A Prova Testemunhal sob a Ótica da Imediação Processual Penal[1]

Décio Alonso Gomes

Doutor em Direito processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes; Especialista em Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra do Ministério da Defesa; Professor de Direito Processual Penal e Direito Penal Econômico da Graduação e Pós-Graduação em Direito do Ibmec/RJ e da Escola Superior de Advocacia da OAB-RJ; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Testemunha indireta; 3. Testemunha anônima; 4. Depoimento do agente infiltrado; 5. Depoimento de vulnerável

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, testemunha é definida como o sujeito, diverso das partes e estranho ao *caso penal*, que é chamado a juízo por iniciativa das partes (ou, excepcionalmente, por ordem direta do juiz), a fim de render, sob a forma oral, uma declaração que tenha por objeto a reconstrução histórica ou a representação narrada dos fatos relevantes para o julgamento, ocorridos anteriormente e por ele sentido ou percebido por meio dos seus próprios sentidos, *de visu vel auditu*.[2]

As declarações testemunhais[3] são consideradas, nesta linha, instrumentos representativos da realidade, porquanto elas podem evocar

1 Texto produzido a partir de: ALONSO GOMES, Décio. **Prova e imediação no processo penal.** Salvador: JusPodivm, 2016.

2 Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili.** 3ª ed. Torino: UTET, 2010, pp. 573-574. O autor destaca que, com a evolução, este conceito foi reservado ao denominado *testemunho direto*, no qual o sujeito narra um fato histórico a que teve acesso por meio do direto e pessoal conhecimento. Admite, excepcionalmente, a figura do *testemunho indireto* (ou *de relato* ou ouvir dizer), no qual a testemunha adquire o conhecimento do fato sobre o qual é chamada a depor, ao invés de confiar em sua própria capacidade de observação ou percepção direta, se referindo a outra pessoa (seja uma parte ou um terceiro), a partir da qual ela assuma ter aprendido indiretamente o fato.

3 O procedimento probatório a ser destacado na prova testemunhal estende-se às declarações do ofendido, dos peritos e dos assistentes técnicos.

direta ou indiretamente, através da fala, a imagem do fato a ser provado, mas isso não significa que à sequência argumentativa aplicada às afirmações de um declarante não se encaixe uma atividade do tipo indutivo ou abdutivo, destinada a alcançar conclusões cognitivas não implícitas nas premissas externadas.

A configuração do testemunho como prova[4] pressupõe a observância do procedimento dialético ou contraditório, segundo o marco de garantias extraído das convenções internacionais de direitos humanos, que preveem o direito das partes de fazer interrogar as testemunhas.

Basta que seja respeitada a referida participação na formação da prova, pouco importando a maior ou menor intensidade com que o direito interno regulamenta o respectivo procedimento. E, sob este enfoque, é irrelevante, por exemplo, se as perguntas das partes são formuladas diretamente à testemunha ou por intermédio do juiz.[5]

Para o Direito brasileiro, a qualificação do testemunho como prova pressupõe a intervenção do juiz na sua produção. Essa característica, aponta a doutrina,[6] resulta da aplicação do princípio da imediação.[7]

A intervenção judicial na produção da prova tem duas finalidades: a primeira finalidade é cognitiva, no sentido de permitir uma maior intensidade no contato do destinatário da prova com os dados probatórios;[8] a

4 SCARANCE FERNANDES lembra com propriedade que são três os caracteres do testemunho: a *oralidade*, a *objetividade* e a *retrospectividade*. Em regra, a prova testemunhal é colhida por depoimento oral, art. 204 do CPP, sendo excepcionais os casos em que se admite depoimento escrito, conforme art. 192 e parágrafo único do art. 223, ambos do CPP (SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Processo penal constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 82). Neste particular, anote-se que o princípio da imediação não só exige que o juiz ouça direta e pessoalmente a testemunha, como que seja esta que fale e se expresse direta e pessoalmente ante a presença do juiz. Assim, não se considera como verdadeira prova testemunhal a declaração prestada fora do processo e consignada em ato notarial. Contudo, e sempre com caráter excepcional, por razões de justiça material, se não existe outro meio de provar um determinado fato, e com todas precauções e reservas, poderia outorgar-se um certo valor probatório a uma declaração assim realizada. Neste sentido: CLIMENT DURÁN, Carlos. **La prueba penal.** Tomo I. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 117-118.

5 No entanto, sob o enfoque da imediação, a questão é de grande relevância: as *técnicas de interrogatório* apontam que o sistema de perguntas diretas é mais eficiente quando se pretende observar a reação imediata da pessoa questionada. Quando as perguntas são mediadas ou repassadas pelo juiz, a testemunha tem um tempo – ainda que ínfimo – para pensar na resposta que deve dar. Sobre a questão da *afetação do contexto*: LANUZA TORRES, Juan José de; LILLO CAMPOS, Francisco Javier. **Interrogatorio: tecnología de la comunicación en el ámbito jurídico.** 2ª ed. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidade, 2011, pp. 142 e ss.

6 ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Tereza Arruda. **Manual de direito processual civil.** Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 247.

7 Dentro de um conceito próprio, é possível definir o instituto da seguinte forma: *princípio da imediação consiste na contemporânea e contínua interação comunicacional entre juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório do processo, desde sua iniciação* (ALONSO GOMES, Décio. **Prova e imediação no processo penal.** Salvador: JusPodivm, p. 56).

8 O que pode ser atenuado no caso de *provas colhidas* a *distância*, quando o juiz que conduz a colheita da prova não é o juiz que prolatará a decisão. Esta *quebra de imediação* pode ser contornada pela utilização de ferramentas comunicacionais e tecnológicas modernas, como a videoconferência.

segunda finalidade é de controle, na medida em que a intervenção judicial possibilita não somente um controle de legalidade sobre a prova, mas principalmente de pertinência e relevância, evitando, assim, abusos ou mesmo esforços desnecessários.

