



## A PRODUÇÃO DE PROVA ORAL NO PROCESSO PENAL EM ÉPOCA DE PANDEMIA

Kennedy Josue Greca de Mattos

### Resumo

Devido ao cenário provocado pela pandemia do Covid-19, em que se torna necessário o estabelecimento de isolamento social e, por conseguinte a interação virtual, o processo penal acabou por se tornar praticamente eletrônico em sua plenitude, contando com sessões e audiências online, sustentações orais digitais, além de atendimento por mensagens ou chamadas. Verifica-se, na questão da produção de provas, o fato de existirem atos que podem acarretar nulidade futuramente, pois, por vezes, são violados preceitos fundamentais já consagrados em nossa Carta Magna. O objetivo do presente artigo, portanto, é analisar de que forma a produção de provas está sendo realizada e tratada nessa época de isolamento social, levantando exemplos e questionamentos acerca da temática.

**Palavras-chave:** produção de provas em época de pandemia; devido processo legal; interrogatório virtual.

### Abstract

Due to the scenario caused by the Covid-19 pandemic, in which it is necessary to establish social isolation and, therefore, virtual interaction, the criminal process ended up becoming practically electronic in its fullness, with online sessions and hearings, support digital oral, as well as answering by messages or calls. In the matter of the production of evidence, there is the fact that there are acts that may result in nullity in the future, since sometimes fundamental precepts that are already enshrined in our Constitution are violated. The aim of this article, therefore, is to analyze how the production of evidence is being carried out and treated in this time of social isolation, raising examples and questions about the theme..

**Keywords:** production of evidence in times of pandemic; due legal process; virtual interrogation

### INTRODUÇÃO

A constatação feita pela OMS (Organização Mundial de Saúde) a respeito da contaminação do Covid-19, declarando oficialmente a existência de uma pandemia transformou drasticamente a forma que as pessoas passaram a viver.

Tendo em vista a necessidade de isolamento social, surgiu a preocupação de manter ativos e funcionando os serviços básicos, necessários a manter a dignidade das pessoas, dentre eles a atuação do Poder Judiciário e no que nos interessa nesse estudo, o sistema penal que passou a ser fornecido de inteiramente virtual.

O processamento das ações penais de forma eletrônica em nosso país não é novidade. Todavia, a produção das provas de forma eletrônica, por videoconferências acabaram por causar uma crise no processo penal. Tal preocupação foi mencionada

em documento de trabalho CEJA da Facultad de Derecho da Universidad Alberto Hurtado (2020) a respeito do que ocorre na América Latina.

O método de produção das provas nas ações penais por meios virtuais acaba gerando certa inquietação, sendo obrigatória a reflexão a respeito da proteção dos direitos fundamentais do acusado durante a pandemia.

Se o direito é uma necessidade humana, os direitos fundamentais servem como limitadores do livre arbítrio social e proteção contra excessos do Estado.

Os direitos fundamentais constituem a base inviolável de um ordenamento jurídico, sem os quais os vínculos sociais restariam prejudicados. Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 73) leciona que:

A ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os Direitos fundamentais são, em verdade, concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental. A aplicação da noção de sistema ao conjunto dos Direitos fundamentais não é, contudo, inovadora e tem sido discutida acirradamente na dogmática constitucional nacional e estrangeira. É na doutrina e jurisprudência germânica que o tema provocou, antes mesmo do advento da atual Lei Fundamental, as maiores controvérsias.

Em nosso ordenamento jurídico, os direitos fundamentais ganharam notória importância com a Constituição Federal de 1988, buscando promover direitos sociais prestacionais e normas programáticas. Como leciona Schier (2009, p.5), a proteção dos direitos fundamentais vem abrigada em uma constituição escrita e rígida, sendo que

o texto constitucional, ainda, parece estabelecer um regime jurídico diferenciado de proteção aos direitos fundamentais. Deveras, a Constituição de 1988 define que os direitos fundamentais são auto-aplicáveis; prevê uma evidente cláusula de abertura desses direitos; cria imensa gama de garantias processuais para a proteção de posições jusfundamentais; insere tais direitos no rol das chamadas cláusulas constitucionais sensíveis (princípios e valores que, uma vez vulnerados, ensejam a deflagração de um processo de intervenção federal); declara esses direitos como invioláveis, dentre outras notas que expressam uma especial preocupação do constituinte brasileiro com a tutela dos direitos fundamentais. (*idem*, p. 6)

No cenário provocado pela pandemia do Covid-19, em que se torna necessário o estabelecimento de isolamento social e, por conseguinte a interação virtual, o processo penal acabou por se tornar praticamente eletrônico em sua plenitude,

contando com sessões e audiências online, sustentações orais digitais, além de atendimento por mensagens ou chamadas.

