiloso”²⁴³, considerando “as graves implicações que o regime de sigilo necessariamente excepcional - impõe ao exercício, em plenitude, do direito de defesa e à prática, pelo Advogado, das prerrogativas profissionais que lhe são inerentes (Lei nº 8.906/94, art. 7ª incisos XIII e XIV)”²⁴⁴.

Fica, entretanto, acolhida a ressalva feita pela doutrina e pela jurisprudência quanto à aplicabilidade do sigilo interno excepcionalmente na fase investigativa em sede policial. Entende-se, por conseguinte, que “em nosso sistema positivo, apenas durante as apurações preliminares da autoridade policial, em situações singulares, será admitido sigilo provisório do procedimento investigativo”²⁴⁵, constituindo-se uma limitação temporal à publicidade nos casos de diligências, ainda não documentadas, nas quais o elemento surpresa é imprescindível à obtenção da prova (por exemplo, no procedimento de interceptação telefônica), sendo o sigilo, portanto, intrínseco à própria realização de tais atos investigativos²⁴⁶. Depois de encerrada a diligência, cessa o sigilo, o qual se encerra na surpresa que o fundamentava, devendo “obrigatoriamente ser apresentado posteriormente ao contraditório”²⁴⁷.

Ora, se não é admissível o sigilo interno no inquérito policial²⁴⁸ (procedimento de natureza nitidamente inquisitória, e sobre o qual não se aproveitam todas as garantias aplicáveis ao processo) muito menos o será admissível dentro do processo judicial, onde as garantias do acusado são mais contundentes e mais limitadoras do atuar estatal, e onde a surpresa não tem lugar.

Desse modo é possível constatar que o sigilo admissível no (procedimento do) processo penal moderno é somente o externo, quando servir de garantia ao próprio acusado (como proteção à sua intimidade), e como proteção ao interesse social, desde que obviamente não conflite com o anterior, uma vez que no processo penal há um âmbito de atuações que constituem o núcleo intangível do direito de defesa do imputado, sem o qual se considera que ele não possui informação suficiente para exercer tal direito, constituindo verdadeiro limite objetivo ao sigilo dentro do processo²⁴⁹.

Na ordem dessas ideias, chega-se à conclusão, que a Constituição admite que seja oponente sigilo nos atos processuais como exceção²⁵⁰. Entretanto, tal sigilo seria oponente, tão somente ao público (desde que o interesse protegido – direito à intimidade ou interesse social – se sobreponha ao interesse público à informação), ficando o sigilo interno restrito à diligências não documentadas do inquérito policial²⁵¹. “Falar, no entanto, em sigilo interno no curso de processo judicial é negar efetividade à garantia constitucional”²⁵² da publicidade.

243 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Menezes Direito, p. 09, 02.02.2009.

244 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 41.

245 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

246 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 44.

247 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

248 Conforme amplo entendimento do STF. Nesse sentido: HC.82.324/PR, 87.827/RJ, HC 88.190/RJ, e por fim a Súmula Vinculante nº 14.

249 HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I, 1ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 468.

250 MORAES, Maurício Zanoide. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42.

251 Importante anotar que a própria divisão doutrinária aqui estudada (sigilo interno/externo) foi proposta para o inquérito policial (por Francesca Maria Molinari) sendo raros os autores que a aproveitam no estudo da publicidade processual, geralmente negando a existência/aplicabilidade do sigilo interno no procedimento processual penal, mas o admitindo, cm as ressalvas aqui apontadas, no inquérito policial. Ver: SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Sigilo interno e externo na investigação criminal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 177, p. 12, ago. 2007; e SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

252 SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de; LEITE, Rosimeire Ventura. Sigilo no processo criminal e o interesse público. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 211.

3 A Proteção às Vítimas e Testemunhas e o Provimento nº 05/10 da CGJ/SC

3.1 Da Prova Testemunhal

A prova testemunhal é aquela produzida pelo depoimento das testemunhas, ou seja, “aquelas pessoas desinteressadas que comparecem ao processo para declarar algo relevante para o esclarecimento ou a reconstrução histórica de um fato, constituindo-se em um meio pessoal de prova, uma vez que oriunda do ser humano”²⁵³. Assim, “as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça”²⁵⁴.

A despeito de sua notória fragilidade²⁵⁵ “e pouca credibilidade que tem (ou deveria ter)”²⁵⁶, sendo por vezes taxada de “a prostituta das provas”, a prova testemunhal ainda responde por grande parte do conjunto probatório, culminando “por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas”²⁵⁷, sendo certo que muitas vezes a maior parte das ações penais depende de sua produção²⁵⁸, resultando muitas delas como único meio de prova, até mesmo em face das “restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira – em regra – tem”²⁵⁹.

Em face disso a lei brasileira impõe à testemunha um dever de testemunhar²⁶⁰ (art. 206, CPP), inicialmente dirigido a todas as pessoas (físicas²⁶¹) (art. 202, CPP), podendo haver casos excepcionais de recusa (art. 206, CPP, in fine) e impedimentos (art. 207, CPP), “em consideração a certos valores e a certas situações, passíveis, aos olhos do legislador, de impedir uma correta e fiel reprodução da realidade histórica”²⁶².

3.1.1 Da Credibilidade da Prova Testemunhal

Com o abandono da prova tarifária, e a adoção do modelo da persuasão racional²⁶³, o moderno sistema processual penal passou a conferir às provas valor relativo²⁶⁴, notando-se que, no sistema brasileiro “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, produzida em contraditório judicial”²⁶⁵, ou seja, o magistrado não está obrigado a conferir maior ou menor prestígio a uma prova por força de lei. Entretanto, o fará de acordo com a análise de cada prova carreada aos autos, sopesando-as e conferindo maior valor probatório àquela(s) que demonstrar(em) maior capacidade persuasiva.

No caso da prova testemunhal, é função do “juiz examinar a pertinência e a idoneidade de cada testemunho”²⁶⁶, podendo conceder um trato desigual na apreciação da prova outorgando

253 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma** de 2008. Curitiba: Juruá, 2009, p. 182.
254 BENTHAM, apud SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma** de 2008. Curitiba: Juruá, 2009, p. 182.
255 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 612.
256 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 612.
257 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 612.
258 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362.
259 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 612.
260 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362.
261 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 613-614.
262 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 613-614.
263 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 299.
264 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 533.
265 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de novembro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 21 set. 2009, art. 155, caput.
266 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362.

maior ou menor crédito de uns testemunhos frente a outros, motivando sua decisão²⁶⁷. Para tanto, é “essencial que o magistrado tome as cautelas devidas para interpretar e valorar um depoimento, conferindo-lhe ou não credibilidade, crendo tratar-se de uma narração verdadeira ou falsa, enfim, analisando-o com precisão”²⁶⁸, pois “descortinar e separar o depoimento verdadeiro e crível do falso e infiel é meta das mais árduas no processo, mas imprescindível para chegar ao justo veredicto”²⁶⁹.

Dentre os elementos a serem levados em consideração é a coerência da narrativa do fato, em consonância com as demais provas carreadas aos autos, pois,

Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua fidelidade, isto é, a correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que se afirma ter presenciado.²⁷⁰

Entretanto, os critérios de valoração da prova testemunhal devem levar em consideração não apenas a verossimilhança da narrativa do fato, mas também a idoneidade do narrador, uma vez que a prova testemunhal, na qualidade de prova extrínseca e pessoal²⁷¹ – em oposição às provas intrínsecas e reais – repousa sua credibilidade na fé conferida ao seu meio, isto é, a testemunha.

Deve assim, em princípio, ter-se por firme, em particular para as provas pessoais, que a prova histórica não se separa nunca nitidamente da prova crítica; precisamente o depoimento não serve nunca sem a crítica do depoimento, e um instrumento indispensável de tal crítica são os indícios constituídos pelo comportamento de quem o empresta.

Por este caminho, inclusive se vai mais além, refletindo que o homem proporciona ao juiz a prova, ademais de com sua narração, não só com seu comportamento, mas além do seu passado; pertence à mais comum experiência que, por exemplo, os antecedentes da testemunha influem sobre o valor do depoimento, sejam claros ou duvidosos; um valor tem a narração do homem honesto e outro a do homem desonesto, mas de onde se extrai a convicção da honestidade ou da desonestidade senão do seu passado? Sob este aspecto aflora de novo a importância do nome ou, em geral, das contra-senhas de identidade da pessoa, as quais são meios normais para vincular seu presente ao seu passado. Isto quer dizer que a testemunha não serve de prova só por aquilo que narra ou, em geral, por aquilo que faz, mas também por aquilo que é, ou, em outros e talvez mais precisos termos, não só por aquilo que é no momento em que narra, mas também por aquilo que tem sido. Talvez não é necessário nada mais, a fim de persuadir-se da enorme delicadeza daquele instrumento indispensável do processo penal, que é o depoimento e, com isto, da gravíssima dificuldade e responsabilidade de julgar²⁷².

Assim, o magistrado, na avaliação da prova testemunhal deve levar em consideração que, seja no plano do consciente ou do consciente individual, uma série de fatores ligados às pessoas do acusado e da vítima, bem como a “própria formação moral, cultural e intelectual do depoente poderão também influir no espírito e, assim, no discernimento da testemunha”²⁷³.

267 SANTOS, Marino Barbero. Estado constitucional de derecho y sistema penal. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). **Direito criminal**. (Coleção Jus Aeternum) Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. 2, p. 82

268 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal** : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 459.

269 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal** : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 459.

270 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362.

271 “É extrínseca aquela prova, e extrínseco aquele modo, que nos oferece o conhecimento do objeto, não por si mesmo, mas de outra maneira; não pela realidade da coisa, mas pela autoridade da pessoa. A prova intrínseca é sempre real, pois deve residir no objeto. A prova extrínseca é pessoal.”: ELLERO, Pietro. **De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal**. 1. Ed. Argentina. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 138.

272 CARNELUTTI, Francesco. Das provas no processo Penal. Capminas: Impactus, 2005, p. 65-66, apud SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Comarca de São Miguel do Oeste. Sentença de Pronúncia, **Autos nº 067.08.000945-6**. Magistrado prolator: Marcelo Elias Naschenweng. Decisão publicada em: 07 de Julho de 2008. Disponível em : <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acessada em 14 de janeiro de 2010.

273 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 362.

Em decorrência disso, a (in)idoneidade conferida à testemunha – e por via de consequência à prova testemunhal – pode se dar, principalmente por três motivos: 1. Do caráter do depoente e também pela posse de suas faculdades mentais e discernimento²⁷⁴; 2. Da sua relação com os fatos e pessoas a que se referem (mormente o interesse direito no resultado do processo); 3. Da verossimilhança de sua narrativa²⁷⁵.

Assim, em um testemunho, não haveria de se dar crédito (ou seria reduzida a credibilidade de acordo com o grau atingido pelo motivo) a um ébrio, ou um mentiroso e caluniador contumaz, ou um esquizofrênico (pelo primeiro motivo), nem ao inimigo pessoal, ou familiares próximos do imputado ou da vítima²⁷⁶ (pelo segundo motivo), nem tampouco declarações inverossímeis e fantasiosas (pelo terceiro motivo)²⁷⁷.

Diferentemente da legislação processual civil, o Código de Processo Penal não prevê qualquer restrição ao testemunho do inimigo²⁷⁸. Entretanto, é inegável que tal testemunho deva ser valorado de acordo com o(s) interesse(s) que de tal relação pode(m) advir. Infelizmente, o mito da verdade real levou o legislador a restringir ao máximo as hipóteses de proibição e dispensa de testemunho (no processo penal)²⁷⁹, permitindo que tais pessoas, evidentemente suspeitas e interessadas no resultado do processo possam influenciá-lo e manipulá-lo por meio de um depoimento mendaz. Cabe, portanto, ao juiz, valorar corretamente a declaração de acordo com “quem” depõe, pois a testemunha deve ser imparcial, não devendo ter interesses em relação à causa e às partes. Assim,

o alcance das restrições à capacidade de uma pessoa atuar como testemunha na esfera do processo criminal é bastante inferior ao do similar cível e não inclui, entre outras situações, aquelas das pessoas reconhecidas como suspeitas, tais quais os amigos íntimos e inimigos capitais, o indigno de fé, os que tenham interesse no litígio, os parentes da vítima etc., sendo que essas pessoas estão sujeitas a serem contraditadas, no tempo e na forma do art. 214 do Código de Processo Penal, que dispõe²⁸⁰

Dessa forma, a alegação de suspeição e indignidade não deixa, de certo modo, de configurar hipóteses de impugnação (contradita) da testemunha a ser ouvida.

Entretanto, os elementos são diversos. Chamou o art. 214 de arguição de defeitos a contestação à imparcialidade ou confiabilidade da testemunha. Assim, circunstâncias (situações específicas ou particulares) ou defeitos (deficiências ou vícios) podem cercar a testemunha, devendo ser esses aspectos devidamente ressaltados ao juiz. Não para que sejam impedidas de depor ou para que o façam sem compromisso de dizer a verdade, mas, ‘ para que o magistrado fique ciente do que cerca a pessoa a ser ouvida, dando ao seu depoimento valoração cuidadosa.²⁸¹

Por conseguinte, ainda que a arguição de tais defeitos não resulte na exclusão da testemunha²⁸², por falta de previsão legal, notadamente irá afetar a sua credibilidade, e consequentemente sua valoração no conjunto probatório.

274 Motivo pelo qual o CPP adotou medida tendente a reduzir o valor probatório de “doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos” (art. 208), pela não tomada de compromisso, ficando estes desobrigados de dizer a verdade (informante)

275 ELLERO, Pietro. **De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal**. 1. Ed. Argentina. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 138/141. (com adaptações)

276 A dúvida acerca da idoneidade reside “na questão da lisura e credibilidade dos depoimentos prestados por pessoas que possuem vínculo subjetivo com réu e vítima”: SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 202.

277 ELLERO, Pietro. **De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal**. 1. Ed. Argentina. Buenos Aires: El Foro, 1994, p. 138-139.

278 Há a ressalva constante na doutrina desde longa data: “Una condición esencial para la validez del testimonio es la certeza de que no existe enemistad entre él y el individuo á quien nombra” MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1857, p. 281; BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira: comentários**. Ed. Fac Similar, de 1902. Brasília: Senado Federal, 1992, p. 323/234.

279 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 204.

280 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 204.

281 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal** : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 483.

282 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 204-205.

Desse modo, cabe ao juiz certificar-se do grau que cada motivo atinge o depoente para dosar a idoneidade de cada testemunha e conseqüentemente de sua narrativa.

De acordo com o art. 203 do Código de Processo Penal, recai sobre a testemunha o dever de fornecer elementos que possa avaliar a sua credibilidade. A individualização da testemunha se faz primeiro quanto à sua pessoa e depois quanto à sua relação com as partes e aos fatos apurados no processo. Dessas informações irá emergir a possibilidade da testemunha prestar suas declarações e se obterão elementos para melhor valorar seu depoimento²⁸³.

