

REVISITANDO O SISTEMA INQUISITORIAL: O INCISO I DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS¹

Lisandro Luís Wottrich

Defensor Público. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor da Graduação e da Pós-graduação em nível de Especialização na área de Ciências Criminais da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Professor da Pós-graduação em nível de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor da Pós-graduação em nível de Especialização em Direito Penal e Processual Penal do Complexo de Ensino Superior Meridional - IMED. Diretor Cultural e professor visitante da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do RS. Conselheiro da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado do Rio Grande do Sul. Integrante do Núcleo Penal do Centro de Apoio Operacional da Defensoria Pública do Estado do RS.

Resumo: O objetivo do texto é fazer uma leitura crítica da produção antecipada de provas prevista no artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal brasileiro, a partir da forma como prevista em Termo de Compromisso de Integração Operacional proposto pelo Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, em hipóteses de violência sexual praticada contra crianças e adolescentes, e desde um marco de preservação de direitos e garantias ao indiciado ou suspeito. A abordagem pretende, outrossim, fazer um comparativo entre sistemas penais inquisitorial e acusatório, localizando a norma jurídico-penal em destaque, ademais de discutir a relação excepcionalidade da medida antecipatória de provas com a temporalidade da memória.

Palavras-chave: procedimento penal; sistema acusatório; produção antecipada de provas; memória.

Sumário: 1. Introdução 2. A criação do juiz-inquisidor e a quebra do sistema acusatório: ambição pela mitificação do herói 3. A memória como justificação para a produção antecipada de provas pelo juiz: um arrazoado insuficiente 4. Bibliografia.

¹ O presente artigo consiste em reelaboração de parecer apresentado pelo autor junto a à Defensoria Pública do Estado do RS, por solicitação desta, no mês de agosto de 2009, referente à proposição do Poder Judiciário gaúcho para que a Defensoria Pública participasse de Termo de Compromisso de Integração Operacional, a envolver várias entidades, cujos itens pertinentes estão expostos no texto.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2009 ajustou-se o Termo de Compromisso de Integração Operacional proposto pelo Poder Judiciário no Estado do Rio Grande do Sul, estando em fase de implementação, envolvendo várias instituições, quais sejam, a 1ª e 2ª Varas da Infância e da Juventude de Porto Alegre, o Ministério Público Estadual, a Delegacia de Polícia para a Criança e o Adolescente Vítimas de Porto Alegre, o Hospital Municipal Materno-Infantil Presidente Vargas, a Coordenação dos Conselhos Tutelares de Porto Alegre, a Fundação de Proteção Especial do Rio Grande do Sul, a Fundação de Assistência Social e Cidadania de Porto Alegre, o Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Porto Alegre, as Secretarias Municipais da Saúde e Educação, e as Secretarias Estaduais da Saúde e Educação pontuando-se como marco para sua realização *a evolução quantitativa dos crimes de violência sexual praticados contra crianças e adolescentes, a dificuldade de apuração de materialidade e autoria de tais delitos, a escassez de vestígios materiais e de testemunhas, o direito da criança e do adolescente em serem ouvidos em tempo adequado e razoável e com a proteção contra sofrimentos durante o processo judicial, assim como a dificuldade de notificação de tais infrações penais pelas vítimas*, por uma série de fatores no Termo discriminados.

Nesse esteiro, o citado Termo expressou que a minimização de tais percalços passa pela *produção antecipada de provas*, com fulcro no art. 156, I, do Código de Processo Penal, de forma a *resguardar a memória de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas, tornando a prova judicial mais segura e confiável*, atividade para a qual as diversas instituições compromissadas devem envidar o máximo esforço, aí incluídas a necessidade de o Ministério Público postular tal antecipação judicial, assim como, à Defensoria Pública, concordar em ser previamente intimada para *todos* os atos processuais condizentes à produção antecipada de provas, para a hipótese de o suspeito comparecer ao ato sem defensor privado constituído.² O presente texto,

²A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, em acatando o parecer, houve por não aceitar tal proposição, apenas afirmando continuar a exercer seu papel institucional, qual seja, o de proporcionar a quem precise de assistência jurídica a disponibilização de um defensor público, mas sem a obrigatoriedade de intimar-se de todos os atos processuais com antecedência, antes de o próprio suspeito requerer-lhe a assistência.

pois, centra-se na análise do art. 156, I,³ do CPP, com a sua previsão de produção antecipada de provas, na forma como proposta no Termo, vale dizer, utilizada com o fim precípua de superação do desgaste da memória da vítima, de imediato colhendo a prova pertinente à violência sexual praticada contra crianças e adolescentes.