Ainda nessa segunda característica, uma das principais vantagens do testemunho oral é a agilização do controle do juiz e das partes sobre a veracidade das declarações, com a possibilidade de contestar imediatamente a cada antinomia, ambiguidade ou imprecisão de significação contida no depoimento e, sobretudo, de observar a atitude (timbre de voz, expressão do rosto, etc.) da testemunha durante sua declaração.[9]

No campo da observação, além dos elementos verbais, permite-se valorar na audiência os gestos, as atitudes, as confusões e as surpresas do declarante, posturas que permitem ao julgador a formação da sua íntima convicção acerca da veracidade ou mendacidade das declarações.

O valor da prova testemunhal está associado à credibilidade da fonte e à confiabilidade do conteúdo, no sentido da verossimilhança em relação ao objeto da prova.[10] Aliás, neste ponto, a legislação brasileira é bastante precisa: *A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber,* explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (art. 203 do CPP).[11]

Dentro do conceito de imediação como interação comunicacional, a prova testemunhal tem a finalidade de transmitir ao julgador e às partes

9 Daí a importância do exame direto (*direct determination*) e do exame cruzado (*cross examination*) para a produção da prova testemunhal, que viabilizam a produtividade da confrontação e do diálogo direto e franco entre juiz, partes e declarantes.

10 No ordenamento brasileiro, a testemunha está submetida aos deveres de *comparecer*, *prestar o depoimento* e *dizer a verdade*. Este último dever (*de dizer a verdade*) é o substituto nacional relativo ao *oath* (juramento) dos ordenamentos ligados à *common law*, mas se presta à idêntica finalidade: tentar condicionar a testemunha à declaração autêntica sobre o seu conhecimento sensório. E assim procede-se visando a uma maior credibilidade das declarações. Na mesma linha, o *dever de comparecer* apresenta-se como mecanismo de reforço da imediação, pois, em circunstâncias normais, a prova testemunhal deve praticar-se na presença de quem irá julgar. Apenas em casos excepcionais, por razões de impossibilidade relacionadas à testemunha, se pode prescindir deste comparecimento pessoal. Neste sentido: CLIMENT DURÁN, Carlos. **La prueba penal**..., cit., p. 114. Note-se que o *dever de comparecer* deve ser entendido como o dever de comparecer *pessoalmente*, para *declarar por si mesmo* (assim: ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal.** Buenos Aires: Del Puerto, 2000, pp. 394-395. Tradução de Gabriela Córdoba e Daniel Pastor).

11 Traçando uma linha comparativa entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, no tocante à prova testemunhal, MALAN pondera que no primeiro sistema se admite o *coaching* (o treinamento das testemunhas, por meio de entrevistas particulares entre testemunhas e advogados, antes da data do julgamento), o que traz como consequência uma tendência maior de testar a credibilidade da testemunha e a veracidade de seu relato de forma mais contundente (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 45-46).

as percepções sensoriais apreendidas pelo declarante quando presenciou ou tomou conhecimento do fato histórico a que se refere e que agora tem que ser provado, sendo indiferente a natureza da percepção (logo, o testemunho não se limita mais à antiga fórmula do *visu vel auditu*, devendo abranger todos os âmbitos sensórios humanos).

A prova testemunhal sofre de uma curiosa dicotomia. Em que pese ser reconhecido que o processo penal passa por um *reinado da testemunha*, considerada o meio de prova mais utilizado,[12] também se destaca o valor intrínseco dúbio e precário desse meio, diante do elevado grau de falibilidade desta prova.[13]

Neste particular, a prova testemunhal é, por suas características, uma prova débil, possivelmente a mais débil das provas (dependendo da hipótese de deliberada falsidade do declarante), estando sujeita a graves fatores de distorção que podem nela influir.[14]

> *...Efetivamente, o que o juiz e as partes percebem diretamente é o depoimento testemunhal acerca do qual os fatos ocorreram de uma determinada forma. E a partir deste discurso, que, obviamente, deve ser interpretado e valorado criticamente – tanto a partir de um ponto de vista da credibilidade que possa merecer o emissor como de qualidade informativa de seu conteúdo – e situado no contexto dos demais elementos de juízo, deve chegar a um certo referente fático, o que só pode fazer-se através de um jogo de referências, fundado em máximas de experiência, que pode ser, certamente, complexo. É pelo que o tratamento deste meio de prova requer dois exames. Um sobre a credibilidade da testemunha, para saber se o declarado é o que realmente conhece e se seu testemunho é, portanto,*

12 Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 325. MENNA destaca que em um sistema processual centrado no princípio do contraditório, oralidade e imediação, a prova testemunhal ocupa posição central, uma vez que é a que melhor destaca no panorama probatório a capacidade de condicionamento dialético do conhecimento no processo, e mais se inclina aos esforços de aprofundamento do juiz e das partes (MENNA, Mariano *et al*. **Trattato di procedura penale.** Vol. II, Tomo I. Torino: UTET, 2009, p. 109).

13 *A testemunha de fatos que, por suas características de excepcionalidade e dramatismo, a afetaram ética ou emocionalmente de forma intensa, nunca é um observador neutro nem, portanto, bom observador, sobretudo se se trata de dados fisionômicos. Estas afirmações são ainda mais pertinentes no caso da vítima* (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação (uma aproximação crítica), *in*: **Valoração da prova e sentença penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 28. Tradução de Lédio Rosa de Andrade).

14 Como limites fisiológicos à observação e eventuais déficts sensoriais; características individuais, expectativas e pré-conceitos; estado emotivo, duração e condições da observação; seletividade perceptiva, transferência inconsciente de memória, falsas memórias; interferências de informações sucessivas; pressões sociais; atividade cognitiva-reconstrutiva; modo de formulação das perguntas etc.

atendível. E outro relativo à qualidade informativa dos dados transmitidos, ou seja, a sua adequação à realidade empírica...[15]

Não se deve deslembrar que a testemunha não é um sujeito neutro – entendido como alheio a ideologias, circunstâncias ambientais e emocionais etc. – devendo ser ponderada uma miríade de fatores que podem alterar a autenticidade ou espontaneidade das suas declarações.

É exato, então, sustentar que a prova declarativa oferece à avaliação do juiz e das partes não apenas um fato, mas uma *experiência*, isto é, um fato assim como apreendido pelos sentidos do declarante. Para tanto, deve-se ter em mente que o objeto da confiabilidade das declarações adquiridas pode conter, ainda, *poluição* intencional ou involuntária do seu conteúdo por parte de quem depõe.