Portanto, deve a testemunha fornecer sua qualificação, consistente na sua identificação pormenorizada, incluindo “seu nome, idade, estado, residência, profissão, lugar onde trabalha, parentesco ou relações com as partes”²⁸⁴. Tal qualificação serve, a princípio, para garantir que a pessoa que ali compareceu é a mesma que deve depor²⁸⁵, e, em um segundo momento, para verificar a presença de impedimentos (proibições – art. 207, CPP) circunstância ou qualquer defeito passível de contradita, ou seja, que tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé (art. 214, CPP), podendo o juiz até suspender a assentada para esclarecer a existência de qualquer destas circunstâncias²⁸⁶, bem como para verificar a correta identidade da testemunha, caso haja dúvida²⁸⁷. “Verificada a inexistência de impedimento para depor, será compromissada: prometerá, sob palavra de honra, dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.”²⁸⁸

A obrigação de dizer a verdade se estende inclusive à qualificação²⁸⁹. “Trata-se de formalidade substancial (Cód. Proc. Penal, art. 203, CPP), que influi no mérito e valor que serão dados ao depoimento”²⁹⁰. Assim, “se a testemunha, ao se qualificar, mente ou cala a verdade sobre sua identidade ou sobre as suas relações com o réu, o ofendido ou o Ministério Público, qualquer das partes pode contradizê-la, desmenti-la”²⁹¹, podendo até mesmo, em ambos os casos (faltar com a verdade em relação à qualificação e aos fatos), estar sujeita à sanção penal²⁹², pois, “um depoimento que não acarrete nenhuma responsabilidade não pode valer como testemunho, porque a sanção de responsabilidade é garantia essencial do ato”²⁹³.

O próprio artigo 187, § 2º, do Código de Processo Penal, na manifesta intenção de permitir ao magistrado a correta apreciação da prova testemunhal, dispõe que o acusado deverá declarar “se conhece as vítimas ou testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas”, tarefa esta tornada impossível sem a devida identificação da testemunha.

De mais a mais, a testemunha tem igualmente o dever, ex vi legis, de fornecer informações quanto a sua relação com os fatos apurados no processo, “explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”²⁹⁴ (art. 203, in fine, CPP). Portanto, em decorrência dessa obrigação,

283 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. II. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 317.

284 NORONHA, Edgar Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. / atualizada. São Paulo: 1987, p. 118-119.

285 NORONHA, Edgar Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. / atualizada. São Paulo: 1987, p. 119.

286 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 417.

287 NORONHA, Edgar Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. / atualizada. São Paulo: 1987, p. 119.

288 NORONHA, Edgar Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. / atualizada. São Paulo: 1987, p. 118-119.

289 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 412.; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, volume 4: parte especial. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 380.

290 NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, volume 4: parte especial. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 380.

291 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 416.

292 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 412.; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, volume 4: parte especial. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 380; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 465.

293 Vicenzo Manzini, apud TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 413.

294 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de novembro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 21 set. 2009.

Deve a testemunha dizer se viu o que conta ou se disse apenas ouviu referência; apontar documentos em que acaso haja colhido o conhecimento do fato ou as pessoas que lho tenham narrado; indicar o tempo, o lugar e a forma de sua informação; mostrar como teve notícia dos acontecimentos, em que circunstâncias, perante quem; revelar as fontes em que se instruiu. Se dispuser de outros elementos de provas, deve indigitá-los. Se houver feito sindicâncias, investigações a respeito do fato, cumpre-lhe descrevê-los, citar-lhes as conclusões e mostrar-lhes os frutos²⁹⁵.

Por conseguinte, para que o juiz averigue se existe relação entre o que a testemunha diz e a realidade, “é necessário que ela ministre os meios de contraste, que aponte as ligações entre o sujeito, que é ela própria, e o objeto, que é o fato”²⁹⁶. Nesse sentido, antigo aforismo latino já estatua: non creditur testi nisi reddat rationem dicti sui (a testemunha não merece fé se não dá as razões do que diz)²⁹⁷.

3.1.1.1 Das Proibições de Testemunhar

As pessoas proibidas de servir como testemunha são aquelas, cujo dever legal de manter segredo alcança o processo penal, pois,

No desempenho de suas funções, muito freqüentemente o profissional de diversas áreas capta segredos que lhe foram revelados em razão da confiança que lhe é depositada por seu cliente, seu patrão, seu líder ou orientador religioso e, nessas circunstâncias o legislador entendeu por bem criar forte restrição à possibilidade de, mesmo com afronta ao princípio da verdade real, permitir-se a divulgação desse segredo, criando o obstáculo processual e reforçando, com a previsão penal, o dever de fidelidade.²⁹⁸

Assim, a lei tutela não apenas o dever de manter segredo derivado da relação profissional, mas principalmente o direito ao silêncio do acusado, o qual por vias oblíquas poderia ser violado, uma vez que este confia tais fatos na crença de que ficarão mantidos em segredo²⁹⁹.

Tais hipóteses não são, nem podem ser, taxativas. Há uma série de circunstâncias narradas pela doutrina em que haveria uma proibição de testemunhar, algumas previstas expressamente em lei, e outras inferidas da natureza da situação que impede o testemunho, i.e. o advogado (estatuto da OAB, art. 7, XIX), o magistrado e o promotor acerca de fatos ocorridos em processos nos quais atuaram (inferência contrario sensu dos arts. 252, II e 258 do CPP), e o curador de incapazes³⁰⁰.

a obrigação de guardar segredo em razão de profissão, ofício, ministério ou função não precisa necessariamente estar prevista em lei, podendo surgir em razão de uma regulamentação disciplinadora da atividade, por força dos costumes ou então, decorrente de sua própria natureza, até porque praticamente todos os códigos de ética relativos às profissões, tratam sobre a proibição de revelar um segredo sabido em razão do exercício profissional.³⁰¹

Em alguns casos, como o advogado, psiquiatra, analista, nos quais a lei tutela o sigilo profissional, é possível que o acusado renuncie a tal proteção (direito disponível), nascendo, a partir daí, a obrigação de testemunhar³⁰². Entretanto, outras proibições como a do juiz e do promotor testemunharem sobre fatos que tiveram conhecimento em razão da função, são indisponíveis em razão do interesse público tutelado³⁰³. Em caso de testemunho de tais

295 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 414.

296 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 414.

297 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 414.

298 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 200.

299 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 365.

300 Por todos: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 468-472.

301 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 200.

302 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 614.

303 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 614; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apre-**

pessoas no processo (sem o desimpedimento nos primeiros casos e independentemente deste nos últimos), a prova seria ilícita³⁰⁴.

3.1.1.2 Das Testemunhas Descompromissadas (informantes)

Há outro grupo de pessoas que, a doutrina afirma não haver o dever de dizer a verdade, em decorrência do não prestamento de compromisso. São eles: os doentes e deficientes mentais, os menores de 14 (quatorze) anos, e os ascendentes ou descendentes, afins em linha reta, cônjuges (ainda que divorciados), o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado; notando-se que “suas declarações deverão ser vistas com reservas e menor credibilidade quando da valoração da prova”³⁰⁵.

Estas pessoas, dividem-se em dois grupos. As primeiras, elencadas no art. 208, primeira parte, do CPP, são aquelas que em virtude de tenra idade ou patologia mental não tem completo discernimento ou posse de suas faculdades mentais.

O segundo grupo, discriminados no art. 206 do CPP são aqueles indivíduos vinculados intimamente ao réu, dos quais “não se pode exigir o esforço sobre-humano de ferirem a quem amam”³⁰⁶. A necessidade de manter a coesão familiar e evitar o conflito entre destruí-la ou mentir, orienta a legislação a evitar, absoluta ou relativamente, o testemunho do parente contra o acusado³⁰⁷.

Os integrantes desse segundo grupo estão, a princípio, dispensados do dever de testemunhar, podendo se recusar a fazê-lo. Entretanto, optando por testemunhar, não lhes será exigido o compromisso de dizer a verdade. Forçá-los a dizer a verdade seria um contrassenso, uma desumanidade, constituindo uma verdadeira violação da dignidade da pessoa humana “além de uma exigência estulta e ineficiente”³⁰⁸.

Entretanto, a lei prevê que no caso da pessoa inicialmente dispensada ser a única capaz de elucidar os fatos (quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias³⁰⁹), não poderá ela recusar-se a testemunhar. Poderão, assim, “ser ouvidas como informantes, sem o compromisso”³¹⁰.

Nesse caso, quando não forem totalmente dispensadas do comparecimento, em face do disposto na parte final do art. 206, “são ouvidas como elementos, que apenas se consideram capazes de prestar informações úteis à justiça, mas prevenido, de antemão, o juiz sobre a impossibilidade de contar com uma completa isenção de ânimo de tais informantes, por isso mesmo isentas de compromisso”³¹¹, motivo pelo qual tal testemunho deve ser evitado ao máximo, até mesmo porque tal oitiva poderia criar “situações constrangedoras e depoimentos despidos de qualquer credibilidade”³¹².

Saliente-se que a condição de informante não torna irrelevante o depoimento. Ainda que seja tido como uma testemunha de menor valor probatório ou de menor credibilidade, ainda tem a capacidade de influir no convencimento do magistrado. Assim, qualquer valor probatório é valor distinto de zero.

sentenças esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 469.

304 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 615.

305 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 616.

306 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 466. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p.318-319.

307 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. II. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 315.

308 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Vol 3. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 96-97.

309 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de novembro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 21 set. 2009.

310 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 465.

311 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Vol 3. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 96-97.

312 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 614.

3.1.2 Do Direito da Defesa de Participar da Produção da Prova Testemunhal

O direito do réu à prova e à participação efetiva na sua produção decorre do princípio e do exercício da ampla defesa³¹³. Trata-se de garantia mínima do direito de defesa consagrada expressamente por Tratados Internacionais de Direitos Humanos³¹⁴ (Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, art. 8º, 2, f; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, art. 14, 3), que legitimam a efetiva participação da defesa na produção da prova ocorrida no processo penal³¹⁵. “O Exercício desse direito à prova se estenderá a todas as suas fases, é dizer: a da obtenção, a da introdução e produção no processo e, por fim, a da valoração da prova, na fase decisória”³¹⁶.

De mais a mais, “com a conseqüente adoção do modelo acusatório, exige-se a plena refutabilidade das hipóteses e o controle empírico da prova”³¹⁷. Há, portanto, um direito subjetivo³¹⁸ do acusado não apenas de acompanhar, mas de intervir na produção de prova contra si. Por conseguinte,

o reconhecimento de um verdadeiro direito subjetivo à prova, cujos titulares são as partes no processo (penal no nosso caso), supõe considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para a constituição material probatório que irá servir de base à decisão; nessa visão, a prova, antes de tudo, deve ser atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional³¹⁹

No tocante à prova testemunhal, o direito subjetivo a interferir na produção da prova é exercido, primordialmente na audiência (momento da produção da prova), ocasião em que deve ser assegurada a presença ininterrupta (princípio da imediação) de todos os sujeitos processuais, inclusive o acusado e seu defensor, a fim de que possam intervir como meios de controle efetivo da prova que servirá de base à sentença³²⁰.

O direito de intervenção na prova testemunhal também decorre do princípio da comunhão das provas, o qual estabelece que “as testemunhas, uma vez arroladas, são ‘do processo’ e não mais ‘da parte’”³²¹.

Uma das facetas do direito de intervir na produção da prova é exatamente o direito que o réu tem de contestar a credibilidade da testemunha e conseqüentemente da prova testemunhal. O direito de inquirir as testemunhas “é algo mais do que um mero direito a perguntar; implica um direito a ‘questionar’ ou contraditar, a uma ‘confrontation’ com a possibilidade de inquirir de maneira ativa e ampla.”³²² É que “um direito de defesa efetivo, exige que em qualquer momento do processo o acusado tenha a possibilidade ‘de por em duvida a credibilidade de uma testemunha do fato e formular-lhe perguntas’”³²³.

313 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 302.

314 EDWARDS, Carlos Henrique. **Garantias Constitucionales em Materia Penal**. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 119.

315 EDWARDS, Carlos Henrique. **Garantias Constitucionales em Materia Penal**. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 119.

316 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 302.

317 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 591.

318 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 356.

319 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 85.

320 HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. Tomo I, 1ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 231-232.

321 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 623.

322 AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 94.

323 AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26.

Note-se que a utilização da desacreditação da testemunha como meio de defesa não é algo que o advogado (defesa técnica) possa efetivar sem o auxílio do acusado (autodefesa), já que “muitas vezes a efetividade da defesa depende da atuação do réu, já que é ele quem detém as informações necessárias à preparação da defesa”³²⁴. Somente o acusado estando na audiência, poderá auxiliar o advogado fornecendo informações sobre a testemunha que a desacreditem. Assim, “a presença do acusado no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa”³²⁵.

3.1.2.1 Da Contradita

A contradita “é a impugnação ou objeção apresentada pela parte, geralmente, em relação à testemunha arrolada pelo adversário”³²⁶. Deve se dar no momento processual que sucede a qualificação (o conhecimento da identidade da testemunha) e precede o seu depoimento (narrativa dos fatos), no qual a parte aponta ao Juízo a existência de causa proibitiva (segredo profissional), ou dispensatória (ascendência, descendência etc.), ou de motivo que torne a testemunha suspeita de parcialidade ou indigna de fé³²⁷, ou seja, quaisquer “circunstâncias que possam viciar o depoimento da testemunha, v.g., defeitos pessoais dela, sua amizade íntima ou inimizade capital com uma das partes, o interesse que tem na causa, sua participação no fato etc.”³²⁸

A contradita é um dos principais momentos de participação efetiva da defesa no processo. Trata-se de atuação conjunta da defesa técnica e da autodefesa na qual o conhecimento do acusado sobre a condição da testemunha e sua relação consigo e com os fatos apurados no processo possibilitará ao defensor técnico a impugnação da validade do testemunho, “auxiliando a formação do convencimento do magistrado”³²⁹.

A contradita (ou arguição) da defesa poderá obter três resultados: o primeiro seria a exclusão da testemunha (em caso de proibição por sigilo profissional não autorizado pelo réu)³³⁰, o segundo seria a não tomada de compromisso e a ouvida como mera informante (nos casos do art. 208)³³¹, e por fim os termos da contradita (ou arguição) serão consignados “no termo para futura avaliação do juiz.”³³², que poderá, ao sentenciar, considerar a redução da credibilidade daquele testemunho em particular. Tudo isso após dar à testemunha a oportunidade de refutar as alegações³³³.

Trata-se de uma verdadeira contribuição do réu para a melhor formação da prova³³⁴, na medida em que se constitui em “instrumento de controle da eficácia, pelas partes, das causas que geram a proibição (art. 207) ou impedem que a testemunha preste compromisso (arts. 208 e 206)”³³⁵, além de outras circunstâncias que atenuem o valor da prova.

