



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESTEMUNHA OCULTA EM UMA ANÁLISE DE
DIREITO COMPARADO: BRASIL, ESPANHA E PORTUGAL

Pedro Fernandes Melo

Brasília
2016

Pedro Fernandes Melo

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESTEMUNHA OCULTA EM UMA ANÁLISE DE
DIREITO COMPARADO: BRASIL, ESPANHA E PORTUGAL

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientadora: Beatriz Vargas Ramos Gonçalves
de Rezende

Brasília
2016

Folha de aprovação

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESTEMUNHA OCULTA EM UMA ANÁLISE DE
DIREITO COMPARADO: BRASIL, ESPANHA E PORTUGAL

Pedro Fernandes Melo

Matrícula:11/0038614

Brasília, 6 de julho de 2016

Banca examinadora:

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende (UnB)

Orientador

Prof. MSc. Marcelo Turbay Freiria (UnB)

Membro 1

Mestranda Gisela Aguiar Wanderley (UnB)

Membro 2

Prof. MSc. Rafael de Deus Garcia (UnB)

Suplente

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelas infinitas bênçãos concedidas.

Agradeço ao meu pai José Gilberto, por ser um exemplo sempre a ser seguido, pela dedicação extraordinária despendida na minha criação e dos meus irmãos. Agradeço pelos valiosos conselhos dos quais nunca abri mão e que já mais esquecerei.

Agradeço à minha mãe, Lourdes, que sempre fez das coisas mais simples as mais extraordinárias, pela paciência e carinho dedicados, por ser uma mãe incondicional.

Agradeço à minha esposa, querida Débora, pela infinita paciência ao longo desses anos, compreensão, cumplicidade, fidelidade. Agradeço pela confiança depositada, mesmo quando nem mesmo eu merecia. Agradeço por me fazer sempre uma pessoa melhor.

Agradeço à minha orientadora, Professora Beatriz, pela confiança e paciência, pelas ideias dadas para elaboração do trabalho, pela disponibilidade de seu tempo, pelas excelentes conversas que tivemos não apenas acerca do tema abordado na monografia, mas também sobre outros diversos.

Agradeço ao Professor Evandro não só pelas contribuições dadas para elaboração da monografia, mas também pelo excelente senso crítico na abordagem das matérias ministradas por ele, fazendo com que nós fiquemos incomodados com a inércia das coisas.

A justiça pode irritar-se porque é precária. A verdade não se impacienta, porque é eterna.

Rui Barbosa.

Resumo

O objetivo do trabalho é apresentar a todos os leitores a Lei nº 9.087/99, (implementou o Programa de Proteção à Testemunha no Brasil) e o PROVITA-DF (Programa de Proteção às Vítimas e as Testemunhas ameaçadas no âmbito do Distrito Federal). Apresentar um debate acerca da possibilidade da admissão da “testemunha oculta” no ordenamento jurídico brasileiro, pois assim estaríamos admitindo que o acusado não teria a possibilidade de identificação da testemunha arrolada pela acusação e que por consequência produzirá provas contra ele. Dessa a prova produzida contra o acusado é inconstitucional, uma vez que é obtida de forma a não se respeitar os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da publicidade dos atos do processo. Ao final, apresentarei também um estudo comparado entre os institutos legais de proteção à testemunha brasileira, espanhol e português, que também possuem Programa de proteção à testemunha em que se admite a sua auscultação.

Palavras-chave: Lei de proteção à testemunha. Testemunha oculta. Contraditório. Ampla Defesa. Publicidade dos atos do processo. Inconstitucionalidade.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1 A LEI Nº 9.087/1999 E O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO A VÍTIMAS E TESTEMUNHAS.....	11
1.1 Diferença conceitual entre vítima e testemunha.....	11
1.2 A Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas).....	14
1.2.1 Surgimento da Lei nº 9.807/99.....	15
1.2.2 Mecanismos de proteção	16
1.3 PROVITA – DF	19
1.3.1 Acesso ao Programa no Distrito Federal	20
2 TESTEMUNHA OCULTA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	22
2.1 Princípio constitucional da ampla defesa	23
2.2 Princípio constitucional do contraditório	25
2.3 Princípio constitucional da publicidade	31
3 A TESTEMUNHA OCULTA NO DIREITO COMPARADO.....	35
3.1 Espanha	36
3.2 Portugal	41
3.3 Comparação entre os dispositivos legais de proteção à testemunha.....	46
3.3 Testemunha oculta <i>versus</i> direitos do acusado.....	48
4 CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO¹

A escolha do presente trabalho se deu em razão do exercício do meu cargo de técnico judiciário no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, atuando como secretário de audiências em processos criminais, ao perceber o dissabor das testemunhas por serem obrigadas a prestar depoimento nos processos criminais em que foram arroladas, seja pela acusação, seja pela defesa.

Pude perceber que a maior parte delas tentava se esquivar da obrigação do depoimento em juízo e por vezes manifestava abertamente a possibilidade de não prestar depoimento.

Ao constatarem a coercibilidade do testemunho, em muitos casos elas mudavam a versão dos fatos apresentados perante a autoridade policial, negando as declarações prestadas ou negando que os fatos narrados teriam ocorrido.

Por isso me ative a importância do Programa de Proteção à Testemunha no Brasil, pois a implementação de programas que garantissem a integridade física e psíquica delas garantiria um depoimento mais tranquilo, uma vez que elas poderiam revelar o que sabiam acerca dos fatos imputados ao acusado sem o ressentimento de sofrerem represálias futuramente.

Observei que, apesar de implementada a Lei de Proteção à Testemunha no Brasil, ela teve como principal objetivo o combate ao crime organizado. Porém o Estado Brasileiro assim como vários outros países com a fundamentação de combater o crime organizado e proteger as testemunhas passaram a mitigar os direitos do acusado previstos tanto em tratados internacionais de direitos humanos quanto na própria constituição. Refiro-me ao fato de que tanto o Brasil quanto Portugal e Espanha permitem que a testemunha seja mantida sob sigilo nos autos do processo.

1 Inicialmente iria discutir a ineficácia do atual programa de proteção às testemunhas implementado pela Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000, fazendo uma abordagem empírica dedutiva do tema, no entanto após uma conversa com a Professora Dra. Beatriz Vargas, a qual me alertou para eventual dificuldade de se defender uma tese desse porte sem embasamento empírico (dados quantitativos e qualitativos de testemunhas atendidas pelo programa), resolvi mudar a abordagem, uma vez que realmente não foi possível obter dados estatísticos sobre o tema junto ao PROVITA – DF (Programa de Proteção às Vítimas, Testemunhas e Familiares, instituído pela Lei Distrital nº 3.404, de 02 de agosto de 2004). Assim, defini o direcionamento da pesquisa e do presente tema da monografia em tela para uma pesquisa de direito comparado, por sugestão do Professor Dr. Evandro Charles Piza Duarte, acerca do tratamento dado por outros países e eventual inconstitucionalidade sobre a implementação da “testemunha oculta”, diante do cerceamento do direito ao acusado, dentre eles: ampla defesa, contraditório, devido processo legal e publicidade.

Analisarei a aplicação dos institutos do referido programa, dentre eles a ocultação dos dados pessoais da vítima e/ou testemunhas durante qualquer fase do processo penal, seja na fase inquisitorial, ou na fase judicial e por consequência a limitação dos direitos do acusado, pois ao ocultar a testemunha retira-se do acusado a possibilidade de exercer uma defesa plena, uma vez que não será garantido ao acusado debater a validade da coleta da prova testemunhal, ou ainda a idoneidade da referida testemunha.

Abordarei o instituto da ocultação da testemunha sob a ótica do conflito aparente de direitos entre a preservação da integridade física e psicológica das vítimas/testemunhas e os direitos constitucionais do acusado: contraditório, ampla defesa e publicidade dos atos.

Colocarei em debate a ineficiência estatal quanto à garantia da integridade física e psicológica das vítimas e testemunhas e a supressão dos direitos do acusado sob a alegação de garantia dos direitos das testemunhas e vítimas e do combate ao crime organizado.

Tenho como objetivo, ainda, tratar da existência de um programa de proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas no âmbito do Distrito Federal (PROVITA-DF).

Realizei a pesquisa sob o método de abordagem dedutivo, partindo-se de raciocínio lógico por meio da interpretação dos institutos de proteção à testemunha, da Constituição Federal de 1988 (CF 88), do Código Penal (CP) e do Código de Processo Penal (CPP), para um o caso específico da possibilidade de supressão dos direitos do acusado em processo penal com a admissão da “testemunha oculta”.

Adoto como irrenunciáveis os direitos e garantias fundamentais, por isso parto da premissa de que todo acusado tem o direito de amplo conhecimento acerca de todas as provas produzidas no bojo do autos do processo, seja ele inquisitorial, ou judicial.

Analisarei o modo de produção de provas testemunhais, o que implica na vedação de ocultação da prova ou do meio de sua produção, uma vez que esse tipo de procedimento cerceia o direito de defesa do acusado, mais precisamente as garantias constitucionais de ampla defesa, contraditório e publicidade dos atos processuais.

Assim, defendo a tese de que a utilização da “testemunha oculta” é uma grave lesão aos direitos do acusado, uma vez que afasta as garantias constitucionais inerentes à defesa frente a uma acusação penal formulada pelo Estado, que imputa a necessidade de garantia da integridade física e psíquica da testemunha para suprimir tais garantias.

Para a realização da monografia utilizei fontes legislativas nacionais e internacionais relacionadas, pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias acerca da temática, revistas e artigos da internet.

No primeiro capítulo trataremos dos conceitos de vítima e testemunha, que para efeitos da Lei nº 9.087/99, o surgimento da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), bem como seus principais dispositivos legais como a criação de um programa de proteção às testemunhas em âmbito federal e distrital e da Lei nº 3.404, de 02 de agosto de 2004, que institui o Programa de Proteção às Vítimas, Testemunhas e Familiares ameaçadas (PROVITA-DF) em razão de colaborarem com investigação ou processo criminal.

No segundo capítulo faremos uma abordagem acerca dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e publicidade, intrínsecos à garantia dos direitos do acusado, fazendo ainda menção à “testemunha oculta”.

No terceiro capítulo, inicialmente, faremos uma abordagem de direito comparado entre os institutos legais espanhol, português e brasileiro, posteriormente, discutiremos o conflito entre a necessidade de se garantir a proteção eficaz das vítimas e testemunhas e a observância dos direitos constitucionais do acusado, e, por fim, discuto a inconstitucionalidade da aplicação da “testemunha oculta” no Brasil.

1. A LEI 9.087/1999 E O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO A VÍTIMAS E TESTEMUNHAS

1.1 Diferença conceitual entre vítima e testemunha

Vítima é o sujeito passivo do delito, ou ainda, é aquela pessoa que teve seu direito, interesse ou bem jurídico violado pela prática de conduta típica, segundo NUCCI².