O próprio ambiente judicial – com seus rituais, símbolos e formalidades – contribui para, em muitos casos, aumentar a *ansiedade da testemunha*,[16] mormente diante de todo o imaginário e folclore que envolvem a imagem do juiz, como sujeito solene e altivo, e da própria *atividade forense criminal*. Para tanto, basta lembrar da liturgia que envolve a realização de um plenário de júri: toga, vestes talares, becas e toda sorte de capas para os sujeitos processuais e seus auxiliares, sorteio e disposição simbólica dos jurados, *exortação* do art. 472 do CPP, incomunicabilidade, técnicas de oratória para inquirições e debates, sala secreta, urnas etc.

Ademais, sobre a representação feita através da aquisição da prova declarativa, note-se que a imagem do fato *suscitada* pelo declarante e que deve ser provada vem – contemporaneamente – *criticada* pelo intérprete, por meio da avaliação da fiabilidade do dito: essa crítica se revela necessária porque as alegações que se erguem ao conteúdo da prova em questão acabam por omitir o produto de uma série de fatores, pois a declaração é constituída, pela soma dos dados dos elementos do fato objetivo, da própria natureza da personalidade psíquica da testemunha e de todos os elementos externos que atuaram no passado ou que incidem atualmente sobre a própria testemunha.[17]

15 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit. p. 19.

16 EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso.** Buenos Aires: Depalma, 1963, pp. 4-5.

17 Nesta alheta: MENNA, Mariano *et al. Trattato di procedura penale*..., cit., p. 110.

2. TESTEMUNHA INDIRETA

No âmbito da prova testemunhal, a imediação encontra grande barreira quando trata especificamente do *hearsay evidence* (ou *testemunho indireto*, *de relato* ou *de ouvir dizer*).

> *Quanto ao chamado testemunho indireto, seu conceito é encontrado no artigo 801(c) das* Federal Rules of Evidence*, em textual:* 'hearsay é uma declaração diversa daquela proferida pela testemunha enquanto depõe no julgamento, oferecida como meio de prova para comprovar a veracidade da questão afirmada'*. A sobredita codificação define, para fins desse conceito de* hearsay*, como sendo* 'uma asserção oral ou escrita ou uma conduta não verbal de uma pessoa, caso a pessoa a pratique com a intenção de fazer uma asserção'*(artigo 801(a)), ao passo que* declarante *é conceituado como* 'uma pessoa que presta uma declaração'*(artigo 801 (b)).*
> *Em sentido semelhante, o festejado* Black's Law Dictionary *conceitua* hearsay *da seguinte maneira:*
> '1. Tradicionalmente, testemunho que é prestado por uma testemunha que relata não o que ele ou ela conhece pessoalmente, mas o que outros disseram, e que é, portanto, dependente da credibilidade de alguém que não a testemunha. Tal testemunho geralmente é inadmissível pelo direito probatório. 2. Na legislação federal, uma declaração (quer uma asserção verbal quer uma conduta assertiva não verbal) diversa daquela prestada pelo declarante enquanto testemunhado no julgamento ou audiência, oferecida como elemento de prova para comprovar a veracidade da questão asseverada'.[18]

A testemunha indireta ou de ouvir dizer é aquela que toma conhecimento do tema da prova através de outra pessoa, filtra uma experiência de outrem, reduzindo a possibilidade de contraditório e os possíveis espaços de contestação.[19] Portanto, o testemunho de ouvir dizer, enquanto versante sobre fatos narrados por pessoa estranha ao juízo, apresenta um perfil atenuado de

18 MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto*..., cit., pp. 52-53. Acrescenta o autor que *uma declaração só é considerada* hearsay *quando ela se destina a comprovar em juízo a veracidade do teor das asserções nela contidas.*

19 SIRACUSANO, Delfino *et al. Diritto processuale penale*. Vol. 1. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 353.

relevância probatória, justamente porque indireta, subtraindo da imediação seu maior trunfo: a avaliação da credibilidade do declarante[20] e da veracidade do declarado por meio da interação comunicacional. De igual sorte, compromete o exercício do contraditório, na medida em que impede ou ao menos dificulta significativamente o processo dialético na formação da prova.

Algumas ponderações recomendam a exclusão do testemunho indireto do rol de meios de prova legítimos e válidos: a) falta de percepção direta da pessoa quanto ao fato a ser provado; b) falta de impressão precisa quanto ao fato a ser provado; c) falta de capacidade da testemunha em descrever de forma precisa a sua impressão; e, d) falta de sinceridade da testemunha em relação ao fato a ser provado.

O enfrentamento dessa questão no Direito americano é bastante vasto, tendo em vista o fundado receio de que a apresentação de uma prova nessas circunstâncias no *grand jury* possa induzir ou mesmo permitir a manipulação dos jurados durante o julgamento, principalmente porque se tratam de jurados leigos. Ao mesmo tempo, o testemunho indireto é menos solene que o testemunho direto, frusta a intensidade do exame cruzado da testemunha (*cross examination*) e exibe uma grande probabilidade de desconfiança.[21]

Já no Direito italiano, para que o testemunho indireto possa ser validamente valorado pelo juiz por ocasião do julgamento, é indispensável que a testemunha indireta identifique a fonte do seu conhecimento, assim como, se houver requerimento de uma das partes, o juiz é obrigado à determinação da oitiva da fonte originária.[22]

É nessa esteira que Comoglio, ao enfrentar o tema, indica que o testemunho indireto pode ser livremente utilizado pelo juiz, no âmbito do seu prudente arbítrio, o qual deverá concorrer com outros elementos de prova objetivos e concordantes, capazes de sufragar sua credibilidade.[23]

---

20 Malan prossegue seu escólio asseverando que *a falta de confiabilidade do* hearsay *é inferida a partir de uma série de fatores: (i) a declaração original com frequência é prestada sem qualquer solenidade ou formalidade, em especial o juramento de dizer a verdade;* (ii) *o declarante original não pode ser submetido ao exame cruzado da parte processual prejudicada pelo teor da declaração;* (iii) *juiz e os jurados não podem observar o comportamento do declarante original no momento em que prestou as declarações* (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto...**, cit., p. 54).