324 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 414.

325 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 414.

326 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal** : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 482.

327 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 417.

328 NORONHA, Edgar Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Curso de direito processual penal**. 18. ed./atualizada. São Paulo:1987,p121.

329 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal** : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 419.

330 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 416; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 616; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2002, p. 577.

331 TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 415; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 616; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2002, p. 577.

332 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal** : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 419; LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 616; MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial**. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2002, p. 577.

333 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 616.

334 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal** : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 419.

335 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.

É imprescindível que “o magistrado saiba com quem está lidando para a posterior avaliação da prova”³³⁶.

Assim, circunstâncias (situações específicas ou particularidades) ou defeitos (deficiências ou vícios) podem cercar a testemunha, devendo ser esses aspectos devidamente ressaltados ao juiz. Não para que sejam impedidas de depor ou para que o façam sem o compromisso de dizer a verdade, mas para que o magistrado fique ciente do que cerca a pessoa a ser ouvida, dando ao seu depoimento valoração cuidadosa. Se a testemunha é amiga íntima do réu (circunstância que a envolve, comprometendo sua imparcialidade) ou já foi condenada por falso testemunho (defeito que a torna indigna de fé), é natural que a parte deseje que o julgador tome conhecimento de tais situações para não crer integral e ingenuamente, na narrativa.³³⁷

Assim, denota-se que em decorrência do direito subjetivo à prova, o acusado tem igualmente o direito subjetivo de contraditar a testemunha apresentando argumentos e provas que demonstrem o impedimento, a suspeição ou qualquer outro fator de descrédito daquela testemunha, “até mesmo para que se possa ter certeza de que quem se apresenta para depor é realmente a pessoa que captou, por seus sentidos, as informações relevantes que serão levadas para o bojo do processo e não, um terceiro cooptado para substituí-la”³³⁸.

Assim, fica evidente que para a consecução do direito à impugnação da validade do testemunho, é crucial o conhecimento da identidade dela tanto pelo defensor técnico quanto pelo acusado. Não se pode impugnar a qualidade (credibilidade) da testemunha se se desconhece quem ela é. “Sem identificação do depoente, por lógico, fica prejudicado o direito à contradita.”³³⁹

Assim, ao pretender garantir ao acusado o “exercício de seu pleno direito de defesa, especialmente o de impugnar a validade do testemunho, não se pode impedir que tenha conhecimento de quem é a testemunha, até para poder a contraditar”³⁴⁰

Conforme dita o art. 41 do CPP, a acusação deverá arrolar na peça vestibular as testemunhas que pretende utilizar na formação do conjunto probatório. É essa indicação que permite à defesa munir-se dos meios necessários para efetivar sua defesa, especialmente a contradita, que lhe faculta o art. 214³⁴¹.

Caso o acusado tome conhecimento da identidade da testemunha somente na ocasião do depoimento, ficará privado do direito de reunir provas hábeis a comprovar a sua impugnação, uma vez que na contradita “não há qualquer tipo de dilação probatória”³⁴². A qualificação (identificação detalhada) fornecida em audiência apenas complementa o rol, geralmente lacônico, apresentado na peça acusatória.

Não se trata apenas de um direito a conhecer a identidade da testemunha, mais do que isso, trata-se de um direito ao conhecimento prévio, com razoável prazo para preparar a impugnação. Desta feita, caso a defesa não tenha tido acesso prévio ao nome da testemunha, por estar ausente (ou ocultada) do rol,

616.

336 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 483.

337 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 483.

338 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional**: Pós-Reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2009, p. 210.

339 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Comarca de São Miguel do Oeste. Sentença de Pronúncia, **Autos nº 067.08.000945-6**. Magistrado prolator: Marcelo Elias Naschenweng. Decisão publicada em: 07 de Julho de 2008. Disponível em : <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acessada em 14 de janeiro de 2010.

340 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Testemunha “sem rosto” e o direito ao confronto**. Decisão. Caderno Jurisprudência. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 1258, maio 2009.

341 ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado**: volume I - comentários aos arts. 1-62. Campinas: Bookseller, 2000, p. 388.

342 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 616.

o acusado (...) não terá condições de fornecer ao seu defensor informações acerca de tal pessoa, as quais poderiam subsidiar eventual contradita, nos termos do artigo 214 do CPP. Tem-se, então, uma testemunha sem nome e sem rosto, nos moldes do processo inquisitorial implementado pelo Direito Canônico medieval.³⁴³

Assim, o acusado deverá tomar conhecimento da identidade da testemunha no arrolamento da denúncia, para que possa munir-se de provas em tempo hábil para contraditar a testemunha.

Desse modo, torna-se evidente que “com a exigência contida na parte final do art. 41 do CPP atende-se também, portanto, ao direito de defesa do imputado.”³⁴⁴ Estabelece-se, portanto, um dever da acusação de antecipar a origem da prova testemunhal, de modo a propiciar a informação prévia inerente ao contraditório e à ampla defesa. Se a produção da prova deve ser contraditória³⁴⁵, conseqüentemente as inquirições das testemunhas devem respeitar o contraditório³⁴⁶.

3.1.2.2 Da Acareação

A acareação, outra modalidade de intervenção na produção da prova, é o ato de “pôr em presença uma da outra, pessoas cujas declarações são contraditórias, ou não concordes”³⁴⁷. O procedimento está previsto no art. 299 do CPP e deverá ser feito em audiência³⁴⁸. Tem como pressupostos a existência pretérita de declarações, a divergência entre elas e a relevância, para o processo, do ponto divergente (capaz de excluir ou modificar a acusação, ou afetar a própria defesa na sua essência)³⁴⁹.

O procedimento da acareação pode se dar entre todos os sujeitos envolvidos no processo (réus, testemunhas, e ofendidos), e “pode ser de grande valia para o convencimento do juiz, pois representa a possibilidade de confrontar versões divergentes, elegendo aquela que reputa mais verossímil”³⁵⁰.

Em decorrência do direito à prova, ao surgir divergência entre os declarantes sobre fato relevante ao processo, passa a existir para o acusado o direito subjetivo à acareação, para dirimir a controvérsia.

Da mesma forma que a contradita, a acareação torna-se inviável sem o conhecimento, por todos os presentes na audiência, da identidade da testemunha ou da vítima que deva dela participar.

3.2 Da Oitiva do Ofendido

A despeito de igualmente possuir o dever legal de comparecer a Juízo para prestar declarações³⁵¹ (art. 201, §1º, do Código de Processo Penal), tecnicamente o ofendido não é

343 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

344 PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa : repercussão, amplitude e limites.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

345 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 285.

346 AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção européia de direitos humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 79.

347 NORONHA, Edgar Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Curso de direito processual penal.** 18. ed. / atualizada. São Paulo: 1987, p. 123.

348 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 645.

349 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 645.

350 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 646.

351 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 441.

considerado como testemunha³⁵², sendo por vezes até confundido com parte, quando atua como assistente de acusação.

A doutrina afirma que, apesar de não prestar compromisso, o ofendido não está autorizado a faltar com a verdade, podendo ser penalmente responsabilizado por

denúnciação caluniosa, caso venha a dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, razão pela qual, embora dispensada do compromisso legal de dizer a verdade sobre os fatos (CPP, art. 203), a vítima não possui uma carta branca para imputar crime a alguém, de forma irresponsável e principalmente de má-fé e está sujeita a deveres processuais, como o de comparecer quando intimada, podendo inclusive ser conduzida coercitivamente.³⁵³

Desse modo, suas declarações devem ser valoradas de acordo com a relação direta que o ofendido tem com os fatos³⁵⁴. Não se trata de um terceiro desinteressado, mas de alguém com evidente interesse na condenação do réu, principalmente “na medida em que pode, com isso, obter mais facilmente a reparação do dano cível (art. 63, CPP)”³⁵⁵. Logo, “não se pode dar o mesmo valor à palavra da vítima, que se costuma conferir ao depoimento de uma testemunha, esta, presumidamente imparcial”³⁵⁶.

Apesar disso, “em não raras ocasiões nossos Tribunais arrimam suas decisões senão exclusiva ou preferencialmente na palavra da vítima, colocando-a em posição definidora, sobretudo em casos mais graves”³⁵⁷. Portanto, “haverá situações em que a palavra da vítima aparecerá como o principal elemento de convicção do órgão julgador (principalmente em relação àqueles crimes que ocorrem em lugares ermos, crimes ocorridos no interior das residências, crimes contra a liberdade sexual etc.)”³⁵⁸.

Ainda que o valor probatório das declarações das vítimas e das testemunhas seja distinto, deve o acusado ter condições reais de proteger-se contra eventual denúnciação caluniosa, evitando uma série de impropriedades (como autor ou co-autor se colocando como vítima), ou demonstrando ao magistrado eventual interesse ou aspecto emocional que possam desviar o ofendido da verdade.

De mais a mais, há uma série de circunstâncias psicológicas como emoções perturbadoras que podem levar a vítima à “ira, ao medo, à mentira, ao erro, às ilusões de percepção, ao desejo de vingança, à esperança de obter vantagens econômicas”³⁵⁹, e em certas situações o ofendido pode “inventar muitas circunstâncias (...), para atenuar a sua responsabilidade na ocorrência do delito”³⁶⁰.

É de ponderar que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando estar narrando fidelidade, omite ou acrescenta particularidades, desvirtuando os fatos.³⁶¹

352 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 378.

353 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 177-178.

354 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 442.

355 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 440-441.

356 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 442.

357 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 372.

358 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 177.

359 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 442.

360 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 443.

361 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**, Editora Saraiva, 11ª Edição, São Paulo, Ano 2009, p. 564.

Ora, o fato do ofendido ser inimigo declarado do réu, sendo evidentemente suspeito e interessado na ruína do acusado, ou um caluniador contumaz com farto histórico de delitos inventados na vizinhança (os quais nem todos podem ter chegado ao conhecimento do judiciário), ou cujo discernimento esteja comprometido (por doença mental ou questão emocional), ou até mesmo uma qualidade da vítima que venha a diminuir ou isentar o acusado de pena (i.e. art. 181 do Código Penal), são circunstâncias que devem ser levadas ao conhecimento do magistrado para a correta valoração da narrativa da vítima de acordo com “quem” ela é, evitando, assim como no caso da testemunha, que seja manipulado por meio de um depoimento mendaz.

Por conseguinte, por ser meio de prova, a oitiva do ofendido, deverá ser realizada contraditoriamente, estando igualmente sujeita à interferência da defesa no seu exercício constitucional de participação da produção probatória³⁶². Desse modo, deve ser considerado o direito do acusado de, no gozo de seu direito à interferência na formação da prova, demonstrar a ocorrência de tais circunstâncias que eventualmente venham a desmerecer o relato da vítima.

Assim, ainda que não haja previsão expressa no dispositivo referente à contradita, é legítimo à defesa apresentar ao magistrado informações e provas que indiquem os mesmos vícios passíveis de contestação na testemunha, e a leitura constitucional do dispositivo implica na concessão de igual direito na ocasião da oitiva da vítima (interpretação extensiva). Não há qualquer razão em poder se atuar no sentido de desqualificar uma testemunha, mas não o ofendido, que, guardadas as devidas proporções, são ambos meio de prova.

3.3 Da Proteção à Testemunha e ao Ofendido

Qualquer política pública, desenvolvida pelo Estado brasileiro, deve ser pautada pelo dever estatal de proteger o cidadão, garantindo-lhe a vida, a liberdade e a segurança (artigo 5º, caput, da Constituição da República). Assim, “os indivíduos têm o direito a que o Estado atue positivamente no sentido de estruturar órgãos e criar procedimentos que, ao mesmo tempo, lhes provenham segurança e lhes garantam liberdade”³⁶³

Esse dever de proteção alcança especial relevo “quando é o próprio Estado que impõe ao cidadão uma situação de risco, tornando imprescindível uma medida efetiva de proteção”³⁶⁴.

Como já afirmado alhures, no caso da produção de prova testemunhal, o Estado brasileiro optou por estabelecer um dever de testemunhar (art. 206 do Código de Processo Penal). Igual política adotou quanto à oitiva do ofendido, o qual também está obrigado a comparecer a Juízo para prestar declarações³⁶⁵ (art. 201, §1º, do Código de Processo Penal).

Ocorre que em decorrência do princípio da publicidade, pelos motivos já expostos, os atos do processo são públicos,

razão pela qual qualquer pessoa tem acesso aos autos no balcão do cartório. Portanto, um amigo ou parente do acusado, ainda que distante da orientação deste ou de seu defensor pode, por sua conta, ameaçar a vítima ou a testemunha, desde que conheça o seu paradeiro e qualificação.³⁶⁶

Eventuais ameaças à integridade física ou moral do depoente podem levar a um constrangimento capaz de impedir que a vítima/testemunha venha a depor de acordo com sua

362 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 379; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 446.

363 FERNANDES, Antonio Scarance. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9.

364 RHEINGANTZ, Eduardo. **O provimento n. 32/00 da CGJ de São Paulo**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 18, jul. 2005.

365 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 441.

366 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 668.

consciência, podendo, por vezes, faltar com a verdade ou buscar evadir-se à obrigação de testemunhar/depor. Um dos principais obstáculos à apuração da verdade no processo penal é “a lei do silêncio, que, no universo do delito, fala mais alto”³⁶⁷.

Percebe-se que “essa obrigação impõe, muitas vezes, sérios riscos às pessoas, as quais, por causa disso, sentem-se desestimuladas a colaborar com o Estado, gerando uma crise entre a obrigação de depor, o dever de proteção e o direito à segurança”³⁶⁸.

É fundamental para o Estado e para a lisura da persecução penal que ofendido e testemunha gozem de inteira liberdade em seu depoimento, sendo “mister que se afaste qualquer influência que possa intimidá-la ou coagi-la, impedindo-a de dizer a verdade”³⁶⁹.

Considerando que a vida e a segurança são bens jurídicos penalmente protegidos, resta contraditório que o Estado ponha em risco a segurança e a vida de um jurisdicionado sob o pretexto da eficiência de uma persecução penal. Desse modo, da obrigação imposta pelo estado à vítima e à testemunha de colaborar com a administração da justiça, nasce a contrapartida do Estado, ou seja, o dever de proteger a ambos das consequências danosas que podem advir de tal colaboração, pois “se devem colaborar com o Estado na apuração de infrações penais, é justo que obtenham abrigo, quando estejam sob ameaça ou coação.”³⁷⁰

Todavia, é de se ter em mente que as medidas especiais de proteção às vítimas e testemunhas que devam esperar prejuízos particulares decorrentes de seu depoimento no processo penal são previsões de interesse do estado social³⁷¹ (segunda etapa do Estado de Direito), e conseqüentemente em constante conflito com as garantias do acusado herdadas da fase liberal do Estado de Direito.

