RBMAD
Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação

ISSN 2357-9676
Volume 1 Numero 2 Ano 2014
São Paulo, Brasil Pág. 73 - 223

O PROCESSO PENAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: AS RECENTES REFORMAS DO CÓDIGO PROCESSO PENAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À JURISDIÇÃO CRIMINAL EFETIVA*

Fabrício de Souza Costa

Mestre em Direto pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, Brasil
Departamento de Polícia Federal, Superintendência Regional no Estado de São Paulo

RESUMO

O presente trabalho tem seu ponto de partida na explanação acerca da evolução dos institutos do direito processual penal, bem como do tratamento dispensado a esse ramo do direito pelos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais e pelos documentos de direito internacional, contextualizando o tema na sociedade da informação. Após a apresentação dos conceitos de constituição e estado de direito, ordem e sistema, é abordado o sistema constitucional processual penal, que tem como espinha dorsal o conjunto dos direitos fundamentais. Também é traçada a distinção entre regras e princípios, com a exposição das técnicas de interpretação constitucional aplicáveis na solução de conflitos entre direitos fundamentais e também entre os próprios princípios constitucionais. Em seguida, são introduzidos os conceitos básicos do direito processual e analisados os princípios do processo penal, procurando-se relacioná-los à conjuntura da sociedade da informação, com foco na tensão entre os princípios da ampla defesa e efetividade da jurisdição. Também são apontadas algumas das alterações procedimentais mais relevantes promovidas pelas recentes reformas no Código de Processo Penal, ocorridas nos anos de 2008 e 2009. As alterações relacionadas à prova no processo penal constituem um ponto da reforma analisado em específico. Da mesma forma, é abordada separadamente a questão dos atos processuais praticados à distância, nomeadamente, a videoconferência. Procura-se analisar o tema da gravação e transcrição dos depoimentos e do interrogatório para fins de recurso, bem como o tratamento dispensado à vítima pelo processo penal na sociedade da informação. Estes assuntos, a par dos demais aspectos pontuais da reforma, são relacionados ao tema da efetividade da jurisdição, procurando-se conceituá-la como direito fundamental, aplicável também no âmbito do direito processual penal.

ABSTRACT

This paper has its starting point in the explanation about the evolution of the institutes of criminal procedural law, and the treatment meted out to this area of law by different national legal systems and the documents of international law, contextualizing the topic in the information society. After presenting the concepts of constitution and rule of law, order and system, this paper approaches the constitutional system of criminal procedure, which is the backbone of all fundamental rights. It's also drawn a distinction between rules and principles, with the exposure of the techniques of constitutional interpretation applicable in resolving conflicts between fundamental rights and also between the constitutional principles. They are then introduced the basic concepts of procedural law and analyze the principles of criminal procedure, seeking to relate them to the context of the information society, focusing on the tension

Data de submissão: 09/06/2014 *Data do aceite para publicação: 12/11/2014*

between the principles of legal defense and jurisdiction's effectiveness. It also points out some of the most important procedural changes promoted by the recent reforms in the Code of Criminal Procedure, which occurred in the years 2008 and 2009. Changes related to evidence in criminal proceedings are considered a point of reform in particular. Likewise, it is treated separately the issue of procedural acts performed remotely, including videoconferencing. Wanted to focus on the recording and transcript of testimony and interrogation for purposes of appeal, and the treatment afforded to the victim by the prosecution in the information society. These issues, along with other specific aspects of reform, are related to the theme of jurisdiction's effectiveness, seeking to define it as a fundamental right, also applicable under the criminal procedural law.

***** Dissertação orientada pelo Prof. Dr. Augusto Eduardo de Souza Rossini

INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro passou recentemente por sensíveis modificações, decorrentes das alterações no Código de Processo Penal, introduzidas pelas Leis nº 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08 e 11.900/09. Ao lado de alterações implementadas no rito do júri e no rito comum, foram inseridas também aplicações práticas do progresso tecnológico característico da sociedade da informação.

O Código de Processo Penal reformado prevê agora, ainda que em caráter excepcional, a realização do interrogatório do réu em juízo por meio da denominada videoconferência, estendendo a possibilidade à oitiva das testemunhas, permitindo a comunicação de certos atos processuais ao ofendido por meio eletrônico, além de prever o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido, testemunhas e peritos em meio audiovisual.

Para alguns, essas inovações no direito processual parecem vir atender aos anseios da sociedade no sentido da realização do princípio da celeridade processual, consagrado pelo art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Como consequências positivas da implementação de atos processuais à distância podem ser mencionadas, por exemplo, a redução no tempo de tramitação dos feitos e a redução dos custos e riscos decorrentes dos frequentes deslocamentos de presos para a realização de interrogatórios e a economia do tempo necessário para a conclusão do processo, muitas vezes retardada por sucessivos adiamentos na realização dos interrogatórios, como consequência do número insuficiente de policiais disponíveis para este tipo de tarefa.

As reformas do Código de Processo Penal representam, em última análise, a assimilação de parte das novas tecnologias que caracterizam o período histórico denominado como sociedade da informação e constitui uma aplicação efetiva da informatização aos serviços de governo, significando o desenvolvimento em concreto de uma das linhas de ação do Programa Sociedade da Informação, instituído pelo Decreto n. 3.294/99.

Nesse contexto de grandes mudanças provocadas pelo constante desenvolvimento da informática e sua difusão crescente, de incremento populacional, de aumento da criminalidade, do surgimento e da proliferação dos crimes cibernéticos, de necessidade de uma maior celeridade na prestação jurisdicional, pretendemos analisar os impactos decorrentes das alterações ocorridas no Código de Processo Penal, no tocante às novas formas de realização de atos processuais à distância, considerando-se ainda os problemas jurídicos que se apresentam com a constante evolução das tecnologias e os limites da aplicação dos produtos dessa evolução ao processo penal em face dos direitos fundamentais do acusado.

Na visão de parte da doutrina, essas alterações promovidas no Código de Processo Penal representam violação ao devido processo legal e ao direito constitucional à ampla defesa do acusado, na medida em que, no caso da videoconferência, por exemplo, ele é privado do contato direto com o seu julgador e da possibilidade de influir em seu convencimento.

O presente trabalho procura analisar os problemas relacionados à introdução de novas tecnologias no processo penal, especialmente o da conformidade das recentes alterações operadas no Código de Processo Penal em face da Constituição Federal, contextualizando essa problematização na era da sociedade da informação, momento histórico cuja existência efetiva foi reconhecida expressamente pelo Estado brasileiro, por meio da adoção de políticas públicas consubstanciadas em um programa de governo, no âmbito federal, designado programa sociedade da informação, que elenca objetivos expressos no sentido da construção de uma sociedade mais justa e da viabilização do desenvolvimento nacional no contexto histórico atual.

O objetivo geral consiste em analisar as alterações promovidas no Código de Processo Penal no que se refere à utilização de novas tecnologias, como a videoconferência, a gravação de audiências em meio digital e a comunicação de atos processuais ao ofendido por meio de correio eletrônico, à luz das regras, normas e princípios constitucionais relacionados, com vistas a encontrar uma solução para o aparente conflito entre os dispositivos legais correspondentes e o direito constitucional à ampla defesa do acusado no processo penal. Busca-se, assim, chegar a um posicionamento acerca da constitucionalidade da aplicação dessas novas tecnologias no processo penal, mediante a ponderação dos valores em conflito.

Em específico, discorremos sobre as regras, valores e princípios constitucionais em conflito, especialmente os pertinentes ao direito processual penal, bem como sobre a sua interpretação, em conformidade com a hermenêutica constitucional.

Após a análise do tema relativo às provas no processo penal, com a abordagem dos princípios relacionados, busca-se analisar a prática dos atos processuais à distância, mediante a utilização da videoconferência, procurando responder à questão da sua constitucionalidade em face do direito fundamental à ampla defesa.

Será estudada também a questão relativa à degravação do registro do interrogatório do acusado e dos depoimentos de testemunhas, tendo em vista o aparente conflito entre o direito do acusado ao devido processo legal e a celeridade processual, que a nova tecnologia busca realizar.

Pretendemos também abordar o tratamento dado ao ofendido no processo penal, especialmente com a última reforma do Código de Processo Penal.

Capítulo I - Contextualização do problema

Evolução Dos Institutos Do Processo Penal

Os institutos do processo penal sofreram com o tempo diversas modificações, que refletiram as mutações ocorridas na sociedade. Observe-se que nos referimos aqui à cultura judaico-cristã ocidental, pois o presente trabalho não busca alcançar os sistemas jurídicos orientais ou mesmo das sociedades tradicionais.

Assim, o direito processual penal nas sociedades denominadas modernas, em contraposição às sociedades tradicionais, passou por um lento e gradativo processo de adequação às novas realidades.

No presente trabalho parte-se do pressuposto de que o homem, em regra, vive em sociedade e nela, também em regra, se constitui um poder superior às múltiplas vontades individuais, responsável pela solução dos conflitos de interesse. Esse poder, inicialmente concentrado nas mãos de uma só pessoa, como se dava no regime tribal, depois no matriarcado e no patriarcado[1], passou paulatinamente para o Estado, atravessando as fases da vingança privada (autodefesa) e da composição, esta marcada inicialmente pela presença de um juiz equivalente a um simples árbitro dos interesses privados, vindo em uma fase mais recente o Estado a deter o monopólio da administração da justiça[2].

Sobre o caminho percorrido pela jurisdição estatal, merece ser lembrada a síntese de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

> As considerações acima mostram que, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje) [3]

Atualmente, o Estado detém com exclusividade o poder de dirimir os conflitos de interesses na esfera penal, como se infere da disposição contida no art. 345 do Código Penal, que tipifica como crime a conduta de fazer justiça com as próprias mãos. Neste sentido, veja-se a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco:

---

[1] DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito. Tradução de Antônio José Brandão. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 517-526.
[2] *ibidem*, p. 517-526.
[3] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 25.

> Quando o estado avocou a administração da justiça, proibiu a solução do conflito de interesses pelas próprias partes, o que, se ocorrer, pode caracterizar, em regra, no direito brasileiro, o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal). Em contrapartida, conferiu ao indivíduo o direito de ação, para que pudesse pedir (exigir) ao estado-juiz a solução do conflito de interesses ou, genericamente, aplicação do direito ao caso concreto. [4]

Correlato a esse poder estatal surge o dever de fornecer a prestação jurisdicional quando configurada a lide, aqui entendida como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, conforme a clássica lição de Carnelutti, repetida por Fernando da Costa Tourinho Filho[5].

E, diante da ocorrência de um crime, é preciso que a sociedade possa contar com a prestação jurisdicional, pois a vítima abre mão do exercício arbitrário de suas razões em favor do Estado acreditando que de alguma forma a controvérsia será solucionada. Sem essa resposta estatal, fica prejudicada a segurança jurídica ou, em outros termos, a paz social, que corresponde ao principal objetivo do Direito.

O direito de invocar a prestação jurisdicional encontra-se previsto como direito fundamental no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Trata-se do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que abriga também o direito de ação.

Hoje, diante do acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, esse direito não deve ser compreendido como restrito apenas à inafastabilidade da jurisdição, mas sim como abrangente de uma verdadeira efetividade da jurisdição. Em outras palavras, a Constituição Federal não outorga ao nacional e ao estrangeiro residente somente o mero direito de ação, mas sim o direito fundamental a uma jurisdição efetiva, na medida em que eleva ao patamar de direito fundamental a celeridade do processo.

É através do processo que o Estado busca dirimir os conflitos de interesses. Ele nada mais é do que a forma contemporânea de composição dos litígios nas sociedades ocidentais modernas. Ele consiste, grosso modo, em uma sucessão de atos praticados de forma coordenada com a finalidade de compor a lide. Assim, o Estado-Juiz, uma vez instruído pelas provas colhidas e após ponderar as alegações dos litigantes, toma sua decisão com força obrigatória.

Cabe observar que, excepcionalmente, a lei permite a autodefesa, como se dá, por exemplo, nos casos de legítima defesa e estado de necessidade, previstos nos artigos 188 do Código Civil e nos artigos 24 e 25 do Código Penal, além daquelas hipóteses descritas nos artigos

---

[4] FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.030/2009, 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói: Impetus, 2010, p. 68.

[5] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

1210, 1283 e 644 do Código Civil. Também merece ser lembrada a possibilidade de autocomposição em relação aos interesses disponíveis, como se dá no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Como se sabe, existem bens jurídicos tutelados pelo Estado cuja violação afeta sobremaneira a paz social, de tal modo que esses bens mais caros para o ser humano merecem uma proteção especial, consistente na tutela penal. E são os titulares da função legislativa os responsáveis pela escolha dos bens merecedores da tutela penal.

Por se tratarem de bens eminentemente públicos, o direito de punir os transgressores pertence à coletividade, pois ela é a verdadeira titular do poder. No entanto, a função de reprimir as infrações penais é delegada ao Estado, sendo vedado, como regra geral, o exercício arbitrário das próprias razões. Assim, o *jus puniendi* se revela uma das manifestações mais marcantes da soberania estatal.

Uma vez praticada a conduta descrita na norma penal incriminadora, o *jus puniendi* se concretiza, surgindo para o Estado-Administração a pretensão de aplicação da sanção prevista em lei, ou seja, a pretensão punitiva. Esta, por sua vez, deve ser deduzida perante o Estado-Juiz, através do processo.