21 Em posição divergente segue Mesquita, para quem a *hearsay rule* apresenta-se autônoma de uma fixação epistemológica da relação entre as provas e os fatos, centrando-se nos deveres e direitos das partes na produção de prova, em particular, a exigência do *cross-examination*. Por seu turno, a imediação, em sentido formal, sendo também um princípio da produção de prova, tem a sua raiz e núcleo na relação bipolar entre o tribunal e a prova (MESQUITA, Paulo Dá. **A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre aprova do processo penal português, à luz do sistema norte -americano.** Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 294-296).

22 TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz.

23 COMOGLIO, Luigi Paolo. **Le prove civili.** Torino: UTET, 1999, p. 574. Esclarece o autor que estruturalmente diverso é o testemunho *de relato ex parte*, em que a testemunha faz referência a um conhecimento aprendido a partir de um dos

3. TESTEMUNHA ANÔNIMA

Entende-se como anônima a testemunha cuja identidade verdadeira não é divulgada ao acusado, ao seu defensor técnico e ao público em geral, sendo rotineira nesses casos a limitação da atividade de inquirição, diante da impossibilidade de questionamentos que envolvam questões particulares da testemunha e que possam conduzir à identificação da sua identidade ou residência.[24] Normalmente, em juízo, essa testemunha recebe uma identidade codificada (facultando-se sua oitiva remota, de forma a preservar seu anonimato).

A admissão dessa modalidade de testemunho pressupõe autorização judicial e está fundada na necessidade de proteção contra ameaça de morte ou algum outro mal maior, como na hipótese de questões relacionadas à segurança nacional.[25]

Após perfilar uma série de precedentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH),[26] Malan sintetiza os requisitos do procedimento de produção da prova testemunhal anônima:

> *(i) a presença do juiz; (ii) o conhecimento do julgador sobre a verdadeira identidade das testemunhas; (iii) a possibilidade de o juiz observar o comportamento das testemunhas ao depor; (iv) a possibilidade de os advogados observarem o comportamento das testemunhas ao depor e formularem todas as perguntas relevantes, exceto aquelas que possam revelar a identidade das testemunhas.*[27]

Nessa linha, preservam-se os dois interesses em jogo, o anonimato das testemunhas e as garantias processuais inerentes à demanda criminal (incluindo os necessários testes de credibilidade e veracidade do conteúdo declarado).[28]

---

litigantes, que surge no processo, a princípio, privado de valor probatório, se examinado de forma separada e isolada.

24 MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto...**, cit., p. 140.

25 BECHARA, Fabio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior.** Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, pp. 100-101.

26 TEDH: Sentença de 23 de abril de 1997, Caso Van Mechelen e outros c. Países Baixos, §§ 13 e 17; Sentença de 26 de março de 1996, Caso Doorson c. Países Baixos, §§ 68-76; Sentença de 02 de dezembro de 1992, Caso A.M. c. Reino Unido. Somem-se, ainda: Sentença de 20 de novembro de 1989, Caso Kostovski c. Países Baixos, §§ 73, 75 e 76; Sentença de 15 de dezembro de 2011, Caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido, §§ 142 e 143; Sentença de 21 de outubro de 2010, Caso Kornev e Karpenko c. Ucrânia, §§ 54-57; Sentença de 08 de dezembro de 2009, Caso Caka c. Albânia, §§ 112-116, Sentença de 22 de junho de 2006, Caso Guilloury c. França, §§ 57-62.

27 MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto...**, cit., p. 147.

28 Em linha de raciocínio semelhante segue a orientação que permite a aplicação do art. 217 do CPP (brasileiro), nas hipóteses quando comparece para declarar uma testemunha que tenha manifestado ter temor em relação ao acusado e se permite que declare em uma posição na qual não possa ser vista pelo imputado. Climent Durán, reproduzindo

Situação diferente é lembrada por SCHUMANN, ao enfrentar o ordenamento germânico, pois, quando do uso dos chamados *agentes encobertos* (previsto no § 110 StPO), podem surgir outros problemas em relação ao princípio da imediação. Como há interesse em manter suas identidades em sigilo, admite-se que eles *não compareçam pessoalmente ao julgamento*, sendo que decisões da *Corte Constitucional Federal* e da *Suprema Corte Federal* permitiram a introdução do testemunho indireto nestes casos, como no exemplo de um policial que toma o depoimento do agente encoberto.[29]

O autor parece concordar com essa situação, pois pondera que o juiz deverá levar em consideração que o *testemunho indireto tem menos peso do que um testemunho direto*.

Ocorre que dois pontos de extrema relevância são suplantados: o primeiro, referente à possibilidade de acesso ao depoimento original, não havendo qualquer motivo justificável para a utilização do *testemunho indireto de uma testemunha anônima*, mormente quando considerado que o TEDH, sob determinadas circunstâncias, reputa lídimo os procedimentos de preservação de identidade da testemunha. O segundo, por haver irreparável quebra da imediação e do próprio contraditório (com repercussões no direito ao confronto).

E é justamente por esse déficit de confronto e imediação que o TEDH tem reiterados julgados considerando que a testemunha anônima ou o agente encoberto, embora possam ser utilizados como prova, não podem ser a única prova ou mesmo a prova preponderante para a condenação, o que parece ser um equilíbrio importante, mas não suficiente, na medida em que, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, não seria possível a *aferição* da formação da convicção dos julgadores leigos.

4. DEPOIMENTO DO AGENTE INFILTRADO

A *ação infiltrada* constitui hoje um meio de obtenção de prova com grande potencial de eficácia na luta contra o crime organizado,[30] constituin-

manifestação do Tribunal Supremo espanhol entende que não há qualquer vulneração à imediação neste caso, quando as testemunhas se declaram protegidas da visão do imputado (e mesmo do público em geral), porque permanece a plena capacidade de interação comunicacional ativa, por parte do juiz, acusado e defensor do imputado (CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*..., cit., pp. 118-119).