Contudo, o que agora ocorre durante o processamento do feito é a impossibilidade da demonstração e reprodução dos sentidos das partes, especialmente dos imputados. Nesse sentido, escreve Néfi Cordeiro (2020, p.1):

A partir desse momento extraordinário, em que a falta de alternativas torna quase incontroversa a necessidade do trabalho no lar, da não postergação de justiça pelos julgamentos remotos, muito se há de pensar sobre a continuidade dessas medidas. Não há como negar a crescente capacidade dos contatos virtuais desenvolverem também emoções, de permitirem a aferição e repetição de detalhes invisíveis ao contato pessoal (com aproximação e repetição de imagens...), mas não há sentimento igual ao olho no olho, à pele na pele.

A realização dos atos judiciais remotamente reduz custos e facilita a produtividade, mas perde na emoção, imprescindível a momentos marcantes do processo, como na prisão, no interrogatório e no julgamento. Não há como substituir-se o dia do acusado na corte, frente a seu juiz, pelo dia do acusado frente à tela do computador.

O que se tem verificado na questão da produção de provas, essencial ao devido processo legal, é o fato de existirem atos que podem acarretar nulidade futuramente, pois, por vezes, são violados preceitos fundamentais já consagrados em nossa Carta Magna.

O objetivo do presente artigo, portanto, é analisar de que forma a produção de provas está sendo realizada e tratada nessa época de isolamento social, especialmente quando a prova oral é produzida.

## **1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA NO PROCESSO PENAL**

No processo penal, é indispensável que os fatos que serão remetidos à apreciação do Judiciário sejam os mais exatos e fidedignos possíveis, visando auxiliar uma prestação jurisdicional justa à sociedade.

A prova exerce papel essencial para guiar o juiz para fundamentar suas decisões. Existe como sentido de “prova” dessa forma, segundo afirma De Plácido e Silva (1967, p. 1256), “(...) no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”.

Dessa feita, resta evidente a relevância da prova no processo penal para que o juiz possa averiguar todos os fatos trazidos aos autos e, dessa maneira, formar sua convicção para proferir uma dada decisão.

Assim, o direito a prova está intrinsecamente ligado ao do contraditório, o qual, por sua vez, segundo assevera Marco Antônio Marques da Silva (1997, p. 46) “(...) impõe a conduta dialética do processo. Isso significa dizer que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual com equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente”.

É importante destacar que o direito à prova também é corolário do direito de ampla defesa, este definido por Marques da Silva (*idem*, p. 48) como

(...) o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. É por isso que ela assume múltiplas direções: ora traduzir-se-á na inquirição de testemunhas, ora na designação de defensor dativo, não importando, assim, as diversas modalidades, em um primeiro momento.

Como se sabe, o direito de permanecer calado é desdobramento do direito à ampla defesa e da presunção de inocência, o qual, de acordo com os ensinamentos de Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2020, p. 211), surge

(...) como uma reação a uma concepção inquisitória de persecução penal, que tratava o investigado como objeto no processo. Assim, com a evolução histórica do nosso sistema, os imputados passam a ser sujeitos de direito, dotados de dignidade e liberdade para manifestar suas estratégias defensivas, podendo, inclusive, se valer do direito ao silêncio.

Não obstante, ainda segundo Cabral (*idem*), o direito de permanecer calado protege, obviamente, todo investigado, indiciado ou acusado num processo penal, pouco importando se ele se encontra preso ou não. Não tem nenhum sentido limitar uma garantia de tal relevância apenas às pessoas presas, já que a esfera jurídica do imputado, preso ou solto, ostenta a mesma dignidade de proteção.

Veja-se que, em decorrência dessas garantias, há o estabelecimento de limitações à produção das provas, as quais são mencionadas por Grinover, Scarance e Gomes Filho (1998, p. 120), a citar: a vedação de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; a vedação de utilização de provas formadas extra processuais, ou, ainda, colhidas na ausência das partes; a obrigação do juiz, quando determine a realização

de provas *ex officio*, de submetê-las ao contraditório das partes, que devem ainda participar de sua produção e ter oportunidade de oferecer contraprova.