3.3.1 Da Sistemática de Proteção às Vítimas e Testemunhas Prevista na Legislação Federal

Visando à consecução de tal proteção a União editou a Lei Nacional nº 9.807/99 (regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.518, de 20 de junho de 2000), a qual instituiu um regime próprio de proteção às testemunhas, estabeleceu normas para a organização e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e criou o programa federal de assistência a vítimas e testemunhas ameaçadas³⁷². Alguns Estados da federação igualmente editaram leis visando à criação dos respectivos programas estaduais³⁷³.

Dentre as medidas adotadas pela lei federal podemos citar: segurança permanente, transferência de residência, preservação da identidade, imagem e dados pessoais, ajuda financeira, alteração da identidade civil, dentre outras³⁷⁴.

A adoção de tais medidas é condicionada pela lei ao ingresso no programa de proteção que se dará após a aprovação de um conselho consultivo composto por “representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário e de órgãos públicos e privados relacionados com a segurança pública e a defesa dos Direitos Humanos”³⁷⁵.

367 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 668.

368 RHEINGANTZ, Eduardo. **O provimento n. 32/00 da CGJ de São Paulo**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 18, jul. 2005.

369 NORONHA, Edgar Magalhães; ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. / atualizada. São Paulo: 1987, p. 122.

370 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 668.

371 HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy**: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 76.

372 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 372.

373 No Estado de São Paulo foi instituído pela Lei nº 10.354/99.

374 BRASIL. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, (...). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9807.htm>>. Acesso em: 23 set. 2009, art. 7º.

375 BRASIL. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, (...). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9807.htm>>. Acesso em: 23 set. 2009, art. 6º.

A sistemática adotada pela Lei nº 9.807/99 não ficou isenta de críticas sendo apontado que “as providências da legislação de proteção à testemunha são demasiadamente difíceis de serem implementadas e, em alguns casos, até mesmo desnecessárias”³⁷⁶.

Recentemente, a lei 11.690/08, que alterou alguns artigos do Código de Processo Penal, “introduziu uma série de dispositivos tendentes a proteger o ofendido, como a comunicação da saída do acusado da prisão, e o sigilo quanto a seus dados pessoais ‘para evitar sua exposição aos meios de comunicação’”³⁷⁷

Some-se a isso as medidas convencionais já antes utilizadas e não derogadas, como a decretação da prisão preventiva, em garantia da instrução criminal³⁷⁸.

Entretanto há quem defenda a necessidade de medidas de outra natureza, focando na ideia de que o conhecimento da identidade (e dos demais dados pessoais) do depoente pelo acusado é o principal facilitador do processo de intimidação.

Nessa linha de raciocínio surge a defesa da adoção de preservação dos dados pessoais de vítimas e testemunhas ameaçadas, mediante o anonimato, presumindo que o desconhecimento de tais informações pelo réu resguardaria a segurança e a integridade física da testemunha do fato criminoso, permitindo assim a correta apuração da infração penal sem a influência negativa do medo nas testemunhas e vítimas.

Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁷⁹, em seu art. 32, recomenda o sigilo da identidade e demais informações pessoais como forma de proteção à testemunha e extensível à vítima.

3.3.2 Das Medidas Propostas pelo Provimento nº 05/10 da CGJ/SC

Por sua vez, o Estado de Santa Catarina não editou lei própria para disciplinar a proteção à testemunha. Entretanto, o Poder Judiciário, com o ensejo de regulamentar a Lei nº 9.807/99 e estabelecer “medidas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal”³⁸⁰, sob a justificativa da “necessidade de se adotar medidas de preservação dos dados pessoais de vítimas e testemunhas ameaçadas”³⁸¹, por intermédio da Corregedoria Geral de Justiça, no ano de 2003 editou o Provimento nº 14/2003, cujo conteúdo foi reeditado pelo Provimento nº 05/2010.

O referido documento, em síntese, nada mais faz do que criar uma nova forma de proteção à testemunha, qual seja o seu anonimato, impondo sigilo dos dados (principalmente a identificação) das vítimas e testemunhas à defesa e ao acusado, sob o pretexto de regulamentar os incisos IV e VIII do art. 7º da Lei nº 9.807/99.

O Tribunal Catarinense, com a referida norma, subscreve a teoria de que o desconhecimento, por parte do réu, da identidade do produtor da prova oral resguardaria a segurança e a integridade física do depoente.

376 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma** de 2008. Curitiba: Juruá, 2009, p. 211.

377 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 380.

378 Sobre a prisão cautelar em casos de ameaça à testemunhas ver: STF - HC 95848-RO, HC 98780-SP, HC 97568- SP; STJ - HC 132.260-AC, HC 110.584-MT.

379 Organização das Nações Unidas. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Ratificada pelo Decreto Legislativo nº. 348, de 18 de maio de 2005 (DOU. 19 Maio 2005, núm. 348), e promulgada pelo Decreto Presidencial nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (DOU. 01 de Fevereiro de 2006). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 17.01.2010.

380 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento nº 14/03**. Estabelece medidas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal. Assinado em Florianópolis, 06 de outubro de 2003, Publicado no Diário de Justiça, Ed. nº 11.302, em: 21.10.2003, p. 9-10.

381 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento nº 14/03**. Estabelece medidas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal. Assinado em Florianópolis, 06 de outubro de 2003, Publicado no Diário de Justiça, Ed. nº 11.302, em: 21.10.2003, p. 9-10.

Medida semelhante havia sido adotada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual promulgou o Provimento nº 32/2000, que visa omitir, no inquérito policial ou no processo penal, os dados qualificativos das vítimas e testemunhas ameaçadas.

Entretanto, diferentemente do regulamento Paulista³⁸², a norma catarinense vedou expressamente o acesso às informações pessoais das vítimas e testemunhas protegidas inclusive à própria defesa, permitindo apenas ao Judiciário e ao Ministério Público o acesso à identidade do depoente anônimo. O defensor, em tese, poderia requerer o acesso, ficando a cargo de o juiz conceder ou não³⁸³.

Importante anotar que a Lei nº 9.807/99 estabelece claramente em seu art. 1º que os programas estaduais de proteção às vítimas e testemunhas deverão ser “organizados com base nas disposições desta Lei”. Assim, os eventuais programas estaduais, ou mesmo medidas isoladas tendentes à proteção da vítima ou testemunha ameaçada deverá, inexoravelmente, ater-se aos limites impostos pela Lei nº 9.807/99.

3.4 Do Anonimato da Testemunha e da Vítima

Apesar das distinções entre vítima e testemunha, na prática, suas declarações devem ser sopesadas com os demais elementos de prova, sendo certo que o anonimato tanto da vítima quanto da testemunha gera as mesmas consequências. Daí porque daqui em diante trataremos ambas da mesma forma.

Como já mencionado, o dever de identificar-se está disposto no art. 203 do Código de Processo Penal. Esse dever de identificação “é uma providência necessária, para que se possa ter certeza a respeito de quem vem a ser a testemunha que está se apresentando para depor³⁸⁴.”

Entretanto,

resta evidenciado que a indicação do seu nome completo, filiação, endereço residencial, dentre outros dados, pode se prestar a servir para que os dados consignados sejam usados por investigados ou réus, ou mesmo pessoas a eles ligadas, com a finalidade de eliminação da prova, seja no aspecto físico-material (ceifando a vida, cortando a língua etc.), seja no que diz respeito ao aspecto moral (ameaça direta ou indireta, sugestões de depoimento etc.)³⁸⁵.

Essa periculosidade, causada pela consignação dos dados pessoais de identificação do depoente no processo, precisa ser levada em consideração pelo Estado na formulação de políticas públicas de proteção às vítimas e testemunhas no processo penal.

Deve haver, portanto, uma real preocupação com a preservação e a manipulação de dados que deixem o depoente vulnerável a qualquer atitude intimidatória, evitando-se a divulgação além do mínimo necessário à consecução da defesa do imputado³⁸⁶. Desse modo, o sigilo pode servir também como instrumento para garantir a segurança e a integridade física das testemunhas e vítimas.

382 “O Tribunal de Justiça de São Paulo, em reiteradas decisões, tem fixado o entendimento de que o provimento não autoriza a supressão do nome das testemunhas, mas apenas de seus dados qualificativos. Segundo acórdão da lavra do desembargador José Damião Pinheiro Machado Cogan (HC nº 376.330-3/5-00, da Comarca de São Paulo, j.18.04.02): ‘Correta, portanto, é a interpretação de que para as testemunhas resguardadas por tal Provimento deve-se omitir apenas sua qualificação e endereço, tornando público o nome da testemunha para possibilitar ampla defesa.’” DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

383 Art. 2º, § 3º: “O pedido de acesso a tais documentos deverá ser formulado ao Delegado de Polícia ou ao Magistrado condutor do feito, no âmbito esfera [sic] de suas competências, que decidirá a respeito”: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento nº 14/03**. Estabelece medidas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal. Assinado em Florianópolis, 06 de outubro de 2003, Publicado no Diário de Justiça, Ed. nº 11.302, em: 21.10.2003, p. 9-10.

384 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional**: Pós-Reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2009, p. 208.

385 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional**: Pós-Reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2009, p. 208.

386 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional**: Pós-Reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2009, p. 210.

Em decorrência de tal vulneração que o Provimento nº 14 da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina propõe a utilização do anonimato, que por sua vez consiste em manter sob integral sigilo a identificação e os dados pessoais dos depoentes que se digam ameaçados.

Convém lembrar, que como já mencionado alhures, a restrição da publicidade está limitada à proteção da intimidade do acusado e ao interesse social. Como não visa proteger a intimidade do acusado, resta ao anonimato a justificativa do interesse social. Esse interesse social, como já frisado, deverá ser necessariamente coletivo e não justificado no eficientismo da persecução penal. Daí a importância de se perquirir se o interesse da testemunha/vítima em não revelar sua identidade se constitui em um interesse social.

3.4.1 Situações que Levariam Alguém a Esconder-se no Anonimato em Prejuízo do Réu

A alternativa pretendida, o anonimato, leva a crer que o único motivo para uma vítima/testemunha tem para se ocultar seja a sua própria proteção, e que a eventual ocorrência de uma razão para faltar com a verdade poderia facilmente ser detectada pelo magistrado ou pelo órgão acusador.

Entretanto, há inúmeras razões que podem levar algum acusador a se ocultar, utilizando-se do anonimato como escudo para obtenção de algum benefício ou vantagem com a condenação ou encarceramento do acusado, sendo certo que a grande maioria delas nem o Juiz nem o membro do Ministério Público poderiam ter conhecimento sem compartilhar da vida íntima do acusado ou da testemunha/vítima.

A menos que se tome a vítima e a testemunha como “o bom selvagem” de Rousseau, há que se considerar uma imensa gama de interesses escusos (e naturalmente humanos) que levariam um indivíduo, de má-fé, a requisitar o anonimato visando prejudicar o acusado, sem que o magistrado e o órgão acusador tenham condições de detectar as razões ou os interesses que o levariam a tal.

Poder-se-ia cogitar das situações hipotéticas mais absurdas, as quais, entretanto, considerando o cotidiano da prática judiciária não são tão improváveis de acontecer.

Atítulo de ilustração podemos trazer a situação de um segundo colocado em um concurso tentando eliminar o primeiro colocado. Ainda coligindo hipóteses, podemos imaginar parentes desejosos da herança, vizinhos com desentendimentos, ex-noiva abandonada no altar, ex-namorado da atual namorada do réu, e uma série de outras situações que na teoria podem parecer improváveis, mas que pululam na vida real e que somente o acusado poderia detectar sua ocorrência.

Foi exatamente pela prolixidade de tais situações que o legislador culminou por estabelecer os tipos penais da denúncia caluniosa e do falso testemunho. E é justamente visando à proteção do cidadão contra essas condutas que o Estado Democrático de Direito estabeleceu a publicidade consectário de seus atos.

Nas palavras de Beccaria: “Quem poderá defender-se da calúnia, quando esta se arma com o escudo mais sólido da tirania: o sigilo?...”³⁸⁷ (...) “Desejar-se-ia salvar o delator da infâmia a que se expõe? Seria, então, confessar que se autorizam as calúnias secretas, mas que se punem as calúnias públicas.”³⁸⁸

387 BONESANA, César (Marqués de Beccaria). *Tratado de los Delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 81.

388 BONESANA, César (Marqués de Beccaria). *Tratado de los Delitos y de las penas*. Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 87.

3.4.2 Situações em que o Anonimato da Vítima Prejudica a Defesa do Réu

Há uma série de situações em que se pode visualizar o prejuízo do réu pelo desconhecimento da identidade do ofendido. Nomeadamente aquelas situações em que a tese defensiva tem relação direta com a vítima (comportamento, qualidade pessoal ou condição), [Ver APENSO A].

Tais situações implicam, defensivamente, em contestar ou afirmar a ocorrência de tais circunstâncias ou presença/ausência de tais qualidades ou condições, dependendo do caso. Para tanto, a defesa necessita saber quem é a pessoa sobre a qual irão projetar tais teses, pois são teses personalíssimas, dirigidas a um indivíduo único, não podendo ser generalizadas.

Diante de tais capitulações ou da possibilidade de desclassificação para elas, o anonimato da vítima obstará a defesa de uma tese defensiva, impedindo de neutralizar total ou parcialmente uma imputação, vulnerando, conseqüentemente, a garantia da ampla defesa.

3.4.3 Situações em que o Anonimato da Testemunha Prejudica a Defesa do Réu

A testemunha é alvo de uma série de restrições e limitações legais (arts. 206 e 207 do CPP), as quais não podem ser excluídas da apreciação e impugnação por parte da defesa. Em razão disso, há uma série de institutos processuais inviabilizados pelo anonimato, como a contradita, a arguição de defeito e a acareação além das teses defensivas que impliquem no descrédito da pessoa da testemunha como indivíduo idôneo a servir como meio de prova em um processo com conseqüências tão drásticas quanto o penal.

Tais institutos processuais são dependentes do conhecimento de quem presta o testemunho para serem sequer cogitados pela defesa. Por conseguinte, o testemunho sob o manto do anonimato levaria a presunção favor rei de que a prova estaria sendo obtida sob violação ao sigilo profissional, ou a qualquer outra vedação legal, pela impossibilidade da acusação comprovar o contrário sem revelar a identidade da testemunha e pela obstaculização à defesa de poder argumentar em tal direção. Assim, o anonimato leva a presumir a ocorrência de uma das situações vedadas ou limitadas pela lei, o que invalidaria completamente o testemunho como prova.

Há ainda as teses defensivas que pela sua natureza em relação aos fatos torna-se indissociável da manipulação da identidade da testemunha, pois são teses personalíssimas.