Conceito mais amplo definido pela ONU³, pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequências de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente, nos Estados – Membros, incluída a que prescreve o abuso de poder.

BOMFIM⁴, de forma sintética, define vítima como sendo o sujeito passivo da infração penal.

O Código de Processo Penal utiliza a nomenclatura de ofendido para definir o termo vítima. Vejamos: Art. 201. Sempre que possível, **o ofendido** será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (grifo nosso)

A vítima, porém, não pode e nem deve ser equiparada à testemunha, uma vez que aquela tenha, em razão dos danos sofridos, maior interesse na condenação do acusado.

A imparcialidade da vítima não é exigida, uma vez que seus interesses pessoais estão em questão na demanda processual.

A lei não exige da vítima o compromisso de dizer a verdade, e por consequência, esta jamais poderá ser autor de crime de falso testemunho previsto no art. 342, do Código Penal: Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2015.

³ Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985.

⁴ BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2007.

administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001).

A testemunha segundo PACELLI⁵, pode ser qualquer pessoa, incluindo menores, crianças e até incapazes, não significando todos estes estejam aptos a contribuir para a formação da verdade judicial.

NUCCI⁶ afirma que testemunha é aquela que declara à autoridade competente aquilo que tomou conhecimento acerca de um fato, sob o compromisso de dizer a verdade sobre os fatos, segundo.

Fernando Capez⁷ leciona que toda prova é uma testemunha, em sentido lato, uma vez que atesta a existência do fato. Em sentido estrito é a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor em juízo sobre fatos concernentes à causa.

Edílson Bonfim⁸ leciona que a testemunha não é considerada parte no processo, é uma pessoa estranha que é chamada para descrever fatos relevantes que tenha conhecimento.

A classificação das testemunhas se dá da seguinte forma: a) diretas - são aquelas que presenciaram o fato; b) indiretas – tiveram conhecimento por intermédio de terceiros; c) próprias – depõem sobre o “*thema probandum*”⁹, ou seja, o fato do objeto do ilícito; e) impróprias - prestam depoimento sobre um ato do processo, como a instrumentária, do interrogatório ou do flagrante; f) numerárias – testemunhas arroladas, compromissadas, pelas partes em número máximos permitidos de acordo com o rito; g) extranumerárias – ouvidos por iniciativa do juiz, compromissadas, arroladas em número superior ao máximo permitido; h) informantes – não prestam compromisso e também são extranumerárias; i) referidas – mencionadas no depoimento de testemunhas já ouvidas em juízo.

Assim de acordo com PACELLI¹⁰, a prova testemunhal é uma das provas mais empregadas no processo penal, uma vez que grande parte das ações criminais dependem da produção da coleta dessa modalidade prova.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2014

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2015.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

⁸ BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2007.

⁹ *Thema probandum*: tema a se provar.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

A prova testemunhal pode ser considerada, segundo MENDRONI¹¹, como o processamento dos dados elaborados pela mente humana, decorrente da captação de determinados sentidos. Assim a prova testemunhal nada mais é do que a descrição das circunstâncias sensoriais produzidos pela visão, audição, olfato e tato.

A importância da prova testemunhal é tamanha, pois é instrumento informador e formador de convicção do juiz acerca dos fatos no processo penal, e por isso o cuidado com o manuseio dessa modalidade de prova deve ser redobrado uma vez que ela é uma concorrente da busca pela “verdade real”¹², porquanto a testemunha pode alterar a realidade dos fatos, por inúmeros fatores, inclusive nos casos em que ela se sinta ameaçada ou intimidada a prestar suas declarações.

Logo, parece justificável a possibilidade da testemunha alterar a versão dos fatos apresentados anteriormente na fase inquisitorial, ou ainda, negar a existência dos fatos por interesse pessoal.

A verificação dessa fragilidade da prova testemunhal é mais um motivo para que se garanta ao acusado o direito de conhecimento da testemunha e o acompanhamento de seu testemunho, pois somente assim tornando público os atos do processo é que o acusado poderá exercer seus direitos constitucionais da ampla defesa, do contraditório.

Defendo que a preocupação com a veracidade dos depoimentos e a segurança daqueles que colaboram com o processo deveria ser o principal motivo de aprovação da Lei nº 9.807/1999 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas), e não a alegação de o instituto legal é um importante instrumento combate ao crime organizado, como foi veiculado à época da aprovação da Lei.

¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouri. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed. São Paulo; Atlas, 2015.

¹² Vale a ênfase no fato de que o cidadão – seja ele autor ou réu, a parte interessada na prestação jurisdicional, direito de cidadania de 1ª geração (BOBBIO, 1999) – fica reduzido a um papel coadjuvante de pequena grandeza, frente à ênfase que o autor dá ao papel julgador, justificado pela missão que lhe é atribuída de descobridor da verdade real. Fica claro que o processo é concebido, pela doutrina jurídica brasileira, como poder do juiz, e não direito do cidadão, uma vez que o juiz tem a função, ou talvez missão, de descobrir a “verdade real.” - A prova testemunhal é, no fundo, o processamento dos dados elaborados pela mente humana a partir da captação de determinados fatos através dos sentidos. O retrato de um fato (pela visão), em conjunto com o eventual ruído produzido (audição) e processados pela compreensão da situação formam em geral as circunstâncias relatadas pelas testemunhas aos Juízes, embora, raras vezes, tato, odor, e paladar também possam refletir dados auxiliares importantes.” – MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Princípio da Verdade Real no Processo Judicial Brasileiro**. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/209/202>. Acessado em: 25 de maio de 2016.

1.2 A Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas)

A Lei nº 9.807 trouxe em seu bojo a regulamentação acerca da competência dos entes federados (União, Estados e Distrito Federal) como entidades operadoras do Sistema de Proteção às Vítimas e Testemunhas ameaçadas.

O artigo. 1º da define que as medidas de proteção requeridas por vítimas ou testemunhas de crimes que estejam coagidas ou exposta a grave ameaça em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições da própria Lei 9.807/99.

Observe que a Lei nº 9.807/99 foi criada no sentido de exteriorizar o dever/obrigação do Estado em promover a segurança dos cidadãos e corroborar com as medidas de cooperação que já vinham sendo adotadas em conjunto com associações civis, entidades e organizações não governamentais.

Para ampliar a referida proteção, ficou estabelecido no § 1º, do Art. 1º, que as medidas protetivas poderiam ser dirigidas ou estendidas ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme necessidade de cada caso.

Estabelece, ainda, nos §§ 3º, 4º e 5º, do mesmo diploma legal, que o ingresso no programa, as restrições e segurança e demais medidas a serem adotadas dependerão da anuência da pessoa protegida, que terá que cumprir todas as normas prescritas pelo programa, bem como, que toda admissão ou exclusão deverá ser precedida de consulta ao Ministério Público.

Outro justificativa que se deu para a criação da lei foi possibilitar uma solução para quebrar a chamada “lei do silêncio”, pois era de grande importância a colaboração das vítimas e testemunhas e também de corréus, que por terem algum envolvimento com o fato delituoso tinham condições de contribuir para a aplicação da Lei Penal, contudo não se sentiam seguros para fazê-lo.

O deputado federal Alberto Mourão¹³, relator do Projeto de Lei de proteção a vítimas e testemunhas, ressaltou essa justificativa:

¹³ Alberto Pereira Mourão. Eleito Deputado Federal em 1998 pelo Estado de São Paulo - PMDB, exerceu o cargo até o ano de 2000, quando foi eleito Prefeito de Paria Grande – SP, pela segunda vez.

Todos sabemos que no Brasil a regra que lamentavelmente predomina é a chamada 'lei do silêncio', pelo que tanto vítimas como testemunhas têm medo de colaborar com a polícia ou com a justiça, pois sabem que se o fizerem poderão acabar mortas pelos criminosos, que não possuem escrúpulos de eliminar toda e qualquer pessoa que pode contribuir para a sua identificação ou o seu julgamento e condenação.

O objetivo dos legisladores, ao aprovarem a referida Lei, era garantir a integridade física de todos aqueles que colaborarem com a instrução criminal, assegurando a proteção dos direitos humanos resguardados pelos princípios constitucionais, mediante a criação e manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas, ou ainda corréus colaboradores.

1.2.1 Surgimento da Lei nº 9.807/99

O Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas ameaçadas tem como marco legal a Lei nº 9.807/99, é importante observarmos que, desde o ano de 1994, a matéria já se encontrava em debate no Congresso Nacional e tinha como previsão a implementação no Brasil de um modelo similar ao italiano.

Uma organização não governamental criou um Programa de Proteção a Testemunhas, Familiares e Vítimas da Violência – PROVITA, no ano de 1996, no estado de Pernambuco. Este programa aproveitou-se das experiências de países como a Itália, Inglaterra e Estados Unidos, fazendo as adequações necessárias à realidade brasileira.

Em 1997, diante da necessidade de regulamentar e aperfeiçoar o programa foi encaminhado um novo projeto de lei ao Congresso Nacional.

O novo projeto de diploma legal previa o compartilhamento da responsabilidade da União, dos Estados e do Distrito Federal apenas, deixando os Municípios fora.

Além de criar um sistema de responsabilidade compartilhado entre os entes federados, foi criado também mecanismos de participação da sociedade civil por meio da chamada “rede voluntária de proteção”.

Em 2002 filiou-se ao PSDB. Atualmente exerce o quarto mandato de Prefeito da Cidade de Praia Grande - SP.

O referido Projeto de Lei foi sancionado com 21 artigos e 2 capítulos. O primeiro trata da proteção especial a vítimas e a testemunhas ameaçadas e o segundo aborda a proteção aos réus colaboradores.

A regulamentação do diploma legal, no âmbito federal, se deu por meio do Decreto nº 3.518/2000¹⁴.

Dentre os dispositivos regulamentados o decreto define o termo “rede voluntária de proteção” vejamos:

Art. 9º A Rede Voluntária de Proteção é o conjunto de associações civis, entidades e demais organizações não-governamentais que se dispõem a receber, sem auferir lucros ou benefícios, os admitidos no Programa, proporcionando-lhes moradia e oportunidades de inserção social em local diverso de sua residência.

1.2.2 Mecanismos de proteção

Para que ocorra a proteção dada pela Lei nº 9.087/1999, é necessário que a vítima ou testemunha se sintam coagidas.

Ressalto que a Lei somente dará proteção àquelas testemunhas que realmente tenham algo a acrescentar à investigação ou à instrução criminal da ação penal.

O art. 2º da Lei determina que a assistência concedida pelo programa de proteção somente será permitida nos casos em que não seja possível prevenir ou reprimir a coação ou grave ameaça pelos meios convencionais.