Os autores concluem, dessa forma, que “(...) tanto será viciada a prova que for colhida sem a presença do juiz, como o será a prova colhida pelo juiz, sem a presença das partes (...) A concomitante presença de ambos – juiz e partes – na produção das provas é essencial à sua validade” (*idem*, p. 121).

Outrossim, outro aspecto que merece destaque no que diz respeito à prova, são os meios, os quais se caracterizam, segundo Pontes de Miranda (1947, p. 155), como “fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre fatos ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios”.

## **2 PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À PRODUÇÃO DA PROVA ORAL COLHIDA A DISTÂNCIA**

Não restam dúvidas quanto a importância constitucional do direito tratado nesse estudo. Contudo, devido a impossibilidade do comparecimento do imputado, das testemunhas ou dos peritos perante o Juiz em virtude do risco de contaminação, as audiências continuam sendo realizadas a distância. Então é preciso verificar se o direito fundamental a ampla defesa, ao silêncio e contraditório durante a produção da prova pode ser afastado, ou mesmo mitigado.

É relevante termos em mente que todos os direitos fundamentais, incluindo o da produção de provas, tem um núcleo essencial a ser preservado. A doutrina alemã, de acordo com Alexy (1999, p. 61), desenvolveu um pensamento que aplicado a um caso concreto, possibilita a aferição do que se chama de “núcleo essencial” de um determinado direito fundamental. O “núcleo essencial” seria, dessa forma, um conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve ser protegido sob pena de se atingir a essência do próprio direito, a fim de se evitar que este venha a ser aniquilado.

Na medida em que não se pode falar em direito absoluto nem mesmo em se tratando de direitos fundamentais, resta cristalino que todos os direitos fundamentais possuem limites. Nesse sentido, para solucionar prováveis problemas, surge o

pensamento doutrinário dos “limites imanentes” ou “limites dos limites”, sendo que tais limites devem ser baseados nos postulado da proporcionalidade e da razoabilidade para que não se corra o risco de haver qualquer violação dos direitos fundamentais. Assim explana Gilmar Mendes (2010, p. 393-394)

Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou "limites dos limites", que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.

Sendo assim, respeitando-se os limites do núcleo essencial do direito a produção da prova, exercício da ampla defesa e contraditório feita na presença do Juiz, ou ainda de manter-se em silêncio, verificamos que pode existir uma restrição incompatível com a constituição. Como Alexy (2008, p. 296) escreve:

Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restrigibilidade.

Quando disserta sobre o nosso ordenamento jurídico, Schier (2007, p.8) defende que a compreensão das cláusulas pétreas está vinculada à fundamentação da preservação do núcleo essencial.

Preservado o núcleo essencial, parte da doutrina entende ser possível a restrição desses direitos fundamentais. Nesse sentido, Alexy (2008, p. 285) complementa acerca do significado de restrições: “O que significa restringir a realização de um princípio de direito fundamental é algo demonstrado de forma paradigmática por meio das normas mandatórias e proibitivas”.

Sobre a utilização de videoconferência, em nota técnica contrária à doutrina que a defende, o Ministério Público de São Paulo (2020, p. 3 e 4) elencou pontos favoráveis ao sistema virtual, o que não violaria, segundo o texto, o núcleo dos direitos fundamentais, a citar:

- (i) A economia a ser gerada com a adoção dessa modalidade de interrogatório. (...)

(ii) A celeridade que essa espécie de interrogatório propicia – saliente-se – tanto em favor da sociedade como em prol do próprio réu. (...)

(iii) A segurança. Não apenas da segurança da população que fica imune às fugas de presos durante o trajeto ao fórum, arrebatados que são, ainda nas viaturas, por membros de suas facções criminosas. Mas na segurança também do réu que, dispensado de se dirigir ao fórum, não fica à mercê de toda sorte de infortúnios, como acidentes automobilísticos, ataques promovidos por rivais, etc.

Outro ponto que merece destaque na nota técnica em questão (idem, p. 6), é o fato de já existir interrogatório nesse mesmo molde via carta precatória.