Consideremos, a título de ilustração, que uma testemunha afirme ter sido testemunha presencial quando na realidade é uma testemunha indireta (ou testemunha “de ouvir dizer” – hearsay testimony), tida como prova de segunda mão, com severas restrições à sua cognição), tentando aumentar a credibilidade de seu testemunho afirmando ter presenciado diretamente os fatos. O acusado pode ter conhecimento dessa condição e ter a possibilidade de comprovar a ausência de tal pessoa no local e momento dos fatos, desacreditando-a como testemunha. Caso tal situação ocorra sob o manto do anonimato, inviabilizará por completo sua impugnação.

Há, ainda, casos em que a testemunha protegida é, na verdade, um informante da polícia, geralmente aliciado nas trincheiras da criminalidade. Sob suposto sigilo, depõe em diversos processos, às vezes contra o mesmo réu. Isso quando a testemunha não revela em Juízo lhe ter sido oferecido, como barganha, o sigilo de seu nome para que viesse prestar depoimento.³⁸⁹

389 DEPINE FILHO, Davi Eduardo. *Para que serve o provimento n. 32/00?* Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p.16-17, jul. 2005.

Guilherme Nucci, ao comentar a verificação da identidade da testemunha no caso de dúvida (art. 205, CPP), afirma que “é possível que o juiz descubra, ao averiguar a identidade real da testemunha, ter ela fornecido dados inverídicos, atribuindo-se identidade falsa, tendo por finalidade não ficar sujeita à contradita”³⁹⁰ Tal fato inclusive pode ocorrer com apresentação de documento materialmente falso, fazendo-se passar por outra pessoa (até mesmo a verdadeira testemunha dos fatos)³⁹¹.

Esse incidente de verificação de identidade não teria razão de ser se o legislador não visse motivos para que uma testemunha falseie quanto a sua identidade. Mostra sim que o ordenamento, desde 1941 busca se precaver em relação a tais ocorrências.

Sem a possibilidade de refutar a testemunha, esta passa a integrar o processo como testemunha plena, e suas as declarações são consignadas como se nenhum vício atingisse a testemunha. Ou seja,

Cria-se, assim, uma fórmula simples para que o depoimento de uma testemunha adquira maior valor probante; basta que esta simplesmente relate ter sido ameaçada ou coagida — nos estritos termos do provimento, sem qualquer comprovação — para que o processo instaurado contra o acusado receba as tarjas vermelhas que identificam a providência adotada, e inverta-se a presunção de inocência. O impacto de tal inversão será danoso nos processos que tramitam no Juízo singular, e será fatal nos feitos julgados pelo Tribunal do Júri, afetando a livre formação do convencimento dos jurados³⁹².

Impende ainda destacar, na lição de Malatesta, que a publicidade do ato “exerce sobre o espírito da testemunha um grande influxo em favor da verdade”, culminando por ser “grande garantia formal contra a possibilidade de enganos”, pois a testemunha “receará sempre no público a presença de alguém que possa estar de posse da verdade, e que possa desmentir-la quando se afaste da verdade”. Consequentemente, “a publicidade do julgamento, em que se produz o depoimento é (...) uma formalidade que reclama, melhor que qualquer outra, o cumprimento do dever moral e jurídico da verdade”³⁹³.

3.4.4 Necessidade do Conhecimento da Identidade

Pelo que já foi apontado, infere-se que não é apenas o conteúdo da prova oral que merece contestação, mas também o continente, o portador da mensagem, sujeito cognoscitivo do fato narrado na denúncia; sua capacidade de percepção, relação com as partes os fatos e eventuais interesses em relação ao acusado e ao resultado do processo, de modo que

não importa apenas o que a testemunha ou outro interveniente diz, mas também quem é, que identidade tem, que relações e que interesses tem, que história tem, que passado tem, que passado se lhe conhece, que futuro se lhe prevê. Só assim, cabal e completamente, se pode analisar o seu depoimento³⁹⁴.

A bem da verdade, na grande maioria das situações o simples conhecimento do nome da testemunha pelo magistrado não lhe confere o conhecimento de “quem” ela é. Conhecer a identidade do depoente não significa conhecer a pessoa do depoente. Se o magistrado contentasse com a identidade fornecida pela testemunha, sem submetê-la ao crivo da publicidade (ainda que somente interna em casos extremos), estaria depositando uma confiança excessiva na

390 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal: apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 465.

391 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional**: Pós-Reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2009, p. 210.

392 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

393 MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed., Lisboa, Portugal: Ed. Livraria Clássica, 1927, p. 383.

394 PATRÍCIO, Rui. Proteção de testemunhas em Processo Penal, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, p.293, apud SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Comarca de São Miguel do Oeste. Sentença de Pronúncia, Autos nº 067.08.000945-6. Magistrado prolator: Marcelo Elias Naschenweng. Decisão publicada em: 07 de Julho de 2008. Disponível em : <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acessada em 14 de janeiro de 2010.

palavra de um indivíduo, que sem qualquer chance de oposição do acusado poderia causar-lhe imenso prejuízo.

O mero conhecimento pelo Juiz ou Ministério Público é insuficiente para determinar a ausência das circunstâncias impeditivas ou restritivas, uma vez que estes não têm como conhecer integralmente as relações do acusado com o depoente. Apontar a eventual presença de tais circunstâncias é ônus (e interesse) da defesa. Não cabe ao Ministério Público ou ao Judiciário garimpar tais informações para aportá-las no processo. Por tal motivo “o acusado tem o direito de saber qual é a prova da acusação, quem é a testemunha que o está acusando e qual o teor dos depoimentos, pois, do contrário, não tem sentido se falar em ampla defesa”³⁹⁵.

Ademais o dever de cientificar o acusado da imputação e das provas que recaem sobre si implicam necessariamente na indicação precisa da fonte dessas provas. Desse modo,

Uma informação completa da atribuição do fato ou imputação exige que seja feita a revelação ('disclosure') das provas que induzam à responsabilidade do agente; e nisso se inclui, também, por exemplo, as indicações relativas à credibilidade de uma testemunha contra o imputado. (...) O dever de revelar os elementos investigativos ou probatórios é uma consequência típica do modelo processual contraditório que se esforça em equilibrar a superioridade e a vantagem investigativa do Ministério Público³⁹⁶.

Ademais, como poderia o magistrado e o Ministério Público atestarem a idoneidade da testemunha sem submetê-la ao crivo da defesa e do público? É uma prova nitidamente não democrática.

Sem o conhecimento da identidade, o defensor “teria dificuldade concreta em discutir com os acusados os assuntos pertinentes à causa, inclusive sobre como os fatos teriam acontecido e se existe algo que pudesse afastar o depoimento das referidas testemunhas protegidas”³⁹⁷, ficando, portanto, impossibilitado de municiar o juiz da causa com as informações pertinentes à correta valoração da prova oral.

Ficam, por conseguinte, inutilizadas as ferramentas defensivas, previstas na legislação processual penal, destinadas a munir o Juízo das informações trazidas pelo réu sobre o depoente, ou seja, a contradita, a arguição de defeitos, e a acareação.

Como pode, na verdade, realizar-se uma contradita a alguém cuja identidade se desconhece? E, mesmo que se não queira chegar tão longe, a tal incidente formal, como se pode, cabal e completamente, colocar em causa, se for caso disso, a sua credibilidade? Como se averigua e testa a sua razão de ciência? E como pode, com eficácia, proceder-se à sua acareação com outro depoente?³⁹⁸

Ou seja, como pode o réu se defender amplamente se não lhe é permitido conhecer seu algoz?

Assim, “quando se fala em respeito ao direito de defesa, significa que a decisão deve se basear em prova válida e refutável, a qual a defesa teve acesso e ‘qualidade de tempo’ para conhecer e refutar.”³⁹⁹

Desse modo, com o anonimato da testemunha/vítima, e conseqüentemente o desconhecimento pelos agentes estatais de sua real condição ou intenção perante a

395 RHEINGANTZ, Eduardo. **O provimento n. 32/00 da CGJ de São Paulo**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 18, jul. 2005.

396 AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84-85.

397 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara. **HC 990.09.091404-1**– Rel. Christiano Kuntz. Voto nº 10.636. Data do julgamento: 25/06/2009 Data de registro: 07/08/2009, p. 3.

398 PATRÍCIO, Rui. **Proteção de testemunhas em Processo Penal**, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Almedina, 2004, p.293, apud SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Comarca de São Miguel do Oeste. Sentença de Pronúncia, **Autos nº 067.08.000945-6**. Magistrado prolator: Marcelo Elias Naschenweng. Decisão publicada em: 07 de Julho de 2008. Disponível em : <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acessada em 14 de janeiro de 2010.

399 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 535.

causa, torna-se praticamente impossível ao magistrado dosar corretamente a credibilidade do depoente, uma vez que ao acusado não foi possível fornecer ao magistrado todas as informações relevantes sobre aquela pessoa.

Logo, percebe-se que “a falta de menção aos nomes das testemunhas pode proporcionar, não só ao réu e à defesa, mas também ao Juízo, intransponível dificuldade na sua valoração e contribuição na elucidação dos fatos”⁴⁰⁰.

Por tais motivos é que, nas palavras de Hélio Tornaghi, “a lei não admite o testis ignotus”⁴⁰¹

A possibilidade de contestar o conteúdo da prova testemunhal, mas não a sua fonte não preenche a garantia da ampla defesa. Meia garantia não é garantia alguma.

Desse modo, “se a Constituição solenemente assegura aos acusados ampla defesa, importa violar essa garantia valer-se o juiz de provas colhidas em procedimento em que o réu não podia usar do direito de defender-se com os meios e recursos inerentes a esse direito”⁴⁰².

Assim, a decisão judicial proferida em decorrência das declarações acobertadas pelo anonimato é viciada, por falta de viabilização à parte de fornecer ao magistrado informação imprescindível ao seu convencimento, e, portanto, nula, pois “somente as provas produzidas (significantes) em face do contraditório é que podem ser levadas em consideração nos debates e também na decisão judicial”⁴⁰³.

O grau de clandestinidade do depoente anônimo é insustentável diante de nosso sistema constitucional, seja pelas garantias dispostas na própria carta magna (Art. 5º caput, e incisos, LIV, LV, LVII, LX; art. 37, caput; e art. 93, IX, CRFB), seja pelas disposições incorporadas pelos pactos internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil (art. 8, II, da CADH e art. 14, III, ‘e’ do PIDCP)⁴⁰⁴

Portanto, o decreto condenatório somente poderá fundamentar-se em atos do debate onde o imputado tenha tido efetiva intervenção⁴⁰⁵. Assim, o depoimento anônimo não pode ser admitido como prova oral, pois “não estaria levando em conta as faculdades de controle da produção da prova durante o Juízo oral que tem o acusado”⁴⁰⁶.

3.4.5 Necessidade de Conhecimento dos demais Dados da Qualificação

Em um primeiro olhar, tende-se a visualizar, pelos argumentos até então apresentados que apenas a identidade do declarante possui valor para a defesa (constituindo, portanto, elemento imprescindível para a ampla defesa), mas que os demais dados da qualificação podem ser perfeitamente ocultados sem prejuízo à defesa.

Entretanto, outros dados da qualificação podem ser igualmente relevantes defensivamente, dependendo da tese adotada pela defesa⁴⁰⁷.

400 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara. **HC 990.09.091404-1**– Rel. Christiano Kuntz. Voto nº 10.636. Data do julgamento: 25/06/2009 Data de registro: 07/08/2009, p. 6.

401 (testemunho desconhecido, obscuro, ignorado) TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 415.

402 Frederico Marques. Tratado de Direito processual penal. Saraiva, 1980, I/104, apud PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

403 MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Testemunha “sem rosto” e o direito ao confronto**. Decisão. Caderno Jurisprudência. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 1258, maio 2009.

404 CAFFERATA NORES, José I. **La prueba em el proceso penal**: con especial referencia a la ley 23.984. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 113.

405 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 165.

406 BECERRA, Nicolas, apud CAFFERATA NORES, José I. **Temas de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Mediterránea, 2001, p.123.

407 DEPINE FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

Tome-se como exemplo uma testemunha que alegue ter presenciado o delito da janela de sua residência. A defesa possui a faculdade de buscar comprovar que de tal local era impossível a visualização do local do delito (conforme apontado em laudo técnico)⁴⁰⁸. Tal estratégia defensiva seria inviabilizada sem a disponibilização da residência da testemunha.

Importante salientar que é a defesa quem escolhe a tese, devendo ser disponibilizada a ela todos os dados concernentes a todas as teses possíveis, não sendo lícito ao legislador ordinário ou ao julgador, sob pena de infringir a garantia da ampla defesa, escolher a tese defensiva ou limitar o conhecimento das informações do processo de acordo com as teses que entendem cabíveis. Frise-se a escolha pertence à defesa, a qual igualmente deverá selecionar as informações que entende serem úteis.

3.4.6 Do Conhecimento da Identidade pelo Advogado e não pelo Acusado

Não se pode tampouco defender a possibilidade de revelar as informações sob sigilo (identidade e demais dados qualificadores) exclusivamente ao defensor, com vedação de repasse ao acusado.

Tal alternativa é impraticável, pois a utilização de tais informações na resposta defensiva depende fatalmente da participação do acusado, pois é ele quem melhor conhece os fatos⁴⁰⁹ e as testemunhas. O advogado apenas toma conhecimento destes pela confiança do próprio acusado que é quem lhe fornece as informações necessárias à consecução da defesa técnica. Portanto, no que diz respeito ao acesso às informações e sua utilização, “não se pode separar a autodefesa da defesa técnica, já que esta estará sendo subsidiada por aquela”⁴¹⁰.

Ademais, não há dever de sigilo do advogado para com seu cliente, muito pelo contrário, “o advogado de defesa que não informar ao acusado o nome da testemunha que contra ele depõe estará sonogando informação essencial e violando, assim, o seu mandato”⁴¹¹. Há, portanto, uma obrigação de informar.

Diante disso, a providência de limitar o acesso exclusivamente ao advogado, esperando dele a sonegação perante o seu cliente apenas faria “com que recaia sobre a pessoa do advogado de defesa eventuais suspeitas, ainda que veladas, caso algo ocorra com a testemunha sigilosa.”⁴¹²

Ainda paira o questionamento: E quando o réu atuar em causa própria, sendo ao mesmo tempo acusado e defensor? Poder-se-ia exigir do personagem esquizofrênico que mantenha sigilo entre suas personalidades?

Assim, o conhecimento pelo defensor implica inexoravelmente em conhecimento pela parte, uma vez que é esta a principal destinatária da dos dados pessoais da vítima/testemunha, e que somente depois de comparados com o conhecimento que o acusado tem sobre eles é que será ao final transformada em informação útil para a defesa.

3.4.7 Do Conflito com as Medidas Previstas em Lei Federal

Não menos importante, merece ser abordado o conflito que o dispositivo regulamentador catarinense causa em face das proteções da legislação federal.