Segundo a doutrina, meio convencional pode ser considerado a decretação de prisão preventiva, consoante previsão do art. 312, do Código de Processo Penal, por conveniência da instrução criminal.

A Lei também agasalha os parentes por consanguinidade e por afinidade, por mais óbvio que pareça, sob pena de ineficácia das medidas de proteção em relação às vítimas e testemunhas atendidas pelo programa.

¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000**. Regulamenta o Programa Federal de assistência a Vítimas e as Testemunhas Ameaçadas, instituído pelo art. 12 da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, e dispõe sobre a atuação da Polícia Federal nas hipóteses previstas nos art. 2º, § 2º, art. 4º, § 2º, art. 5º, § 3º, e art. 15 da referida Lei.

O art. 2º determina que a proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las podendo ser dirigida ou estendidas ao cônjuge, companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima ou testemunha, conforme cada caso.

Os mecanismos previstos pela Lei nº 9.807/1999 estão elencados em rol exemplificativo no art. 7º, que podem ser aplicados isolados ou cumulativamente dependendo do caso concreto, vejamos:

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis **isolada ou cumulativamente** em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

- I - **segurança na residência**, incluindo o controle de telecomunicações;
- II - **escolta e segurança** nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;
- III - **transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção**;
- IV - **preservação da identidade**, imagem e dados pessoais;
- V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;
- VI - **suspensão temporária das atividades funcionais**, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;
- VII - **apoio e assistência social, médica e psicológica**;
- VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;
- IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.¹⁵ (grifo nosso)

É possível, nos termos do art. 8º, em casos excepcionais, a alteração do nome completo da pessoa protegida, com a devida averbação nos registros públicos, devendo constar o devido sigilo das referidas anotações, cabendo ao Ministério Público, como fiscal da lei opinar acerca do requerimento de alteração do nome. Os procedimento neste caso terá o rito sumaríssimo e correrá em segredo de justiça.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Destaco esse ponto, pois nestes casos a testemunha se torna oculta para o acusado, uma vez que ele não saberá de quem se trata, bem como não poderá saber ao certo em quais circunstâncias foram obtidas as provas acostadas aos autos ou ainda o motivo pelo qual tal testemunha foi arrolada como meio de produção probatória, visto que sua real identidade será mantida sob sigilo, limitando o direito de defesa do acusado.

O Capítulo II da Lei foi acrescido com o objetivo de aplicar ao acusado ou condenado colaborador, medidas especiais de segurança e proteção, quer seja dentro ou fora da prisão, para garantir a sua integridade física.

Dispõe, ainda, acerca do instituto da delação premiada, resguardando ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, o poder para concessão do perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, de forma que seja identificado os demais coautores ou partícipes da ação criminosa, a localização de vítima com a integridade física preservada e a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Um ponto criticado pela doutrina é o fato de que somente ocorrerá a efetivação do ingresso ao programa proteção caso tenha disponibilidade orçamentária, conforme determina o art. 6º, da Lei nº 9.807/1999.

Isso porque a questão de disponibilidade orçamentária não pode ser empecilho à proteção da vítima ou da testemunha, uma vez que a prioridade de gasto público é um tanto subjetiva, assim como a aprovação do orçamento. Logo caso não seja do interesse do Executivo (órgão responsável pela elaboração do orçamento) ou do Legislativo (órgão responsável pela aprovação do orçamento) a referida Lei se tornará inócua em razão das opções de destinação do gasto público.

A duração máxima da proteção oferecida pelo programa será de 2 (dois) anos, podendo ser prorrogada em casos excepcionais, quando persistirem as ameaças.

Poderá ocorrer a exclusão da testemunha a qualquer tempo (por solicitação do próprio interessado, por decisão do Conselho Deliberativo, quando entender que cessaram os motivos que ensejaram a implementação das medidas de proteção, ou nos casos de comportamento incompatível com as medidas de proteção da pessoa protegida.

1.3 PROVITA – DF

No Distrito Federal, a Lei nº 3.404/04 cria o Programa de Proteção às vítimas, testemunhas e Familiares – PROVITA/DF e o Conselho Deliberativo – CONDEL/DF, bem como, dá outras providências.

A Resolução Normativa n. 01/2006 e o Decreto n. 27.985/2007 regulamentam o assunto.

O Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas e Familiares do Distrito Federal – PROVITA/DF - consiste numa política pública que visa garantir a integridade física e psicológica de vítimas, testemunhas e familiares, que estejam expostas a grave ameaças ou coagidas, em razão de colaborarem com investigação ou processo criminal, por meio de medidas de proteção.

O Conselho Deliberativo - CONDEL/DF - é a instância decisória superior, composta por representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público e de órgãos públicos e privados relacionados com a defesa dos direitos humanos e a segurança pública, responsável pelo ingresso e exclusão de pessoas ameaçadas.

O Conselho Deliberativo conta com um órgão executor: Centro Popular de Formação da Juventude – Vida e Juventude, atualmente responsável pela execução das atividades do Programa e responsável pela contratação da equipe técnica e da articulação com a Rede Solidária de Proteção¹⁶.

A Rede Solidária compreende o conjunto de associações civis, entidades e demais organizações não governamentais que voluntariamente recebem os beneficiários do Programa, para proporcionar-lhes moradia e oportunidades de reinserção social em local diverso de sua residência habitual.

¹⁶ LUCENA, Arthur Vidal. **O Conselho Deliberativo da CONDEL/DF**. 2010. Disponível em: <<http://www.vidaajuventude.org.br>>. Acessado em: 25 de maio de 2016.

1.3.1 Acesso ao Programa no Distrito Federal

Para inclusão no Programa de Proteção à Testemunha no Distrito Federal fica condicionado à comprovação da situação de risco, em razão de exposição a grave ameaça ou coação de difícil repressão pelos meios convencionais.

O art. 4º, da Lei 3.404/2004, define quem poderá requerer a solicitação objetivando ingresso no Programa que será encaminhada ao órgão executor:

I- pelo interessado.

II- por representante do Ministério Público.

III- pelo juiz competente para instrução do processo criminal.

IV- pela autoridade policial que conduz a investigação criminal.

V- qualquer membro do Conselho Deliberativo.

VI- por órgãos públicos e entidades não-governamentais relacionadas com a defesa dos direitos humanos.

As solicitações de inclusão seguirão para avaliação prévia realizada por uma equipe técnica interdisciplinar, composta por advogado, assistente social e psicólogo, onde será avaliada a existência dos requisitos para a participação do Programa.

Em seguida, a documentação será encaminhada para análise e confecção de parecer pelo Ministério Público, acerca da situação de risco e o preenchimento dos requisitos legais para o ingresso.

Após a confecção do parecer técnico interdisciplinar e do parecer do Ministério Público, cabe ao CONDEL/DF deliberar acerca do enquadramento do interessado no Programa de Proteção.

A proteção oferecida pelo programa terá em regra a duração máxima de dois anos, podendo, apenas em circunstâncias excepcionais ser prorrogada, como já citado anteriormente e também reforçado pelo art. 13, da Lei Distrital nº 3.404/2004, mediante decisão do Conselho Deliberativo.

O art. 20 da referida Lei dispõe que as despesas com a execução do PROVITA/DF correrão, anualmente, por conta das dotações orçamentárias do Governo do Distrito Federal, bem como de recursos que forem obtidos por intermédio de convênio ou acordos com órgãos públicos e entidades não governamentais.

Mais uma vez fica condicionado a questão de disponibilidade orçamentária, ou recursos obtidos de convênio ou acordos entre órgãos públicos entidades não governamentais.

2. TESTEMUNHA OCULTA E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são de suma importância na garantia da implementação de direitos, quanto mais no direito penal e no processual penal, em que se discute a liberdade do indivíduo.

Defendo que se deve garantir o direito à integridade física e psicológica das testemunhas como explanado no capítulo anterior, no entanto, o Estado também deve buscar a todo custo a garantia dos direitos constitucionais do acusado, sob pena de cometer abusos de poder e ferir o chamado Estado Democrático de Direito.

Segundo José Afonso da Silva¹⁷ a atual configuração do Estado democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leve em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supere na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo. Segundo o autor, o art. 1º da CF88 demonstra essa importância, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado.

Não devemos aceitar apenas um Estado legalista, pois as leis nem sempre atendem ao anseio da Constituição, e é por isso que o Estado acima de qualquer instituição deve promover um Estado Democrático de Direito sob a acepção garantista, ou seja, deve ser aquele que busca a aplicação das garantias constitucionais sem exceção.

José Afonso¹⁸ define que o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, destacar a relevância da lei no Estado democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acessado em: 27 de maio de 2016.

¹⁸ Ibidem

quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

Assim um Estado somente pode alcançar o *status* Democrático de Direito no momento em que subsidia as garantias constitucionais a todos os seus subordinados independente de convicções ideológicas individuais, principalmente nos casos em que envolvam a aplicação das Leis penais e processuais penais.

2.1 Princípio constitucional da ampla defesa

O princípio da ampla defesa está insculpido no art. 5º, inciso LV, da CF 88, o qual prevê que: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes.” (grifo nosso)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que a ampla defesa é uma garantia inafastável aos direitos do acusado, vejamos:

Artigo 8. Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júri ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. (grifo nosso)

Podemos verificar a importância de tal princípio, uma vez que além de previsão constitucional é objeto de tratado internacional em que o Brasil é signatário.

A propósito, relembro que o tratado internacional (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos) assume forte valor simbólico e político para a nova Constituição Federal de 1988.

BONFIM¹⁹ define como o direito das partes de apresentarem suas teses favoráveis e de comprová-las, nos limites possíveis.

PACELLI²⁰ leciona que:

Ampla defesa não é nada mais que isso: a abertura total à dúvida razoável, a partir do reconhecimento da precariedade do conhecimento humano. O risco de absolvição de um culpado é muito grave; mas, aquele (risco) de condenação de um inocente é simplesmente impagável e inaceitável, a não ser por erro plenamente justificado na própria falibilidade humana. Daí, a opção do princípio da ampla defesa e não do da ampla acusação entre os povos civilizados. Por isso, os termos da Súmula Vinculante nº 14, do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa

NUCCI²¹, em sentido convergente, define o princípio da ampla defesa consiste no direito de se socorrer de amplos e vastos métodos para se defender dos fatos que lhe são imputados no processo.

GRECO FILHO²² complementa a ideia acerca da temática e afirma que são elementos inertes à ampla defesa do acusado: ter informação clara da imputação que pesa sobre si, poder apresentar argumentações contra a acusação imputada, poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova, ter defesa técnica por advogado e poder recorrer das decisões desfavoráveis.

O próprio CPP, em seu art. 261, traz a previsão expressa da necessidade indispensável da defesa técnica, vejamos: “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”

¹⁹ BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2007.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 533.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2015.

²² GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

Importante apontamento dos de GRINOVER, FERNANDES e FILHO²³ de que, no processo penal, é indispensável a defesa técnica formulada por advogado, ao passo que a autodefesa é um direito disponível pelo acusado, o qual pode durante seu interrogatório optar pelo silêncio.

A importância da defesa técnica se traduz no fato de que a sua falta enseja a nulidade absoluta de todos os atos praticados ou ainda de todo o processo, uma vez que se trata de garantia constitucional inafastável.

O direito de defesa técnica é instrumento absolutamente indispensável do acusado, em razão da exigência constitucional e do art. 185 do CPP (Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.)

AURY²⁴ afirma que em conjunto com a defesa técnica, há ainda atuações do sujeito passivo no sentido de resistir pessoalmente à pretensão punitiva estatal, por meio de atuação pessoal, defendendo a si mesmo como indivíduo singular, exercendo seu critério individual e seu interesse privado.

Dessa forma, com base nos argumentos lançados e no princípio da ampla defesa, não se mostra constitucional a possibilidade da utilização da “testemunha oculta” como meio de prova no processo penal, uma vez que ela fere o instituto da ampla defesa.

2.2 Princípio constitucional do contraditório

O princípio do contraditório também tem embasamento constitucional no art. 5º, da CF 88, em seu inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados **o contraditório** e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (grifo nosso)

²³ Embora o vigente Código de Processo Penal situe o interrogatório judicial no Título referente à prova, a doutrina tem debatido sua natureza: se meio de prova ou mero ato de defesa. (...) Parece-nos que o interrogatório essencialmente se destina a ser ato de defesa, e, simultaneamente, é meio de prova, podendo o juiz levar em conta as declarações do acusado para fundamentar decreto condenatório, mormente em razão do princípio da comunhão da prova, o que não seria possível caso se tratasse de exclusivo meio de defesa. SOUZA, Eduardo Francisco. **Interrogatório Judicial: a Entrevista Prévia e Reservada com Defensor e Participação das Partes**. 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_278.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2016.

²⁴ LOPES, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O princípio do contraditório tem como norte basilar, segundo NUCCI²⁵, assegurar a busca do equilíbrio na relação processual entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos do acusado, principalmente o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência, nesse sentido ele complementa que a toda prova ou alegação realizada no bojo do processo, por qualquer das partes, o outro terá o direito de manifestar-se.

Joaquim Canuto²⁶ afirma que o princípio do contraditório se traduz na bilateralidade dos atos processuais, ou seja, a possibilidade das partes poderem contraditar os atos praticados pela parte contrária.

Nessa mesma linha, de forma sintética, Scarence Fernandes²⁷ ensina que o princípio do contraditório se coaduna com a necessidade de informação acerca dos atos processuais e a possibilidade de manifestação acerca dos atos praticados pela parte contrária.

Percebemos que o contraditório aplica-se tanto à acusação, quanto à defesa, no entanto é mais fácil a visualização quando se trata do contraditório exercido pela defesa, talvez seja porque o processo sempre se inicie com atos acusatórios ou investigativos, mas isso não afasta o direito ao contraditório da acusação de todas as alegações e provas apresentadas pela defesa.

O contraditório é a bilateralidade da relação processual entre as partes, se manifesta na dialética da tese e da antítese.

Por isso o princípio constitucional do contraditório tem importância tamanha no processo penal, pois ele garante que as partes autem efetivamente no processo com a finalidade de construir a convicção do juiz, partindo-se da premissa de que o juiz é parte imparcial no processo e que as partes (acusação e defesa) são colaboradores na formação da relação processual necessariamente.

O princípio do contraditório assim como o princípio da ampla defesa buscam estabelecer uma igualdade processual entre as partes, garantindo o direito de tomar conhecimento de qualquer ato ou prova produzida no bojo dos autos, bem o direito de se contradizê-las, sob pena de cerceamento de direitos.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁶ MENDES DE ALMEIDA. Joaquim Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973

²⁷ FERNANDES, Antônio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

Tais princípios tem importância exaltada em um Estado Democrático de Direito, uma vez que eles garantem ou ao menos tentam garantir o que a doutrina chama de paridade de armas no processo.

A paridade de armas deve ser almejada como principal forma de manter a igualdade de forças na relação processual, pois aqui diferentemente a disputa não é, em regra, entre dois particulares acerca de direitos patrimoniais disponíveis, e sim o Estado com todo seu aparato e poder com um particular.

Afirmo isso porque a disparidade real entre o indivíduo e o Estado é enorme, nomeadamente entre acusação e defesa, uma vez que o Estado, por meio da acusação, possui uma série de prerrogativas em relação ao acusado e sua defesa.

Sem falar que alguns Estados da Federação ainda não contam sequer com uma Defensoria Pública (instituição alçada como função inerente à atividade judiciária pela CF88), a exemplo o Estado de Santa Catarina.

Portanto devemos ter a própria CF88 como norte balizador da paridade de armas, vejamos:

Art. 5º Todos são **iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à **igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI - **a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;**

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens **sem o devido processo legal;**

LV - **aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;**(grifo nosso)

FERRAJOLI²⁸ complementa o estudo ao afirmar que ocorrerá uma disputa leal e com paridade de armas caso haja uma perfeita igualdade entre as partes, que a defesa desfrute das mesmas prerrogativas da acusação, que o direito ao contraditório seja admitido em todo o Estado, grau de procedimento e cada ato probatório singular (averiguações judiciais, perícias e interrogatórios do acusado, reconhecimentos ao testemunho e acareações.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Eugênio Pacelli²⁹ ensina que a doutrina moderna caminha a passos largos acerca do princípio da *par conditio* ou paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade material no processo penal, e por isso o contraditório (o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária aos interesses das partes e o direito à reação), por si só, não bastariam para garantir o instituto, devendo também se garantir que o direito de resposta se realize na mesma intensidade e extensão, ou seja, passa-se a exigir que o direito ao contraditório permita a participação em simétrica paridade entre acusação e defesa.

O princípio do contraditório se espelha na igualdade processual entre defesa e acusação, e se traduz, consoante a doutrina, no binômio “ciência e participação”, pois as partes ocupam nichos análogos em relação ao Estado e por consequência em relação ao Juiz natural da causa, daí porque o motivo do direito de manifestação da parte contrária a toda manifestação da outra.

Eugênio Pacelli³⁰ afirma ainda que podemos perceber que o princípio do contraditório ocupa um espaço muito importante no processo penal, e que a transgressão à tal garantia processual é passível de nulidade absoluta, quando acarretar prejuízo ao acusado.

Porém essa condicional para considerar a nulidade processual deve ser questionada, uma vez que é um tanto subjetiva.

Acerca da temática Eugênio Pacelli³¹ ensina que quando se trata de violação ao direito constitucional ao contraditório em relação à acusação, será necessária a arguição expressa da irregularidade no recurso, sob pena de preclusão, mesmo se tratando de nulidade absoluta. Ensina ainda que nessa possibilidade levam-se em consideração a apreciação do “bom desempenho das funções públicas” (o Ministério Público, como fiscal da Lei, deve zelar pela regularidade do processo).

No entanto percebe-se um aparente conflito de agência no caso em tela, uma vez que o mesmo órgão que exerce a função estatal de acusação, também deverá exercer a função de fiscal da lei.

Acredito que tal função deveria ser exercida pelo próprio Poder Judiciário, no entanto a realidade mostra que atualmente o judiciário é apenas mais um poder que coaduna com sistemática negação de direitos ao acusado.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁰ Ibidem.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

O próprio CPP, tentou afastar essa discricionariedade ao tratar do assunto de nulidades, vejamos:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;

j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;

k) os quesitos e as respectivas respostas;

l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;

m) a sentença;

n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quórum legal para o julgamento;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948) (grifo nosso)

Manteve a máxima, no entanto, de que nenhum ato será declarado nulo, caso não resulte prejuízo para a acusação ou para a defesa, conforme verificamos no art. 563 do CPP.

Entendo que a postura mais correta, em relação às nulidades, a ser adotada pelo legislador deveria ser no sentido de garantir a aplicação dos princípios constitucionais como fato norteador, por consequência, eliminar, na medida do possível, as decisões subjetivas em relação às nulidades processuais, devendo adotar um papel garantista, consoante a CF88, para declarar nulo todos os atos processuais

que não respeitaram o contraditório, independente de apreciação de lesividade ou não às partes processuais, e principalmente ao acusado que aquele que está em posição de submissão ao poder estatal.

BADARÓ³² defende essa tese alegando que as nulidades absolutas são aquelas que apresentam um grave defeito e maculam indelevelmente algum princípio constitucional, ou seja, é aquela que decorre da violação de uma determinada forma do ato, que visava à proteção de interesse processual de ordem pública. E assim, no processo penal, haverá nulidade absoluta toda vez que for violada uma regra constitucional.

Aury Lopes Júnior³³ ensina que:

“no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador criou uma formalidade por puro amor à forma, despida de maior sentido. Nenhuma dúvida temos de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência”

Advogando, ainda nessa seara, GOMES FILHO e BADARÓ³⁴, entendem que mesmo no caso em que a testemunha esteja presente, sendo visualmente identificada, o desconhecimento de seus dados de qualificação poderá prejudicar o exercício do contraditório. Por exemplo, não será possível verificar eventual grau de parentesco com as partes do processo, o que poderia colocar sob suspeita seu depoimento. Além disso, ignorando-se sua identidade, sua residência e seu local de trabalho, a defesa fica privada de informações necessárias que podem impossibilitar a confirmação e/ou confrontação de declarações prestadas por ela, como por exemplo, ter presenciado o delito quando ia para o trabalho, ou quando retornava para sua residência.

Desse modo, tendo em vista que a testemunha é um meio de prova, e que a “testemunha oculta” não garante ao acusado seu efetivo contraditório, não se pode admitir no processo penal a validade de tal prova, devendo ser considerado nulos

³² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2. p. 389.

³⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e Sucedâneos de Prova no Processo Penal Brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/86288>>. Acessado em 28 de maio de 2016.

todos os atos praticados (depoimento da “testemunha oculta”) e por consequência o seu desentranhamento do bojo dos autos, por se tratar de prova ilegal.

2.3 Princípio constitucional da publicidade

O princípio da publicidade tem sua base constitucional esparsa em vários artigos.

Vejamos o art. 5º, inciso LX - **a lei só poderá restringir a publicidade** dos atos processuais quando a **defesa da intimidade ou o interesse social** o exigirem. (grifo nosso)

No mesmo art. 5º, inciso XXXIII - **todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular**, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo **sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado**. (grifo nosso)

Guarda intrínseca relação com o citado princípio o art. 93, inciso IX, vejamos: **todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos**, e fundamentadas todas as decisões, **sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (grifo nosso)

NUCCI³⁵ defende que o princípio da publicidade dos atos processuais significa que os atos processuais devem ser praticados sem segredos e sem sigilos, pois somente assim se permite o controle social dos atos e decisões do Estado.