29 SCHUMANN, Heribert. The law of criminal procedure, *in*: ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Matthias (ed.) **Introduction to german law.** 2ª ed. Hague: Kluwer Law International, 2005, pp. 433-434. Note-se, todavia, que o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH), na Sentença de 30 de maio de 1999, Caso Castillo Petruzzi c. Perú, §§ 154-155, fixou que o imputado tem o direito de fazer comparecer em juízo (para ser *confrontada*) a testemunha que contra ele declara, reputando ilegal norma do ordenamento interno que veda o acesso do imputado e do seu defensor à testemunha.

30 BRAZ, José. **Investigação criminal: a organização, o método e a prova – os desafios da nova criminalidade**. 2ª

do uma conduta livre, não taxativa, mas vinculada à prossecução dos objetivos previamente definidos e autorizados judicialmente (sendo vedadas, de qualquer modo, a autoria mediata ou instigação e a obtenção de quaisquer benefícios ou vantagens pessoais como resultantes da atividade infiltrada).

O agente infiltrado[31] é mais do que um simples observador; é um participante ativo na atividade criminosa. Insere-se no mundo do crime, convive com criminosos, ganha a sua confiança e pode eventualmente cometer crimes, quer na forma de cumplicidade, quer como coautor ou mesmo como simples autor (apenas lhe está vedado agir como instigador ou como autor mediato, repise-se).[32]

E justamente por essa característica (possibilidade de participação ativa no cotidiano criminoso) é que existe a necessidade de controle e autorização judicial. As medidas requestadas devem ser supervisionadas por um membro competente do corpo judicial e, para garantir o direito a um *fair trail*, a sua utilização deve depender de uma autorização prévia.[33]

Note-se que a lei não subordina as ações encobertas a qualquer regime de subsidiariedade, nem se estabelece qualquer limitação proibitiva na colheita da prova. Esta opção decorre do reconhecimento da natureza fechada e celular das organizações criminosas e da opacidade da atividade que desenvolvem, que não permite à partida a qualificação jurídica dos fatos, que só após investigação serão conhecidos.[34]

ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 319. Note-se que a consciência da importância desta técnica investigatória levou a ONU a consagrar no nº 1 do art. 20 da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, o recurso a ações encobertas (...) *a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada*.

31 Para ONETO, agente infiltrado é o *agente policial, ou terceiro sob orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas actividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticas fatos típicos sem, contudo, os poder determinar* (ONETO, Isabel. **O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das acções encobertas.** Coimbra: Coimbra, 2005, p. 150).

32 Há clara e incontestável distinção entre as figuras do *agente infiltrado* e do *agente provocador* (neste sentido: COSTA ANDRADE, Manuel da. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** Coimbra: Coimbra, 2006, p. 220). Não se olvida – e a doutrina nacional se encarrega de aclarar esta situação – que sobre a figura do *agente provocador*, salvo raras exceções, existe uma certa unanimidade doutrinária relativamente a sua inadmissibilidade, por se tratar de um meio proibido de prova na medida em que o agente provocador inculca no sujeito ativo o desígnio criminoso e impulsiona-o de forma decisiva à prática do crime. Doutro modo, o agente infiltrado limita-se a ganhar a sua confiança e por essa via a conhecer o projeto criminoso, ainda que para atingir esse objetivo, tenha eventualmente que praticar alguns atos ilícitos. Assim, relativamente a figura do agente infiltrado, e uma vez feita a rigorosa delimitação entre os dois conceitos, a maioria da doutrina tende a admiti-la como meio legítimo de obtenção de prova, limitando, contudo, a sua utilização a prevenção e investigação da criminalidade mais grave, complexa e organizada, num quadro de exceção as regras gerais do processo penal. Neste sentido: GASPAR, António Henriques. As acções encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo, *in*: **Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.** Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 43-53.

33 Neste sentido: ONETO, Isabel. **O agente infiltrado**..., cit., p.80.

34 Nestas circunstâncias, a realidade que vai ser conhecida no termo da ação encoberta poderá ser substancialmente distinta da que se conhecia ou antevia no momento em que a mesma foi autorizada, pelo que o requisito da proporcionalidade à gravidade do crime deverá ser entendido como o conjunto de fatos conhecidos ou indiciados *ab initio*, ou seja, no

Quanto à forma de implementação da infiltração, DIAS FERREIRA classifica as operações infiltradas em função do grau de envolvimento do agente no meio criminoso e da duração da operação. Na medida, divide as operações em duas espécies: as *light cover* (infiltração leve) e as *deep cover* (infiltração profunda).[35]

As primeiras caracterizam-se pelo fato de não durarem mais de seis meses, exigirem um menor grau de planejamento, de supervisão e de experiência por parte do agente, que mantém a sua identidade e o seu lugar na estrutura policial. Essas operações implicam um menor risco para o agente e têm objetivo preciso, que pode consistir numa transação ou tão só um encontro para colheita de informações. Por outro lado, as *deep cover* caracterizam-se pela imersão no mundo do crime, por período prolongado (exigência de permanência contínua no meio criminoso) e a possibilidade de perda da identidade do agente infiltrado.

E é justamente neste ponto que surge o interesse à atividade probatória: quanto maior a infiltração do agente, maior, em tese, seu grau de informações relevantes para a persecução criminal.

Neste ponto, adverte MENDRONI que, embora silente a lei, deve-se considerar a permissividade de o agente infiltrado servir de testemunha em juízo das ações e situações que presenciou,[36] sendo certo que a valoração da prova – em última análise – ficará a cargo do juiz, levando em conta diversos fatores, tais como o tempo, a penetração e a forma de participação deste agente na organização criminosa.[37]

No entanto, para evitar eventual lado perverso da ação do agente infiltrado, como a criação de fatos imaginários apenas para ratificar sua versão inicial, deverá fazer a indicação de outros elementos de prova que endossem a linha que expõe.

---

momento em que a ação controlada é proposta e autorizada.

35 DIAS FERREIRA, Vanessa. Problèmes posés par la mise em oevre des opérations undercover dans les domaine de la lutte contre le trafic de stupéfiants, *in*: **Révue de droit penale et de criminologie,** ano 76, Bruxelas, 1996, pp. 557-588.