408 Exemplo apontado por: DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

409 AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção européia de direitos humanos)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 26.

410 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

411 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

412 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

Primeiramente, a própria Lei nº 9.807/99 estabelece claramente em seu art. 1º que os programas estaduais de proteção deverão ser “organizados com base nas disposições desta Lei”. Trata-se de Lei Nacional a qual disciplina regras gerais para a matéria. Assim, os eventuais programas estaduais, ou mesmo medidas isoladas tendentes à proteção da vítima ou testemunha ameaçada deverá, inexoravelmente, ater-se aos limites impostos pela Lei nº 9.807/99.

Tomemos por amostra, o art. 2º a Lei nº 9.807/99 que determina expressamente que as medidas de proteção adotadas deverão levar em conta a gravidade da coação ou ameaça da vítima ou da testemunha. Desse modo, fica evidente a necessidade de haver a efetiva ameaça ou coação para justificar a proteção, não bastando o simples temor da testemunha em sofrer represálias.

Portanto, se há fundadas suspeitas de que as testemunhas ou as vítimas estejam sofrendo ameaças, há de se tomar, primeiramente, as medidas previstas na legislação federal, como a instauração de procedimento criminal pelo delito previsto no art. 334 do CP e a decretação da prisão preventiva, em garantia da instrução criminal^{413 414}, tendo em vista que as medidas previstas no Código de Processo Penal e na Legislação federal, em qualquer situação, devem prevalecer sobre medida prevista em regulamento. Somente diante da comprovada ineficácia das medidas previstas naqueles diplomas legais é que se poderia sacar a proteção adotada pelo provimento⁴¹⁵.

Entretanto, paradoxalmente, Eduardo Depiné Filho revela o absurdo da prática cotidiana na aplicação do provimento congênere do Estado de São Paulo, em que “em quase nenhum dos feitos que recebe a aplicação do provimento há, simultaneamente, a determinação de abertura de inquérito policial para a apuração de eventuais delitos de ameaça ou de coação no curso do processo.”⁴¹⁶

Ora, se as suspeitas de que o depoente corre perigo são de fato fundadas, como fica a legitimidade da aplicação do anonimato sem a respectiva apuração dos delitos (ameaça ou coação no curso do processo) que o motivaram?

Ademais, como já mencionado alhures, a adoção das medidas previstas na legislação federal é condicionada pela lei ao ingresso no programa de proteção que se dará após a aprovação de um conselho consultivo, ou seja, há uma rigorosa formalidade para a inserção no referido programa, formalidade esta que visa não apenas garantir que o candidato realmente faz jus a tal proteção (verificando a veracidade e a gravidade das alegações que justifiquem a proteção, bem como a sua importância como fonte probatória) como serve de garantia ao acusado (na medida em que evita a utilização da proteção como subterfúgio), e à lisura do procedimento judicial (no ponto em que confere um maior espectro de controle, socorrendo, em parte, o princípio da publicidade).

Resta contraditório, portanto, que uma medida de cunho complementar possa ser deflagrada por “simples” decisão judicial, em contraste com as medidas preconizadas pela legislação federal, as quais cumprem rigorosa formalidade (garantista) para a sua efetivação. Não há, portanto, que se cogitar medidas ainda mais restritivas aos direitos do acusado sem que tenha sido submetido ao crivo de tal conselho (ainda que criado o respectivo em âmbito estadual).

413 Sobre a prisão cautelar em casos de ameaça à testemunhas ver: STF - HC 95848-RO, HC 98780-SP, HC 97568- SP; STJ - HC 132.260-AC, HC 110.584-MT.

414 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

415 No mesmo sentido: MOTTOLA, Gustavo Santos. **A Lei nº 9.807/99 e o depoimento acobertado pelo anonimato.** Inédito. In. Re: [magis] anonimato das testemunhas no processo crime. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <claudiaribasmarinho@tjsc.jus.br> em 12 nov. 2009.

416 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

3.4.8 Do Possível Efeito Adverso causado à Vítima e à Testemunha

Então, como ponderado anteriormente, se ao fim e ao cabo o defensor deverá ter e terá o acesso à identidade da testemunha/vítima, e igualmente não poderá sonegar tal informação do acusado sob pena de violar as mesmas garantias, ao impedir a correta reação defensiva, estamos diante de uma medida de proteção menos restritiva do que aquela prevista na legislação federal, a qual inclui a alteração de identidade e endereço da testemunha/vítima.

A problemática se agrava ao considerar que em muitos casos a medida preconizada pelo provimento catarinense é aplicada como alternativa excludente às medidas propostas pela legislação federal⁴¹⁷.

Nesse caso, a adoção da medida anonimizadora acaba por deixar o depoente com um falso sentimento de segurança ao confiar piamente que o Estado impedirá de qualquer modo o conhecimento de sua identidade pelo acusado⁴¹⁸. Muitas vezes o depoente sequer possui noção da provisão normativa de se requerer o acesso aos documentos contendo seus dados (§ 3º do art. 2º do Provimento nº 14 CGJ/SC), e da possibilidade de o magistrado deferir-lo ao defensor (e conseqüentemente ao acusado). Tampouco o depoente possui razoável noção da possibilidade de o juiz decretar a inconstitucionalidade do provimento, após o seu arrolamento sob sigilo, e com tal decisão acabar por revelar a identidade do depoente, pegando-o de surpresa.

Independentemente da existência do dever de depor, não é lícito ao Estado abusar da boa fé da testemunha e na qualidade de Estado-Acusação ofertar-lhe o anonimato e quando Estado-Juiz, puxar-lhe o tapete revelando sua identidade, sujeitando o colaborador da persecução a uma verdadeira cilada que pode custar-lhe vida.

Desse modo, a crítica de Depiné Filho ao Provimento nº 32/00 da CGJ de São Paulo, é igualmente aplicável à normativa catarinense, ao afirmar que

O Provimento nº 32/00, contudo, antes de reforçar as medidas da legislação protetiva, inutiliza-a, pois a única medida tomada para a proteção de testemunhas ameaçadas acaba sendo a supressão de seus dados do processo, criando uma falsa aparência de que o problema foi realmente enfrentado e de que a testemunha está verdadeiramente protegida.⁴¹⁹

Por conseguinte, o anonimato como substituição às medidas legais de proteção acaba por se revelar um “o engodo, o Estado não cumpre o que a lei lhe determina e oferece à testemunha amedrontada um placebo, apenas para que esta preste depoimento, acreditando na guarida do ineficaz aparato estatal. Nada mais cruel”⁴²⁰.

3.4.9 Do Propósito Economicista da Medida e o Sacrifício das Garantias para Poupar o Erário

A aplicação do referido provimento, em substituição às medidas previstas na legislação federal, acarreta uma transferência de ônus, do Estado para o acusado, na medida em que evita a aplicação de custosas medidas processuais e extraprocessuais, substituindo-as pela ignorância do acusado das provas que recaem contra si. Isto é, o Estado estaria ‘cumprimentando com o chapéu alheio’.

Trata-se de um atestado de incapacidade do Estado de prover a proteção às vítimas e testemunhas, cujo risco de depor deriva não apenas do fato delituoso, mas principalmente do dever imposto pelo Estado, sobre o qual recai, em decorrência, o dever de proteção de tais

417 Igual situação foi identificada na aplicação do provimento congênere do estado de São Paulo, conforme DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. Para que serve o provimento n. 32/00? Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

418 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. Para que serve o provimento n. 32/00? Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

419 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. Para que serve o provimento n. 32/00? Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

420 DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. Para que serve o provimento n. 32/00? Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

pessoas as quais põe em risco a bem da eficácia da persecução penal.

Não pode o Estado se eximir do dever de proteger a testemunha transferindo o ônus para o acusado, retirando deste garantias, para evitar que sobre si recaiam custosas atividades de proteção às vítimas e testemunhas, pois “quando a política criminal é promovida à custa de redução das garantias individuais, se condena ao fracasso mais retumbante”⁴²¹.

A necessidade de impor barreiras à atividade instrutória é mais evidente no processo criminal, que trata da liberdade do indivíduo. Nesse âmbito, deve existir a preocupação em sacrificar na menor medida possível os direitos fundamentais do acusado, inclusive no desenvolvimento da atividade probatória⁴²².

O fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de persecução criminal.⁴²³

Além disso, a maior parcela dos mecanismos de proteção previstos na legislação federal (segurança permanente, transferência de residência, ajuda financeira, alteração da identidade civil) são medidas extraprocessuais, de competência do Poder Executivo. Tais medidas são exatamente as mais dispendiosas e são igualmente evitadas pela aplicação do anonimato como medida primordial.

Trata-se igualmente de uma transferência de ônus da administração para o juiz, o qual evitaria, com aplicação da medida a inclusão do depoente no oneroso programa de proteção.

Ocorre que “a função específica do Poder Judiciário é solucionar conflitos, tutelando a liberdade jurídica, e não socorrer o Poder Executivo, em suas falhas e omissões”⁴²⁴. A onerosidade das medidas propostas pela legislação federal, ou mesmo as dificuldades operacionais de sua efetivação, não justificam a barganha entre executivo e judiciário – cuja moeda de troca são as garantias do acusado –, na busca por uma sistemática mais econômica e informal.

Percebe-se que o conflito com a legislação federal não é acidental. A medida busca evidentemente furtar-se aos dispendiosos programas de proteção às testemunhas preconizados pela legislação federal adotando uma alternativa mais econômica e menos repleta de formalidades inconvenientes.

O mecanismo do anonimato exsurge mais como uma medida tendente a atender a interesses político-criminais de cariz econômico e utilitarista do que uma real preocupação com a pessoa humana na condição de vítima, testemunha ou acusado.

3.4.10 Dificuldades de Natureza Prática

A par das dificuldades financeiras e técnicas de se manter um programa (extraprocessual) de proteção às vítimas e testemunhas, o Poder Judiciário igualmente encontra dificuldades na aplicação das medidas processuais, sejam as já previstas na legislação específica e processual penal, seja a preconizada no provimento em estudo.

421 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 88914**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14.08.2007. Publicado no DJ 05.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 13 fev. 2010, p. 505-520.

422 CLEMENTE, Aleksandro; MACHADO, André Augusto Mendes Machado. Sigilo e Prova Criminal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 101.

423 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV n° 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe n° 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário n° 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello, p. 53.

424 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Interrogatório à distância**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, Ano 8, n° 93, Agosto 2000, p. 2.

O próprio Poder Judiciário, produtor normativa em estudo, não possui condições técnicas para fazer a oitiva das testemunhas sem que ela seja identificada. Não há equipamentos especiais para tanto. Não há espelho falso, equipamento de embaralhamento de voz, ou qualquer outro dispositivo que permita esconder em audiência a verdadeira identidade do depoente. Em se tratando de cidades pequenas, a testemunha inevitavelmente será reconhecida ao chegar ao fórum, a qualquer hora que seja designado o ato⁴²⁵.

Emergem, portanto, uma série de questionamentos sobre como o referido anonimato será implementado no dia-a-dia da prática forense, tirante as medidas referentes à documentação já previstas na normativa.

Perquirimos então. Quanto ao tramite processual: A testemunha não assina a ata de audiência? A cópia da assentada que fica com a defesa não vai assinada pela testemunha? Como proceder para autenticar o referido documento da presença, concordância e ciência do protegido?

Como lidar com a situação em que a própria defesa também arrola a mesma testemunha que se encontra sob anonimato quando arrolada pela acusação?⁴²⁶ Daria ela depoimentos distintos visando não ser identificada e agradar ambas as partes? Qual desses depoimentos seria reputado válido?

Pergunta-se ainda: Como a testemunha será conduzida ao fórum de forma anônima? Estaria a polícia judiciária preparada para se comprometer com esse ônus? Em princípio, bastaria seguir o carro da polícia que levaria a testemunha em casa para tomar conhecimento de sua identidade e moradia.

Assim, não parece ser possível afirmar que o Poder Judiciário possa assegurar o total anonimato da testemunha, nem tampouco garantir a sua integridade após o depoimento, uma vez que não possui uma sistemática para identificar seguramente se o sigilo foi violado.

Ademais, após as modificações da Lei nº 11.680/08 a qual alterou o procedimento de inquirição de testemunhas, convertendo o antigo sistema presidencialista em um sistema mais consentâneo com o contraditório e a imparcialidade do juiz, as partes deverão fazer perguntas diretamente às testemunhas. O próprio dispositivo determina os casos em que o magistrado poderá indeferir a pergunta realizada, não podendo indeferir em outras hipóteses. Considerando o princípio da legalidade, baseado em qual dispositivo o juiz pretende indeferir perguntas sobre a identidade da testemunha ou sobre elementos que eventualmente levem à sua identificação?

3.4.10.1 Da Utilização do Capuz em Audiência

Uma das medidas cogitadas para efetivar o depoimento anônimo – sem a exclusão do réu da sala ou utilização de dispendiosos equipamentos eletrônicos –, seria a utilização de um capuz no declarante durante a audiência.

Primeiramente, é necessário frisar que a identificação visual é tão importante defensivamente para o acusado quanto o conhecimento do nome do depoente, pois o acusado pode conhecer o protegido, mas desconhecer o seu nome⁴²⁷.

Todavia, a utilização do capuz não apenas impede o conhecimento da identidade do depoente como impede a correta avaliação pelo magistrado das reações do depoente, pois

425 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 465.

426 Trata-se de caso verídico, em que a mesma testemunha havia sido arrolada tanto pela defesa quanto pela acusação, onde, não se tivesse sido indeferida a dita prova testemunhal, pretendia negar a participação do acusado nos fatos quando testemunhasse pela defesa, e afirmar sua culpabilidade quando depusesse – agora sob o manto do anonimato – como testemunha de acusação. Tal situação configuraria inclusive o delito de falso testemunho, não fosse a dita testemunha mãe do próprio acusado, a qual, por força de lei estaria desobrigada de dizer a verdade, em razão da dispensa do dever de depor.

427 MOTTOLA, Gustavo Santos. **A Lei nº 9.807/99 e o depoimento acobertado pelo anonimato**. Inédito. In. Re: [magis] anonimato das testemunhas no processo crime. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <claudiaribasmarinho@tjsc.jus.br> em 12 nov. 2009.

“em viva voz falam também o rosto, os olhos, a coloração, o movimento, o tom de voz, o modo de falar, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras e subministram tantos indícios a favor ou contra do afirmado com elas”⁴²⁸.