Assim, em virtude dos princípios vigentes no Estado Democrático de Direito, especialmente o da tripartição das funções estatais e o da submissão do Estado às suas próprias leis, o Estado-Administração não tem o poder de impor unilateralmente sua pretensão punitiva sobre o transgressor da norma penal, necessitando se socorrer do instrumento processo, regido essencialmente pelo princípio do devido processo legal.

A aplicação da lei penal ao caso concreto deve, portanto, observar as formalidades previstas em lei e deve se dar por meio dos órgãos jurisdicionais, que devem ser provocados por meio dos órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal (investigação do fato e dedução da pretensão em juízo). Observe-se também que o direito à persecução penal constitui obrigação do Estado estabelecida para que ele possa alcançar a segurança e a reintegração da ordem jurídica.[6]

Por outro lado, é por meio do processo penal que as garantias constitucionais tornam realidade os direitos fundamentais.[7] No Estado autoritário, o processo penal era dominado pelo interesse do Estado, sendo atribuída uma liberdade discricionária ao julgador, que a exercia em favor do poder oficial. O acusado figurava como mero objeto de inquisição.

[6] *ibidem*, p. 7.
[7] *ibidem*, p. 15.

Já no Estado liberal, o indivíduo, dotado de direitos naturais, passou a ocupar o centro das atenções e, no processo penal, passou a se considerar a existência de lide entre Estado e acusado, sendo este titular de direitos processuais.

Finalmente, no Estado de Direito Social, está subentendida no processo penal uma função comunitária, pois ele se desenvolve no interesse da coletividade em esclarecer o fato e punir o criminoso.

Assim, o processo penal não significa apenas mera técnica, pois reflete os valores políticos e ideológicos de uma sociedade[8].

Historicamente, ao menos no que se refere à civilização ocidental, o direito processual penal seguiu uma linha evolutiva que passou por diferentes sistemas processuais penais, em que alguns aspectos ainda podem coexistir nos dias de hoje. Houve, também, uma evolução em relação aos conceitos fundamentais e até em relação a fases de enquadramento ideológico.

Em relação aos diferentes sistemas, passou-se por uma evolução histórica do sistema inquisitivo para o acusatório e para o acusatório misto.

Para a caracterização dos sistemas processuais é preciso verificar alguns aspectos fundamentais, quais sejam, quem exerce a jurisdição, se o juiz pode começar o processo de ofício, quem pode iniciar a ação penal, se ela é popular, privada ou pública, se são distintas as figuras do acusador, juiz e defensor, se o réu é sujeito de direitos, se o procedimento é escrito ou oral, público ou secreto, contraditório ou não, contínuo ou descontínuo, qual o regime de valoração das provas, bem como se é cabível algum recurso[9].

O sistema acusatório predominou na antiguidade e perdurou até a Idade Média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. Este sistema possui três características essenciais. As funções de acusar, julgar e defender são atribuídas a pessoas distintas. A atuação do órgão jurisdicional e os limites da decisão dependem da provocação de um acusador e do conteúdo de sua ação processual (*ne procedat iudex ex officio*). Há possibilidade de resistência (defesa) por parte do acusado.

No sistema acusatório, a jurisdição é exercida por tribunais populares ou com participação popular em sua composição, o processo é iniciado mediante requerimento do acusador (privado ou popular, não estatal). A acusação, o julgamento e a defesa são atribuídos a pessoas distintas. O acusado, que está em situação de igualdade frente ao acusador, é visto como sujeito de direitos. Denilson Feitoza descreve o procedimento no sistema acusatório nos seguintes termos:

---

[8] FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 15.
[9] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 59-60.

> O procedimento consiste, basicamente, num debate público, oral, contínuo e contraditório e o órgão jurisdicional decide de acordo com o que foi alegado e provado pelas partes. [10]

No que se refere ao tema da valoração das provas, o sistema acusatório observa o critério da íntima convicção, em que o julgador não precisa explicitar o que o levou a decidir de tal ou qual maneira. Não havia recursos, pois os tribunais populares exerciam diretamente a soberania ou por meio de seus representantes, os jurados. No sistema acusatório, como regra geral, o juiz não produz provas de ofício, cabendo exclusivamente às partes a iniciativa probatória. Como lembra Denilson Feitoza, "o sistema inglês é o que, na atualidade, mais se assemelha ao sistema acusatório antigo"[11].

O sistema inquisitivo, por sua vez, predominou na Europa continental do século XII ao século XVIII. O poder central absoluto concentrava as funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Havia então uma convergência entre os interesses da igreja católica e dos estados nacionais, que procuravam se firmar contra o poder feudal.[12]

Esse sistema se caracterizava pela reunião dos poderes de acusar e julgar no órgão jurisdicional, pela persecução penal pública, iniciada pelo órgão jurisdicional, pelo tratamento do acusado não como sujeito de direitos, mas sim como mero objeto das investigações, e pela descoberta da verdade como o objetivo principal do procedimento, admitindo-se qualquer meio para atingir esse objetivo, inclusive a tortura.

Assim, no sistema inquisitivo a jurisdição era exercida pelo monarca, que delegava esse poder aos seus funcionários. O próprio órgão jurisdicional (o inquisidor) inicia a persecução criminal. Mesmo com o surgimento dos procuradores do rei, especialmente na França, com a função de denunciar e processar os infratores, o inquisidor ainda poderia iniciar o processo de ofício. As figuras do acusador e do julgador se confundem na mesma pessoa ou órgão, não havendo defensor, pois o réu culpado não o merecia e o inocente seria assim reconhecido pelo inquisidor.

O acusado não era sujeito de direitos e o procedimento tinha como objetivo a descoberta da verdade histórica. A investigação era realizada de forma secreta, sendo registrada por escrito e caminhava conforme apareciam as provas. A decisão era tomada com base no que constava nos autos e sem debates. O procedimento da investigação era descontínuo e não contraditório. Era adotado o sistema da prova legal para a valoração das provas. A prova máxima era a confissão e a

---

[10] *ibidem*, p. 61.
[11] *ibidem*, p. 61.
[12] *ibidem*, p.61-62.

tortura era admitida para tanto. A decisão era impugnável por meio de recurso apenas porque os inquisidores recebiam seu poder por delegação.

O sistema acusatório formal ou misto corresponde a uma modificação do inquisitivo. Desenvolveu-se no século XIX a partir da França. Nele, a jurisdição é exercida na primeira instância por tribunais com participação popular e, na segunda, por tribunais compostos geralmente por juízes profissionais.[13]

A acusação é, em regra, pública, desempenhada pelo Ministério Público, admitindo-se excepcionalmente que a ação penal possa ser proposta pelo ofendido. As funções de acusar, julgar e defender são atribuídas a pessoas ou órgãos diferentes. O acusado é sujeito de direitos e no procedimento principal tem igualdade com a acusação, além da ampla defesa.

O procedimento se divide em três fases: o preliminar ou instrução preparatória, o procedimento intermediário e o principal.

O preliminar é inquisitivo, escrito e sigiloso, geralmente conduzido pelo Ministério Público, mas às vezes por um juiz de instrução. O procedimento intermediário "tem por objetivo o controle da propositura da ação penal (pedido de instauração do procedimento principal)".[14] O principal é o processo penal propriamente dito no sistema brasileiro "e tem por fim a obtenção de uma sentença condenatória ou absolutória."[15] O eixo central é o debate: oralidade, publicidade, audiência única, presença dos sujeitos processuais (imediação), ampla defesa. Deve haver correlação entre acusação e sentença.

A tendência no sistema acusatório formal ou misto é de adoção do sistema da livre convicção motivada quanto à valoração das provas. Geralmente há recurso de cassação para as questões de direito ou de apelação, relacionado às questões de fato e de direito.

No sistema processual penal brasileiro, Denilson Feitoza aponta a presença de um princípio acusatório e de um princípio inquisitivo, conforme predominam as ideias de um ou outro sistema[16].

O princípio inquisitivo em sentido amplo significa que o juiz pode de ofício iniciar ou impulsionar procedimento ou processo, conhecer fatos, decretar medidas cautelares e determinar provas.

O princípio acusatório em sentido amplo implica em atribuir às partes a iniciativa e impulsão do procedimento ou processo. No processo civil, ele se confunde com o princípio dispositivo.

---

[13] *ibidem*, p.62-63.
[14] *ibidem*, p.63.
[15] *ibidem*, p.63.
[16] *ibidem*, p.63-67.

Embora a Constituição de 1988 tenha adotado o princípio acusatório, que hoje tem, portanto, natureza constitucional, culturalmente predominava o princípio inquisitivo no Brasil. Com as recentes reformas no Código de Processo Penal houve significativo progresso no sentido de se compatibilizar a legislação processual penal com o espírito da Constituição e com o princípio acusatório.

A opção pelo estado democrático de direito firmada no art. 1º, caput, da Constituição de 1988 se reflete no processo penal, que não deve deixar de observar a tripartição das funções estatais, como lembra Geraldo Prado:

> a democracia no processo penal projeta a tutela dos direitos fundamentais e da disciplina constitucional da divisão dos poderes em seu interior, e resulta na implementação do princípio da divisão de funções no próprio processo, atribuindo-se a diferentes sujeitos as atividades de acusar, defender e julgar.[17]

A adoção do sistema acusatório se mostra indispensável no estado democrático de direito, uma vez que constitui óbice à condução despótica do processo penal, distanciando de forma clara as funções de acusar e julgar. Não é por outra razão que Denilson Feitoza afirma:

> Um processo penal acusatório, fundado no princípio do estado democrático de direito, não deixa espaço para um juiz autocrático, com poderes que tendem a ser ilimitados e absolutos.[18]

Em relação aos conceitos fundamentais também houve uma evolução no processo penal. Os métodos de solução das lides caminharam da autotutela ou autodefesa para a autocomposição (manifestada por meio de desistência, submissão e transação), passando pela arbitragem facultativa e pela arbitragem obrigatória, chegando-se finalmente ao método do processo, em que o estado-juiz é provocado para solucionar o conflito de interesses:

> Quando o estado avocou a administração da justiça, proibiu a solução do conflito de interesses pelas próprias partes, o que, se ocorrer, pode caracterizar, em regra, no direito brasileiro, o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal). Em contrapartida, conferiu ao indivíduo o direito de ação, para que pudesse pedir (exigir) ao estado-juiz a solução do conflito de interesses ou, genericamente, aplicação do direito ao caso concreto.[19]

---

[17] PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 206, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p.66.
[18] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p.66.
[19] *ibidem*, p.68.

Enquanto "no direito processual em geral, o processo surgiu como forma de evitar os conflitos privados, afirmar a autoridade do direito e realizar o ideal de Justiça"[20], no direito processual penal moderno, o processo é concebido como mecanismo de proteção do indivíduo frente ao Estado:

> O processo penal moderno, assim, é instrumento que possibilita o estado-jurisdição interpor-se entre o estado-administração e os 'administrados', ou seja, é mais um instrumento de garantia da liberdade do indivíduo do que um mero 'método' para se obter a decisão jurisdicional sobre a pretensão punitiva.[21]

Os três institutos fundamentais do processo moderno são a ação, a jurisdição e o processo, podendo ser acrescida também, em uma visão progressista, a exceção em sentido amplo (na acepção de defesa).

O crime nada mais é do que a violação do comando implícito na norma penal incriminadora. Enquanto a previsão abstrata da pena é obra do estado-legislador, a sua aplicação no caso concreto cabe ao estado-juiz e a execução é atribuída ao estado-administração.

Editada a norma penal incriminadora, surge para o estado o ius puniendi *in abstracto* ou, mais precisamente, o *potestas puniendi*. Descumprido o preceito implícito na norma incriminadora por meio da prática de um crime, surge para o estado o direito de punir em concreto (*ius puniendi* in concreto).

A atividade desenvolvida pelo estado-administração no sentido de obter a imposição da pena pelo estado-juiz corresponde à persecução criminal, que abrange a fase da investigação criminal, geralmente conduzida pela polícia judiciária, bem como a fase da ação penal, cuja titularidade geralmente é atribuída a outro órgão do estado-administração, o Ministério Público.

O estado é o titular do *ius puniendi*, que constitui expressão da soberania estatal. Contudo, parte da *persecutio criminis* (ação penal) pode ser entregue ao particular, como ocorre nos crimes de ação penal privada.

Para obter a aplicação da pena pelo estado-juiz, o estado-administração exige a subordinação do interesse alheio ao seu interesse, em referência ao bem jurídico liberdade. Essa pretensão é deduzida em juízo por meio da ação penal:

> Para que o estado-juiz possa aplicar a pena, o estado-administração deve pedir ao estado-juiz que o direito à liberdade (ius libertatis) do autor da infração penal se submeta ao seu poder de punir, ou seja, deve deduzir a pretensão punitiva perante o estado-juiz. A

[20] *ibidem*, p.68.
[21] *ibidem*, p.69.

> pretensão punitiva pode ser vista como a exigência de subordinação do direito de liberdade do indivíduo ao 'direito de punir' do Estado. [22]

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, surge para o estado-administração o direito de punir em concreto, ou seja, a pretensão executória.

Cabe observar, contudo, que atualmente a aplicação dos conceitos da teoria geral do processo deve sofrer as devidas adaptações quando de sua utilização no processo penal, em razão de sua autonomia em relação a outros ramos do direito processual:

> Os estudos atuais de direito processual penal reafirmam sua autonomia em face de outros ramos do direito processual, diante do que refuta conceitos como lide, condições da ação, ação penal enquanto direito público subjetivo e processo enquanto relação jurídica processual.[23]

O direito processual passou por três fases em sua evolução histórica, tendo a primeira perdurado até meados do século XX. O processo era então considerado apenas um meio para o exercício do direito material.