2. A CRIAÇÃO DO JUIZ-INQUISIDOR E A QUEBRA DO SISTEMA ACUSATÓRIO: AMBIÇÃO PELA MITIFICAÇÃO DO HERÓI

Primeiramente, não se desmerece o que motivou a proposta do compromisso, pelo contrário, tendo em vista a prioridade absoluta com que se há de encarar tudo que envolve a criança e adolescente no trato estatal, aí incluída a delicada hipótese de serem sujeitos passivos em delitos de violência sexual. A preocupação demonstrada é digna, pois, de louvores, já que desvela interesse primordial de tutela. O olhar aqui praticado, porém, é outro.

Ocorre que os instrumentos utilizados para colocar em prática tal tutela, se de um lado podem conferir a aparência de serem protetivos das vítimas, de outro se revelam, clara e escancaradamente, ofensivos de um sistema de garantias individuais colacionado pela Constituição Federal e que, no âmbito penal, diz com a imposição de limites ao Estado, a evitar que, no afã da persecução penal satisfatória, venha a ofender direitos que protegem a pessoa do suspeito/indiciado/acusado de um delito. A crítica, dessarte, dirige-se ao disposto no art. 156, I, do CPP, instrumento processual previsto expressamente no vertente Termo de Compromisso.

Enquanto a redação original do art. 156 do CPP previa a possibilidade de o julgador ordenar, de ofício, diligências, durante o processo judicial, para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes (para o julgamento da causa criminal), ou seja, possibilitar que o julgador produzisse provas pertinentes ao esclarecimento de materialidade e autoria delitiva, a nova redação do aludido dispositivo – conferida pela Lei 11.690,

³ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.”

de 09.06.2008 – foi além, possibilitando ao juiz *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida*. Significa dizer que, a lume da letra fria da lei, o juiz pode produzir provas antes da existência de um processo-crime ajuizado pela parte competente (como sabido, Ministério Público - ação penal pública - ou ofendido - ação penal privada). O dispositivo é, no entanto, um retrocesso, desde um olhar que tenha por marco os ditames constitucionais, senão vejamos.

Como cediço, há uma dicotomia histórica sobre os sistemas processuais penais do Ocidente, cogitando-se, pois, dos sistemas acusatório (ou adversarial) e inquisitório, embora, hodiernamente, seja comum a fala de que nenhum dos sistemas seja puro, mas, sim, cada um deles apresente características do outro inseridas em seu contexto, a revelar, nesse tom, um sistema misto, ora com predominância de um, ora de outro. Outrossim, é corrente que essa divisão sistêmica se alicerça em dois pontos: a *divisão de funções* dentro do processo, e a *quem incumbe a gestão da prova*.

Nesse passo, se no sistema inquisitorial se tem a concentração das funções de acusar (e investigar), defender e julgar em uma só pessoa, o soberano, em um totalitarismo típico do Medieval e dos governos despóticos, no sistema acusatório opera-se a desconcentração das atividades processuais, retirando poderes do soberano e criando partes (logo, parciais), uma incumbida de acusar, outra de defender, deixando para aquele a função imparcial de julgar (terceiro *superpartes*⁴), proceder realizado a partir da prova trazida pelas partes.⁵ A função do soberano passa a ser tão-somente a de juiz da causa (o que não é pouco), desapegado das funções investigativo-acusadora e defensiva, atividades afeitas às partes comprometidas com o sucesso de seu pleito acusador (o ônus da prova é seu) e com o sucesso de seu pleito defensivo (garantido através da ampla defesa e do contraditório pleno).