Ainda acerca do tema, MIRABETE³⁶ classifica a publicidade dos atos processuais em publicidade geral e especial, para o autor a publicidade geral é a publicidade plena ou popular, ou seja, todos os atos são públicos, podem ter acesso por qualquer interessado, enquanto a especial é restrita apenas as partes processuais.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

³⁶ MIRABETE, Julio Babbrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

A doutrina ainda classifica a publicidade em imediata e mediata (BONFIM³⁷). Publicidade imediata as partes estão presentes ao ato (as partes mantêm contato direto com os atos praticados) e mediata decorre do conhecimento dos atos mediante meios de comunicação.

O CPP, art. 792, determina claramente a publicidade geral ao estabelecer:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

O § 1º, do mesmo diploma legal, exemplifica a publicidade especial, quando permite a realização da audiência a portas fechadas: § 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Ressalta-se que a doutrina entende que o princípio da publicidade dos atos processuais não se aplica a fase inquisitorial, apenas à fase judicial.

No entanto, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 14 em que estende o princípio da publicidade mesmo durante a fase inquisitorial, vejamos:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A grande questão acerca do debate e respectiva aprovação do verbete acima girou em torno da importante questão que se debatia há muito no Poder Judiciário: a garantia dos direitos fundamentais, consoante justificaram os Ministros do STF favoráveis a aprovação da referida Súmula.

Dessa forma o sigilo no inquérito policial não pode ser imposto ao defensor do investigado, consoante determina a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos

³⁷ BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva 2007.

Advogados do Brasil), no seu art. 7º, inc. XIV, vejamos: Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico **ou digital**; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016). (grifo nosso)

Percebemos que diante da peculiaridade da matéria, recentemente o dispositivo legal citado acima foi alterado para permitir ao defensor do indiciado ou investigado tenha acesso inclusive aos procedimentos realizados que estiverem em meio digital, inclusive, conforme nova redação dada pela Lei nº 13.245/2016.

Portanto constitui direito do advogado examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, podendo copiar peças e tomar apontamentos, como forma de se garantir os direitos fundamentais daquele que está sob investigação, independentemente de ser indiciado ou não.

De fato, se a lei assegura aos advogados o direito de vista e cópias dos autos, daquilo que for importante, tal previsão se amolda dentro de uma garantia ainda maior já abordada no presente trabalho, que é a da ampla defesa, pois não se pode exercê-la sem o conhecimento primeiro dos autos do inquérito, e da mesma forma ocorre na fase processual.

Observa-se portanto a necessidade de tal princípio, pois, caso contrário, se no bojo dos autos de um inquérito policial for determinada de forma abusiva a prisão de um cidadão, não haverá como os defensores combaterem eventual coação, uma vez que não terão acesso aos autos do inquérito e por consequência lógica aos motivos ilegais que ensejaram a prisão.

Nesse sentido Fauzi Choukr (apud MOREIRA, 2009³⁸) salienta para o fato de que: "... dentro de um Estado democrático não há sentido em se falar de 'investigações secretas', até porque, na construção do quadro garantidor e na nova

³⁸ Apud MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e o Sigilo no Inquérito Policial**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6003>. Acesso em 30 de maio 2016. CHOUKR, Fauzi. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**, SP, ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 92.

ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado (...).”.

Inaceitável as investigações secretas ou sigilosas no ordenamento brasileiro, seja qual for a justificativa, pois condutas desse tipo remontam práticas inquisitoriais, não podendo ser toleradas de forma alguma em Estado Democrático de Direito.

Concluo o estudo dos princípios constitucionais afrontados afirmando que é incontestável a prejudicialidade ao acusado a admissão da “testemunha oculta” como meio prova no processo penal.

Defendo a tese de que o réu tem o direito de tomar conhecimento e contestar todas as provas produzidas no processo, sob pena de nulidade absoluta, uma vez que tal garantia não pode ser mitigada, sob nenhum argumento, quiçá o de proteger a testemunha, exceto naqueles casos em que se torne imprescindível o sigilo da ação investigatória como por exemplo a interceptação telefônica, a ação controlada e a ação infiltrada.

3. A “TESTEMUNHA OCULTA” NO DIREITO COMPARADO

O que pretendo com o direito comparado é a análise dos institutos adotados no Brasil e em outros países para melhor compreensão da nossa Lei de Proteção à Testemunhas e não somente uma mera comparação.

No dizer de SARLET³⁹ a pretensão do direito comparado:

O que se pretende com o recurso do direito comparado – e isto convém seja aqui ressaltado - não é em hipótese alguma a importação direta de dispositivos constitucionais ou mesmo de concepções jurisprudenciais e doutrinárias alienígenas, mas sim, a reavaliação de algumas posições pátrias habituais e, por vezes, deslocadas ou desatualizadas, bem como a análise da viabilidade da recepção (obviamente filtrada pelo nosso direito constitucional positivo e seu respectivo contexto) de categorias dogmático-jurídicas já tradicionalmente aceitas na maior parte dos países desenvolvidos e que a despeito de uma inequívoca relevância e do interesse que deveriam suscitar também entre nós, continuam sendo em parte desconhecidos ou então subestimadas, em parte, contudo, carentes de uma recepção constitucionalmente adequada.

Assim como em outros diversos ramos do direito, o Brasil adotou um programa de proteção à testemunha, com a principal finalidade de garantir a integridade física e psicológica de vítimas e testemunhas em processos penais, sob a alegação de ferramenta de combate ao crime organizado.

Percebi que o Brasil realizou estudos acerca do tema em países europeus e nos Estados Unidos, vindo a adotar a adaptação de modelos já praticados nos países europeus, embora um dos preceptores tenham sido os Estados Unidos com a criação do programa de proteção às testemunhas em 1970 (*Witness Security Program - WITSEC*)⁴⁰.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 21.

⁴⁰ O programa de proteção a testemunhas foi autorizado em 1970 pelo “Organized Crime Control Act of 1970 (Public Law 91-452)” e foi emendado pelo “Comprehensive Crime Control Act of 1984”. A responsabilidade pela proteção é gerenciada pelos U.S. Marshals – agência federal incumbida, além desta tarefa, de escoltas de presos da justiça federal, resgates de presos e gerenciamento de bens apreendidos de empresas criminosas. Desde 1970 mais de 6800 testemunhas ingressaram no programa de proteção dos Estados Unidos. No âmbito federal é o Ministério Público Federal (U.S. Attorney) quem determina o ingresso da testemunha no programa, e na esfera estadual o Ministério Público Federal (State Attorney General). Para a testemunha que ingressa no programa de proteção, normalmente são providenciados a sua remoção da área considerada de risco para outra de maior proteção e a troca da sua identidade e de seus familiares. Inclui ainda o pagamento da moradia, seguro

A meu ver o Brasil não seguiu o modelo americano e por isso abordarei de forma comparada os modelos espanhol e português os quais são similares em vários aspectos, inclusive quanto à ocultação da testemunha que colabora com a investigação criminal.

3.1 Espanha

Os espanhóis abordam o tema de proteção à testemunha pela Lei Orgânica nº 19, de 23 de dezembro de 1994⁴¹, cinco anos antes do nosso.

A exposição de motivos da edição da legislação espanhola realça a importância do instituto protetivo àquelas pessoas que colaborarem com a polícia judiciária ou com o poder judiciário em ações penais, vejamos:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS⁴²

La experiencia diaria pone de manifiesto en algunos casos las reticencias de los ciudadanos a colaborar con la policía judicial y con la Administración de Justicia en determinadas causas penales ante el temor a sufrir represalias.

Ello conlleva, con frecuencia, que no se pueda contar con testimonios y pruebas muy valiosos en estos procesos.

Ante esta situación, el legislador debe proceder a dictar normas que resulten eficaces en la salvaguarda de quienes, como testigos o peritos, deben cumplir con el deber constitucional de colaboración con la justicia.

De no hacerlo así, podrían encontrarse motivos que comportasen retraimientos e inhibiciones por parte de posibles testigos y peritos no deseables en un Estado de Derecho, con el añadido de verse perjudicada la recta aplicación del ordenamiento jurídico-penal y facilitada, en su caso, la impunidad de los presuntos culpables.

Es obvio, sin embargo, que las garantías arbitradas en favor de los testigos y peritos no pueden gozar de un carácter absoluto e ilimitado, es decir, no pueden violar los principios del proceso penal. De ahí que

de saúde, treinamento de alguma profissão e busca de emprego, até que a testemunha possa manter-se economicamente por conta própria. O serviço do U.S. Marshals garante proteção 24 horas por dia, e escolta para os depoimentos na Justiça. A Lei estabelece a isenção de responsabilização civil do governo em caso de qualquer fato decorrente da eleição ou não de pessoa para a inclusão no programa. Esse dispositivo visa proteger o próprio governo em relação às decisões que tomarem, incluindo ou não a testemunha no programa. Isso porque em caso de incluírem, pode acontecer, embora com muito maior dificuldade, de ainda assim a testemunha vir a sofrer algum atentado contra a sua vida ou integridade. MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Aspectos do sistema de proteção às testemunhas nos EUA (Witness Security Program - WITSEC)*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=753>. Acesso em 03 de junho 2016.

⁴¹ ESPANHA. *Ley Organica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos em Causa Criminales*. Disponível em: <<http://legislacion.derecho.com/ley-organica-19-1994-deproteccion-a-testigos-y-peritos-en-causas-criminales>>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

⁴² *ibidem*

*la presente **Ley tenga como norte hacer posible el necesario equilibrio entre el derecho a un proceso con todas las garantías y la tutela de derechos fundamentales inherentes a los testigos y peritos y a sus familiares.***

*El sistema implantado **confiere al Juez o Tribunal la apreciación racional del grado de riesgo o peligro y la aplicación de todas o alguna de las medidas legales de protección que considere necesarias,** previa ponderación, a la luz del proceso, de los distintos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; medidas que, en el marco del derecho de defensa, serán susceptibles de recurso en ambos efectos.*

*El propósito protector al que responde la Ley no es, por lo demás, exclusivo de nuestro país. De acuerdo con directrices señaladas por el Derecho comparado, se ha entendido ser imperiosa e **indeclinable la promulgación de las normas precisas para hacer realidad aquel propósito de protección de testigos y peritos que, además, ha sido admitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,** cuyo principio general se hace también patente en la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, concerniente a la antigua Yugoslavia.*

El contenido de la Ley es breve. Junto a su ámbito de aplicación, regulado en el artículo 1, y las medidas protectoras y garantías del justiciable recogidos en los artículos 2 y 3, contiene el artículo 4 y último una serie de medidas complementarias de protección que habrán de aplicar, cada uno en su esfera, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial. (grifo nosso)

De acordo com a exposição de motivos a lei não pode violar os princípios do processo penal, devendo ter como norte o necessário equilíbrio entre o direito a um processo penal com todas as garantias e a tutela dos direitos fundamentais inerentes as testemunhas e seus familiares.