Na segunda fase, denominada autonomista ou conceitual, "desenvolveu-se o conceito de processo como relação jurídica processual autônoma, diversa da relação jurídico-material subjacente."[24]

Na fase atual, "busca-se acentuar a instrumentalidade do processo e delimitar as características essenciais do processo moderno"[25]. Desenvolveu-se a teoria que define o processo como procedimento em contraditório[26]. Surgiu também a teoria preconizada por Cândido Rangel Dinamarco, que ressalta a instrumentalidade do processo no sentido da busca por objetivos de natureza política, jurídica e social, e não apenas por objetivos jurídicos[27].

A sociedade da informação e o processo penal

A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital, marcada pelo incremento tecnológico na área das telecomunicações, nos meios de comunicação de massa e na informática, merecendo maior destaque nesse contexto o surgimento da *Internet*, cujos primórdios remontam à década de 1960, quando, no auge da Guerra Fria, o Departamento de

---

[22] *ibidem*, p.69.
[23] *ibidem*, p.69.
[24] *ibidem*, p.70.
[25] *ibidem*, p.70.
[26] GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: Aide, 1992, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p.70.
[27] DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1994, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p.70.

Defesa dos EUA procurava uma forma de proteger o sistema de comunicação americano na hipótese de um ataque soviético. Com o objetivo de assegurar o funcionamento da comunicação mesmo na hipótese de um ataque inimigo, foi projetada uma rede de computadores em que a comunicação seria realizada entre seus diversos pontos por meio de pacotes de dados, sem a existência de uma central única, e que permaneceria ativa mesmo se uma de suas partes fosse inutilizada.

A revolução digital se caracteriza essencialmente pela introdução constante de novas tecnologias no cotidiano das denominadas sociedades modernas, a exemplo do computador pessoal, dos notebooks, aparelhos de "Blue Ray", MP4, MP7, "palm tops", aparelhos GPS, "I Pod", "I Pad" e também aparelhos de telefonia celular e “smart phones” que contam com recursos cada vez mais sofisticados, além, é claro, da popularização e ampliação do acesso à informática e também à Internet, enquanto mídia e meio de comunicação.

Como bem lembra Liliana Minardi Paesani, “a difusão da informática produziu profundas transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, no plano nacional e internacional”[28], sendo este um dos fenômenos de maior relevância da pós-modernidade.

A pós-modernidade, também chamada era pós-industrial, se reflete no direito, onde passa a ter lugar a fase do pós-positivismo no Direito. Esta é a era da sociedade da informação, quando são vivenciadas, na realidade, as consequências da pós-modernidade.

Portanto, a sociedade da informação não se relaciona somente ao fenômeno do surgimento e desenvolvimento da internet, mas sim com todo o momento contemporâneo. Uma caracteristica essencial da sociedade da informação é a informação ter se tornado produto de riqueza. Outra é a sociedade de massa (fenômeno da massificação), a aceleração exponencial da velocidade dos meios de comunicação, a informatização, a insegurança social, sociedade de risco, hedonista. Estas características da sociedade da informação têm repercussão no direito, que deve dar resposta a essa sociedade de massa, especialmente no que tange à persecução criminal.

Na sociedade contemporânea, o novo modelo de organização dos meios de produção se desvincula daquele surgido após a Revolução Industrial e se afasta também da busca pela simples otimização dos processos industriais, levando a questão relativa ao processamento e o manejo da informação para o centro das discussões no âmbito das ciências humanas e tecnológicas.

Seguindo a ideia concebida pelo sociólogo espanhol Manuel Castells, a expressão Sociedade da Informação corresponde, em termos gerais, a essa nova etapa do desenvolvimento das denominadas sociedades modernas, que teve seu início no final do Século XX e que tem como

[28] PAESANI, Liliana Minardi. Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do Software. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. (Coleção temas jurídicos; 2), p. 13.

uma de suas principais características o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação.[29]

A expressão é por vezes tomada com o mesmo sentido de Sociedade do Conhecimento ou Nova Economia, guardando estreita relação com o fenômeno da Globalização, inerente ao plano econômico. Embora se trate de um fenômeno que existe há tempos, pode-se dizer que a sociedade da informação possibilitou o seu incremento de forma acentuada.

Ignácio Ramonet, citado por Carlos Alberto Corrêa de Almeida Oliveira e Ronaldo Sérgio Moreira da Silva[30], a globalização possui doze características principais. Ela é marcada pela hegemonia geopolítica dos Estados Unidos, pela transformação do conceito de valor estratégico, pela crise do Estado-nação, com a mudança no seu conceito, pelo surgimento de novos atores globais, especialmente em gestão financeira, a exemplo das organizações financeiras internacionais. Também são aspectos característicos da globalização a preponderância da democracia como regime político, a tendência do poder deixar de ser exercido de forma vertical e hierarquizada, sendo distribuído de forma mais horizontal, ao menos nos países com regime político inclusivo e oposição pública atuante. As identidades individuais já não levam em conta apenas o conceito de nacionalidade, passando a existir identidades vinculadas a grupos sociais, empresas transnacionais e organismos internacionais, por exemplo. O comunismo deixou de ser uma ameaça, ganhando destaque as epidemias capazes de atingir vários continentes, tais como, por exemplo, a gripe causada pelo vírus H1N1, as catástrofes naturais, os acidentes ambientais, como o recente vazamento de petróleo ocorrido no Golfo do México, e, no aspecto penal, o crime organizado, as máfias e o terrorismo.

Na globalização, as desigualdades socioeconômicas e culturais se acentuam, surgindo uma nova divisão social, ou seja, surgem as categorias dos globalizados e dos excluídos da globalização.

Ainda segundo Ramonet, a globalização financeira se vale do progresso das tecnologias de comunicação. A globalização para ele tem também como característica a transformação tecnológica e ainda repercute no mundo jurídico, na medida em que o Direito passa a ser formulado e aplicado por organizações internacionais, especialmente em Tribunais internacionais.

A sociedade da informação é caracterizada pela também pela sociedade de massa, em que os problemas, os conflitos sociais e as lides são massificados. Os conflitos massificados dizem

[29] CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. Volume I, a sociedade em rede, p. 21.
[30] RAMONET, Ignácio – Situación actual del proceso de globalización, El proceso de globalización mundial. Barcelona, Intermon, 2000, p. 11 e seg., *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida e SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira da Silva. A criminalidade moderna e as garantias constitucionais. A influência da Globalização no Direito Penal e Direito Processual Penal. *In* Processo penal e garantias constitucionais. SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 39

respeito a um grupo, uma classe de pessoas, o que apresenta como reflexo no ordenamento jurídico nacional o surgimento da tutela coletiva a partir de 1985, com a Lei da Ação Civil Pública.

Outra característica da sociedade da informação é o individualismo, facilitado pela dinâmica dos grandes centros. Quanto maior o poder aquisitivo menor o entrosamento social entre vizinhos. As pessoas perdem a individualidade por conta da vida em uma sociedade de massa, mas ao mesmo tempo estão mais individualistas. Nesse cenário, o direito teve que garantir os direitos sociais, como a previdência e assistência, que antes eram garantidos pela própria família.

A sociedade da informação é também uma sociedade de consumo, em que se facilita o crédito para estimular o consumo, o que repercute no mundo jurídico, tendo provocado o surgimento dos direitos do consumidor.

A sociedade da informação se apresenta marcada pelo hedonismo, ou seja, pela busca constante pelo prazer, com prejuízo para o estudo das disciplinas metafísicas como a filosofia, por exemplo.

A sociedade da informação é niilista. Não possui valores absolutos, tais como verdade e ética. O niilismo atual se reflete também no direito, podendo ser citado como exemplo dessa influência a aplicação de mecanismos de interpretação como a ponderação de valores.

A sociedade da informação é caracterizada pelo avanço científico e tecnológico em ritmo acelerado. A informação recebe tratamento informatizado, computadorizado, com reflexos na intimidade, na bioética, na biotecnologia, na possibilidade do homem influir no início e no fim da vida, com o prolongamento artificial da vida. Surgem simultaneamente as sensações de que o tempo se acelera e se encurta[31], na medida em que se reduz o período da passagem de uma fase a outra do progresso técnico e se exige a imediata adaptação ao novo momento.

Finalmente, a sociedade da informação é marcada pela insegurança. Ela é uma sociedade de risco, caracterizada pelo medo da violência, do desemprego.

Alguns denominam essa época de Era da Sociedade da Informação, em que figuram como marcos inaugurais os livros de ficção “Admirável Mundo Novo”, de Aldous Huxley[32], e “1984”, de George Orwell[33]. Deste último surgiram as expressões “big brother” e “polícia do pensamento.” As duas obras já anteviam um tempo em que o papel dos indivíduos já seria predeterminado, inexistindo espaço para a liberdade individual.

[31] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.201-212.
[32] HUXLEY, Aldous. Admirável mundo novo. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2009, *passim*.
[33] ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003, *passim*.

A informação passou a ter valor econômico. Alvin Toffler, com seu livro A Terceira Onda[34], foi um dos precursores da literatura voltada para a análise dos fenômenos da sociedade da informação. O termo cultura passa a ter um significado mais abrangente, correspondendo à natureza trabalhada pelo homem.

As sociedades modernas evoluíram da sociedade agrícola até a sociedade da informação. A primeira grande revolução se deu com o desenvolvimento da agricultura, quando o homem deixou de ser apenas coletor para se tornar produtor e gerar um excedente de produção, provocando uma alteração da própria estrutura familiar. A produção passou então a ter também valor econômico, podendo ser trocada.

Posteriormente houve a revolução industrial, a evolução dos meios de produção, com o surgimento da máquina a vapor, da produção em série, o "fordismo." Hoje vivemos uma nova revolução, a revolução tecnológica, a revolução da sociedade da informação, marcada pela rapidez assustadora das transformações. Fala-se na revolução digital, na era do chip, em que toda informação pode ser carregada num "chip".

Cabe observar que a informação se distingue da comunicação. Comunicação é a mera transmissão da informação.

O conhecimento, por sua vez, não se confunde com a sabedoria. Enquanto o conhecimento é a aptidão para analisar a informação, dar-lhe tratamento, organização, a sabedoria corresponde à capacidade de criticar, de extrair conclusões originais. Diz respeito ao conhecimento filosófico.

Na sociedade da informação, as informações são produtos de mercado e, ao mesmo tempo, existe muita informação facilmente acessível, a um baixo custo ou mesmo sem custo. Assim, o conhecimento e a sabedoria passam a ter um valor muito superior diante da avalanche de informações descarregada pela internet e pela mídia, especialmente a televisiva.

A tecnologia influenciou o mundo do direito, ensejando o surgimento da informática jurídica ou informática do Direito ou juscibernética, que corresponde a qualquer aplicação da informática ao direito. A informática também passou a ser utilizada como nova ferramenta de trabalho pelos operadores do direito.

O direito, por sua vez, influencia a tecnologia, especialmente por meio do direito de informática (direito autoral de programa). O ingresso do direito na sociedade da informação fez surgir um novo ramo da ciência do direito, o direito da sociedade da informação ou direito informacional, com método e objeto próprio, voltado justamente ao estudo do papel do direito na sociedade da informação.

[34] TOFFLER, Alvin. A terceira onda. 29ª ed. São Paulo: Editora Record, 2007, *passim*.

O direito informacional pode ser conceituado como o conjunto de institutos jurídicos que convergem para a tutela da informação. O objeto de estudo do direito informacional é o ambiente da sociedade da informação. O novo ramo exigiu do direito duas posturas. Em primeiro lugar provocou o surgimento e aprimoramento de direitos como, por exemplo, o direito autoral, o direito ao prolongamento artificial da vida. Provocou ainda a necessidade de regulação de um novo setor da sociedade, de um novo bem jurídico, a informação.

As preocupações desse direito contemporâneo estão voltadas para o Direito do Ciberespaço ou Direito da Internet (onde há necessidade de fontes não estatais de regulação para a disciplina do novo espaço), para o Direito de Informática, para o Direito das Telecomunicações e, finalmente para o Direito da Telemática.

Não existe um marco histórico indicativo do surgimento da sociedade da informação, pois ela representa a consequência natural de diversos processos de desenvolvimento, dentre os quais se destaca o fenômeno da globalização, que estimulou a ideia de infraestrutura global de informação, propiciando a formação de um mercado mundial e a diluição do significado das fronteiras físicas em virtude do progresso na área das telecomunicações.

No entanto, a sociedade da informação não se resume à globalização, embora algumas características desta última também se apliquem à primeira. Pode-se afirmar que este modelo de sociedade se caracteriza por uma nova visão acerca da produção e do uso da informação e, ainda, por estar em permanente processo de formação e expansão, o que se reflete na acelerada obsolescência dos produtos.

Na visão de muitos autores, nomeadamente Manuel Castells, Gilberto Dupas e Luiz de Oliveira Ascensão, a Sociedade da Informação teve seu início marcado por três fatores básicos, quais sejam, o desenvolvimento da indústria informática, o desenvolvimento da internet e, finalmente, pela possibilidade de reprodução de sons e imagens em meio digital.