⁴ Não no sentido de estar acima das partes ou ser melhor, mas, sim, no sentido de estar em posição para além dos interesses de acusação e defesa e para além dos seus próprios interesses individuais. Cf. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: _____ (Coord.). Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 11.

⁵ AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemã e brasileira. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009. p. 34.

O outro traço que matiza o sistema acusatório, e que vem na esteira do anterior, diz com a gestão da prova. Deveras, a divisão das posições no jogo processual penal implica delimitar fronteiras de atuação e, dentre elas, cerne se descortina fixar com clareza a atividade jurisdicional. Não sendo o juiz uma parte, mas um terceiro imparcial, há de se obstar que desborde da posição passiva de recebedor e valorador das provas apresentadas por aqueles que são efetivamente parciais. Na seara da prova, dessarte, o juiz deve ser um espectador, não um ator, a ele cabendo, sim, garantir a paridade de armas entre os litigantes, abandonando o papel investigativo-inquisidor típico do Medievo.⁶ No sistema acusatório, de efeito, o julgador não sai à caça de provas, senão que alcança a verdade a partir da valoração dos fatos revelados nos autos pelas partes.⁷

A imparcialidade que matiza a função julgadora impede que se confunda o juiz com o acusador-investigador, pois este detém como elemento constitutivo de sua posição o interesse, a parcialidade, está contaminado pela convicção que aflora de sua atuação no processo-crime, e que, naturalmente, desprestigia, desconsidera a posição contrária (se não sequer se tem processo). Quanto mais parcial for o acusador,⁸ mais imparcial será o juiz.

Com a prova, aliás, se pretendem fins predeterminados, quais sejam, *“objetivamente, el conocimiento de la verdad, y subjetivamente y a partir de ese conocimiento, la persuasión del tribunal.”*⁹ Se esses são os objetivos, inarredável que ao julgador não pode tocar tal providência, pois uma produção probatória que parta de sua iniciativa, de ofício, naturalmente persuadirá para a tomada de uma decisão que pode ser acolhedora da tese acusatória ou da tese defensiva, e, em as-

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. 2ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid : Trotta, 1997. p. 575.

⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Coimbra : Coimbra Editora, 1974. p. 247.

⁸ A impossibilidade da quadratura do círculo diz exatamente com querer acreditar ser o Ministério Público, quando acusador, imparcial, crença que se revela tão incompatível quanto ver no círculo um quadrado: “No es como reducir un círculo a um cuadrado, construir una parte imparcial? El ministerio público es un juez que se hace parte. Por eso, en vez de ser una parte que sube, es un juez que baja.” CARNELUTTI, Francesco. Lecciones Sobre el Proceso Penal: vol. 2. Trad. Santiago Melendo. Buenos Aires : Bosch, 1950. p. 99.

⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Proceso Penal. México : Editorial Porrúa, 2004. p. 59.

sim sendo, estará também naturalmente agindo como se parte fosse, desintegrando a função julgadora, então contaminada pela parcialidade.

No sistema acusatório, pois, as funções processuais estão devidamente separadas e, em especial, as atividades de acusador e julgador não se confundem. Fixado tal marco, não há controvérsias de que a Constituição Federal adota tal modelo, tendo em vista a previsão expressa das funções de julgar (Poder Judiciário), acusar (Ministério Público) e defender (Advocacia e Defensoria Pública), valendo a lembrança de que a função investigativo-preliminar, pré-processual, também vem devidamente expressada e com sujeito ativo delimitado (Polícias). Não é à toa que o pressuposto do processo penal democrático contemporâneo é uma sistematização constitucional desde o sistema acusatório, pois essas transparentes regras do jogo *“constituem-se como barreiras de contenção ao transbordar punitivo. Exatamente pela tendência dos sistemas punitivos em se aproximar da estrutura inquisitória, efetivando sua forma mais pura e revelando seu desejo mais íntimo: a vontade de punição.”*¹⁰

Nesse recanto, a leitura do art. 156, I, do CPP cede ao primeiro olhar (constitucional), revelando clara confusão de funções, porquanto possibilita ao juiz que se liberte das amarras da posição passiva em que figura no sistema acusatório, para vestir a armadura inquisitorial e sair investigar e arrecadar provas, em um misto monstruoso de autoridade policial e agente ministerial, criando-se, pois, a figura do *juiz instrutor-inquisidor*¹¹.