Quanto à questão da presença do réu, a mesma nota (idem, p. 6 e 7) cita:

Primeiro que não se tem notícia de interrogatório no qual o juiz tenha feito consignar que, ao formular determinada pergunta, viu-se o réu, por exemplo, acometido de intenso rubor facial ou de tremor nas mãos. Segundo que essa espécie de constatação viria carregada por tamanho subjetivismo que a tornaria incapaz de conter algum valor probatório ou de prestar-se como elemento de defesa em favor do réu.

(...)

A propósito, essa questão que envolve a presença da pessoa, em vista do avanço tecnológico propiciado pela informática, é algo a ser meditado. Estar presente, nos dias atuais, não implica, necessariamente, na ocupação do mesmo espaço físico.

(...)

É, antes, a constatação de uma nova realidade que se abre, gostemos ou não, cujas consequências estão postas, de forma irreversível.

Como vimos, há essa defesa dessa possibilidade de restrição a direitos fundamentais, sendo por uma liberalidade do titular desse direito ou por uma permissão concedida ao Estado, ditada agora pela existência de uma pandemia que exige necessariamente um juízo de ponderação.

### **3 IMPOSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS ORAIS ONLINE NO PROCESSO PENAL**

Abandonando o raciocínio anterior, a preocupação maior é que durante esse período tão delicado de isolamento social e do distanciamento do juiz da causa, provas sejam produzidas sem a presença das partes para a condenação do réu.

O primeiro ponto a ser verificado é a forma como os interrogatórios judiciais vêm sendo realizados nesse período de isolamento social.

O ato do interrogatório detém um caráter misto, como meio de prova e também de defesa. Dessa feita, é obrigatório que as partes sejam necessariamente esclarecidas sobre o mesmo, conforme, aliás, previsto na Lei 10.793/2003.

Sobre a matéria, Aury Lopes Júnior (2010, p. 207) assevera:

O interrogatório deverá ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça a sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como um dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.

Nesse tempo de restrições presenciais para a realização dos interrogatórios, eles têm sido realizados à distância, o que, apesar da facilidade que a tecnologia nos traz, acaba pondo fim à presença física entre as partes e o juiz.

René Ariel Dotti (2008, p. 139) escreve que:

a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se esconde por trás da máscara do delinquente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, no afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão.

Ademais, ainda conclui René Dotti (*idem*) “é preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se esconde por trás da máscara do delinquente”.

Além disso, o direito à presença do juiz é um direito fundamental disposto no artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos e a nossa Carta Magna, ao prever o princípio do devido processo legal, em seu artigo 5º, LIV, dispõe que todos os atos processuais devem seguir a lei, inclusive sobre a designação prévia do local onde estes ocorrerão. Não é diverso o que estabelece o Código de Processo Penal ao determinar que os atos processuais deverão ocorrer em sedes dos juízos e tribunais, consoante artigo 792, comparecendo o acusado perante a autoridade judiciária para ser interrogado, conforme artigo 185.

Acerca da temática, o ministro Cezar Peluso fundamenta que “em termos de garantia individual, o virtual não vale como se real ou atual fosse, até porque a expressão perante não contempla a possibilidade de interrogatório on-line” (HC 88.914, rel. min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 05/10/07).

Mas, não existe previsão de realização de interrogatório virtual em se tratando de acusado solto. Veja-se que tal procedimento é previsto no §2º do artigo 185 e no §3º do artigo 222, do Código de Processo Penal.

Como visto acima, portanto, a videoconferência pode ocorrer no interior dos Fóruns, estabelecimentos prisionais e outros estabelecimentos do judiciário, na presença física de um juiz, momento em que são resguardados com maior eficácia as garantias processuais, com o amplo acesso dos réus, testemunhas e vítimas à defensores públicos ou privados, cartorários, representantes do Ministério Público Estadual e Federal.

As garantias inerentes à realização da videoconferência, aliás, estão previstas na Resolução do Conselho Nacional de Justiça sob nº 105, de 06.04.2010, nos incisos do artigo 7º.

De mais a mais, é evidente que as providências tomadas para se evitar a disseminação do vírus não podem restringir direitos e garantias fundamentais como o contraditório e ampla defesa, e o direito à produção de provas.

Como pontuado pelos autores Fernando Faria, Filipe Broeto e Valber Melo:

A situação de pandemia deve ser encarada de forma responsável pelos componentes do Sistema de Justiça Criminal (Poder Judiciário, OAB, ABRACRIM etc.). Não é razoável traduzir em regra a possibilidade excepcional elencada na cabeça do art. 185 do CPP, por mais que se esteja a enfrentar um inimigo invisível.