36 Em sentido contrário, parte da doutrina assevera que, diante da natureza jurídica atribuída à infiltração (*meio de pesquisa* ou *investigação*), não seria adequado considerar o agente infiltrado como *fonte de prova testemunhal*. Seria plausível considerá-lo um *meio de obtenção de prova*: desta forma ele não poderia depor e o seu depoimento não poderia ser valorado (diante da total incontrolabilidade do seu conteúdo). Ademais, sob o ponto de vista de sua credibilidade, o depoimento do agente infiltrado teria um grande peso. Logo, se o agente infiltrado informa a conta bancária, o circuito do dinheiro, a rota da droga, o nome do fornecedor, as formas de pagamento, o transportador, o pontos de venda etc., ele está obtendo e transmitindo elementos de provas que poderão e deverão gerar os meios de prova ou mesmo outros meios de obtenção de provas correspondentes: quebras de sigilo, busca e apreensão, vigia ambiental etc. Note-se que discussão sobre a sua natureza tem sido ignorada até pelo TEDH, que resolve a questão pelo fato de se tratar de depoimento anônimo, que não pode ser o único meio de prova ou a prova preponderante.

37 MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 139.

Assim, entende-se que o agente infiltrado deve comparecer em juízo, como testemunha – ainda que dotado de uma natureza especial ou distinta – para ser submetido ao teste de credibilidade (e, portanto, ao confronto) de suas declarações, permitindo que demonstre ao juiz e às partes, como as demais provas foram angariadas e obtidas. Impede-se, desta forma, a introdução de conhecimentos fortuitos não relacionados à infiltração desenvolvida pelo agente.

5. DEPOIMENTO DE VULNERÁVEL

A oitiva de crianças e adolescentes como testemunhas é tema que sofreu grande giro acadêmico na doutrina recente. Do debate sobre a credibilidade de suas declarações, passou-se a ponderações sobre a necessidade de preservação dos declarantes, considerados para efeitos jurídicos como sujeitos vulneráveis (mormente quando se vinculam ao juízo na figura da vítima de crimes sexuais).

A estrutura de cuidados com a criança no Juizado da Infância e Juventude (ou mesmo *antecipadamente*, nos Conselhos Tutelares), a oitiva e os exames periciais na fase policial e a nova auscultação na fase judicial, além das finalidades processuais, servem como verdadeiro *programa de reedição* da dor advinda do ilícito contra ela praticado. O menor é obrigado a declarar não uma vez senão várias, incitando-o a recordar novamente os fatos, a rememorar cada um dos detalhes em um ambiente muito formalista e distante. Nos casos de abusos sexuais, as crianças, além de sofrerem o mal infinito da agressão, sofrem – posteriormente – o *calvário* do processo penal (gerando o chamado *dano institucional*).

Não fosse suficiente, outro fator vem se somar a esse trágico quadro: os frios, distantes e excessivamente sóbrios/formais espaços físicos das salas de audiência não foram projetados para deixar crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual à vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas e sofrimentos, pois são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha.

> *Tendo em vista que o abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes é – em regra – realizado às escondidas, sem qualquer testemunha presencial, e também não deixa, na maior parte dos casos, qualquer vestígio material – aquele capaz de ser apurado através de perícia médica – conclui-se que o depoi-*

mento da vítima em juízo é de extremo valor, eis que não é raro que seja a única prova possível de ser produzida.[38]

O despreparo profissional, a concepção cênica das salas de audiências e as exigências jurídico-processuais acabam por revitimizar as crianças abusadas (o que traz no seu lastro o problema da geração de um *dano psíquico secundário*, o qual, em alguns casos, pode ser maior que o dano primário causado pelo abusador).

Sob outro viés, o trauma suportado pela vítima e os preconceitos enraizados nas mentes dos *operadores do Direito* culminam por minorar a credibilidade dos depoimentos e declarações prestados, o que toma dimensão perigosa quando considerado que, na maior parte dos casos de abuso sexual cometidos contra um menor, o testemunho dele constitui a prova fundamental, às vezes a única, de que se dispõe.

A falta de credibilidade no relato infantil não se justifica quando a afirmação é de que, como regra, as crianças fantasiam, mentem, são vulneráveis a sugestões, incapazes de separar a realidade de seus desejos sexuais, etc. Na verdade, a real justificativa para não validação da versão é o próprio sentimento dos adultos que não suportam admitir que seus semelhantes possam praticar tamanha violência contra os indefesos. Trata-se da negação, no dizer de Dobke, da primeira e mais primitiva defesa psicológica dos adultos, que procuram dessa forma diminuir a própria vergonha, bem como minimizar a problemática enfrentada em cada caso analisado.[39]

Diante desse cenário, como bem frisado pela doutrina especializada, o primeiro passo a ser dado é o tratamento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos (e não como mero objeto da atuação jurisdicional).[40]

---

38 DALTOÉ CEZAR, José Antonio. **Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 18-19.

39 DOBKE, Veleda. **Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 37: *Como ensina Sanderson (2005, p. 237), nesses casos, alguns pais preferem não acreditar na criança a se confrontar com a dura realidade de ver uma pessoa de confiança como um pedófilo, sendo a negativa também uma das formas que encontram para se desculparem do fracasso da missão tutelar em que estavam investidos.*

40 *O ECA, ao contrário da doutrina da situação irregular que colocava crianças e adolescentes como objetos do direito, colocou esses como sujeitos dos direitos estabelecidos na legislação, alterando significativamente as relações jurídicas afetas à infância e à juventude. No plano geral, dispôs sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, introduzindo no campo normativo uma nova política de atendimento. Criou uma instância administrativa de distribuição de justiça, os Conselhos Tutelares, e disciplinou a proteção judicial dos interesses difusos e protetivo (*DALTOÉ CEZAR, José Antonio. **Depoimento sem dano**…, cit., pp. 40-41). Consigna-se que a proteção das vítimas em relação à *vitimização primária* e a *vitimização secundária* é inerente ao Estado de Direito, impondo-se quer como forma de proteção imediata de certos direitos fundamentais, tais como os direitos à vida, à integridade física, à privacidade e à propriedade, diante do perigo sério da sua lesão (prevenção da vitimização primária), quer como forma de proteção mediata desses direitos fundamentais diante das insuficiências e deficiências das respostas do Estado e de outras entidades públicas a vítima do crime (prevenção da vitimização secundária). O direito à proteção do Estado contra a vitimização secundária