Da Wikipédia, a Enciclopédia Livre da Internet, que também corresponde a um fruto da sociedade da informação, consta que:

> A sociedade não é um elemento estático, muito pelo contrário está em constantemente mutação e como tal, a sociedade contemporânea está inserida num processo de mudança em que as novas tecnologias são as principais responsáveis, alguns autores identificam um novo paradigma de sociedade que se baseia num bem precioso, a informação, atribuindo-lhe várias designações, entre elas a Sociedade da Informação.[35]

[35] Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade_da_Informa%C3%A7%C3%A3o. Acesso em 25/06/2009. A Wikipédia constitui um bom exemplo de um produto da sociedade da informação. Além de disponibilizar uma grande quantidade de informações pertinentes aos mais variados ramos do conhecimento humano, ela permite que os próprios usuários complementem os dados já existentes, representando um eficiente mecanismo de inteligência coletiva, nos moldes preconizados por Pièrre Levy, em O que é o virtual? São Paulo: Editora 34, 1996. Obviamente, as

Os norte-americanos foram os precursores da sociedade da informação, na medida em que tomaram a frente no desenvolvimento de novas tecnologias, aplicadas inicialmente à indústria bélica durante a segunda grande guerra.

O momento da sociedade da informação é marcado pelo surgimento de novas indústrias, baseadas em conhecimentos cuja origem não se encontra no empirismo. A pesquisa científica passa a estar vinculada à descoberta de aplicações comerciais do conhecimento, como se dá, por exemplo, na área da biotecnologia.

A indústria cultural e midiática possui um papel central na sociedade da informação. Antes essas indústrias configuravam apenas um elo da cadeia de produção de bens de consumo, mas hoje constituem indústrias de ponta, chegando a colocar as demais indústrias a seu serviço. O produto de mídia não pode ser dissociado do trabalhador que o executa, o que se contrapõe à noção da mais-valia incorporada ao produto fabricado pelo proletário. Nesse contexto surge inclusive a figura do intelectual da mídia.

A informação deixa de ser apenas um recurso social para a categoria de mercadoria. A matéria constitui apenas um suporte da informação, que tem valor em si mesma.

Grande parte do dinamismo da indústria atual decorre da força da indústria da mídia. A indústria da informação busca algum tipo de monopólio sobre a informação, o controle sobre as fontes e meios de acesso e produção da informação.

Houve uma ampliação dos direitos de propriedade intelectual, iniciada nos Estados Unidos da América, que permitiu a grandes corporações a apropriação de informações oriundas de manipulação genética e da cultura dos povos.

A partir do momento em que a informação se torna um produto comercial, um bem material em si mesmo, ela mesma passa a ser produzida com a finalidade de gerar lucro. A capacidade de pagar por ela e o seu custo começam a interessar a todos e, assim, esse critério relacionado ao poder de compra passa a ser adotado como critério básico para definir quem pode ter o acesso à informação e, num movimento cíclico, as divisões e desigualdades já existentes na sociedade se aprofundam ainda mais.

Por outro lado, as personalidades começam a ser moldadas em conformidade com a vontade do mercado, que passa a ditar o que é melhor para cada indivíduo e até o papel de cada indivíduo na sociedade. O poder do mercado possibilita não apenas a produção de bens para as pessoas, mas também forma consumidores destinados a absorver essa oferta.

---

informações ali encontradas devem ser analisadas com cuidado, justamente porque as fontes não possuem caráter necessariamente científico, existindo ali muito do senso comum.

A cultura passa a estar a serviço da valorização do mercado, com a construção ou amoldamento das identidades, de forma que elas passem a atender ao mercado e não o contrário.

A informação que não é vendável, ou seja, que não atende aos critérios de comercialização estabelecidos pelo mercado, não possui valor.

A hegemonia do neoliberalismo impõe o aumento da desregulamentação das atividades privadas, preconizando o fim do Estado do Bem Estar Social e forçando a transição para uma fase de Estado mínimo, caracterizada no Brasil pelo movimento das privatizações e criação das agências reguladoras.

A fragmentação do poder e da soberania inerentes ao processo de globalização, marcado pelos movimentos de integração regional, trouxeram como consequência uma tendência à desregulamentação e à busca da diminuição do papel do Estado na condução das políticas públicas.

Atualmente, parece perder terreno o dogma da auto regulação do mercado, que apesar de ser considerado um ente forte e auto-suficiente, dotado de vontade própria, acima das soberanias estatais, mostrou-se suscetível a crises causadas por movimentos especulativos e bolhas imobiliárias, demonstrando não ser tão auto-suficiente como preconizado pelos economistas modernos.

Nesse mesmo contexto se colocam a acumulação capitalista desenfreada e as desigualdades internacionais, com redução do poder de compra dos salários em virtude da automação, do deslocamento de empresas para regiões em que os salários são mais baixos, e em virtude da emergência da China e da Índia como grandes centros produtivos.

O Brasil encontra-se inserido nesse processo de revolução tecnológica desde os anos 90, quando houve a abertura econômica nacional, acompanhada do processo de privatização, sem falar na chegada da Internet.

A necessidade de adaptação do país à pós-modernidade tornou-se objeto de políticas públicas, consubstanciadas no programa do Governo Federal constante do chamado *Livro Verde da Sociedade da Informação*, publicado em agosto de 2000, pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

O compêndio de políticas governamentais descreve três fenômenos inter-relacionados que serviram de base para esta transformação social: 1) a convergência da base tecnológica: decorrente do fato de se poder representar e processar qualquer informação unicamente pela forma digital; 2) a dinâmica da indústria: que propiciou a queda dos preços dos computadores, bem como dos insumos tecnológicos a ele relacionados, fato este que permitiu uma maior

popularização de sua utilização; 3) o crescimento e expansão da Internet: e, consequentemente, da conectividade internacional.

Esse panorama, como não poderia deixar de ser, tem influência sobre as relações jurídicas e também sobre a jurisdição civil e criminal, que em grande medida incorporaram os progressos surgidos com a revolução tecnologia.

O Direito, acompanhando as transformações sociais contemporâneas, passou a incorporar as novas tecnologias que se sucedem com velocidade crescente, embora não sem o surgimento de problemas, especialmente aqueles relacionados à sua utilização.[36]

Elucidativa no sentido da necessidade de adequação do Direito às transformações que caraterizam a sociedade da informação é a lição de Augusto Eduardo de Souza Rossini:

> A Era Digital, quarta e última revolução que interessa neste trabalho, iniciou-se com a interligação dos computadores e ainda não terminou. Caracteriza-se pela introdução de um novo conceito de espaço (Ciberespaço) e pela efetiva utilização de uma nova ferramenta, a Internet. Esta, por seu turno, tem se mostrado uma das principais armas da globalização, evento histórico que se repete, a exemplo das expansões romana, portuguesa, inglesa etc., tudo corolário do neo-liberalismo - movimento econômico que ainda afeta o mundo em várias facetas.
> Neste contexto, o grande computador que é a Internet, inquestionavelmente se insere na vida das pessoas e a revoluciona, podendo-se compará-la à revolução que se operou na humanidade com a descoberta de Gutemberg, o livro impresso.
> Este quadro evidencia de que maneira as novas tecnologias afetam o cotidiano das gentes, e o direito, especialmente o penal, não pode ficar alheio a tão-gritantes transformações, até porque a criminalidade se amolda e também utiliza todo o ferramental tecnológico para a prática de condutas já historicamente tipificadas e outras a se tipificar, conforme abaixo se verá.[37]

A quantidade e intensidade das relações econômicas entre Estados, pessoas e empresas, bem como o aumento da circulação das riquezas contribuem para despertar a cobiça de quem almeja o enriquecimento fácil e ilícito, inclusive à custa da lesão a bens jurídicos penalmente tutelados. A criminalidade transnacional surge nesse contexto como a consequência natural do incremento das relações jurídicas. Os crimes de lavagem de dinheiro, na forma prevista na Lei n. 9.613/98, possuem muitas vezes o caráter de transnacionalidade característico da sociedade da informação, da mesma forma que ocorre em relação aos crimes cibernéticos, especialmente aqueles relacionados à conduta dos “hackers”.

Não há como deixar de mencionar o surgimento do terrorismo como reflexo desse novo momento histórico. Na medida em que a globalização, a massificação e a idolatria do consumo

---

[36] Liliana Minardi Paesani acrescenta que “O encontro entre o mundo da informática e o do Direito revelou-se altamente problemático pela falta de uma cultura jurídica dos técnicos e de uma cultura técnica dos juristas”, in Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do Software. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. (Coleção temas jurídicos; 2), p. 14.

[37] ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. A informática e a telemática ante o direito penal. São Paulo. 2003, p. 15-16.

procuram se impor de forma implacável sobre as diversas culturas existentes, surge um movimento natural em sentido contrário, ou seja, no sentido da preservação das diversidades, que pode em certos casos, especialmente no campo religioso, ganhar um caráter de radicalismo incontido, como ocorre no caso dos fundamentalistas islâmicos.

Diante do surgimento da criminalidade organizada e da criminalidade transnacional, por vezes organizada, surge a necessidade de adequação do Direito ao novo momento, reconhecendo-se inclusive a existência de bens jurídicos universais. Veja-se, a propósito, a lição de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini:

> No tempo do Direito penal tradicional falava-se em ofensa aos direitos subjetivos do indivíduo; evoluiu-se depois para a admissibilidade também dos direitos coletivos e dos bens supraindividuais. Agora já se propugna pelo reconhecimento de bens jurídicos universais ou planetários. A ecologia, indiscutivelmente, constitui exemplo patente dessa tendencial globalização dos bens jurídicos. Outros exemplos: genética, segurança informática, segurança nas comunicações, segurança nos meios transnacionais de transporte, segurança na internet etc.[38]

A globalização traz, ainda, como consequência a tendência a uma flexibilização das garantias penais e processuais, acentuando-se o pragmatismo no Direito Penal, que deve ser eficiente no sentido de alcançar os resultados de pacificação social esperados, ainda que isso implique em elevados custos no que se refere ao respeito aos direitos individuais.

No momento atual, o sistema processual deve ser pautado pelo pragmatismo, ou seja, pela busca do máximo de eficiência na atividade repressiva e também pela ênfase na prevenção. O caráter intimidatório da pena ganha um maior destaque.

Essa tendência à "flexibilização dos pressupostos mínimos do Direito Penal, processual penal e execucional para a verificação da punibilidade da conduta, bem como das formalidades garantistas, hoje se faz presente, dentre outras hipóteses, na eliminação das dificuldades probatórias na criminalidade organizada."[39]

Como consequência da acentuação do caráter preventivo do Direito Penal contemporâneo, cogita-se inclusive da antecipação da tutela penal:

> Demais disso, o Direito Penal ganha contornos essencialmente preventivos. Por força da conscientização da sociedade nas últimas décadas acerca dos riscos e ameaças que caracterizam a era da Globalização, passou-se a cogitar hodiernamente da antecipação da

[38] GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. O Direito Penal na era da globalização. Editora Revista dos Tribunais, Série As ciências criminais no século XXI, vol. 10, 2002, p. 23, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida e SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira da Silva. A criminalidade moderna e as garantias constitucionais. A influência da Globalização no Direito Penal e Direito Processual Penal. *In* Processo penal e garantias constitucionais. SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 41.

[39] GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *op. cit.*, p. 30, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida e SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira da Silva. *op. cit.*, p. 57.

> tutela penal, que consistiria na criminalização adiantada ou antecipada de algumas condutas. Trata-se do Direito Penal do risco.
> O punctum saliens da controvérsia repousa, de um lado, no entendimento de alguns de que o Direito Penal seria o instrumento mais adequado ou a forma de proteção única ou mais eficaz de alguns bens jurídicos típicos da 'sociedade de risco', como meio ambiente, ordem econômica ou financeira, saúde pública, genética, drogas etc. E a técnica de tipificação de tais crimes seria o perigo abstrato. O referencial da teoria da pena que fundamenta esse Direito Penal é a estabilidade do sistema social.[40]

A utilização frequente do Direito Penal com o objetivo de afastar os riscos inerentes ao fenômeno da globalização, deixando-se de lado o princípio da subsidiariedade, encontra resistência de parte da doutrina[41], que entende não ser o Direito Penal adequado para enfrentar as questões peculiares à "sociedade de risco".

Assim como se exige do Direito Penal uma resposta adequada à nova criminalidade, também é necessário que o Direito Processual Penal passe por uma adaptação ao momento, ganhando relevo nesse contexto, dentre outras, a questão relativa à celeridade processual e à efetividade do processo, especialmente em virtude do seu caráter instrumental em relação ao direito material de punir titularizado pelo Estado.

O tema da pesquisa desenvolvida no presente trabalho corresponde justamente ao estudo dos efeitos da sociedade da informação e, consequentemente, da aplicação das novas tecnologias que lhe são inerentes, no âmbito do processo penal, tomando como objeto de estudo o conjunto de mecanismos tecnológicos previstos nas recentes reformas do Código de Processo Penal e destinados à busca de uma maior efetividade da jurisdição criminal. Buscou-se enfocar os princípios constitucionais em conflito, notadamente os da efetividade processual, celeridade processual, devido processo legal e ampla defesa, evidenciando ainda o caráter difuso do direito criminal moderno.