Pode parecer, à primeira vista, segundo as reflexões agora indicadas, que as provas pessoais se resolvem somente em narração e, por isso, no depoimento, pelo que entrem exclusivamente no âmbito das provas históricas, mas esta seria uma impressão falaz. Tem, com efeito, um valor de primeira ordem o comportamento da pessoa frente ao juiz ou, em geral, frente aos demais; dele se sacam, não raras as vezes, e até quase sempre, argumentos notáveis e alguma vez decisivos em prol ou contra a verdade de suas declarações; a franqueza, a serenidade, a prontidão, ou melhor, a perplexidade, a dificuldade, a inquietude ao responder são, em geral, para a crítica do depoimento, indícios preciosos.⁴²⁹

Podemos afirmar com Perfecto A. Ibañez e Jeremy Bentham que “o objeto de conhecimento que propicia a imediação está nesses ‘caracteres de verdade tão vivos e tão naturais, relacionados com a fisionomia, com o tom de voz, com a firmeza, com a prontidão, com as emoções de temor, com a simplicidade da inocência, com o embaraço da má fé...”⁴³⁰.

Como podem, o Juiz e demais integrantes da audiência, saberem se a testemunha está dissimulando, rindo, chorando, se está encapuzada? Assim, a ocultação da face do declarante impede a imediação, ou seja, a “integral e direta percepção da prova por parte do juiz”⁴³¹.

Sem considerar ainda o impacto negativo da utilização de tal adereço nas Sessões do Júri, sobre o jurado, pessoa leiga no conhecimento das leis, e impressionáveis por conta da representação daquela figura encapuzada, por alegação de ameaça ou coação.

428 PAGANO, F., apud IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre El valor de La intermediación (una aproximación crítica). In: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal: Leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165.

429 CARNELUTTI, Francesco. Das provas no processo Penal. Capminas: Impactus, 2005, p. 65-66, apud SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Comarca de São Miguel do Oeste. Sentença de Pronúncia, **Autos nº 067.08.000945-6**. Magistrado prolator: Marcelo Elias Naschenweng. Decisão publicada em: 07 de Julho de 2008. Disponível em : <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acessada em 14 de janeiro de 2010.

430 BENTHAM., apud IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre El valor de La intermediación (una aproximación crítica). In: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal: Leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165.

431 SILVA MELERO, V., apud IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre El valor de La intermediación (una aproximación crítica). In: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal: Leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 165.

Conclusão

O anonimato, à primeira vista, parece ser uma excelente alternativa para a proteção das vítimas e testemunhas. Entretanto, um olhar mais atento evidencia que os efeitos nefastos dessa medida nas garantias defensivas do acusado não justificam a adoção. Ainda que louvável o espírito da medida, a forma adotada para efetivar a proteção do produtor da prova oral, fere uma série de garantias constitucionais do acusado.

O acesso às informações referentes à identidade e dados pessoais do depoente (seja ele vítima ou testemunha) é direito subjetivo do acusado, amparado pelas garantias constitucionais que protegem as faculdades de controle da produção da prova que detém o acusado.

Assim, o anonimato viola o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a publicidade, ao limitar informações essenciais à resposta defensiva do acusado. Fere ainda o postulado da isonomia, ao adotar uma medida unilateral, cujo benefício aponta exclusivamente ao órgão acusatório, já inflado de prerrogativas diante do acusado, sem que haja uma contrapartida a gerar o devido equilíbrio.

Além do mais, o sigilo de uma prova estabelece ao acusado um ônus, sendo, portanto, por via transversa, uma sanção estatal (pela ameaça) ao acusado, afastando a presunção de inocência (e considerando-o previamente culpado de ameaçar integridade do depoente), sem que lhe tenha sido garantido o devido processo legal.

Não pode o Estado se eximir do dever de proteger a testemunha transferindo o ônus para o acusado, retirando deste garantias para evitar que sobre si recaiam custosas atividades de proteção à testemunha. O direito da vítima/testemunha foi violado quando o Estado lhe impingiu um dever de alto risco sem prover-lhe os meios necessários à sua segurança.

Por ser, o acesso a tais informações direito subjetivo do réu, é igualmente inconstitucional a exigência de requerimento por parte da defesa para acesso a tais informações, pois não há amparo constitucional para eventual negativa.

Como constatado na pesquisa, a pessoa do depoente também integra a prova. Assim, ao acobertar o depoente com o anonimato, o Estado estaria criando uma prova camuflada, a qual, por sua natureza violadora dos mecanismos de controle de prova inerentes à ampla defesa, constitui-se em uma pseudoprova, eivada de vício insanável, sendo, portanto absolutamente nula, não possuindo qualquer validade probatória no processo penal.

Assim, o Provimento nº 05/10 da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acaba por constituir-se em uma norma cuja aplicação acarreta graves lesões a direitos individuais constitucionalmente protegidos, colidindo frontalmente com o modelo processual penal de um Estado Democrático de Direito, não sendo, por conseguinte uma norma adequada a figurar em nosso ordenamento jurídico.

Complementarmente, a normativa entra em conflito direto com a sistemática adotada pela legislação federal, à qual eventuais programas federais deverão se subordinar. O provimento reduz formalidades previstas na Lei nº 9.807/99 para a inclusão de vítima ou testemunha que se sinta ameaçada no programa de proteção, e conseqüente adoção das medidas ali previstas. Ademais, o provimento não exige o esgotamento de tais medidas para a sua aplicação, não garante (nem subordina o anonimato) a apuração da infração penal que a motivou.

Claro que a proteção prevista em lei federal possui falhas, principalmente por considerar a proteção durante o processo ou por um curto tempo após. A proteção deve ir mais além, pois a vítima/testemunha não está pensando no processo, mas o que acontecerá com ela após o seu depoimento. Por mais tempo que fique preso provisoriamente por garantia da instrução criminal, ao ser solto, o acusado voltaria a ser uma ameaça à segurança daquele que depôs

contra ele, não como prevenção à incriminação, mas como retaliação, algo aparentemente não previsto na legislação federal.

De outra feita, a norma do Judiciário catarinense acaba por constituir-se em uma armadilha para o depoente, caso seja utilizado como alternativa excludente às medidas previstas pela legislação federal, pois a possibilidade do deferimento de acesso à defesa ou até mesmo a possibilidade de declaração incidental de inconstitucionalidade da referida norma acaba por colocar o depoente em uma situação de risco com a qual este não contava. O dever de depor não justifica a surpresa e a quebra de confiança no Estado.

Desse modo, entendemos que a declaração de inconstitucionalidade deve, em tutela à boa fé da testemunha, ser realizada no recebimento da denúncia, excluindo in totum seu testemunho, ou submetendo-a às medidas previstas na legislação federal nos moldes ali preconizados.

Nesse ponto ainda paira a questão: caso o acusado seja inocentado, poderá então ter acesso aos dados sigilosos, já que sobre ele não paira mais a condição de réu, mas a de interessado em obter a condenação civil e criminal daqueles que lhe caluniaram? Nesse caso seria justificável a manutenção do sigilo? Tais situações evidentemente colocam em dúvida a eficácia da medida, a qual restaria, não apenas inerte, mas agravaria a situação do depoente, caso a acusação não logre reunir provas suficientes para uma condenação.

Por fim, o mencionado anonimato, de caráter absoluto, esbarra em óbices de ordem prática em face dos complexos mecanismos de proteção, em tese, inadequados ao funcionamento do Judiciário, acabando por ser uma alternativa ofertada ao depoente sem que o judiciário possa garantir a sua efetividade.

Assim, além da sua flagrante incompatibilidade com a Constituição da República e com as leis infraconstitucionais, o provimento acaba por revelar-se um retrocesso na proteção às vítimas e testemunhas.

Referências

ALBERTON, Genacéia da S. Prazo para interrogatório face à ampla defesa e ao contraditório. In: TOVO Cláudio Paulo (org.). **Estudos de direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo. Saraiva, 1937.

_____. **Processo penal, ação e jurisdição**. São Paulo: RT, 1975.

AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu**: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. **Derecho penal y el estado de derecho**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

_____. **Princípios constitucionales de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 1999.

BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**: comentários. Ed. Fac Similar, de 1902. Brasília: Senado Federal, 1992.

BARROS, Antonio Milton. **Processo penal segundo o sistema acusatório**. São Paulo: LED. Editora de Direito, 2000.

BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONESANA, César (Marqués de Beccaria). **Tratado de los Delitos y de las penas**. Buenos Aires: Heliasta, 1993.

BRASIL, Tribunal Regional Federal. Primeira Turma Especializada. **RHC-223-RJ**. Rel. Des. Abel Gomes. Decisão: 30.05.2007, Publicado no DJU:15.06.2007.

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

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 de novembro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 21 set. 2009.

_____. **Lei nº 9.807**, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, (...). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9807.htm>>. Acesso em: 23 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1.511-MC**, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16.10.96, Publicado no DJ de 6.6.03. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 13 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 83.255**. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 5.11.03, Publicado no DJ de 12.3.04. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 16 jan. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **PSV 1-6** (Proposta de Súmula Vinculante que resultou na SV nº 14). Relator: Min. Menezes Direito. Julgado em: 02-02-2009. Publicado em: DJe nº 59 Divulgação 26/03/2009 Publicação 27/03/2009 Ementário nº 2354. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 22 ago. 2009, voto do Ministro Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **AI 529733**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17.10.2006. Publicado no DJ 01.12.2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 11 fev. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 88914**, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14.08.2007. Publicado no DJ 05.10.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 13 fev. 2010.

CAFFERATA NORES, José I. **Introducción al derecho procesal penal**. Marcos Lemer Editora Córdoba, 1994.

CAFFERATA NORES, José I. **La prueba em el proceso penal**: con especial referencia a la ley 23.984. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

_____. **Proceso Penal y Derechos Humanos**. Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2000.

_____. **Temas de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Mediterránea, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires, Librería el Foro, 1960.

CAROCCA PÉREZ, Alex. **El nuevo sistema procesal penal**. Chile, Lexis Nexis, 3ª ed., 2005.

CARVALHO, A. B. de. Nós, Juízes, Inquisidores (ou da não-presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (org.). **Direito penal e processual penal**: urna visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**. 5. ed. reescrita e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. T. I. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998.

_____. **Derecho Procesal Penal**. T. II. Buenos Aires. Ed. Rubinzal Culzoni, 1998.

CLEMENTE, Aleksandro; MACHADO, André Augusto Mendes Machado. Sigilo e Prova Criminal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COUTINHO, J. N. M. . **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, Curitiba, v. 28, p. 109-138, 1999.

DEPINÉ FILHO, Davi Eduardo. **Para que serve o provimento n. 32/00?**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 16-17, jul. 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

EDWARDS, Carlos Henrique. **Garantias Constitucionales en Materia Penal**. Buenos Aires: Astrea, 1996.

ELLERO, Pietro. **De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal**. 1. Ed. Argentina. Buenos Aires: El Foro, 1994.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro anotado: Vol 1 - comentários aos arts. 1-62**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Vol 3. 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2. ed. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FAIREN Guillén, Víctor. **Teoría general del derecho procesal**, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

FENECH, Miguel, **Derecho Procesal Penal**. Vol. I, 2ª. ed., Barcelona: Editorial Labor, S. A., 1952.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi: **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Vol I. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Estado de direito e constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história das violências nas prisões**. 14ªed. Petrópolis: Vozes, 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

_____. Prefácio. MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 2.º Volume. 11.ª Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy** – norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva. Tradução de Patrícia S.Ziffer, Buenos Aires, Ad-hoc, 1998.
- HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**, Tomo I, 1ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- IAMAGURO, Roberto Noboru. **Do sigilo do inquérito policial (art. 20 do CPP) e o princípio da dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º da CF/1988)**. Disponível em <<http://www.advnooru.com.br/artigos.php>>, Acessado em: 05.02.2010.
- IBAÑEZ, Perfecto Andrés. Sobre El valor de La intermediación (una aproximación crítica). In: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal: Leituras constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- JIMÉNEZ de Asúa, Luis. **La ley y el delito: principios de derecho penal**. 4ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005.
- KEHDI, Andre Pires de Andrade. Sigilo da Ação Penal. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo, Perspectiva, 1987.
- LEVENE, RICARDO (H). **Manual de Derecho Procesal Penal**. Tomo I. 2 Ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.
- LIMA, Marcellus Polastri. Comentários sob a perspectiva brasileira referente ao capítulo I. In: AMBOS, Kai. **Processo Penal Europeu: preservação das garantias e direitos individuais (princípios processuais e análise da convenção europeia de direitos humanos)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. **O Promotor de justiça e os direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 1999.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed., Lisboa, Portugal: Ed. Livraria Clássica, 1927.
- MARINHO, Dórian Ribas. **Direitos Humanos: transversalidade e interdisciplinaridade na educação à distância**. Dissertação de mestrado. UDESC, 2003.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol I. 2Ed. Campinas: Millenium, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal em el Estado social e democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.
- _____. **Introducción a las bases del derecho penal**. Colección Maestros del Derecho Penal. nº 5. 2ª ed. B de F. Buenos Aires. 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado de la prueba em matéria criminal**. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1857.

MORAES, Maurício Zanoide. **Motivação dos atos judiciais e da publicidade**. In: FRANCO, Alberto Silva; Stoco, Rui (Coord.). Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial. Vol 1. 2.ed São Paulo: RT, 2005.

_____. Publicidade e proporcionalidade na persecução penal brasileira. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Testemunha “sem rosto” e o direito ao confronto**. Decisão. Caderno Jurisprudência. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 17, n. 198, p. 1258, maio 2009.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Direito ao devido processo legal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3504>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

MOTTOLA, Gustavo Santos. **A Lei nº 9.807/99 e o depoimento acobertado pelo anonimato**. Inédito. In. Re: [magis] anonimato das testemunhas no processo crime. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <claudiaribasmarinho@tjsc.jus.br> em 12 nov. 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. **Curso completo de processo penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. 1995.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, volume 4: parte especial. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____; ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. / atualizada. São Paulo: 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Organização das Nações Unidas. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Ratificada pelo Decreto Legislativo nº. 348, de 18 de maio de 2005 (DOU. 19 Maio 2005,núm. 348), e promulgada pelo Decreto Presidencial nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (DOU. 01 de Fevereiro de 2006). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 17.01.2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4.^a edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001.

RHEINGANTZ, Eduardo. **O provimento n. 32/00 da CGJ de São Paulo**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 18, jul. 2005.

ROSA, Borges da. **Processo Penal Brasileiro**. Vol 2. Porto Alegre: Oficina Gráfica da Livraria do Globo-Barcellos, Bertaso & Cia., Ed. 1942.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Comarca de São Miguel do Oeste. Sentença de Pronúncia, **Autos nº 067.08.000945-6**. Magistrado prolator: Marcelo Elias Naschenweng. Decisão publicada em: 07 de Julho de 2008. Disponível em : <<http://www.tj.sc.jus.br>>. Acessada em 14 de janeiro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento nº 14/03**. Estabelece medidas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal. Assinado em Florianópolis, 06 de outubro de 2003, Publicado no Diário de Justiça, Ed. nº 11.302, em: 21.10.2003.