O alargamento do dispositivo, que já revelava, mesmo em sua redação original, uma grave herança do vetusto sistema inquisitorial, deixa uma janela aberta no processo penal pós-reforma para aberrações como o surgimento de juízes-justiceiros, sedentos pelo trabalho investigativo e descontentes com a inatividade que deve matizar o tra-

¹⁰ CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. p. 77.

¹¹ O termo é de Aury Lopes Júnior: “com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão.” LOPES JR., Aury. Bom para que(m)? Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, 2008, p. 10.

balho jurisdicional no campo da produção probatória, em verdadeira incorporação febril de “Nicholas Marshall”¹², dando azo à bandeira de que o julgador *deve* perseguir para reparar a injustiça sofrida pelo ofendido, substituindo o Poder Executivo quanto à função de proporcionar segurança pública.

Aliás, não é de hoje que o legislador confere albergue ao surgimento de julgadores com tal perfil, com um irrefreável apetite por tudo saber - e não há como deixar de lembrar Garapon¹³ -, porquanto de há muito carregou ao processo penal nacional ferramentas ao julgador para saciar tal apetite, possibilitando um sem número de atos processuais que, em um sistema legitimamente adversarial, seriam vedados ao juiz, como, a par da produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, buscas e apreensões, arrestos e sequestros, realização de diligências, oitiva testemunhas não arroladas, renovação do interrogatório a qualquer tempo, tudo de ofício e sem participação das partes no que diz com seu requerimento, assim como, ademais, aberrações jurídico-narcísicas do tipo poder condenar mesmo quando o acusador postular a absolvição ou reconhecer agravantes não suscitadas.

A referência a “Nicholas Marshall”, o juiz justiceiro do ecrã global, não é despropositado, senão que agudiza a relação julgador e herói. Deveras, o campo da investigação criminal, seja pré ou já processual, acaba sendo seara fértil para que o julgador se seduza pela ambição da mitificação do herói, ou seja, pela potência de internalizar o papel de alguém que fará as vezes de defensor-protetor da sociedade, indignado com a insegurança, riscos e medos com que todos vivemos - além de indignado com a apatia do Estado-investigador -, e que, no afã de fazer justiça, trocará o silente e gélido gabinete pela aventureira e atraente busca da *aletheia*¹⁴ e, por conseguinte, caça do inimigo,

¹² Nicholas Marshall era um juiz que durante o dia batia o martelo no Tribunal e, à noite, inconformado com o sistema penal, fazia justiça com as próprias mãos. Não por acaso, este seriado americano que foi transmitido na década de 90 no Brasil pela Rede Globo, detinha o título “Justiça Cega”.

¹³ GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: O Guardiã das Promessas. Tradução Maria Luiz de Carvalho. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

¹⁴ “Em grego, a verdade se diz *aletheia*, e é uma qualidade das próprias coisas. Logo, conhecer é dizer a verdade que está na própria realidade. Trata-se da idéia de verdade como correspondência.” KHALED JR., Salah H. *Ambição de Verdade no Processo Penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 29-30.

personificado no agente criminoso. Ele investigará antes mesmo que o investigador oficial o faça, pois o herói deve ser ágil; ele apurará os fatos e perseguirá a prova antecipando-se ao acusador oficial, pois o herói é impaciente por natureza no combate ao mal, e, de mais a mais, a segurança das pessoas *do bem* não pode esperar. Como gizam Castanho de Carvalho e Bittencourt Depaoli,¹⁵ não existe herói sem um vilão, papel facilmente cabível ao agente criminoso.