O trabalho tem relação direta com a linha de pesquisa Decisão Jurídica e Monopólio do Estado, na medida em que a aplicação das ferramentas surgidas com a revolução digital ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional constitui tema diretamente ligado às interações entre a sociedade da informação, o direito processual penal e os princípios constitucionais que o orientam. Observe-se que a linha escolhida apresenta como objetivos:

> (...) investigar o processo, enquanto via estatal para distribuição da justiça, em sua função de instrumento estatal de solução de conflitos, procurando o aperfeiçoamento da jurisdição pelas ferramentas informáticas. Se é certo que, se o Estado tem o dever de prestar a jurisdição, como uma das formas pacíficas de solução dos conflitos de interesses, é igualmente exato que a jurisdição deve se fazer efetiva. Daí ser importante

[40] OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida e SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira da Silva. *op. cit.*, p. 57.
[41] GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. *op. cit.*, p. 119, *apud* OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida e SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira da Silva. *op. cit.*, p. 58.

> compreender em que consiste a jurisdição estatal, o que se deve entender por efetividade da tutela jurisdicional. [42]

O tema das novas tecnologias no processo penal, juntamente com a análise dos princípios constitucionais em conflito está relacionado à telematização e virtualização do processo, à efetividade da jurisdição e se liga também à informação em tempo real, aos atos processuais praticados à distância, à moderna contextualização do devido processo legal e ao princípio constitucional da celeridade processual, assuntos que ganham relevo no período da história da civilização ocidental conhecido como era da sociedade da informação.

O interrogatório por videoconferência, a gravação dos depoimentos colhidos em audiência, a possibilidade de intimação por meio de correio eletrônico, por exemplo, constituem aplicações específicas das inovações tecnológicas características da sociedade da informação no âmbito do processo penal.

Direito comparado

As recentes alterações ocorridas no Código de Processo Penal refletem uma tendência do Direito das sociedades modernas no sentido da busca de uma maior celeridade e efetividade do processo penal, ao mesmo tempo em que refletem a natural preponderância do valor da dignidade da pessoa humana. Essa preocupação acentuada com a questão da efetividade, com a proteção à dignidade humana e com o acesso à justiça, constitui aspecto marcante da revolução digital que caracteriza a sociedade da informação.

Como se verá mais adiante, as reformas implicaram ainda na previsão expressa da proibição da prova obtida por meios ilícitos, bem como na previsão do princípio da identidade física do juiz, além de ampliarem o princípio da oralidade para além do procedimento dos Juizados Especiais, instituindo por fim o interrogatório do réu e a oitiva de testemunhas por meio da videoconferência.

A busca pela efetividade da jurisdição e a necessidade de equilíbrio entre este objetivo e a proteção à dignidade humana apontam para a necessidade de se verificar como o assunto é tratado no plano internacional, na medida em que os problemas e as soluções verificados alhures servem como vetor para as modificações do nosso direito interno, bem como para a própria interpretação das regras já existentes.

[42] Descrição da linha de pesquisa fornecida pela instituição de ensino para a qual será apresentado o presente trabalho. Disponível em: «http://www.fmu.br/mestrado». Acesso em: 10/06/07.

A proteção aos Direitos Humanos no plano universal passou por uma primeira fase, da segunda metade do século XIX até o final da 2ª Guerra Mundial, na qual se destacaram três setores principais: o Direito Humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado[43].

A Convenção para melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, ratificada pelo Brasil em 30/04/1906, corresponde à base do Direito de Genebra e deu origem ao moderno Direito Internacional Humanitário (abrangente do conjunto de leis e costumes da guerra). Tem por objetivo proteger combatentes que não participam mais das hostilidades.

Com a aprovação da Ata da Conferência de Berlim, em 26/02/1885, a escravidão foi proibida no âmbito internacional e, em 10/12/1948, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o documento internacional mais mencionado como marco da proteção aos direitos humanos.

Em uma fase mais recente, embora não haja uma organização internacional única dedicada à proteção dos Direitos Humanos, a ONU ganha maior destaque nesse campo, tendo produzido os seguintes documentos internacionais, além da Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Protocolo Facultativo referente ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, todos adotados em 16/12/1966 pela Assembleia Geral, além do Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com Vista à Abolição da Pena de Morte, adotado pela Assembléia Geral da ONU em 15/12/1989.

José Cretella Neto lembra também outra série de convenções internacionais destinadas à proteção dos Direitos Humanos: as dirigidas à Repressão ao Crime de Genocídio (1948), Abolição do Tráfico de Seres Humanos e Prostituição (1950), Abolição do Tráfico de Escravos (1953 e 1956), Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966) ou com Base no Sexo (1979), bem como a Convenção contra o Apartheid (1973) e a Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (1984).

Embora não possuam caráter repressivo, os documentos internacionais mencionados "preveem a criação de mecanismos de supervisão ou de recursos, abertos aos Estados-Partes e, às vezes, aos particulares."[44]

Especificamente em relação ao tráfico de pessoas, devem ser mencionadas a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989. Adotando a mesma posição do Estatuto do

[43] CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional penal. Editora Unijuí. Ijuí: 2008, p. 555.
[44] *ibidem*, p. 558.

Tribunal Penal Internacional, essas convenções passaram a não vincular o tráfico de pessoas e a prostituição.

Finalmente, tem grande destaque a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 2000, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.015, de 12/03/2004, além de seus dois Protocolos Adicionais, um Relativo ao Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, e outro Relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial de Mulheres e Crianças.

No continente europeu, a proteção aos Direitos Humanos foi assegurada em dois instrumentos jurídicos, quais sejam, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, relativa aos direitos civis e políticos, e a Carta Social Europeia, de 1961, relativa aos direitos econômicos e sociais.

Em relação à Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia estabelece com maiores detalhes o direito à vida, à propriedade, à segurança, à educação, à liberdade de expressão, dentre outros. Inicialmente foram criados a Comissão Europeia dos Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos Humanos – CEDH, mas em 1954, passou a ser prevista somente a Corte Europeia, que, basicamente, aprecia e julga reclamações de uma parte contra outra, ou "por pessoas físicas, organizações não-governamentais ou qualquer grupo de particulares que se considere vítima de violação a seus direitos, reconhecidos pela Convenção, ocasionados por uma parte-contratante."[45]

Já a Carta Social Europeia, de 1961, tem seu sistema de controle inspirado no da OIT, órgão integrante da estrutura da ONU.

Em 2005 foi celebrada a Convenção do Conselho da Europa sobre Ações contra o Tráfico de Seres Humanos, que inclui na categoria do tráfico de seres humanos a prostituição e outras formas de exploração sexual.

No continente americano, a Organização dos Estados Americanos – OEA, criada em 30/04/1948, aprovou nessa mesma data a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Carta de Bogotá). No âmbito da OEA foi criada em 1959 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIADH. Em 1979, após a reformulação do Estatuto da CIADH, foi também criado outro órgão destinado à proteção dos Direitos Humanos no sistema da OEA, qual seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH.

Além da Carta de Bogotá, destacam-se no âmbito da OEA, o Protocolo de São Salvador, de 1988, relativo a direitos econômicos, sociais e culturais; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, de 1969; o Protocolo Adicional à

[45] *ibidem*, p. 563.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, e a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de 1994.

No continente africano, a proteção aos direitos humanos é prevista na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, aprovada no âmbito da Organização da Unidade Africana, e prevê os direitos à autodeterminação, ao desenvolvimento e a um meio ambiente geral satisfatório, além de prever direitos e deveres para os indivíduos, sendo "a primeira convenção de Direitos Humanos que explicita os deveres do indivíduo para com o Estado, a família e a sociedade"[46].

Embora tenha sido criada uma Comissão Africana de Direitos Humanos, não foi previsto um órgão judicial, tendo sido assinado em 1998 um Protocolo sobre a Criação de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

Em relação aos países árabes, houve a constituição da Liga dos Estados Árabes, a partir do Pacto dos Estados Árabes, concluído em 1945. A organização é integrada hoje por 22 Estados-Partes e abriga agências especializadas relacionadas a transporte marítimo, aviação civil, desenvolvimento econômico e social, dentre outros assuntos. Tem alcançado resultados modernos no plano político, tendo encampado a causa palestina. Em 1994, o Conselho da Liga Árabe adotou a Carta dos Estados Árabes sobre Direitos Humanos, "que reafirma os princípios da Carta da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã"[47], prevendo inclusive a liberdade religiosa e a indicação de um Comitê de Especialistas em Direitos Humanos. No entanto, a referida carta não está em vigor nos países que subscreveram tal Carta.

Em se tratando das inovações tecnológicas aplicáveis no processo penal, especificamente quanto à oitiva de testemunhas e peritos por meio de videoconferência, o mecanismo já foi adotado no âmbito do direito internacional pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ambas incorporadas ao ordenamento jurídico nacional pelos Decretos 5.015/2004 e Decreto 5.687/2006, respectivamente.

Em relação ao tema da inadmissibilidade das provas ilícitas, diversos países ostentam sistemas jurídicos em que prevalece a impossibilidade de sua valoração no julgamento criminal.

Na Itália, em período anterior à atual Constituição, já não se admitia a utilização de escritos alheios, apossados sem o consentimento do proprietário, para fins de prova em relação a

[46] *ibidem*, p. 566-567.
[47] *ibidem,* p. 569-570.

pretensões creditórias. A necessidade de produção da prova deveria se conformar à proteção dada aos direitos individuais, razão pela qual o segredo epistolar do homem constituía fonte de vedações probatórias. O mesmo raciocínio não se aplicava à mulher, que tinha o segredo epistolar subordinado a valores como o poder marital e o dever de fidelidade da mulher. Exceções à vedação da prova ilícita eram admitidas também no âmbito criminal, embora somente na persecução de delitos graves[48].

Com a nova Constituição italiana, que reconheceu os direitos de liberdade do indivíduo, houve algum apego aos valores antigos, mas após episódios de "controle policialesco" a opinião pública clamou pela imposição de limites na produção de provas, chegando o tema ao conhecimento do órgão responsável pela jurisdição constitucional, vindo também o legislador a se empenhar em tutelar de forma mais efetiva os direitos da personalidade. Embora a jurisprudência valorizasse conceitos como o da "busca da verdade real" ou "defesa da sociedade", a maior parte da doutrina rechaçava os posicionamentos que admitiam como válidas as provas ilícitas[49].

O Código de Processo Penal italiano de 1988 representou um marco em relação ao tema da prova, estabelecendo expressamente a vedação da utilização das provas ilícitas. No entanto, a posição da doutrina italiana não deve ser vista em termos absolutos, pois também vigora naquele sistema jurídico o princípio da proporcionalidade[50].

Na Alemanha, a evolução do princípio se deu de forma diferente. As Constituições dos Länder e do Grundegesetz colocavam em primeiro plano a tutela do indivíduo. A Lei Fundamental acolhia o princípio da dignidade humana e o direito à livre formação da personalidade. A doutrina se distanciou das concepções sobre a prevalência absoluta do interesse público sobre a busca da verdade e passou a recorrer aos novos preceitos constitucionais, reforçando a ideia de que os direitos humanos devem ser o norte de qualquer interpretação. Em 1950, a legislação passou a vedar intervenções físicas, a utilização de substâncias químicas e qualquer tipo de pressão ou violência moral, além de proibir também expressamente a utilização das provas ilícitas. Seguindo a mesma tendência, a jurisprudência afastou a utilização do detector de mentiras com fundamento no valor da dignidade humana[51].

Contudo, as cortes ordinárias alemãs não estendiam aos particulares a vedação às provas ilícitas, que se aplicava somente aos órgãos públicos. Somente em 1954 a jurisprudência firmou o entendimento segundo o qual os direitos humanos deveriam ser respeitados por todos os membros da sociedade. E, o que é mais importante, passou-se a reconhecer a possibilidade de se

[48] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 54.
[49] *ibidem*, p. 55.
[50] *ibidem*, p. 56-57.
[51] *ibidem*, p. 58.

extrair diretamente da Constituição vedações em matéria de prova, independentemente da previsão no plano infraconstitucional[52].

Nos Estados Unidos da América, a vedação das provas ilícitas tem sua origem na história inglesa e colonial. Já no Bill of Rights era vedada a expedição de mandados sem que houvesse fundamentação idônea, como vinha acontecendo para a perseguição de opositores do regime. Em 1961, a Suprema Corte dos EUA se posicionou no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas nos procedimentos criminais dos Estados-Membros. Cinco anos mais tarde, a mesma Corte passou a aplicar a garantia constitucional contra a autoincriminação no momento da detenção. A jurisprudência da Suprema Corte considera ilícita a prova quando obtida em violação ao direito à proteção contra registros, arrestos e sequestros desarrazoados, quando obtida em violação ao direito a uma acusação formal, à coisa julgada, ao habeas corpus, ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, ao devido processo legal, ao direito a um julgamento rápido e público perante um juiz imparcial e natural, além da liberdade de alteração pelos Estados em relação às leis procedimentais, desde que observada a garantia do devido processo legal[53].

Essas regras são aplicáveis essencialmente em face do Estado, mas a doutrina e jurisprudência dos EUA já apresentam uma tendência no sentido de estender sua aplicação às violações cometidas por particulares. Contudo, merece ser observado que o sistema da "common law", em razão da sua flexibilidade, permite o surgimento de teorias que abrigam exceções à regra da inadmissibilidade das provas ilícitas[54], razão pela qual não se pode tomar como absoluta a vedação à prova ilícita.

Na Espanha, prevalece na doutrina a inadmissibilidade das provas ilícitas, tanto aquelas produzidas pelo Estado como aquelas produzidas pelos particulares. Já na França, as provas ilícitas são inadmissíveis, mas por força de estatuto processual relativo às nulidades. Em Portugal, a Constituição da República, assim como a Lei Fundamental alemã, tem fundamento na dignidade da pessoa humana e, quando disciplina as garantias processuais criminais, considera nulas as provas obtidas por meios ilícitos[55].