Afirma que a norma protetiva obedece aos critérios admitidos pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos cujo princípio geral é a Resolução 827, de 25 de março de 1993, do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Na Espanha a ação penal é dividida em duas fases (a primeira fase denominada investigação e a segunda instrução e julgamento - *enjuiciamiento*). Dessa forma um Juiz presidirá cada fase, não podendo o juiz que presidiu a investigação presidir o *enjuiciamiento*. Daí porque a Lei espanhola determine que inicialmente quem adotará as medidas de proteção seja o Juiz da investigação e posteriormente o Juiz do *enjuiciamiento* fará um controle de “legalidade” das medidas adotadas.

A Lei espanhola determina, como regra, que a todos os dados da testemunha sejam mantidos sob sigilo, o que será feito a priori pelo Juiz responsável pela investigação e posteriormente será analisado a necessidade de manutenção ou revogação pelo Juiz responsável pela instrução e julgamento da ação penal.

O Artigo 1º trata do âmbito de aplicação das medidas de proteção.

Vejamos:

Artículo 1.

*1. Las medidas de protección previstas em esta Ley **son aplicables a quienes en calidad de testigos o peritos intervengan em procesos penales.***

*2. Para que sean de aplicación las disposiciones de ala presente Ley será necesario que la autoridad judicial aprecie racionalmente um **peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse em ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendentes, descendientes o Hermanos.***⁴³ (grifo nosso)

A Lei de Proteção a Testemunhas espanhola também determina que somente se aplica àquelas pessoas que estejam sob grave perigo ou ameaça, podendo os mecanismos de proteção abarcar o cônjuge (ou pessoa que mantenha relação de afetividade análoga), ascendentes, descendentes e irmãos.

O Artigo 2º aborda as medidas a serem aplicadas pelo Juiz Instrutor da investigação, que adotará, de ofício ou mediante provocação, as medidas protetivas à testemunha no caso concreto diante do grau de risco e perigo suportado por ela, conforme previsto no artigo segundo da referida legislação:

Artículo 2.

*Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el **Juez instructor** acordará motivadamente, **de oficio o a instancia de parte**, cuando lo estime necesario en atención al **grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:***

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

*c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario.*⁴⁴ (grifo nosso)

Interessante o fato de que a legislação espanhola preveja institutos de proteção às testemunhas dentre eles à identidade, ao domicílio, à profissão e ao local

⁴³ *ibidem*

⁴⁴ *ibidem*

de trabalho, e ainda afirme que tais medidas não poderão afetar o direito ao contraditório que assiste a defesa do acusado, muito embora, não deixe claro quais medidas o juiz deverá adotar no sentido de se garantir o direito defensivo.

O artigo 3º elenca medidas necessárias a proteção da identidade das testemunhas, inclusive determinando aos órgãos responsáveis ao recolhimento de qualquer material (fotográfico, videográfico ou qualquer outro) que possibilite a identificação da testemunha.

Determina ainda que haverá um órgão responsável pela adoção das medidas de proteção da testemunha durante todo o curso do processo, ou ainda mesmo após o término nos casos em que ainda exista perigo grave à testemunha, casos em que o “*Ministerio Fiscal*” (órgão responsável pelo gerenciamento do programa de proteção à testemunha espanhol) providenciará nova identidade, e meios financeiros para mudança de residência e local de trabalho. A testemunha também poderá solicitar escolta para comparecimento a todos os atos judiciais.

O artigo 4º e último determina que o juiz natural para processamento e julgamento da ação penal se pronunciará motivadamente sobre a procedência, manutenção, modificação, supressão ou revogação acerca das medidas de proteção adotadas pelo juiz que presidiu a investigação.

Artículo 4.

1. *Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos **se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción**, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate.*

2. *Las medidas adoptadas podrán ser objeto de recurso de reforma o súplica.*

3. *Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley. En tal caso, el plazo para la recusación de peritos a que se refiere el artículo 662 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se computará a partir del momento en que se notifique a las partes la identidad de los mismos. En los cinco días siguientes a la notificación a las partes de la identidad de los testigos, cualquiera de ellos podrá proponer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de su testimonio.*

4. *De igual forma, la partes podrán hacer uso del derecho previsto en el apartado anterior, a la vista de las pruebas solicitadas por las otras partes y*

admitidas por el órgano judicial, en el plazo previsto para la interposición de recurso de reforma y apelación.

5. Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes.⁴⁵ (grifo nosso)

A Lei espanhola permite ainda que qualquer das partes (acusação ou defesa) possam requerer motivadamente que seja fornecido a identidade da testemunha e entendendo a pertinência poderá o juiz fornecer tal dado, respeitando as demais medidas de segurança adotadas.

O artigo prevê ainda que as provas testemunhais produzidas durante a fase investigatória mediante o anonimato da testemunha somente poderão ser utilizadas como meio de prova na prolação da sentença caso sejam ratificadas, por aqueles que prestaram tais declarações anteriormente, durante a fase da ação penal propriamente dita (*Enjuiciamiento Criminal*) e caso seja impossível a ratificação do depoimento (realizado durante a investigação), deverá ser feito a leitura integral/literal do depoimento durante a instrução para que possa ser contraditado pelas partes.

A Lei de Proteção à Testemunha espanhola teve uma preocupação importante na preservação dos direitos do acusado, embora a meu ver não pareça ser o suficiente, pois mesmo com a previsão expressa de que o parâmetro norteador seja a avaliação entre o conflito do direito à integridade física da testemunha e os direitos do contraditório do acusado, tais dispositivos legais não resolveram a mitigação dos direitos do acusado frente à proteção da testemunha.

O Brasil não prevê de forma expressa a ocultação da testemunha como no dispositivo espanhol, mas a praxe de vários tribunais tem sido o anonimato sob a alegação de proteção da testemunhas arroladas pela acusação. Embora a ocultação seja a exceção na Lei de Proteção à Testemunha no Brasil, ela vem sendo adotada com regra.

⁴⁵ *ibidem*

3.2 Portugal

O programa de proteção à testemunha português é tratado pela Lei nº 93, de 14 de julho de 1999⁴⁶, contemporâneo ao nosso.

Diferentemente da legislação espanhola, a de Portugal é extensa e minuciosa como a brasileira.

Ao todo são 33 artigos, divididos em sete capítulos e assim como a espanhola também traz expressamente a previsão de ocultação da testemunha que colabore com a investigação criminal, porém lança mão de institutos não previstos nos outros diplomas legais já mencionados, como a possibilidade de realização de teleconferência, aplicação do programa mesmo quando não haja grave risco a integridade das testemunhas “especialmente vulneráveis” (crianças e idosos).

Curiosamente o diploma português em seu Artigo 31º- A traz como medida adicional de proteção o instituto da concessão de moratória àquelas testemunhas que como resultado da sua colaboração com justiça se encontrem em situação patrimonial que as impossibilitem de cumprir obrigações pecuniárias para com o Estado ou outras entidades públicas, mediante proposta fundamentada da Comissão de Programas Especiais de Segurança. Mais intrigante ainda é o fato de que o benefício terá caráter confidencial e urgente.

No artigo 1º, assim como na Lei espanhola, tem a previsão da excepcionalidade da aplicação das medidas de proteção à testemunhas, sendo assegurado o contraditório que garanta o justo equilíbrio entre as necessidade de combate ao crime organizado e o direito de defesa.

Ponto diferente dos demais diplomas estudados até agora se refere a possibilidade de medidas de proteção às pessoas especialmente vulneráveis (crianças e idosos) mesmo que não haja perigo a sua integridade.

Artigo 1.º

Objecto

1 - A presente lei regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal **quando a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor**

⁴⁶ PORTUGAL. Lei nº 93, de 14 de julho de 1999. Dispõe sobre as medidas de proteção das testemunhas no processo penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=234&tabela=leis&so_miolo=> Acesso em: 10 de junho de 2016.

consideravelmente elevado sejam postos em perigo por causa do seu contributo para a prova dos factos que constituem objecto do processo.

2 - As medidas a que se refere o número anterior podem abranger os familiares das testemunhas, as pessoas que com elas vivam em condições análogas às dos cônjuges e outras pessoas que lhes sejam próximas.

3 - São também previstas medidas que se destinam a obter, nas melhores condições possíveis, depoimentos ou declarações de pessoas especialmente vulneráveis, nomeadamente em razão da idade, mesmo que se não verifique o perigo referido no n.º 1.

4 - As medidas previstas na presente lei têm natureza excepcional e só podem ser aplicadas se, em concreto, se mostrarem necessárias e adequadas à protecção das pessoas e à realização das finalidades do processo.

5 - É assegurada a realização do contraditório que garanta o justo equilíbrio entre as necessidades de combate ao crime e o direito de defesa.⁴⁷ (grifo nosso)

O diploma português prevê expressamente a possibilidade da ocultação da testemunha por distorção da imagem e/ou da voz, a fim de evitar reconhecimento dela.

Nas legislações brasileiras e espanholas assim como na legislação portuguesa em seu artigo 4º determina que as medidas de proteção devem se fundar em circunstâncias que revelem intimidação ou elevado risco de intimidação da testemunha.

Artigo 4.º

Ocultação da testemunha

1 - Oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público, do arguido, do assistente ou da testemunha, o tribunal pode decidir que a prestação de declarações ou de depoimento que deva ter lugar em acto processual público ou sujeito a contraditório decorra com **ocultação da imagem ou com distorção da voz, ou de ambas, de modo a evitar-se o reconhecimento da testemunha.**

2 - A decisão deve fundar-se em factos ou circunstâncias que revelem intimidação ou elevado risco de intimidação da testemunha e mencionará o âmbito da ocultação da sua imagem ou distorção de voz.⁴⁸ (grifo nosso)

O diploma português inova em relação aos outros ao introduzir o sistema da teleconferência como modalidade de proteção à testemunha, podendo ainda nesses casos ocorrer a distorção da imagem e/ou da voz.

⁴⁷ PORTUGAL. Lei nº 93, de 14 de julho de 1999. Dispõe sobre as medidas de proteção das testemunhas no processo penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=234&tabela=leis&so_miolo=> Acesso em: 10 de junho de 2016.

⁴⁸ *ibidem*

Artigo 5.º

Teleconferência

1 - **Sempre que ponderosas razões de protecção o justifiquem, tratando-se da produção de prova de crime que deva ser julgado pelo tribunal colectivo ou pelo júri, é admissível o recurso à teleconferência, nos actos processuais referidos no n.º 1 do artigo anterior.**

2 - A teleconferência pode ser efectuada com a **distorção da imagem ou da voz, ou de ambas**, de modo a evitar-se o reconhecimento da testemunha.⁴⁹ (grifo nosso)

Nesses casos deverá acompanhar a testemunha inquirida por teleconferência um juiz que ficará encarregado de juramentá-la.