(...)

No foco desse ângulo, por mais bem-intencionada que seja, a medida contraria o contraditório (assegurado pelo art. 5º, LV, CRFB/88), pela ausência de igualdade processual (paridade de armas), dado o desequilíbrio entre o órgão da acusação oficial e a defesa na realização do interrogatório. A restrição do exercício da autodefesa é evidente. Em hipóteses específicas de persecução penal, a restrição convola-se em aniquilação, ou seja, a autodefesa será levada a zero.

(...)

Em adendo, a banalização da videoconferência no processo penal viola os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 9º, item 3)3. Fratura abertamente o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esses diplomas asseguram como direito básico da pessoa humana a “conduta imediata à presença de um Magistrado ou de outro habilitado para o exercício das funções judiciais.

Assim, como Gustavo Badaró (2016, p. 35) assevera, a banalização da videoconferência constitui uma violação do princípio também da proporcionalidade, ao restringir o da autodefesa e contraditório, bem como o da produção de provas.

Por fim, concluem, ainda, os autores Fernando Faria, Filipe Broeto e Valber Melo:

A utilização em larga escala de critérios amórficos de persecução penal (em busca de uma assepsia que contraria objetivamente) – da videoconferência,

acaba por reduzir a zero a empatia entre as pessoas humanas envolvidas no processo penal oficial, que define mais nitidamente a posição desproporcional do acusado e de sua defesa técnica. Ninguém pode duvidar do distanciamento informacional entre a narrativa de tortura (i) realizada pelo ambiente virtual, remoto, marcada pela insensibilidade; e (ii) realizada com evidência física.

Quanto a possibilidade da colheita da prova por videoconferência, Tarsila Guimaraes, em artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Democracia, da Unibrasil (2008, p. 17 e 18), conclui que

(...) não se pode, a pretexto da necessidade de redução de custos, justificar a utilização da videoconferência. Está-se diante de direitos fundamentais, com os quais o Estado não pode jamais transigir. Este é um do ônus do monopólio do ius puniendi e da própria segurança pública (art. 144 da CF/1988). Afinal de contas, todo Estado Democrático de Direito tem seu preço.

Outro aspecto que preocupa e que poderia gerar nulidade do processo é o disposto no Ofício Circular n. 035/2020-CGJ, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Veja-se:

A realização de reconhecimento por vítimas de crimes por meio do sistema proposto não deve ser priorizada. Por outro lado, não se verifica empecilho nos casos em que o réu for confessado ou em que o ato de reconhecimento não seja essencial à solução da lide. Caso se opte por realizar o reconhecimento de pessoas por meio de aplicativo, recomenda-se encaminhar à vítima foto do perfilamento de pessoas, pois desta forma é possível a ampliação da imagem pela testemunha.

O grande problema do ofício diz respeito ao trecho de “ato de reconhecimento que não seja essencial à solução da lide”, quando, sabe-se que no cenário atual, o reconhecimento ainda possui elevado valor probatório quando comparado com demais provas.

Assim demonstrou uma pesquisa realizada por Stein e Ávila sobre a temática, a qual indagou qual o grau de influência, por exemplo, do reconhecimento feito pela vítima: 45% dos atores judiciários entrevistados disseram ser decisivo para a conclusão, enquanto 30% informaram depender de outras provas.

Outro problema encontrado é que, segundo Pedro Zucchetti Filho, o reconhecimento de pessoas comporta três modalidades: o alinhamento (conforme regulamentado no art. 226 do CPP), o reconhecimento fotográfico (considerado prova atípica e, a despeito de não previsto normativamente, mesmo assim muito frequentemente utilizado pelas polícias) e o showup, consistente na exibição do

suspeito da prática do crime de forma isolada e após sua prisão em flagrante. Este é, dentre os três, o mais sugestivo e maior fonte de indução de erros.

Portanto, o dilema maior reside no modo em que é feita a averiguação da identificação via aplicativo, o que traz diversos questionamentos pertinentes, como pondera Pedro Zucchetti Filho:

Como averigar as dúvidas e hesitações do reconhecedor? As incertezas? E a declaração de confiança, colhe-se exitosamente de que forma? Mediante registro audiovisual por aplicativo? E quem garante que a vítima/testemunha não conversou sobre o assunto durante a diligência (através de sinais ou símbolos de algum terceiro que com ela compartilhou o mesmo aposento)?