Por outro lado, a ênfase no princípio da razoável duração do processo e celeridade apresenta-se como um reflexo marcante da sociedade da informação no mundo jurídico. O mundo contemporâneo exige uma rapidez cada vez maior na resposta do Estado para os conflitos que lhe são apresentados, além da rapidez na efetivação dessa resposta. A demanda pela efetividade processual passa então necessariamente pela questão da sua duração razoável ou celeridade.

---

[52] *ibidem*, p. 58-59.
[53] *ibidem*, p. 60-62.
[54] *ibidem*, p. 62-63.
[55] *ibidem*, p. 63-64.

Nesse contexto, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, instituiu dois novos direitos fundamentais, quais sejam o direito à razoável duração do processo e à celeridade processual.

Diplomas internacionais e estrangeiros fazem referência à duração razoável ou celeridade do processo[56]. A 6ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América garante ao acusado o direito ao um julgamento público e rápido, enquanto os artigos 5º e 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) conferem ao preso ou detido ou acusado o direito de ser julgado em prazo razoável, sem prejuízo do tempo e dos meios necessários para a preparação da defesa.

O art. 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PICDP), promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592/92, também prevê que o preso tem o direito de ser julgado em prazo razoável. O art. 14 do referido Pacto assegura ao acusado o direito de ser julgado "sem dilações indevidas", assegurado o tempo e meios necessários para a defesa.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, promulgado no Brasil pelo Decreto 678/92, confere ao preso ou acusado o direito de ser julgado em prazo razoável.

A Constituição Espanhola, em seu art. 24, atribui a todos o direito ao juiz natural, à autodefesa e defesa técnica, a ser informado da acusação, a um processo público e "sem demoras indevidas", consagrando ainda o princípio *nemo tenetur se detegere*.

A Constituição Portuguesa, que vigora desde 25/04/1976, prescreve em seu art. 32º, item 2, que o acusado deve "ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias da defesa."

Nos Estados Unidos da América não existe a imposição de um prazo específico e a configuração da violação do direito a um julgamento rápido depende da extensão do atraso, da sua justificativa, da existência de manifestação do réu postulando um julgamento rápido e do prejuízo causado pelo atraso[57].

Na Alemanha não existe a previsão expressa do princípio da celeridade, mas ele pode ser inferido de dispositivos legais específicos, como por exemplo aquele que obriga o Estado a apresentar o detido imediatamente ao juiz[58]. Por outro lado, pelo fato do art. 6, n. 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos não prever sanção para o atraso excessivo no julgamento, a jurisprudência alemã tem entendido que a excessiva duração do processo não deve conduzir ao seu arquivamento, tendo em conta que caberia somente ao legislador decidir sobre o conflito entre a realização da justiça e a celeridade[59].

---

[56] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 151-153.
[57] *ibidem*, p. 154.
[58] *ibidem*, p. 154.
[59] *ibidem*, p. 155.

Como esclarece Jacobo López Barja de Quiroga, na perspectiva da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a questão do prazo razoável deve levar em consideração quatro critérios, quais sejam, a) os tipos de processos submetidos à apreciação do TEDH, sendo decisivo neste aspecto o conceito material de acusação; b) a forma de cômputo do prazo, que deve considerar o início da acusação; c) a verificação do caráter razoável do prazo, a partir da complexidade da matéria, do comportamento do acusado e do comportamento das autoridades responsáveis pelo processo[60].

Na Argentina, conforme entendimento da Corte Suprema, a Constituição Nacional prevê, de forma implícita, o direito do acusado a um pronunciamento definitivo e no prazo mais rápido possível. À luz do tratamento conferido pelos diferentes ordenamentos jurídicos ao prazo razoável, o argentino Daniel R Pastor resume a opinião dominante, segundo a qual não há consequências processuais para a violação ao prazo razoável, pois este somente pode ser aferido após a conclusão do processo, cabendo apenas a reparação dos danos causados ou a compensação penal do atraso no momento da individualização da pena[61].

Como se infere da lição de Pastor, predomina a "doutrina do não-prazo", segundo a qual:

> ... o prazo razoável de duração do processo penal não se mede em dias, semanas, meses ou anos, mas sim deve ser estabelecido 'em processo posterior' (ex post iudicium), de conformidade com uma combinação de critérios que permitirão deduzir a razoabilidade ou não da duração do processo em seu conjunto: gravidade do fato, duração efetiva do processo, complexidade da prova, atitude das autoridades encarregadas da persecução penal e a própria conduta do acusado em relação aos atrasos do processo. O prazo razoável de duração do processo penal, portanto, é apenas uma indicação que se deve ter em consideração para a avaliação posterior dos processos, destinada a verificar se a duração total de um caso penal concreto tem sido razoável ou não. As consequências pela violação desse direito fundamental não são mais do que uma compensação ou reparação, de maneira substantiva (indenização pecuniária; consideração na individualização judicial da pena, modo de execução e extensão; juízo de responsabilidade dos culpados pelo atraso etc.) Somente em casos excessivamente desproporcionados quanto à duração do processo, entende-se que a violação desse direito constitui-se em um impedimento para continuar adiante com a persecução penal, chegar a uma sentença e, eventualmente, aplicar uma pena.[62]

Embora a regra geral seja a reparação posterior, as consequências para a violação ao direito fundamental ao prazo razoável podem ser de três ordens, quais sejam, compensatórias, processuais e punitivas. As compensatórias podem consistir em uma condenação por órgãos

[60] BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Instituciones de derecho procesal penal. Madrid: Ediciones Akal, 1999, p. 98-103, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 155.

[61] PASTOR, Daniel R. El plazo razonable em el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de La excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad hoc, 2002, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 157.

[62] PASTOR, Daniel R. El plazo razonable em el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de La excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Buenos Aires: Ad hoc, 2002, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 158.

internacionais de proteção dos direitos humanos, uma condenação civil ao ressarcimento do dano, ou uma compensação penal no momento da individualização da pena. As consequências processuais podem ser tanto a nulidade como a própria extinção do processo. Finalmente, as consequências punitivas podem consistir em sanções disciplinares para os responsáveis pela violação do direito ao prazo razoável[63].

O tratamento conferido pelo direito brasileiro ao prazo razoável será visto mais adiante, quando da abordagem relativa ao correspondente princípio constitucional.

CAPÍTULO II – as técnicas de interpretação constitucional aplicáveis

Constituição e poder

Para o estudo da validade da aplicação das novas tecnologias ao processo penal se mostra indispensável o estudo das técnicas de interpretação constitucional, uma vez que a compatibilidade entre as normas processuais penais e o texto constitucional deve ser aferida à luz de princípios que muitas vezes se mostram de certa forma antagônicos. Antes disso, contudo, é indispensável conceituar o termo Constituição.

Segundo Guilherme Peña de Moraes, a Constituição pode ser conceituada como:

> sistema de normas jurídicas, produzidas no exercício do poder constituinte, dirigidas precipuamente ao estabelecimento da forma de Estado, da forma de governo, do modo de aquisição e exercício do poder, da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação, dos direitos fundamentais e respectivas garantias e remédios constitucionais e da ordem econômica e social.[64]

Para José Afonso da Silva, a Constituição pode ser conceituada como:

> sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. [65]

[63] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 158.
[64] MORAES, Guilherme Peña. Direito constitucional: teoria da constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 63.
[65] SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 39-40.

Na lição de Paulo Bonavides, ela é o "conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo e aos direitos da pessoa humana"[66].

Já para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o termo pode ser compreendido como o "conjunto de normas concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação."[67]

Nas palavras de Alexandre de Moraes, ela consiste na "lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos."[68]

A doutrina estrangeira concebeu diversos conceitos para o termo Constituição. Neste ponto recorremos à pesquisa feita por Guilherme Peña de Moraes[69], que apresenta os conceitos de Constituição formulados por Georg Jellinek, Manuel García Pelayo, Alessandro Pizzorusso, Thomas Cooley e José Joaquim Gomes Canotilho.

Para a doutrina alemã de Georg Jellinek, "a Constituição designa o conjunto de normas jurídicas que definem os órgãos supremos do Estado, determinam a forma de sua criação, sua relação recíproca e seu âmbito de atuação, como também fixam a posição do indivíduo em relação ao poder do Estado."[70]

Na doutrina espanhola, "a Constituição é um complexo normativo estabelecido de uma só vez, na qual, de maneira total, exaustiva e sistemática, se estabelecem as funções fundamentais do Estado e se regulam os órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles"[71].

Na doutrina italiana, "a Constituição é o conjunto de princípios e regras incorporados por forças políticas e sociais que, em certo momento histórico, são prevalecentes no Estado e estabelece o regime jurídico vigente."[72]

Para a doutrina americana, "o termo Constituição pode ser definido como o conjunto de regras e preceitos de acordo com os quais os poderes da soberania são habitualmente exercidos"[73].

---

[66] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.
[67] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10.
[68] MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.
[69] *ibidem*, p. 63-64.
[70] JELLINEK, Georg. Allgemeine Staatslehre. 3 ed. Berlin: zweiter Band, 1914, p. 505, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 63.
[71] PELAYO, Manoel García. Derecho constitucional comparado. 4 ed. Madrid: Manuales de la Revista de Ocidente, 1967, p. 34, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 63.
[72] PIZZORUSSO, Alessandro. Lezioni di diritto costituzionale. 3ª ed., vol II. Roma: Foro Italiano, 1984, p. 217, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 64.

Entre os portugueses, Canotilho afirma que "a Constituição é o conjunto de normas que regulam as estruturas do Estado e da sociedade nos seus aspectos fundamentais."[74]

No sentido sociológico, defendido por Ferdinand Lassalle, a Constituição corresponderia na verdade ao conjunto dos fatores reais de poder existentes em determinada sociedade, em um dado tempo e lugar, havendo uma distância entre a Constituição real ou efetiva e a Constituição escrita.[75]

No sentido político, concebido por Carl Schmitt, a Constituição corresponde ao produto de uma decisão política fundamental, à vontade expressada pelo titular do poder constituinte.[76]

Em sentido estritamente jurídico, ela consiste na lei fundamental da organização estatal, como ensina Hans Kelsen. Divide-se em constituição em sentido lógico-jurídico (norma fundamental hipotética, ou seja, pressuposto lógico de validade das normas constitucionais positivas) e constituição em sentido jurídico-positivo (norma positiva suprema, ou seja, pressuposto jurídico do processo de criação, modificação ou extinção do Direito Positivo).[77]

Em suma, é possível tomar como ponto de partida a noção de que o ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, estruturadas de forma hierarquizada, e a Constituição constitui o ápice do ordenamento jurídico nacional e dela se extrai o fundamento de validade das demais normas. Nas palavras de Kelsen, "representa o escalão de Direito positivo mais elevado"[78]. A ela se submetem os indivíduos e os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como imperativo fundamental do Estado Democrático de Direito.

Também no sentido de que as normas constitucionais subordinam as demais é a lição de Celso Ribeiro Bastos:

> as normas componentes de um ordenamento jurídico encontram-se dispostas segundo uma hierarquia e formando uma espécie de pirâmide, sendo que a Constituição ocupa o ponto mais alto, o ápice da pirâmide legal, fazendo com que todas as demais normas que lhe vêm abaixo a ela se encontrem subordinadas. [79]

A superioridade hierárquica da Constituição também é afirmada por Gomes Canotilho, que nela reconhece seu próprio fundamento de validade, atribuindo a ela também o papel de fonte das demais normas, nos seguintes termos:

---

[73] COOLEY, Thomas. The General Principles of Constitucional Law. 3ª ed. Boston: Little Brown, 1898, p. 22, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 64.
[74] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 67.
[75] LASSALLE, Ferdinand. Que és una constitución? 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946.
[76] SCHMITT, Carl. Teoria de la constitución. 1 ed. Madrid: Alianza Universidad, 1996.
[77] KELSEN, Hans. Teoria general del derecho y del estado. 1ª ed. Ciudad del México: Imprensa Universitária, 1950, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.,* p. 68.
[78] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, trad. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 2ª ed., 1987, p. 240.
[79] BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. Saraiva, São Paulo, 14ª ed., 1992, p. 44.

> (1) as normas do direito constitucional constituem uma 'lex superior' que recolhe o fundamento de validade em si própria ('autoprimazia normativa'); (2), as normas de direito constitucional são 'normas de normas' (norma normarum), afirmando-se como fontes de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias, etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição. [80]

Por outro lado, como resultado do movimento do Constitucionalismo, a Constituição pode ser vista também como o instrumento básico de limitação ao poder dos governantes, razão pela qual prevê a estrutura básica do Estado e as limitações ao seu poder. A propósito do objeto das Constituições, esclarece José Afonso da Silva:

> As Constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma do seu exercício, limites de sua atuação e assegurar os direitos e garantias dos indivíduos e fixar o regime político e disciplinar os fins sociais e econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais. [81]

A persecução criminal no estado democrático de direito

Como se sabe, a noção de Estado de Direito se opõe à do Estado de Poder ou Estado de Polícia, onde o governante tem ampla margem de liberdade para agir em relação aos indivíduos, sem qualquer espécie de limitação. No Estado de Direito, governantes e governados estão igualmente sujeitos a uma mesma lei, que prevê e garante os direitos individuais.