O diploma português determina que o juiz deverá evitar qualquer pergunta formulada que indirectamente revele a identidade da testemunha.

Artigo 13.º

Não revelação de identidade

Sempre que não deva ser revelada a identidade da testemunha, cabe especialmente ao juiz que preside ao acto evitar a formulação de perguntas que induzam a testemunha a fornecer indirectamente a sua identidade.⁵⁰

A Lei 93/1999, estabelece expressamente em seu artigo 16 a ocultação do conhecimento da identidade da testemunha quando:

Artigo 16.º

Pressupostos

A não revelação da identidade da testemunha pode ter lugar durante alguma ou em todas as fases do processo se estiverem reunidas cumulativamente as seguintes condições:

a) O depoimento ou as declarações disserem respeito a **crimes de tráfico de pessoas, de associação criminosa, de terrorismo, de terrorismo internacional ou de organizações terroristas ou, desde que puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a oito anos, a crimes contra a vida, contra a integridade física, contra a liberdade das pessoas, contra a liberdade ou autodeterminação sexual, de corrupção, de burla qualificada, de administração danosa que cause prejuízo superior a 10 000 unidades de conta, ou cometidos por quem fizer parte de associação criminosa no âmbito da finalidade ou actividade desta;**

⁴⁹ PORTUGAL. Lei nº 93, de 14 de julho de 1999. Dispõe sobre as medidas de protecção das testemunhas no processo penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=234&tabela=leis&so_miolo=> Acesso em: 10 de junho de 2016.

⁵⁰ *ibidem*

- b) A testemunha, seus familiares, a pessoa que com ela viva em condições análogas às dos cônjuges ou outras pessoas que lhes sejam próximas correrem um grave perigo de atentado contra a vida, a integridade física, a liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado;
- c) Não ser fundadamente posta em dúvida a credibilidade da testemunha;
- d) O depoimento ou as declarações constituírem um contributo probatório de relevo.

Esse dispositivo elenca a importância da proteção da testemunha no combate ao crime organizado e crimes de maior potencialidade lesiva aos bens juridicamente tutelados pelo Estado.

Além do Artigo 16, a legislação portuguesa ainda possibilita um recurso complementar de não identificação da testemunha, mesmo após o término do processo assim como nas legislações espanhola e brasileira.

Portugal adotou um modelo de Programa Especial de Proteção à Testemunha análogo ao modelo adotado no Brasil, assim como uma Comissão de Programas Especiais de Segurança (artigos 22 e 23 da Lei 93/99) muito parecidos com o nosso PROVITA:

Artigo 22.º

Conteúdo do programa especial de segurança

1 - O programa especial de segurança inclui a aplicação de uma ou várias medidas administrativas de protecção e apoio, eventualmente complementadas por regras de comportamento a observar pelo beneficiário, convenientemente articuladas.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, constituem medidas de protecção e apoio, entre outras, as seguintes:

- a) Fornecimento de documentos emitidos oficialmente de que constem elementos de identificação diferentes dos que antes constassem ou devessem constar dos documentos substituídos;**
- b) Alteração do aspecto fisionómico ou da aparência do corpo do beneficiário;**
- c) Concessão de nova habitação, no País ou no estrangeiro, pelo tempo que for determinado;**
- d) Transporte gratuito da pessoa do beneficiário, do agregado familiar e dos respectivos haveres para o local da nova habitação;**
- e) Criação de condições para angariação de meios de subsistência;**
- f) Concessão de um subsídio de subsistência por um período limitado.**

3 - Se o programa especial de segurança incluir regras de comportamento, a sua inobservância dolosa implica a supressão do programa.

4 - A decisão de supressão do programa prevista no número anterior é, salvo manifesta impossibilidade, precedida de audição do beneficiário.

Artigo 23.º

Comissão de Programas Especiais de Segurança

1 - É criada a Comissão de Programas Especiais de Segurança, na dependência directa do Ministro da Justiça, a quem caberá estabelecer e assegurar a efectivação dos programas especiais de segurança.

2 - A Comissão de Programas Especiais de Segurança é constituída por um presidente e por um secretário, nomeados pelo Ministro da Justiça, um juiz judicial e um juiz do Ministério Público com experiência no domínio do combate à criminalidade violenta e organizada, indicados, respectivamente, pelo Conselho Superior da Magistratura e pelo Conselho Superior do Ministério Público, e por um representante do Ministro da Administração Interna, por este designado.

3 - As decisões da Comissão são tomadas por maioria simples de votos, tendo o presidente voto de qualidade.

4 - Os membros da Comissão são nomeados por um período de três anos, renováveis.⁵¹ (grifo nosso)

No Brasil, embora os principais objetivos sejam a garantia da integridade física da testemunha que colabore com investigação criminal, o que realmente motivou sua edição foi a tentativa de combate ao crime organizado, principalmente o tráfico de drogas e, talvez, por esse motivo, o legislativo brasileiro não tenha se preocupado em adotar expressamente que as garantias constitucionais do acusado serão observadas.

Nesse ponto a legislação brasileira é omissa, uma vez que não deixa claro que as medidas de proteção não poderão limitar os direitos de defesa, muito embora se trate de direitos constitucionalmente garantidos.

Diferentemente do Brasil a Espanha adota um sistema em que há um Juiz que presidirá a investigação e outro que presidirá a instrução e julgamento, razão pela qual a Lei Orgânica nº 19/1993 determine que o Juiz que aplicará inicialmente as medidas de proteção será o Juiz da investigação devendo, posteriormente, o Juiz da que presidirá a instrução e julgamento fundamentar a manutenção, modificação, supressão ou revogação das medidas anteriormente adotadas.

⁵¹ *ibidem*

3.2 Comparação entre os dispositivos legais de proteção à testemunha

Percebemos que os dispositivos estudados são similares em diversos pontos, principalmente no tocante às medidas de proteção à testemunha.

Os dispositivos português e espanhol são similares no que se refere a ocultação da testemunha diferindo da legislação pátria, que não deixa essa previsão tão expressa, porém isso não quer dizer que essa prática não seja adotada pelo poder judiciário brasileiro.

Um ponto curioso no estudo é em relação à lei portuguesa que estabelece inclusive a possibilidade de concessão de moratória de dívidas para com o Estado de testemunha incluída no programa de proteção à testemunha, caso fique comprovado que em razão da participação do programa e do auxílio no processo penal ela não tenha condições de arcar com as dívidas.

A legislação espanhola é bem sucinta trazendo em seu bojo como princípio norteador a garantia de proteção à testemunha sem que isso prejudique os princípios constitucionais do direito de defesa do acusado, porém não deixa isso clara no dispositivo legal, ficando a cargo do juiz no caso concreto quais medidas deverão ser adotadas para que o acusado não seja prejudicado.

A portuguesa nesse quesito é o oposto da legislação espanhola, ela é extensa e detalhista, no entanto não é garantista, uma vez que os institutos protecionistas garantidos às testemunhas vão de encontro aos direitos do acusado em processo criminal.

Faço essa observação uma vez que o instituto da ocultação da testemunha deverá ser observado mesmo durante a audiência de instrução, ou seja, o juiz responsável pelo ato irá filtrar todas as perguntas formuladas tanto pela acusação tanto pela defesa com a finalidade de se evitar que a verdadeira identidade dela desvendada.

Outro ponto que não respeita os direitos do acusado na legislação portuguesa é a realização de teleconferência com a utilização de mecanismos de distorção de voz e imagem, a fim de não se identificar a testemunha.

O judiciário brasileiro, seguindo a tendência de outros países, tem adotado a testemunha oculta com certa frequência, embora a legislação pátria seja no sentido

de que essa modalidade de proteção à testemunha seja a exceção, e que somente será aplicada após a aplicação de outras medidas de proteção, consoante determina o Art. 7º:

Art. 7º Os programas compreendem, dentre outras, as seguintes medidas, aplicáveis isolada ou cumulativamente em benefício da pessoa protegida, segundo a gravidade e as circunstâncias de cada caso:

I - segurança na residência, incluindo o controle de telecomunicações;

II - escolta e segurança nos deslocamentos da residência, inclusive para fins de trabalho ou para a prestação de depoimentos;

III - transferência de residência ou acomodação provisória em local compatível com a proteção;

IV - preservação da identidade, imagem e dados pessoais;

V - ajuda financeira mensal para prover as despesas necessárias à subsistência individual ou familiar, no caso de a pessoa protegida estar impossibilitada de desenvolver trabalho regular ou de inexistência de qualquer fonte de renda;

VI - suspensão temporária das atividades funcionais, sem prejuízo dos respectivos vencimentos ou vantagens, quando servidor público ou militar;

VII - apoio e assistência social, médica e psicológica;

VIII - sigilo em relação aos atos praticados em virtude da proteção concedida;

IX - apoio do órgão executor do programa para o cumprimento de obrigações civis e administrativas que exijam o comparecimento pessoal.

(...)

Art. 9º Em casos **excepcionais** e considerando as características e gravidade da coação ou ameaça, poderá o conselho deliberativo encaminhar requerimento da pessoa protegida ao juiz competente para registros públicos objetivando a alteração de nome completo.

§ 1º A alteração de nome completo poderá estender-se às pessoas mencionadas no § 1º do art. 2º desta Lei, inclusive aos filhos menores, e será precedida das providências necessárias ao resguardo de direitos de terceiros.

§ 2º O requerimento será sempre fundamentado e o juiz ouvirá previamente o Ministério Público, determinando, em seguida, que o procedimento tenha rito sumaríssimo e corra em segredo de justiça.

§ 3º Concedida a alteração pretendida, o juiz determinará na sentença, observando o sigilo indispensável à proteção do interessado:

I - a averbação no registro original de nascimento da menção de que houve alteração de nome completo em conformidade com o estabelecido nesta Lei, com expressa referência à sentença autorizatória e ao juiz que a exarou e sem a aposição do nome alterado;

II - a determinação aos órgãos competentes para o fornecimento dos documentos decorrentes da alteração;

III - a remessa da sentença ao órgão nacional competente para o registro único de identificação civil, cujo procedimento obedecerá às necessárias restrições de sigilo.