Essa internalização do mito pode ser considerada até poética, momento de sublimação individual, natural ao processo de mitificação, mais ainda quando se fala na ambição de ser herói, que diz muito com o fato de a pessoa *deixar sua marca*. Porém, desligado o ecrã, superada a inquisição medieval, não há lugar para retrocessos e involuções, corporificados em um retorno ao julgador parcial, interessado com o resultado. A sublimação de um, a ofensa ao outro, o desprezo às regras do jogo processual sob o princípio acusatório. Mas há quem gosta.

Nesse tom, tendo em vista que a Constituição Federal abarca o sistema acusatório, um devido processo legal-constitucional há de se ater a tal sistematização. Logo, introdução de normas como a inserta no art. 156, I, do CPP é uma prática flagrantemente inconstitucional, dado que se adere, pontuadamente, a um sistema inquisitório.

3. A MEMÓRIA COMO JUSTIFICAÇÃO PARA A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS PELO JUIZ: UM ARRAZOADO INSUFICIENTE

A atividade processual cerne do Termo de Compromisso aqui citado é a realização da produção antecipada de provas, cuja razão de ser parte dos seguintes pressupostos: *um*, que a vítima em situações de abuso sexual deve ser ouvida o mais rápido possível; *dois*, que a vítima deve ser ouvida o menor número de vezes, evitando-se, pois, que haja de depor sobre o fato em várias instituições; *três*, que a realização válida do ato servirá como informação segura aos vários procedimen-

¹⁵ CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo G.; BITTENCOURT DEPAOLI, Solon. Por que o juiz não deve produzir provas: a nova redação do artigo 156 do CPP (Lei 11.690/2008). Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 190, p. 6-7, set. 2008.

tos investigativos realizados pelas instituições compromissadas sobre o mesmo fato; e, *quatro*, há de se *preservar a memória da vítima e de eventuais testemunhas*.

Para concretizar tais proposições, elaborou-se no Termo uma releitura na distribuição de funções, sendo que à autoridade policial toca o compromisso de se *abster* de colher provas de forma direta junto à vítima, vale dizer, evitando de tomar seu depoimento em sede policial. Com relação ao Ministério Público, compromete-se a postular judicialmente a antecipação probatória, cabendo ao Poder Judiciário aceitar esse pleito, desde que regular e pertinente, nos termos legais. Pode parecer, pois, que o princípio acusatório estaria sendo observado, porquanto o titular da ação penal é quem move o juiz para a obtenção excepcional da prova, entretantes, essa impressão resta superficial e cede ante a visualização global do compromisso.

Ocorre, pois, que, ao invés de se exigir um incremento no aparato estatal investigativo-policial, o Termo faz por delegar essa atividade inicial de persecução ao juiz, tanto que impede que a autoridade policial (ente titular da persecução investigativa pré-processual) possa colher a prova principal, qual seja, a palavra da vítima. Como o Ministério Público não detém o poder de substituição da autoridade policial quanto à investigação preliminar, o ajuste praticamente torna imperioso e inafastável que, em todas as vezes em que ocorra abuso sexual contra criança ou adolescente, se proceda à produção antecipada e judicializada de provas. Por outro caminho se chega, pois, ao mesmo: a investigação será promovida pelo juiz, que assumirá o indevido papel de parte. E isso ainda que seja a postulação feita pelo Ministério Público, pois, em realidade, tal se consubstanciará apenas em um mecanismo de legitimação do juiz como *ator*, em um claro *faz-de-conta*.

Além de tolher a atividade policial, desconsiderando a razão de sua própria existência - investigar -, desacreditando sua aptidão no trato com vítimas menores de idade em delitos sexuais, burla-se o princípio acusatório, revisitando-se o sistema inquisitorial, ainda que, repisa-se, a idéia de que o Ministério Público faça o pedido judicialmente perpasse, superficialmente, outro o sentimento.

Na mesma senda, o Compromisso usa como argumento que o justifica o fato de que, em situações de abuso sexual envolvendo crian-

ças e adolescentes como ofendidos, haverá necessariamente um prejuízo na colheita da prova, consequência da imperfeição da memória humana. Vale dizer que, a par da idéia de minimização do sofrimento em prestar informações sobre a situação vitimizadora, e a par da uniformização na colheita da prova, a antecipação conseguirá superar os entraves humanos quanto ao resgate da memória, sempre sujeita ao esquecimento dos fatos da vida. A produção antecipada da prova evitará o esquecimento, preservando a memória dos fatos concernentes ao evento delituoso.