Veja-se a esse respeito a lição de Roque Antônio Carrazza:

> Foi só a partir da Idade Média, por influência da doutrina cristã e da concepção dos 'direitos naturais', que começaram a surgir alguns documentos (como a Magna Charta, de 1215) declarando a existência de direitos individuais, que até o monarca devia respeitar. Tais direitos, porém, só passaram a ser considerados limitadores do poder do Estado no século XVIII, com o advento do chamado constitucionalismo. Realmente, são as Constituições que tolhem a plenitudo potestatis do Estado; são elas que, em última análise, moldam e disciplinam o exercício dos poderes públicos. Antônio de Sampaio Dória é igualmente do mesmo parecer: 'Eis o objeto das Constituições: a composição do poder público, sua estruturação, o que podem e o que não podem.' (Direito Constitucional, v. 3, São Paulo, Max Limonad, 1960, p. 588)
> A Constituição brasileira também acolheu esta ideia central de sujeição e acomodamento do Estado ao Direito. Aliás, seu Título II, principalmente o Capítulo I nele contido, que há nome 'Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos', inspira-se no famosíssimo 'Bill of Rights' (imposto, em 1688, à realeza da Inglaterra) e na célebre 'Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão', de 26.8.1789, ... [82]

[80] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, p. 141.
[81] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 46.
[82] CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 341.

Dentre outras de igual relevância, o Estado possui a função de reprimir as condutas que atingem os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Para evitar que cada um faça justiça com suas próprias mãos, o Estado avoca para si o poder de impor, com exclusividade, a sanção para a conduta criminosa.

No Estado Democrático de Direito, a tutela punitiva, como decorrência do poder de império e da soberania estatal, corresponde, como regra geral ou linha de princípio, à *ultima ratio* no sentido da proteção dos valores fundamentais da sociedade, como se infere da lição de Francisco de Assis Toledo acerca do caráter subsidiário do direito penal:

> A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como ultima ratio regum. Não além disso. [83]

Francisco de Assis Toledo, ao procurar estabelecer a missão e os limites do direito penal, recorda o pensamento de Bettiol, para quem o objetivo fundamental da norma penal consiste na tutela de bens, valores e interesses, para os quais não haveria tutela possível senão a penal[84]. O autor lembra ainda a lição de Welzel, segundo a qual o direito penal tem por objetivo imediato proteger os valores ético-sociais elementares da ação, enquanto comportamento humano, tendo por objetivo mediato a proteção de bens jurídicos. Finalmente, destaca "a)o fundo ético do ordenamento penal; b) o seu caráter limitado, ou fragmentário; c) o estar dirigido para a proteção de algo."[85]

Ao mesmo tempo em que tem por finalidade precípua a proteção da sociedade e, especialmente, a salvaguarda dos bens jurídicos fundamentais, tais como a vida, integridade física e mental, honra, liberdade, patrimônio, costumes, paz pública[86], dentre outros, o Direito Penal limita o poder de punir e protege o cidadão contra eventuais abusos desse poder.

Por outro lado, para garantir a aplicação da justiça e a observância dos direitos fundamentais na aplicação da lei penal, o Estado se impõe o dever de observar os princípios fundamentais que regem a persecução criminal, especialmente o devido processo legal, justificando-se assim o processo como meio de solução da lide penal.

Cabe observar que, embora a tutela punitiva estatal se apresente imprescindível na vida

[83] TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14.
[84] *ibidem*, p. 6
[85] *ibidem*, p. 6-7
[86] MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 23.

estatal, a sua limitação pela Constituição se justifica na medida em que o seu exercício atinge diretamente valores constitucionais básicos, quais sejam, as liberdades fundamentais, cuja proteção eficaz corresponde à própria razão de ser das constituições ocidentais modernas.

Existe uma tensão permanente entre a persecução criminal e o poder de imposição da sanção penal como medida protetiva da coletividade, de um lado, e, de outro, o conjunto das garantias fundamentais dos indivíduos. Neste sentido, veja-se a lição de Denilson Feitoza ao tratar da contrariedade fundamental verificada entre os fins imediatos da persecução criminal:

> Assim, a contrariedade fundamental (ou colisão fundamental) entre um princípio instrumental punitivo e um princípio instrumental garantista é da essência de uma persecução criminal constitucionalizada. Quanto mais intensamente se procura demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria (princípio instrumental punitivo), mais se distancia da garantia dos direitos fundamentais, quanto mais intensamente se garantem os direitos fundamentais (princípio instrumental garantista), mais difícil se torna a coleta e produção de provas que poderão demonstrar a existência do fato delituoso e sua autoria. [87]

Assim, visando a estabelecer o equilíbrio entre o poder punitivo e os direitos fundamentais do indivíduo, é indispensável que a Constituição consagre uma parte de seus dispositivos à disciplina de tal poder, fazendo-o no Capítulo que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, cuja análise será realizada mais adiante.

Por outro lado, a disciplina jurídica do processo como mecanismo de aplicação do direito material constitui o edifício do direito processual. Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco o direito processual corresponde ao complexo de normas e princípios que regem "o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado." [88]

Para Denilson Feitoza, "direito processual, genericamente, é o conjunto de regras, princípios e postulados que regem o exercício conjugado da jurisdição pelo estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado."[89]

Já o Direito Processual Penal, na lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, pode ser conceituado como o "conjunto de normas e princípios que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal objetivo, a sistematização dos órgãos de jurisdição e respectivos auxiliares, bem como da persecução penal."[90]

Denilson Feitoza define o direito processual penal como sendo:

---

[87] FEITOZA PACHECO, Denilson. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro. 2007, p. 165, *apud* FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 55/56.

[88] GRINOVER, Ada Pellegrini, (em colaboração com ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de e DINAMARCO, Cândido Rangel). *op. cit.*, p. 42

[89] FEITOZA, Denilson, *op. cit.*, p. 58.

[90] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.*, p. 13.

> o conjunto de normas-regra, de normas-princípio e de normas-postulado que regulam as características, os atos e os meios dos sujeitos e órgãos (investigador, acusador, órgão jurisdicional, defensor, indiciado, réu, servidores/auxiliares da Justiça) que atuam nos procedimentos, administrativos ou judiciais, que tenham por fim a demonstração de uma infração penal e sua autoria ou a obtenção de uma sentença penal condenatória (ou absolutória imprópria com imposição de medida de segurança). [91]

O mesmo autor recorda ainda a clássica lição de José Frederico Marques, para quem o direito processual penal consiste no "conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivos auxiliares"[92]

Enfim, enquanto o Direito Penal procura tutelar os bens jurídicos com maior dignidade, o Direito Processual Penal estuda o modo pelo qual a atividade jurisdicional será provocada e como ela será desenvolvida, a fim de que se decida quanto à punição do acusado. Resumidamente, ele tem por finalidade a solução do litígio surgido com a prática da conduta penalmente tipificada.

Ordem. Sistema. Sistema jurídico. Sistema jurídico constitucional. Sistema processual penal.

Tendo em vista a necessidade de conformação dos princípios envolvidos na análise da constitucionalidade da utilização de ferramentas informáticas no direito processual penal, é preciso antes de qualquer coisa procurar conceituar o sistema jurídico constitucional, já que é desse sistema que serão extraídas as soluções para os mencionados conflitos.

A expressão sistema pode ser definida como um conjunto organizado de partes, relacionadas entre si, dotadas de unidade interna e coerência lógica, mas há quem a descreva como um conjunto harmônico, ordenado e unitário de elementos, reunidos em torno de um conceito capaz de aglutiná-los. Nesse sentido, após frisar a possibilidade de várias acepções para uma mesma palavra, Paulo de Barros Carvalho assim conceitua sistema:

> Surpreendido no seu significado de base, o sistema aparece como o objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema. [93.]

[91] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 58.
[92] *ibidem*, p. 58.
[93] CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 137/138.

Ora, os princípios e as normas jurídicas se relacionam entre si, de forma interdependente. Sistema jurídico, então, pode ser visto como um conjunto harmônico, ordenado e unitário de princípios e normas jurídicas, reunidos em torno de algum conceito aglutinante.

Nessa mesma linha de pensamento, afirma Paulo de Barros Carvalho que "as normas jurídicas formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador"[94]. Mais adiante, prossegue o autor:

> Todas as normas do sistema convergem para um único ponto – a norma fundamental -, que dá fundamento de validade à constituição positiva. Sua existência imprime, decisivamente, caráter unitário ao conjunto, e a multiplicidade de normas, como entidades da mesma índole, lhe confere o timbre de homogeneidade. [95]

Como se sabe, todas as normas de um determinado ordenamento jurídico são criadas a partir das disposições de outras normas, até que se chegue à norma hipotética fundamental de Kelsen, que não se prova e nem se explica, onde se esgota o procedimento de fundamentação das demais normas e cuja função reside em legitimar a Constituição, sendo este o conceito aglutinante de todo o sistema jurídico.

Sobre o postulado básico capaz de atribuir unidade ao objeto de investigação da Ciência do Direito, qual seja, a norma hipotética fundamental, esclarece Paulo de Barros Carvalho:

> Do mesmo modo que as outras ciências vê-se o estudioso do direito na contingência de fixar um axioma que sirva de base última para o desenvolvimento do seu discurso descritivo, evitando assim o regressus ad infinitum. A descoberta da norma hipotética fundamental, empreendida por Hans Kelsen[96], é o postulado capaz de dar sustentação à Ciência do Direito, demarcando-lhe o campo especulativo e atribuindo unidade ao objeto de investigação. A norma hipotética fundamental, entretanto, não se prova nem se explica. É uma proposição axiomática, que se toma sem discussão de sua origem genética, para que seja possível edificar o conhecimento científico de determinado direito positivo. Ela dá legitimidade à Constituição, não cabendo cogitações de fatos que a antecedam. Com ela se inicia o processo derivativo e nela se esgota o procedimento de fundamentação. É fruto de um artifício do pensamento humano, e a Filosofia do Direito a tem como pressuposto gnosiológico do conhecimento jurídico. [97]

De outra parte, colhe-se do ensinamento de Geraldo Ataliba que "as constituições nacionais formam sistemas, ou seja, conjunto ordenado e sistemático de normas, construído em torno de princípios coerentes e harmônicos, em função de objetivos socialmente consagrados"[98].

A relevância dos princípios fundamentais em uma Constituição para o fim de assegurar a sua unidade sistêmica é destacada nos seguintes termos por Luís Roberto Barroso:

---

[94] *ibidem*, p. 142.
[95] *ibidem*, p. 143.
[96] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, trad. de João Baptista Machado, Coimbra, Arménio Amado Ed., 3ª ed., p. 272-85, *apud* CARVALHO, Paulo de Barros. *op. cit.*, p. 144.
[97] CARVALHO, Paulo de Barros. *op. cit.*, p. 144.
[98] ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. Revista dos Tribunais, 1968, p. 22.

> Princípios fundamentais são aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado, no sentido que a elas empresta Carl Schmitt (...) Os princípios constitucionais sintetizam os principais valores da ordem jurídica instituída, irradiam-se por diferentes normas e asseguram a unidade sistemática da Constituição. Eles se dirigem aos três Poderes e condicionam a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas. [99]

Assim, o sistema constitucional penal brasileiro pode ser definido como parcela da norma fundamental, ou seja, uma parcela extraída da norma fundamental, que dá unidade a todas as normas penais, sendo moldado em função de princípios e valores consagrados pelo constituinte. Ele está inserido no sistema constitucional brasileiro e dele retira seus fundamentos e condição de expressão e existência.

O sistema jurídico penal também pode ser compreendido, de forma mais simples, como um conjunto de instituições, normas e princípios jurídicos que, de forma coordenada e racional, disciplinam o poder punitivo de um determinado Estado, num dado momento.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, a Constituição brasileira constitui um sistema que além de integrar outro, de maior amplitude, qual seja, o ordenamento jurídico vigente, abrange diversos subsistemas, dentre eles o Subsistema Constitucional Tributário, formado pelo quadro orgânico das normas sobre matéria tributária em nível constitucional. A homogeneidade desse conjunto de regras é determinada pela natureza lógica das proposições normativas e pelo assunto sobre o qual versam. A unidade desse sistema decorre de duas circunstâncias, quais sejam, a de estarem suas normas legitimadas pela mesma fonte (a norma hipotética fundamental) e a de consubstanciarem o ponto de confluência do direito positivo quanto à matéria que lhes fornece substrato[100].

Como prossegue o autor:

> o subsistema constitucional tributário realiza as funções do todo, dispondo sobre os poderes capitais do Estado, no campo da tributação, ao lado de medidas que asseguram as garantias imprescindíveis à liberdade das pessoas, diante daqueles poderes. Empreende, na trama normativa, uma construção harmoniosa e conciliadora, que visa a atingir o valor supremo da certeza, pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre administração e administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípios, tal o poder aglutinante de que são portadoras, penetrando e influenciando outras regras que lhe são subordinadas. [101]

Tendo em conta o princípio de hermenêutica constitucional da unidade da constituição, pelo qual os princípios e as normas consagrados na Constituição são interdependentes, não podendo ser analisados de forma completamente estanque, o estudo do Sistema Constitucional

[99] BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 288 e 306.
[100] CARVALHO, Paulo de Barros. *op. cit.*, p. 156/157.
[101] *ibidem*, p. 157.

Penal e Processual Penal Brasileiro não pode, obviamente, ser dissociado da análise da totalidade do sistema jurídico brasileiro, especialmente dos princípios e normas aplicáveis indistintamente a todos os ramos do Direito.