O processo penal brasileiro não apresenta como finalidade primeira a proteção do menor (ou mesmo de qualquer outra vítima), senão que esta aparece em um plano muito secundário e distante, submetida ao objetivo principal, panorama que se encontra em abissal dissonância com o regramento constitucional, mormente no que toca ao cuidado e integral proteção devida à criança. Daí a necessidade de (re)pensar sua intervenção do processo penal, na qualidade de vítima ou testemunha, com adaptação ou formação dos recursos destinados à utilização do *conhecimento* e da *experiência* da vítima menor.[41]

A doutrina, então, variando apenas quanto ao método, sugere que a inquirição de crianças seja realizada através de profissional habilitado, com o uso de um ambiente distinto da sala de audiências, onde profissional e criança possam interagir, tudo visando a combater a chamada *vitimização secundária*,[42] consistente nos sofrimentos suportados pelas vítimas e pelas testemunhas, que são provocados pelas instituições encarregadas pelas instâncias da justiça penal, tais como: polícia, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias etc.

No modelo mais divulgado, através de um ponto eletrônico, as perguntas do Juiz, Promotor de Justiça e Defensor Público ou Privado são passadas a profissional da área psicossocial, que as repassa à criança, de forma considerada mais coerente e adequada ao seu universo (cognitivo). O papel do técnico, no chamado *depoimento sem danos* (ou *com redução de danos*), é basicamente de intermediação, repassando as perguntas feitas pelos profissionais do Direito de maneira adequada, fazendo uso, quando necessário, de recursos audiovisuais.

Importante destacar que a adoção de tal recurso, assim como na sistemática da inquirição direta, não garante nem facilita a descoberta de

tem sido afirmado desde os acórdãos do TEDH proferidos nos casos *Kaya, Ergi e Yasa* c. Turquia (diante do direito à vida), *Kurt* c. Turquia (diante do direito à integridade física) e *Craxi* v. Itália (diante do direito à privacidade), mesmo em face de procedimentos criminais em que o Estado reconhece a lesão, mas não condena o responsável (*Bekos e Koutropolos* c. Grécia) ou procedimentos criminais em que o Estado condena os responsáveis, mas aplica penas que não são adequadas, por manifestamente insuficientes (*Okkali* c. Turquia). Em todos estes *leading cases*, foram censuradas insuficiências e deficiências das respostas dadas pelo Estado à vítima do crime ou aos familiares da vítima do crime, titulares do direito de queixa, tendo aquelas insuficiências e deficiências provocado uma vitimização secundária.

41 Frise-se, como premissa necessária ao desenvolvimento do trabalho, que é impensável a exclusão de crianças e adolescentes do rol de *testemunhas* ou *ofendidos* que deverão ser ouvidos no processo penal, seja pelas garantias quanto à ampla produção probatória que amparam as partes, seja para evitar ou afastar a denominada *síndrome do segredo* na criança.

42 Fala-se, ainda, em *princípio de evitação da segunda vitimização*. A intervenção de uma criança em juízo é vivida geralmente como uma experiência estressante e potencialmente provocadora de efeitos a largo prazo: os menores podem padecer de uma grande ansiedade antes, durante e – inclusive – depois da celebração do ato processual. Ademais, confrontação com adultos e as possíveis perguntas agressivas das partes são as situações que mais sequelas traumáticas podem deixar nas crianças.

manifestações falsas ou fantasiosas das crianças (para tanto, fundamental seria a realização de profundo acompanhamento psicológico, em ambiente e tempo próprios, estabelecidos por profissional habilitado e sem a direta finalidade de utilização no processo penal).[43]

Numa primeira e rápida tentativa de fixação da possibilidade de utilização do instituto de *depoimento com redução de danos*, a doutrina costuma fazer referência ao especial cuidado que os operadores do Direito devem ter com os constitucionais princípios do contraditório e da ampla defesa quando da inquirição de crianças e adolescentes (vítimas de crimes ou testemunhas). Ademais, refere-se que a *obediência ao contraditório e à ampla defesa* importaria numa melhor forma de inquirir tais pessoas, evitando-se novos danos psíquicos às vítimas.[44]

Ocorre que ligeira atecnia parece surgir quando da tentativa de conexão dessas *retas paralelas* (*depoimento com redução de danos* e princípios do contraditório e da ampla defesa), pois, o contraditório – especialmente – não acarreta qualquer alteração na forma de obter as informações com a colheita da prova oral, que segue as mesmas vertentes do chamado *testemunho direto*.

Sob a vertente jurídica, a ideia básica de *contraditório* passa pela necessidade de ciências a todas as partes envolvidas em determinado processo quanto aos *acontecimentos processuais*, possibilitando-se/facultando-se a reação a tais *acontecimentos*. Em outras palavras: trata-se da necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.[45]

43 De forma simultânea (e com vistas à utilização probatória), possível e importante o manejo do estudo psicossocial, permitindo que equipes interdisciplinares em atuação no Juízo Criminal estabeleçam atividade tipicamente psicológica com a criança, aportando conhecimentos outros à convicção judicial (contando com a possibilidade de, como *experts*, comparecerem em juízo para que se proceda a inquirição sobre os conhecimentos adquiridos a partir da interação com a criança). Uma situação limite como esta acima revela a transcendência da imediação para obter um conhecimento fundado, porém também suas debilidades no sentido de que é perfeitamente factível que não baste com a presença, e ainda intervenção direta, do órgão sentenciador, sendo preciso em algumas ocasiões a assistência de especialistas que ajudem a superar as dúvidas que o julgador não pode resolver por si mesmo. Essa assistência não eximirá o juiz de cumprir com sua obrigação de analisar todos e cada um dos extremos mencionados, ponderando a credibilidade do ofendido ou da testemunha à luz do resto dos fatores subjetivos e objetivos que concorram na causa. Neste sentido: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 101.