Ora, há uma insuficiência nessa justificativa, senão, mesmo, um engodo. A produção antecipada de provas é de natureza excepcional, ela consiste em um proceder atípico, e assim deve ser encarado, justamente em razão de se estar em um terreno por demais movediço, em que inexistente a figura formalizada de um acusado, havendo, no máximo, um suspeito ou um indiciado.¹⁶ Não por acaso, o próprio art. 156, I, dispôs sobre essa singularidade, ao prever nada menos que cinco requisitos para sua utilização: urgência e relevância da prova, sua necessidade, adequação e proporcionalidade, sendo que os dois primeiros dizem com a prova em si, enquanto os três últimos com a produção antecipada.¹⁷

Ao se querer judicializar a prova imediatamente com base nas imperfeições da memória o que se está a fazer é tornar a produção antecipada de provas algo comum, típico e regra nos casos para o qual o Compromisso foi estabelecido, porquanto a possibilidade de esquecimento é fator sempre presente na pessoa humana, algo comum, natural a nós.

Deveras, não é de hoje que os mais diversos autores tentam desvendar os meandros da memória, inserta na mais absoluta complexidade. Em cuidando o processo de uma reconstrução do passado, de uma presentificação do pretérito, a questão da memória assume posição crucial no desvendar dos fatos, sendo a ponte de ligação com os detalhes da ocorrência do delito. Ocorre que as limitações humanas no

¹⁶ "O indiciamento pressupõe um grau mais elevado de certeza de autoria que a situação de suspeito." LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*: volume I. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007. p. 301.

¹⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008. p. 36.

recontar o passado e que implicam na relatividade da verdade dos autos (nunca real, pois), dizem justamente com a dificuldade humana de preservação da memória dos acontecimentos, tendo em vista que, se já há uma clara dificuldade de apreensão do real enquanto nos utilizamos de nosso olhar sobre algo no presente,¹⁸ maior dificuldade ainda encontramos quando buscamos através da memória trazer à atualidade situações vividas ou presenciadas no passado.

Não que não possamos evocar em nossa mente imagens daquilo que em algum momento vivenciamos, mas essas imagens não serão uma reprodução exata, senão que uma interpretação, algo aproximado da experiência vivida, *“uma nova versão reconstruída do original”*, no postulado damasiano.¹⁹ E isso porque memória e esquecimento estão intimamente ligados. A memória precisa do esquecimento, precisa do desapego ao original, pois o armazenamento completo de todos os acontecimentos de nossas vidas, com sua riqueza de detalhes, levaria ao caos mental, pelo esgotamento da capacidade para tanto. Logo, ressignificações ao recontar situações vividas e gravadas na memória não podem ser encaradas com surpresa: a lembrança, em regra, não ambiciona a exatidão do passado (pela falta de capacidade para tanto).

Afora a hipótese muito provável de inexatidão humana na reprodução dos fatos vivenciados e postados na memória, vale a lembrança - por ora apenas de forma superficial - da possibilidade das chamadas *falsas memórias*, referentes a reproduções ou lembranças de eventos que, em realidade, não chegaram a acontecer, situação ocorrente *“porque determinadas informações armazenadas na memória são mais tarde evocadas como se fossem experiências vividas”*.²⁰

¹⁸ Como afirmou Merleau-Ponty na relação obra (pintura) e aquele que a contempla, “faltam ao olho condições de ver o mundo e faltam ao quadro condições de representar o mundo”, no sentido de que não faz sentido acreditar que uma obra conseguirá ser perfeita e acabada, tanto em função da imperfeição de quem pinta, como da imperfeição de quem vê. Nesse sentido, o mundo ainda está por se completar, nada indicando que algum dia alguém o consiga “pintar” por completo, ou mesmo que alguém o consiga apreender no todo. Pode-se saber o que se busca saber, porém, há de se ter a consciência de que o humano, por ser demasiado humano, está aquém das metas, pela impossibilidade de apreensão do todo. MERLEAU-PONTY, Maurice. O Olho e o Espírito. Tradução Paulo Neves; Maria Gomes Pereira. São Paulo : Cosac & Naify, 2004.