§ 4º O conselho deliberativo, resguardado o sigilo das informações, manterá controle sobre a localização do protegido cujo nome tenha sido alterado.⁵² (grifo nosso)

Ao realizar pesquisas acerca do tema encontrei alguns julgados sobre a ocultação da testemunha, vejamos:

Apelação 990090687770 São Paulo - 12ª Câmara de Direito Criminal - Relator Breno de Freitas Guimarães Júnior - 04/08/2010 - Votação: Unânime - Voto nº: 16618 Ementa: **PROVA - Testemunha - Arrolamento - Omissão dos dados qualificativos - Proteção pelo Provimento n. 32/00, da Corregedoria do Tribunal de Justiça - Inconstitucionalidade - Descabimento - Declarações prestadas submetidas ao crivo do contraditório pela defesa técnica - Inexistência de violação ao princípio da ampla defesa - Nulidade - Inocorrência - Preliminar rejeitada. USO DE DOCUMENTO FALSO - Caracterização - Acusado que abordado por investigadores de polícia apresentou voluntariamente cédula de identidade e carteira nacional de habilitação falsas - Pretensa ocultação de vida desabonadora pregressa - Delito configurado - Condenação mantida - Recurso não provido.**⁵³ (grifo nosso)

No mesmo sentido:

Habeas Corpus 00831275020118260000 - São Paulo - 16ª Câmara de Direito Criminal - Relator Otávio Augusto de Almeida Toledo - 28/06/2011 - Votação: Unânime - Voto nº: 6492. Ementa: **PROVA - Testemunha - Ocultação de seu nome no rol da inicial acusatória - Testemunha protegida - Cerceamento de defesa não caracterizado - Nulidade - Inocorrência - Acesso aos dados necessários ao exercício da ampla defesa - Registro constante de livro sob a guarda de escrivão - Possibilidade de vista ao defensor do réu - Prejuízo não verificado - Ordem não concedida.**⁵⁴

Percebo que o Judiciário adotou a ocultação da testemunha como regra, independentemente da aplicação de outros mecanismos de proteção previstos na Lei nº 9.807/99, e adota essa prática sob a alegação de proteção da testemunha, olvidando-se dos direitos constitucionais do acusado.

⁵² **BRASIL.** Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

⁵³ Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/jurisprudenciaConsultar.do>> Acessado em: 1º de junho de 2016.

⁵⁴ Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/jurisprudenciaConsultar.do>> Acessado em: 1º de junho de 2016.

3.3 A testemunha oculta *versus* direitos do acusado

Não se pode admitir em nenhum país que se proclame como um Estado Democrático de Direito supressão de direitos e garantias fundamentais previstos na constituição.

Percebemos que não só tanto o Brasil quanto Portugal e Espanha estão adotando a testemunha oculta em seus ordenamentos jurídicos, embora sejam signatários de tratados internacionais que garantem ao acusado o direito ao contraditório, à ampla defesa e à publicidade dos atos do processo.

A sociedade moderna caminha paradoxalmente para uma ampliação dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente ao mesmo tempo em que cria exceções de sua implementação, aqui no Brasil se permite a testemunha oculta sob a alegação de proteção da testemunha e combate ao crime organizado, enquanto na Espanha se permite sua utilização no combate ao terrorismo, por exemplo.

Entendo a necessidade de se criar mecanismos de proteção à testemunha, de se combater o crime organizado ou o terrorismo, mas com certeza a melhor opção não se encontra na mitigação dos direitos constitucionais do acusado.

SARLET⁵⁵ comenta a importância dos direitos e garantias fundamentais em uma sociedade moderna:

Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração no âmbito do direito constitucional e do assim chamado direito internacional dos direitos humanos. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a álbum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições. Todavia, em que pese este inquestionável progresso na esfera da sua positivação e toda a evolução ocorrida no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais, representado pelo esquema das diversas dimensões (ou gerações) de direitos, atua como indicativo seguro de sua mutabilidade histórica, percebe-se que, mesmo hoje, no limiar do terceiro milênio e em plena era tecnológica, longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional***. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. p. 21

A história do direito nos mostra os trágicos períodos pelos quais a sociedade já foi submetida e pelas práticas que hoje consideramos bizarrices (processo inquisitorial), porém sob as mais diversas alegações estamos retroagindo nas conquistas de inúmeros direitos, que diga-se de passagem custaram muito caro para simplesmente serem afastados sob qualquer que seja a justificativa.

PACELLI e FISCHER⁵⁶ citam alguns pontos importantes acerca do poder de punir do Estado, o qual me filio totalmente, vejamos:

A partir de uma acusação, deve o Estado envidar todos os esforços para o cabal esclarecimento dos fatos, **na perspectiva da defesa**. E não porque seria ele (Estado) generoso ou bondoso em relação aos seus cidadãos. Mas, porque, como já assinalamos em diversas oportunidades, o **conhecimento pós-moderno, em todos os setores de coexistência humana, deve se orientar pela prudência, quanto à validade de suas conclusões. Isso, no âmbito de uma teoria ou da filosofia do conhecimento.**

Portanto não podemos aceitar que os direitos dos acusados sejam mitigados sob a alegação de proteção à testemunha ou ainda como mecanismo de combate ao crime organizado.

Defendo a tese de que os institutos legais (brasileiro, português e espanhol) são inconstitucionais ao permitirem a ocultação da testemunha.

⁵⁶ PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 533.

4. CONCLUSÃO

A Lei nº 9.807/99 foi criada com o principal intuito de proteger as testemunhas e vítimas que se sentirem ameaçadas e que possam contribuir com a investigação ou com o processo penal.

É dever do Estado proteger todos os seus cidadãos, principalmente aqueles que se encontrem em situação de risco, como ocorre em alguns casos envolvendo vítimas e testemunhas em processo penal.

Porém, o Estado não pode legitimar o desrespeito aos direitos do acusado sob a alegação de proteção da integridade física e psicológica das vítimas e das testemunhas, pois há mecanismos próprios de proteção criados pela Lei nº 9.807/99.

Entendo que os direitos do acusado são tão importantes quanto o direito de proteção das vítimas e testemunhas, no entanto a utilização da testemunha oculta fere os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da publicidade dos atos do processo.

Acredito que há outras maneiras de se garantir a integridade física e psicológica das vítimas e testemunhas ameaçadas sem desrespeitar os direitos do acusado, como por exemplo a escolta policial, mudança de endereço e a mudança do local de trabalho daquelas pessoas que se sentirem ameaçadas, como já previsto na própria Lei nº 9.807/99 e no PROVITA/DF.

Assim o Estado garante a integridade física e psicológica das vítimas e das testemunhas e garante também os princípios constitucionais dos acusados (ampla defesa, contraditório e publicidade dos atos do processo).

Defendo que as pessoas devem ser punidas pelas condutas ilícitas praticadas, mas defendo mais ainda que o Estado assuma com cautela o poder punitivo, pois a utilização dos modelos institucionalizados de desrespeito ao acusado, denunciado ou condenado não é a solução para garantir a integridade física das vítimas e das testemunhas e também não é a solução para o problema social da violência.

A doutrina alerta para os perigos da violência institucionalizada:

E a aplicação do Direito Penal tem início em um processo também de conhecimento, dos fatos e do direito, a ser buscado segundo regras específicas e aceitas pelo ordenamento (provas e decisões judiciais). Nesse passo, a situação de inocência – até que se prove o contrário –

deve ser levada a sério. Evidentemente, não se quer com isso diminuir a importância da atuação dos órgãos públicos responsáveis pela persecução penal. Não. A tutela penal dos direitos fundamentais, acolhida expressamente em nossa Constituição, em vários dispositivos (inafiançabilidade para determinados crimes, garantia da ação penal subsidiária pelo ofendido etc.), segue merecendo todos os cuidados.

No entanto, como o Estado atua com poder e até com violência institucionalizada, deve ele se acautelar contra as armadilhas da certeza definitiva sobre as investigações que promove e leva a cabo.⁵⁷

Por isso sou defensor dos direitos do acusado e considero inconstitucional a utilização da testemunha oculta tanto no Brasil, quanto em Portugal e na Espanha, uma vez que afronta o princípio do contraditório, da ampla defesa e da publicidade dos atos do processo.

⁵⁷ PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 533.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BONFIM, Edílson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html > Acessado em: 05 de junho de 2016.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acessado em 05 de junho de 2016.

_____. **Decreto nº 3.518, de 20 de junho de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3518.htm> Acessado em 05 de junho de 2016.

_____. **Decreto nº 4.671, de 10 de abril de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D4671.htm> Acessado em 05 de junho de 2016.

_____. Distrito Federal. **Lei nº 3.404, de 02 de agosto de 2004**. Disponível em: <<http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-94866!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>>. Acessado em: 05 de junho de 2016.

_____. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9807.htm>. Acessado em: 05 de junho de 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 00831275020118260000. Relator Otávio Augusto de Almeida Toledo. Data do Julgado: 28 de junho de 2011. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/jurisprudenciaConsultar.do?jsessionid=BDC577D4649D408226F5B94199F3DC58.gcn195>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 990090687770. Relator Breno de Freitas Guimarães Júnior. Data do Julgado: 04 de agosto de 2010. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/jurisprudenciaConsultar.do?jsessionid=BDC577D4649D408226F5B94199F3DC58.gcn195>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva: 2011.

Choukr, Fauzi. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**, SP, ed. Revista dos Tribunais, 1995. Apud MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e o Sigilo no Inquérito Policial**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 62, mar 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6003>. Acesso em 30 de maio 2016.

ESPANHA. **Ley Organica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos em Causa Criminales**. Disponível em: <<http://legislacion.derecho.com/ley-organica-19-1994-deproteccion-a-testigos-y-peritos-en-causas-criminales>>. Acesso em: 10 de junho de 2016.

FERNANDES, Antônio Scarence. **Processo Penal Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prova e Sucedâneos de Prova no Processo Penal Brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/86288>>. Acessado em 28 de maio de 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

LOPES, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. _____ . **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.

LUCENA, Arthur Vidal. **O Conselho Deliberativo da CONDEL/DF**. 2010. Disponível em: <<http://www.vidaeventude.org.br>>. Acessado em: 25 de maio de 2016.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Princípio da Verdade Real no Processo Judicial Brasileiro**. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/209/202>. Acessado em: 25 de maio de 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Aspectos do sistema de proteção às testemunhas nos EUA (Witness Security Program - WITSEC)**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=753>. Acesso em 03 de junho 2016.

_____. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 5 ed. São Paulo; Atlas, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de novembro de 1985**. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIIPAG3_6_28.htm>. Acessado em: 06 de junho de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 9 ed. São Paulo: Forense, 2015.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PORTUGAL. **Lei nº 93, de 14 de julho de 1999**. Dispõe sobre as medidas de proteção das testemunhas no processo penal. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=234&tabela=leis&so_miolo=>> Acesso em: 10 de junho de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acessado em: 27 de maio de 2016.

SOUZA, Eduardo Francisco. **Interrogatório Judicial: a Entrevista Prévia e Reservada com Defensor e Participação das Partes**. 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista55/Revista55_278.pdf>. Acessado em 27 de maio de 2016.