E a qualidade da imagem na tela do computador ou do smartphone pertencente à vítima ou à testemunha, como contorna-se isso? Ou imagina-se que todas elas tenham algum dispositivo eletrônico de última geração e que forneça, assim, imagem em alta definição, reduzindo, ainda que não satisfatoriamente, a possibilidade de ocorrer algum falso alarme – leia-se: falso reconhecimento positivo?

Não bastasse isso, sabe-se hoje que, segundo aponta a psicologia do testemunho, independentemente de o reconhecimento ser realizado sequencial ou simultaneamente (ambos têm se mostrado, em geral, igualmente eficazes na prevenção de falsos reconhecimentos) importa, acima de tudo, que em hipótese alguma seja o suspeito exibido isoladamente, o que vai de encontro com o que determina o ofício ao meramente “recomendar” o emprego de fotos.

Uma das maiores problemáticas do art. 226 do CPP foi reproduzida no tópico citado do ofício.

De todo o exposto, percebe-se que parte da doutrina se rebela contra o uso das provas colhidas a distância, por videoconferências e embora o momento exija que seja imprimida celeridade ao processo penal, o que importa é verificar se os direitos fundamentais estão sendo violados durante a produção de provas em dias de pandemia.

## **CONCLUSÃO**

Conforme demonstrado neste artigo, a colheita de prova virtual, mesmo não sendo novidade em nosso ordenamento jurídico e mesmo que venha sendo tratada com bastante relevância e atenção, tem sofrido severas críticas. Parte da doutrina se mostra contrária a sua existência afirmando que os direitos fundamentais a ampla defesa e contraditório estariam sofrendo violações agora durante a pandemia.

Ainda, procuram demonstrar com veemência que a mitigação desses mandamentos constitucionais vem sendo sacrificados pelo sistema de colheita de

provas por videoconferência adotado pelo Estado, invadindo o campo das garantias e direitos fundamentais inerentes ao processo penal

Como afirmam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 141): “os problemas jurídicos começam a partir do momento que se constata uma “invasão” na área de proteção de um direito fundamental. Essa invasão é feita, quase sempre, por uma autoridade estatal”.

Assim, no decorrer do tempo, como escrevem Galvão e Duarte (2017, p. 19-20) observa-se, que em diversas situações, há casos de desrespeito aos direitos fundamentais e também ao seu núcleo essencial, em virtude da violação de sua pretensão de generalidade.

Embora vivamos em tempos excepcionais, em que é necessário a tomada de decisões que garantam a continuidade da prestação jurisdicional, fato é que muita reflexão ainda deve ser feita sobre o tema a fim de evitar que garantias fundamentais continuem sendo afastadas no âmbito do processo penal. No mais, existem direitos consagrados em nossa Constituição que não podem ser sonegados a ninguém e sob qualquer pretexto, mesmo em termos excepcionais como o cenário atual nos traz.

É relevante mencionar que o direito à prova, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa são também corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo leciona Ingo Sarlet (2015, p. 111) tem sido reiteradamente considerada por muitos como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram, aspecto que nos remete ao problema de uma eventual relativização da dignidade e da necessidade de uma ponderação. “(...) precisamente no âmbito da função hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais”, mas sobretudo “(...) de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida”.

Assim, também escreve Ingo Sarlet (*idem*, p. 127), não há como deixar de reconhecer a existência de situações em que se verifica ao menos uma autolimitação de determinado direito. Entretanto, a relevância do tema está em analisar as exigências da dignidade da pessoa concretamente no que diz respeito a sua maior ou

menor vulnerabilidade, justamente no exercício da sua autonomia da vontade no âmbito do consentimento informado.

Muito embora exista forte argumentação acerca da impossibilidade de produção de provas a distância em época de pandemia, não se pode negar que vivemos em gravíssima situação de saúde pública que atenta contra a ordem pública, em que se impõe a realização de atos por videoconferência até que seja encontrada a tão esperada cura ou vacina contra o vírus.