¹⁹ DAMÁSIO, Antônio. O Erro de Descartes. Emoção, Razão e Cérebro Humano. Tradução Portuguesa Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo : Cia. das Letras, 1996. p. 128

²⁰ STEIN, Lillian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. A Memória em Julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, nº 43, p. 153, abril-junho/2003.

Cientificamente pode-se assinalar que o transcurso do tempo pode transformar as recordações, por distorções internas ou por sugestões externas, intencionais ou acidentais, havendo aspectos que não podem ser desconsiderados na avaliação de um depoimento ou testemunho, quais sejam que *“a) o relato pode ser verdadeiro; b) o testemunho pode ser falso, fruto de uma simulação, ou seja, de uma distorção proposital dos fatos; c) o testemunho pode ser falso, baseado em memórias distorcidas através de processos cognitivos normais, seja de uma forma endógena ou exógena”*.²¹

Nesse recanto, justificar com a temporalidade da memória para a produção antecipada de provas, é o mesmo que não justificar, já que se deixa de lado o requisito inarredável da excepcionalidade.

É sabido, de outro lanço, que o Direito utiliza mecanismos que tentam enganar o esquecimento, como o registro e a publicidade dos atos processuais, tornando, pois, não perene a imagem dos fatos vividos por testemunhas e vítimas. Todavia, embora se tenha consciência de que o esquecimento é consequência natural ao ser humano, e de que se há de usar de métodos para burlá-lo, garantindo assim a presença da imagem via decodificação em fala e daí pela escrita, esses mecanismos não podem sobrepor-se a direitos conquistados a duras penas pelo cidadão acusado em um processo-crime.

A superação do esquecimento pelo processo penal não pode transformar-se em um fim a ser alcançado a qualquer custo, pois há valores constitucionais com os quais não se flexibiliza, sendo um deles o que diz com a garantia do devido procedimento legal. Em suma, pode-se e se deve fazer o possível, no âmbito jurídico, para proporcionar que provas não sejam apagadas pelo tempo, contudo também para esse atuar há regras a serem observadas, lembrando que o Estado-investigador é detentor de poderosa estrutura para levar a cabo essa tarefa de colher provas o mais rápido possível, sem que afete direitos e garantias do hipossuficiente acusado de uma infração penal.

²¹ STEIN, Lilian Miinitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. Obra citada, p. 153.

Sobre essa temática já pronunciou-se o STJ:²²

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. JUSTIFICAÇÃO EM TORNO DO ASPECTO TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. CONSTRANGIMENTO.

Causa constrangimento a decisão que aceita a produção antecipada de provas e se limita somente a justificá-la em torno da alegação de temporalidade da memória. No caso, é indispensável que o juiz aponte concretamente as razões do deferimento da medida, sobretudo no que diz respeito à sua necessidade e urgência, não cabendo mera presunção de perecimento das informações sobre o crime.

No mesmo esteiro o voto do Ministro Cezar Peluso, relator em *habeas corpus* julgado pelo STF, cujo excerto se transcreve, em que a Suprema Corte houve por indeferir a antecipação probatória postulada para suprir os defeitos da temporalidade da memória²³:

A prova testemunhal é, todos concordam, precária, decerto a mais precária das provas, mas é o menos por força da distância temporal entre o fato e o testemunho em juízo do que pelas notórias e insuperáveis deficiências da capacidade humana de perceber, reter e relatar o passado com fidedignidade. O testemunho, posto que isento e insuspeito, nunca é reconstituição viva, nem sequer retrato da história, cujo distanciamento tende apenas a agravar-lhe a inata imperfeição. E é esta a razão mesma por que lhe não atribui a lei processual, como princípio, nenhuma precedência singular na ordem dos atos instrutórios. Se fora urgente por natureza, mandaria a lógica que antecedesse sempre à própria instauração do processo, despindo-se do cunho excepcional que tem na produção antecipada e na produção *ad perpetuam rei memoriam*.