_____. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral de Justiça. **Provimento nº 05/10**. Inclui seção no Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça que trata de medidas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal.. Assinado em Florianópolis, 05 de março de 2010, Publicado no Diário de Justiça, Ed. nº 879, em: 10.3.2010, republicado por incorreção no Diário de Justiça, Ed. nº 896, em: 7.4.2010.

SANTOS, Marino Barbero. **Estado constitucional de derecho y sistema penal**. In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.). Direito criminal. (Coleção Jus Aeternum) Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 7^a Câmara. **HC 990.09.091404-1**– Rel. Christiano Kuntz. Voto nº 10.636. Data do julgamento: 25/06/2009 Data de registro: 07/08/2009.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. **Considerações atuais sobre o devido processo legal**. Disponível em: <<http://www.scarparo.adv.br/artigos/dpl.pdf>>, acessado em: 04.12.2009.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **Sigilo interno e externo na investigação criminal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 177, p. 12, ago. 2007.

SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. Segredo de Estado e direitos fundamentais. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; LEITE, Rosimeire Ventura. **Sigilo no processo criminal e o interesse público**. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de Moraes (Org.). **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. 4. ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2001.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. Vol 1. 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**, Editora Saraiva, 11ª Edição, São Paulo, Ano 2009.

_____. **Processo penal**. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Processo penal**. Vol 1. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

VAZQUEZ ROSSI, Jorge. **Derecho Procesal Penal**. Tomo I. Conceptos Generales. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

Anexos

ANEXO A – Provimento nº 05/10 da CGJ/SC

ESTADO DE SANTA CATARINA

PODER JUDICIÁRIO

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA

PROVIMENTO N. 05, DE 5 DE MARÇO DE 2010.

Inclui seção no Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça que trata de medidas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal.

O CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, no uso de suas atribuições e considerando:

os termos do Provimento n. 14/2003 que disciplinou a aplicação de medidas de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas por colaborarem com investigação e instrução criminal;

a necessidade de aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção recomendados no referido provimento;

a importância de incorporar as regras ao Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça;

a decisão proferida nos autos CGJ n. 0239/2003,

RESOLVE:

Art. 1º Incluir no Capítulo X - “Procedimentos Relativos ao Âmbito Penal”, na Segunda Parte - “Foro Judicial” do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, a seção XI - “Medidas de Proteção a Vítimas e Testemunhas”, com a seguinte redação:

Seção XI - Medidas de Proteção a Vítimas e Testemunhas

Art. 360-D. O juiz de direito e o delegado de polícia, no âmbito de suas competências, estão autorizados a proceder de acordo com o disposto nesta seção, nos casos em que vítima ou testemunha reclame de coação ou grave ameaça em decorrência da colaboração a ser prestada durante investigação policial ou instrução criminal.

Art. 360-E. Os dados pessoais da vítima e/ou da testemunha deverão ser anotados em documentos distintos dos de seus depoimentos e depositados em pasta própria, sob a guarda do escrivão de polícia ou chefe de cartório, no âmbito de suas atribuições.

§ 1º Os documentos deverão ser remetidos, com o devido destaque de seu caráter sigiloso (carimbo, etiqueta ou anotação), pela autoridade policial, ao juiz competente, após a conclusão do inquérito policial.

§ 2º Aportando na distribuição feitos com essas características, deverá o distribuidor comunicar o chefe de cartório, que fará conclusão imediata dos autos ao juiz, para análise da adequação da medida.

§ 3º O pedido de acesso a tais documentos deverá ser formulado ao delegado de polícia ou ao juiz condutor do feito, no âmbito da esfera de suas atribuições, que decidirá a respeito.

§ 4º É proibida a cópia ou reprodução dos documentos supramencionados.

§ 5º As pastas deverão ser abertas e encerradas pelo chefe de cartório, com no máximo duzentas folhas, devidamente numeradas e rubricadas. Após o termo de encerramento, deverão ser lacradas e arquivadas, ressalvadas as regras contidas nos artigos 122 a 138 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, que se referem à eliminação de autos e documentos.

Art. 360-F. Os processos de que trata esta seção deverão conter identificadores da pasta onde se encontram depositados os dados reservados.

Art. 360-G. O mandado de intimação da pessoa que estiver sob o amparo deste ato normativo será elaborado em separado, para que os demais convocados a prestar depoimento não tenham acesso às informações protegidas.

Parágrafo único. Após o cumprimento do mandado, o oficial de justiça deverá juntar aos autos somente a certidão do ato, sem endereços, entregando o original do mandado cumprido ao chefe de cartório, que o arquivará na pasta, juntamente com os dados pessoais da vítima e/ou testemunha.

Art. 360-H. As anotações dos dados das pessoas que estiverem sob o amparo deste ato administrativo no SAJ/PG deverão ser efetuadas de acordo com as regras referentes ao segredo de justiça.

Art. 360-I. O defensor ou o assistente de acusação que requeira acesso aos dados sigilosos da vítima ou testemunhas, deve fazê-lo de modo a não identificá-las, e assinará termo de compromisso judicial, comprometendo-se a não divulgar os dados a que tiver acesso, sob pena de infração disciplinar e criminal.

Parágrafo único. O representante do Ministério Público poderá requerer o acesso aos dados da testemunha/vítima protegida, independentemente de compromisso, quando não tiver a posse dessas informações.

Art. 360-J. Devem ser observados os seguintes procedimentos complementares na condução dos atos em feitos que tenham vítimas ou testemunhas protegidas:

a) o nome, a qualificação e o endereço não devem ser lançados nos termos de seu depoimento, devendo constar de pasta própria, autuada em separado, mantida no cartório com sigilo, sob responsabilidade do chefe de cartório;

b) na capa do feito deve ser aposta tarja que identifique tratar-se de processo em que há vítima ou testemunha sob proteção, com sigilo de seus dados e endereços;

c) os autos, as peças e os documentos (Inquérito Policial, Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Apreensão e Boletins de Ocorrências, Carta Precatória, Denúncia, etc.) que fizerem referência à pessoa protegida por sigilo serão entregues na distribuição para registro no SAJ/PG;

d) o distribuidor, antes de remetê-los ao cartório, deverá verificar se estão acompanhados do envelope lacrado, fazendo referência aos documentos protegidos e a sua origem: “Protegido por Sigilo - Art. 360-D e seguintes do CNCGJ”;

e) o envelope será depositado em pasta própria (anotar o número dos autos no SAJ/PG), informando-se nos autos a sua localização;

f) as pessoas protegidas por sigilo devem ser cadastradas no SAJ/PG (menu Andamento/ Testemunhas do Processo), da seguinte forma:

“Pessoa Protegida por Sigilo 1”, acrescentando tantos cadastros quantos forem necessários à sua individualização, observando-se a sequência numérica;

g) o mandado de intimação será emitido para uma única pessoa, em três vias (uma para o processo, uma para distribuição na central de mandados e outra para contrafé), devendo o chefe de cartório atentar para a correta indicação da zona a que o endereço estiver vinculado;

h) recomenda-se que o juiz indique o oficial de justiça que deverá cumprir este tipo de mandado, independentemente da zona a que estiver vinculado.

i) distribuído mandado com essa particularidade, o oficial de justiça deverá receber a carga normalmente, diligenciando com o chefe de cartório a obtenção dos dados de qualificação e endereço da pessoa a ser intimada, que constarão da via da contrafé;

j) cumprido o ato e devidamente certificado (preservado o sigilo), o oficial de justiça devolverá apenas a certidão ao setor responsável para a baixa do mandado. A via do mandado contendo a assinatura do intimando deverá ser entregue diretamente ao chefe de cartório, que a manterá na pasta correspondente;

k) a audiência para ouvir a vítima ou testemunha protegida deve ser designada em dia e hora diversa da audiência das demais testemunhas e processos, sem que ocorra violação ao art. 400 do CPP;

l) deve ser proibida a entrada de terceiros na sala de audiências, com supedâneo no § 1º do art. 792 do CPP;

m) o depoente deve usar vestes que não o identifiquem, podendo ser colocada divisória (ou anteparo semelhante, como, v.g., cabine) na sala de audiência, para impedir que defensor e réu visualizem o depoente;

n) é possível tomar o depoimento por meio da captação de áudio do depoente, que permanece em sala isolada, permitida a utilização de equipamentos que distorçam a voz do depoente, desde que disponíveis na unidade jurisdicional;

o) ao final da audiência, o juiz deverá tomar medida que evite o encontro da testemunha ou vítima protegida com o réu, sem ofender a liberdade deste - caso não esteja preso -; podendo, por exemplo, determinar que ele permaneça na sala de audiência aguardando a saída da pessoa sob proteção, e que o depoente saia com o rosto coberto, com escolta policial;

p) também poderá o juiz, com antecedência, comunicar a realização do ato ao juiz diretor do foro, para que este adote providências cabíveis no sentido de garantir a segurança e a integridade física do depoente/vítima (CPP, art. 794). Para tanto deverá, obrigatoriamente, haver controle do acesso ao andar/setor onde será realizada a audiência.

Art. 2º Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação no Diário da Justiça do Estado, revogadas as disposições contrárias.

Solon D’Eça Neves

* Republicado por incorreção.

Apensos

APENSO A – Teses defensivas relativas à vítima

Arrolamos aqui, a título de exemplificação, ocorrências do Código Penal em que um comportamento, condição ou qualidade pessoal da vítima implique em uma tese defensiva diretamente ligada à pessoa do ofendido. Note-se que há ainda uma série de situações semelhantes na legislação extravagante e na legislação processual.

- 1) escusas absolutórias (art. 181 do Código Penal);
- 2) exceção da verdade (138, § 3º, art. 139, parágrafo único do CP);
- 3) privilegiadoras, atenuantes ou causas de diminuição ou dosagem de pena pelo comportamento da vítima (ato injusto da vítima, art. 65, III, “c” do Código Penal; injusta provocação da vítima, art. 121, § 1º e 129, § 4º, CP; comportamento da vítima, art. 59, CP);
- 4) qualificadoras, agravantes ou causa de aumento de pena pela qualidade ou condição pessoal da vítima:
 - a. criança ou adolescente (art. 122, parágrafo único, II, art. 126, parágrafo único, art. 148, § 1º, IV, art. 203, §2º, art. 207, § 2º, art. 213, § 1º, art. 216-A, § 2º, art. 217-A, art. 227, § 1º, art. 230, § 1º, art. 231, § 2º, I, art. 231-A, § 2º, I, CP);
 - b. idoso (art. 133, §3º III, art. 141, § 4º, art. 148, § 1º, I, art. 203, §2º, art. 207, § 2º, CP);
 - c. gestante (129, §§ 1º, IV, e 2º, V, art. 203, §2º, art. 207, § 2º, CP);
 - d. indígena (art. 203, §2º, art. 207, § 2º, CP);
 - e. enfermo ou deficiente (art. 126, parágrafo único, art. 129, § 11, art. 203, §2º, art. 207, § 2º, art. 231, § 2º, II, art. 231-A, § 2º, II, CP);
 - f. outra qualidade especial (i.e. presidente da república, chefe de governo estrangeiro, funcionário público, art. 141, I e II, CP);
- 5) qualificadoras, agravantes ou causas de aumento de pena pela relação da vítima com o autor (art. 129, § 9º, art. 133, §3º II, art. 148, § 1º, I, art. 226, II, art. 227, § 1º, art. 228, § 1º, art. 230, § 1º, art. 231, § 2º, III, art. 231-A, § 2º, III, CP);
- 6) qualificadoras, agravantes ou causas de aumento de pena pelo vínculo jurídico da vítima com o objeto material do delito (se a vítima está em serviço de transporte de valores, art. 157, § 2º. III, CP);
- 7) qualificadora pelo resultado em relação à vítima (prejuízo considerável para a vítima, art. 163, parágrafo único, IV, se do crime resultar gravidez, art. 234-A, III, CP);
- 8) que o próprio fato típico dependa de um:
 - a. comportamento da vítima (i. e. ausência de consentimento da gestante, art. 125, sem autorização expressa do autor, etc., art. 184, §§ 1º e 2º, CP);
 - b. qualidade da vítima – sujeito passivo próprio – (menor, alienado ou débil mental, art. 173; adquirente ou consumidor, art. 175, §1º; inferior hierárquico, art. 216-A, menor de 14 anos, art. 218 e art. 218-A, cônjuge, filho menor ou ascendente inválido, art. 244, filho em idade escolar, art. 246, menor de 18 anos, arts. 247 e 248, CP);

c. condição pessoal da vítima (pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, arts. 133, 136 e 247, criança abandonada ou extraviada, ou pessoa inválida ou ferida, art. 135, inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental, art. 174; por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento, art.217-A, CP);

d. vínculo jurídico da vítima com o objeto material do delito (i.e. proprietário ou possuidor, nos casos de crimes contra o patrimônio).

9) legitimidade para a propositura da ação penal (menor de 18 anos ou vulnerável, art. 225, furto de coisa comum, art. 156, CP);

Autora

Claudia Ribas Marinho



Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI
Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC
Juíza de Direito no Estado de Santa Catarina

Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR

Conselho Técnico-Científico

Des. José Antônio Torres Marques
Des. Luiz César Medeiros
Des. Nelson Juliano Schaefer Martins
Des. Pedro Manoel Abreu
Des. Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço
Juiz Alexandre Morais da Rosa
Juiz Marcelo Carlin

Conselho Editorial

Des. Luiz César Medeiros
Des. Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço
Juiz Alexandre Morais da Rosa
Juíza Ana Cristina Borba Alves
Juíza Brigitte Remor de Souza May
Juiz Dinart Francisco Machado
Juiz Hélio do Valle Pereira
Juiz Marcelo Carlin
Juiz Romano José Enzweiler

Tribunal de Justiça de Santa Catarina



Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR
Avenida Prefeito Osmar Cunha, 91
88.015-100 Centro, Florianópolis/SC
Fone: (48) 3287-2801
academia@tjsc.jus.br | www.tjsc.jus.br/academia

Créditos

Organização

Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR
Academia Judicial - CEJUR
Claudia Ribas Marinho

Parceiros

Divisão de Artes Gráficas - DIE
Diretoria de Tecnologia da Informação

Apoio

Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC

Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC

Projeto Editorial, Capa e Desenvolvimento do ePub:

Divisão de Artes Gráficas - DIE



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
de Santa Catarina

Tribunal de Justiça de Santa Catarina
Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208
88020-901 Centro, Florianópolis/SC
Fone: (48) 3287-1000 | Fax: (48) 3287-1967
tjcenai@tjsc.jus.br | www.tjsc.jus.br

Ficha Catalográfica

Marinho, Claudia Ribas

O anonimato das vítimas e testemunhas ameaçadas e a proteção às garantias do acusado: uma análise crítica do Provimento nº 5/10 da CGJ/SC / Claudia Ribas Marinho – Documento eletrônico. – Florianópolis : Academia Judicial, Centro de Estudos Jurídicos, 2014.

ISBN: 978-85-66149-13-5