Atos como o interrogatório do réu, além de ter previsão nos incisos I, II, III do artigo 217 do CPP, contando com a discricionariedade do juiz para deferir e bem orientar a produção das provas. Situações assim, descritas por Flaviane de Magalhães Barros (2009, p. 58): “hipóteses de catástrofes, estado de emergência, estado de sítio, organização de grupos armados que atentem contra o Estado Democrático de Direito”, podem perfeitamente ser comparadas a pandemia causada pelo coronavírus.

Concluo portanto, que o direito à prova de forma virtual deve ser melhor analisada, a fim de proteger os agentes contra ações arbitrárias do poder estatal, visando proteger o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana. No entanto, no presente momento em que é necessária a prestação jurisdicional, a medida excepcional do interrogatório por videoconferência, nos termos do inciso IV, do §2º, do art. 185, do CPP, mostra-se plenamente viável.

## **Referências**

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático:** Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In Revista de Direito Administrativo, n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999.

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstaciada dos fatos como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: Acordo de Não Persecução Penal. S. Paulo: D'Plácido, 2020.

CORDEIRO, Néfi. **A pandemia da Covid-19 e as tecnologias na persecução criminal.** Conjur: 5 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/hefi-cordeiro-pandemia-tecnologias-persecucao-criminal>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário Jurídico.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2<sup>a</sup> ed., 1967. Vol. III.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

DOTTI, René Ariel Dotti. **O Interrogatório por Videoconferência e as Garantias Constitucionais do Réu.** Leituras Complementares de processo Penal, Jus Podivm, Salvador, 2008.

EUGENIO FLORIAN. **Delle Prove Penale**, 1921. Vol. 1º, pág. 2. Apud MAGALHÃES NORONHA, Edgar. Curso de Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 1983.

FARIA, Fernando; BROETO, Filipe; MELO, Valber. **Pandemia, direitos e processo penal por correspondência.** Olhar Jurídico. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=932&artigo=pandemia-direitos-e-processo-penal-por-correspondencia>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

GALVÃO, Ciro di Benatti. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Direitos Fundamentais, Dominação Estatal e Democracia Substantiva. **Revista Unibrasil - Direitos Fundamentais e Democracia.** Vol. 17, 2017. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1078/520>. Acesso em: 23 de março de 2020.

GRECO, Leonardo. Prova no processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva. (coords.). Linhas mestras do processo civil. São Paulo: Atlas, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** São Paulo. Ed. Saraiva, 5<sup>a</sup> ed., 1998.

GRINOVER, Ada P., FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** São Paulo: RT, 6<sup>a</sup> ed., 1998.

GUIMARAES, Tarcila. Interrogatório por videoconferência e os direitos fundamentais. **Revista Unibrasil - Direitos Fundamentais e Democracia.** Vol. 04, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/106/105>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (nemo tenetur se detegere)? In Boletim IBCCrim, ano 20, jul/2012, n. 236. Disponível em <<http://www.ibccrim.org.br/>>, acessado em 11.08.2020

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** São Paulo: Millenium. 2003.

## A PRODUÇÃO DE PROVA ORAL NO PROCESSO PENAL EM ÉPOCA DE PANDEMIA

---

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilles; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. NOTA TÉCNICA n° 3 - Interrogatório judicial por videoconferência. S. Paulo: 2020. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Execucao\\_criminal2/Nota%20T%C3%A9cnica%20n.%203.2020-CSP%20Relat%C3%B3rios%20Inspe%C3%A7%C3%A7%C3%B5es.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Execucao_criminal2/Nota%20T%C3%A9cnica%20n.%203.2020-CSP%20Relat%C3%B3rios%20Inspe%C3%A7%C3%A7%C3%B5es.pdf). Acesso em: 2 de agosto de 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2. Ed. Editora Forense. 2015.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **O interrogatório a distância – on-line**, Boletim do IBCCrim, n. 42, 1996.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 1947. Vol. II, pág. 155. Apud MARQUES, José Frederico. “Instituições de Direito Processual Civil”. Campinas: Millennium Editora, 1ª edição atualizada, 2000. Vol. III.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2015

\_\_\_\_\_, **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. S. Paulo: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: Campo de Tensão. **Revista Unibrasil - Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 6, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/234/228>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZUCCHETTI FILHO, Pedro. O reconhecimento pessoal no Processo Penal em meio ao coronavírus. Justificando. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/05/12/o-reconhecimento-pessoal-no-processo-penal-em-meio-ao-coronavirus/>. Acesso em: 15 de agosto de 2020.