44 DALTOÉ CEZAR, José Antonio. **Depoimento sem dano**…, cit., p. 19.

45 NERY JR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Em monografia dedicada ao tema, SOUZA aponta que concebe-se o *contraditório* como sendo garantia fundamental do homem, que lhe assegura a participação na concretização de um determinado provimento decorrente do exercício do Poder, como forma de assegurar a legitimidade da ingerência da decisão no trinômio vida-liberdade-propriedade, mediante uma atuação efetiva, concreta e bilateral em todo arco de um procedimento configurado segundo os ditames do Estado Democrático de Direito (SOUZA, Artur César de. **Contraditório e Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia**

Como de fácil constatação, qualquer que seja o conteúdo conferido ao *princípio do contraditório*, não há qualquer relação com a temática do *depoimento com redução de dano*s, que, como já visto, consiste em técnica especial de inquirição da vítima ou da testemunha menor, *com a direta participação das partes interessadas* (logo, com ciência e oportunidade de reação).

De igual sorte, considerando a possibilidade de interação comunicacional direta e simultânea, não existe, nessa modalidade, qualquer lesão ao princípio da imediação. O acúmulo de características cognitivas e emocionais da infância gera uma linguagem própria. Ainda que a criança possa utilizar as mesmas palavras do repertório adulto, as construções mentais que determinam a intenção e o significado das mesmas diferem das de um adulto.

Assim, a tomada de declarações infantis deveria ser semelhante ao uso de um intérprete nos casos em que o declarante não domina a língua convencional utilizada pelo juízo. Nesse sentido, não implica uma limitação substantiva à possibilidade de questionar ou comunicar-se de maneira direta com uma criança, exigindo-se unicamente que a forma na qual se desenvolve dita comunicação seja através de um intérprete especializado em linguagem infantil.

Gize-se que, no entanto, dentre as medidas concretas propostas para o tratamento diferenciado da vítima vulnerável, destaca-se a *conveniência* de não repetir as declarações dos menores na fase de instrução (muitas vezes realizada na ausência do imputado) e promover a prova pré-constituída e os testemunhos de referência, momento em que o questionamento sobre o respeito ao contraditório e à imediação pode ser renovado.

Nessa linha, a Sentença TEDH de 2 de julho de 2002, Caso S.N. c. Suécia, §§ 46, 47, 52 e 53, admite a ausência de imediação em relação aos processos penais por delitos sexuais que afetem menores;[46] e as Sentenças

em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

46 Na passagem original: *46. In regard to the circumstances of the present case, the Court observes that the statements made by M. were virtually the sole evidence on which the courts' findings of guilt were based. The witnesses heard by the courts – M.'s mother and his schoolteacher – had not seen the alleged acts and gave evidence only on the perceived subsequent changes in M.'s personality. The District Court stated that the outcome of the case was entirely dependent on the credibility of M.'s statements and the Court of Appeal considered that this was of decisive importance in determining the applicant's guilt. It must therefore be examined whether the applicant was provided with an adequate opportunity to exercise his defence rights within the meaning of Article 6 of the Convention in respect of the evidence given by M.*

47. The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence (see Baegen v. the Netherlands, judgment of 27 October 1995, Series A no. 327-B, opinion of the Commission, p. 44, § 77). In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours (see Doorson v. the Netherlands, judgment of 26 March 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, p. 471, § 72, and P.S. v. Germany, no. 33900/96, § 23, 20 December 2001).

52. Nor can it be said that the applicant was denied his rights under Article 6 § 3 (d) on the ground that he was unable to examine or have examined the evidence given by M. during the trial and appeal proceedings. Having regard to the special features of criminal proceedings concer-

TEDH de 5 de outubro de 2006, Caso Viola c. Itália, §§ 67, 70, 72 a 76, e de 27 de novembro de 2007, Caso Zagaría c. Itália, § 29, admitem o uso da videoconferência condicionado a que se persigam fins legítimos – tais como *a defesa da ordem pública, a prevenção do delito, a proteção dos direito à vida, à liberdade e à segurança das testemunhas e das vítimas dos delitos, assim como o respeito à exigência de prazo razoável* – e a que seu desenvolvimento respeite o direito de defesa do acusado.

Importante destacar que quem exerce o poder familiar, a tutela ou a guarda do menor poderá estar presente, salvo que seja imputado, ou caso o juiz, excepcionalmente e de forma motivada, determine o contrário. Isso porque, acompanhando o Professor BARBOSA MOREIRA, é importante lembrar que, na esfera das audiências que envolvam incapazes (que devem ser assistidos, via de regra, por seus responsáveis) e fatos que envolvam confrontos e rivalidades familiares, em que incumba a crianças e adolescentes a declaração sobre fatos relevantes da demanda (exemplificando-se com o caso da inquirição de uma criança sob a supervisão paterna ou materna), normalmente não haverá muita esperança de que ele se disponha com grande facilidade a prestar declarações sinceras e exatas sobre fatos desagradáveis relacionados com o pai ou a mãe.

É possível especificar os casos de atos infracionais ou depoimentos em processos criminais (em que o adolescente é coautor ou partícipe) em que o responsável desconhecia a prática delitiva, o que torna ainda mais complexo o processo de declarações. E conclui: *a verdade é que entre juiz e a criança ou adolescente se interpõe um véu sutil, porém, às vezes, quase impenetrável.*[47] ❖

ning sexual offences (see paragraph 47 above), this provision cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means. The Court notes that the videotape of the first police interview was shown during the trial and appeal hearings and that the record of the second interview was read out before the District Court and the audiotape of that interview was played back before the Court of Appeal. In the circumstances of the case, these measures must be considered sufficient to have enabled the applicant to challenge M.'s statements and his credibility in the course of the criminal proceedings. Indeed, that challenge resulted in the Court of Appeal reducing the applicant's sentence because it considered that part of the charges against him had not been proved. 53. The Court reiterates, however, that evidence obtained from a witness under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with extreme care (see Doorson, cited above, p. 472, § 76). In its judgment of 6 May 1996 the Court of Appeal noted that the questioning of children during pre-trial investigations must meet high standards with regard to procedure and content. The court took into account the fact that some of the information given by M. had been vague and uncertain and lacking in detail. The court also had regard to the leading nature of some of the questions put to him during the police interviews. In these circumstances, the Court is satisfied that the necessary care was applied in the evaluation of M.'s statements.

47 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas de la inmediación en el proceso civil, *in*: **Revista de processo**, nº 34, abr.-jul./1984, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 194.