²² STJ, 6. Turma, RHC 21.519-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.09.2007, DJ 15.10.2007.

²³ STF, 2. Turma, HC 85.824-4-SP, j. 05.008.2008.

Descortina-se, pois, que a ser efetivado o vertente Compromisso, nos casos de abuso sexual em que ofendido é criança ou adolescente ter-se-á singular situação de desvirtuamento processual, como regra trazendo a oitiva de vítima e de testemunhas para momento pré-processual, em que inexistem provas suficientes para ajuizamento da devida ação penal, fazendo com que pessoa até o momento mera suspeita venha a suportar atos típicos do processo penal, embora não acusada formalmente.

Visualiza-se, dessarte, a clara possibilidade de criação de um novo procedimento penal não previsto entre os ritos verificados no CPP ou em legislação especial e, pasme-se, localizado em momento um tanto estapafúrdio, já que o principal momento de um efetivo processo judicial – a colheita probatória pelo julgador – será levado a cabo justamente em momento em que sequer processo judicial se tem. Mais: quando se excogita de produção antecipada de provas não se está, em realidade, limitando o leque de provas a serem produzidas, senão que, ao revés, possibilitando sua extensão, vale dizer, possibilitando que qualquer prova seja produzida de forma antecipada. Logo, por certo haverá quem queira não apenas tomar o depoimento da vítima criança ou adolescente, mas, aproveitando o ensejo – e em especial a presença do suspeito na audiência –, desde já tomar seu depoimento (sempre haverá quem excurse sobre o risco de fuga), ouvir testemunhas presenciais ou não, determinar buscas e apreensões e, quiçá, fazer o reconhecimento de pessoas e/ou coisas. Significa elaborar um procedimento de persecução penal totalmente novo e *antes* da existência do devido ajuizamento da devida acusação penal. Alteram-se as regras do jogo, defecção que faz por flexibilizar garantias constitucionais atinentes ao processo penal, garantias que sempre hão de se ter por naturalmente inflexíveis, já que, quanto a elas, descabe cogitar de composição, barganha ou negociata.

Pode parecer aceitável para muitos, em especial para quem vê o delito como a conduta do outro, nunca a potencialmente sua, mas inarredavelmente dá um passo largo em direção a um nefasto direito penal do inimigo, por demais ofensivo à pessoa sugerida como suspeita e que, na fase pós-delito, é o hipossuficiente.

4. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones Sobre el Proceso Penal: vol. 2*. Trad. Santiago Melendo. Buenos Aires : Bosch, 1950.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

CASTANHO DE CARVALHO, Luís Gustavo G.; BITTENCOURT DEPAOLI, Solon. *Por que o juiz não deve produzir provas: a nova redação do artigo 156 do CPP (Lei 11.690/2008)*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 190, p. 6-7, set. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*. In: _____. (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

DAMÁSIO, Antônio. *O Erro de Descartes. Emoção, Razão e Cérebro Humano*. Tradução Portuguesa Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo : Cia. das Letras, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón* □ *Teoria del Garantismo Penal*. 2ª ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madri : Trotta, 1997.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 1974.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O Guardiã das Promessas*. Tradução Maria Luiz de Carvalho. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Panorama del Proceso Penal*. México : Editorial Porrúa, 2004.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas(?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

KHALED JR., Salah H. *Ambição de Verdade no Processo Penal: desconstrução hermenêutica do mito da verdade real*. Salvador : JusPodivm, 2009.

LOPES JR., Aury. *Bom para que(m)?* Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, 2008.

_____. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: volume I*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *O Olho e o Espírito*. Tradução Paulo Neves; Maria Gomes Pereira. São Paulo : Cosac & Naify, 2004.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Maria Lúcia Campani. *A Memória em Julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 11, nº 43, p. 153, abril-junho 2003.