O art. 1º da Constituição Federal inicia a estruturação do sistema jurídico nacional estabelecendo regras sobre a titularidade e o exercício do poder, este entendido como "a organização ou disciplina jurídica da força"[102]. Assim, fixa o regime de Estado republicano, a forma de Estado federativa e o regime político do Estado Democrático de Direito, além de estabelecer os fundamentos da República e indicar o povo como titular do poder. Veja-se a redação do dispositivo constitucional:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> I - a soberania;
> II - a cidadania;
> III – a dignidade da pessoa humana;
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> V - o pluralismo político.
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A estrutura básica do sistema jurídico brasileiro também é conformada pelas disposições contidas nos artigos 2º, 3º e 4º da Constituição Federal. O art. 2º estabelece a tripartição das funções estatais, ao passo que o artigo 3º estabelece os objetivos fundamentais da República, enquanto o art. 4º firma os princípios a serem observados nas relações internacionais, estabelecendo como meta a integração dos povos da América Latina.

Em virtude de sua projeção por todos os ramos do ordenamento jurídico, não há como se analisar o Sistema Constitucional Penal e Processual Penal de forma dissociada da espinha dorsal do sistema jurídico brasileiro, constituída pelos artigos 1º a 4º da Constituição Federal de 1988, onde estão previstos os princípios republicano, federativo, representativo e o democrático. Não há também como se olvidar do próprio artigo 5º, também da Constituição de 1988, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais, bem como das diversas normas sobre a competência dos entes federativos.

Contudo, em que pese a interdependência dos princípios e regras constitucionais, a Constituição Federal de 1988 consagra diversos dispositivos específicos destinados a limitar o poder punitivo estatal, estabelecendo, especialmente em seu artigo 5º, as diretrizes básicas a serem observadas na solução dos conflitos de interesses nessa seara.

[102] BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 116.

Embora não haja diferenças ontológicas entre regras e princípios, já que ambos são essencialmente normas, ou seja, proposições que devem ser observadas, a estrutura material dos princípios é mais aberta, indeterminada e polissêmica, enquanto a da regra é mais exata, concreta e determinada, regendo-se pela sistemática do tudo ou nada, tendo em vista a sua prescrição hipotética. Já os princípios correspondem a fundamentos para decidir num certo sentido, determinando que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e realidades existentes, gozando de verdadeira precedência hierárquica sobre as regras.

Esse conjunto de princípios e normas relativos ao processo penal integra o que podemos denominar de Constituição Processual Penal, que tem como funções essenciais estabelecer as limitações constitucionais ao *jus persequendi* através dos direitos e garantias fundamentais estabelecidos em favor do acusado.

Assim, para uma correta compreensão do tema, é preciso considerar a confluência de princípios gerais que se irradiam por toda a ordem jurídica e também de outros especificamente voltados para a matéria penal e também processual.

A título de ilustração, e adotando a nomenclatura de Paulo de Barros Carvalho, podemos dizer que os princípios constitucionais gerais mais expressivos, alguns deles aplicáveis ao campo penal e processual, são o da justiça; o da certeza do direito; da segurança jurídica; da igualdade; da legalidade; o da irretroatividade das leis; da universalidade da jurisdição; do devido processo legal e direito à ampla defesa; o da isonomia das pessoas constitucionais; o que afirma o direito de propriedade; o da liberdade de trabalho; o que prestigia o direito de petição; o da supremacia do interesse público sobre o do particular, e o da indisponibilidade dos interesses públicos[103].

Paulo Rangel define o sistema processual penal como sendo "o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto"[104].

Adiantando um tema que será debatido posteriormente, merece ser destacado que o mesmo autor já aponta o processo como instrumento para a efetivação do *jus puniendi*, nos seguintes termos:

> O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.
> Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. [105]

[103] CARVALHO, Paulo de Barros. *op. cit.*, p. 164/173.
[104] RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.
[105] RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 41

Cândido Rangel Dinamarco explicita a existência de integração da ordem processual com a ordem jurídica nacional nos seguintes termos:

> A ordem processual, como sistema aberto, ou dependente, integra-se em outro sistema de maior espectro e significado, representado pela ordem jurídica do país, através do fio da instrumentalidade: o que justifica a própria ordem processual como um todo é a sua função de proporcionar ao Estado meios para o cumprimento de seus próprios fins, sendo que é mediante o exercício do poder que estes são perseguidos (e a ação, a defesa e o processo constituem o contorno da disciplina da jurisdição). [106]

Importante neste momento é deixar claro que a igualdade, a justiça e a segurança jurídica constituem valores e princípios que permeiam todo o sistema da Constituição de 1988, encontrando aplicação plena no campo do direito processual penal.

Como se viu no Capítulo I, o sistema processual penal brasileiro se caracteriza pela existência de um princípio acusatório e de um princípio inquisitivo. O primeiro implica em que às partes cabe iniciar e impulsionar o procedimento. O segundo significa que o juiz pode, de ofício, iniciar ou impulsionar procedimento ou processo, conhecer fatos, decretar medidas cautelares e determinar provas.

No sistema inquisitivo procura-se alcançar por meio do processo penal a "verdade real", ou seja, a verdade histórica. Esse sistema encontra-se arraigado na prática forense brasileira em virtude de uma tradição anacrônica que vai por vezes de encontro à própria dignidade humana, como lembra Denilson Feitoza:

> Essa cultura milenar e ideológica de alcance de uma 'verdade real' e de realização de uma justiça divina continua a impregnar nosso cotidiano forense, ignorando o valor intrínseco da condição humana em si mesma (princípio da dignidade da pessoa humana) e favorecendo constantes violações de direitos fundamentais. Podemos mudar Constituições e leis, e nenhuma transformação significativa ocorrerá, enquanto estivermos imersos nesse oceano de ideologia-ocultação. Dificilmente podemos mudar aquilo de que não temos consciência; por isso, a crítica, como desvelamento da realidade, é algo tão fundamental. [107]

Embora ainda haja resquícios do sistema inquisitivo, a Constituição de 1988 estabeleceu um sistema predominantemente acusatório, pois o estado democrático de direito deve se refletir no processo penal e, consequentemente, a tripartição das funções estatais deve também repercutir no processo, por meio da separação das funções de acusar, defender e julgar.[108]

Os princípios que conferem unidade ao sistema processual penal serão abordados de forma mais detalhada no Capítulo III.

---

[106] DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 98.
[107] FEITOZA, Denilson. *Op. cit.*, p. 65.
[108] *ibidem*, p. 65-66.

Valores, princípios e regras.

Em virtude da possibilidade de conflitos aparentes entre valores, princípios[109] e regras, cabe então distingui-los.

É possível cogitar do sopesamento e do conflito entre valores e também entre princípios, mas valores e princípios estão intimamente relacionados. Robert Alexy esclarece, inclusive, que "a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores."[110]

De maneira simples, pode-se dizer que os princípios são mandamentos de otimização, pertencendo ao âmbito deontológico, enquanto os valores se situam no nível axiológico, ou seja, daquilo que se considera bom, útil, bonito, econômico, democrático[111].

Como o dever ser é mais importante no mundo jurídico em relação ao que se considera como "o melhor", justifica-se uma maior ênfase em relação aos princípios como critérios de sopesamento.[112]

Por sua vez, as regras e princípios se distinguem de acordo com cinco critérios: conteúdo, origem, efeitos, forma de aplicação e função no ordenamento jurídico.[113]

Em relação ao conteúdo, os princípios consagram um valor fundamental da ordem jurídica, enquanto as regras apenas descrevem uma situação de fato (antecedente) e uma conduta (consequente) incluída entre os três modais deônticos (obrigação, permissão ou proibição). Os princípios possuem maior grau de abstração e generalidade.

Quanto à origem, a validade dos princípios decorre do seu conteúdo, enquanto a das regras decorre da conformidade de sua produção em face do ordenamento constitucional. Assim, os conflitos entre princípios são resolvidos na dimensão do peso, com base no critério da ponderação, alcançando-se a máxima realização de cada princípio concorrente. Os conflitos entre regras devem ser resolvidos em termos de validade, de acordo com o critério cronológico, o hierárquico ou o da especialidade.

---

[109] SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82: "Princípio aí exprime a noção de 'mandamento nuclear de um sistema'. (...) Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, 'são – como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira – 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais.' Mas, como disseram os mesmos autores, 'os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional."

[110] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 144.

[111] *ibidem*, p. 145-146.

[112] *ibidem*, p. 153.

[113] MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 96/100.

Quanto aos efeitos, as regras têm sua eficácia estabelecida pelo seu enunciado, enquanto os princípios possuem eficácia indeterminada, ainda que tenham um núcleo essencial e determinado, admitindo múltiplos meios para que sejam alcançados seus objetivos.

No que se refere à forma de aplicação, as regras incidem sobre os fatos, admitindo a subsunção, não aplicável em relação aos princípios, que dependem de "mediação concretizadora" para serem aplicáveis a casos concretos. A aplicação dos princípios depende muitas vezes de uma ponderação, já que um determinado fato pode atrair a aplicação de mais de um princípio.

Enfim, as regras são aplicáveis em termo de "tudo ou nada", enquanto os princípios admitem flexibilização.[114]

Quanto à sua função no ordenamento jurídico, os princípios possuem múltiplas funções, pois se destinam essencialmente às atividades de produção (função nomogenética), interpretação (função exegética) e de aplicação (função integrativa) das regras. Já as regras exigem cumprimento pleno, podendo somente ser cumpridas ou descumpridas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta também uma função sistêmica dos princípios, na medida em que eles "contribuem para dar uma identidade ético-política a cada Constituição. Dirige-se a todos indistintamente, de sorte que essa função expressa, com maior ou menor clareza, a opção moral feita pelo legislador constituinte."[115]

As regras constitucionais podem ser classificadas em três espécies: abstratas e concretas, gerais e individuais, e, ainda, estruturais e de conduta.

Já os princípios constitucionais decorrem de enunciados normativos com elevado grau de abstração e generalidade. Esses enunciados consagram os valores que orientam o ordenamento jurídico e possuem a finalidade de informar as atividades de produção, interpretação e aplicação das regras, "de sorte que eventual colisão é removida na dimensão do peso, ao teor do critério da ponderação, com a prevalência de algum princípio concorrente."[116]

Os princípios constitucionais possuem eficácia negativa, na medida em que impedem a prática de atos e a produção de normas em sentido contrário, e também positiva, pois permitem exigir perante o Poder Judiciário prestações positivas decorrentes do seu núcleo essencial.

Importante ressaltar que os princípios constitucionais possuem nove características: abertura (modelam um sistema axiológico, de escala de valores), pluralidade, unidade (formam uma estrutura sistêmica, dotada de coerência interna), equilíbrio (não existe preponderância de uns sobre os outros), hierarquia (existe hierarquia axiológica em relação às regras), polaridade

[114] BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal: rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.
[115] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Sociedade, Estado e Administração Pública. 1 ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995, pp. 136-137.
[116] MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.* p. 101.

(são reexaminados quando contrariados), analogia (revelados por dedução a partir de valores ou por indução, a partir de regras), historicidade (são duradouros) e interdisciplinariedade (não são objeto apenas do Direito Constitucional).[117]

A distinção aqui aventada importa para estabelecer a existência de uma função sistêmica, estrutural dos princípios, no sentido de que devem orientar a aplicação de todo um conjunto de regras, trazendo soluções para eventuais conflitos aparentes.

O papel dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana.

Realizada uma breve análise do sistema constitucional brasileiro, com a indicação dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, impende verificar agora em que medida a doutrina dos direitos fundamentais confere unidade ao sistema constitucional e, mais especificamente, até que ponto o princípio da dignidade humana, na vertente do direito à liberdade, pode ser invocado como óbice à incorporação de novas tecnologias pelo processo penal.

Antes disso, não se pode deixar de considerar na análise do problema ora proposto o sistema de direitos e garantias fundamentais, consagrado na Constituição de 1988, que, além de um inegável significado simbólico, possui também um caráter ideológico, na medida em que reflete o estado atual da sociedade brasileira e representa o que ela pretende ser no futuro.

Após o longo período de ditadura militar entre 1964 e 1985, o Brasil passou por um processo de redemocratização, iniciado pelo próprio regime autoritário, passando inicialmente por uma fase de transição para um regime democrático, na qual foi possível a formação de um controle civil sobre as forças militares e, posteriormente, a reformulação do pacto político-social, processo que culminou com a promulgação da Constituição de 1988. Finalmente, o movimento de redemocratização adentrou pela fase de consolidação democrática, que vivemos até hoje e ainda não pode ser considerada como concluída, já que as instituições democráticas permanecem em contínuo desenvolvimento.

A Constituição de 1988 é o documento brasileiro mais abrangente e detalhado sobre os direitos humanos, que ganharam extremo relevo e passaram a constituir "tema fundamental na agenda internacional do País. Por sua vez, as repercussões decorrentes dessa nova agenda internacional provocaram mudanças no plano interno e no próprio ordenamento jurídico do Estado brasileiro" [118].

---

[117] *ibidem.* p. 101.

[118] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9ª ed. revista, ampliada e atualizada.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio do Estado de Direito possui três pressupostos materiais que lhe são inerentes, quais sejam, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais:

> Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de direito encontra implícita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: 1) juridicidade; 2) constitucionalidade; 3) direitos fundamentais. [119]

A Constituição de 1988 consagra estas três dimensões do Estado de Direito, ao estabelecer os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro nos seus artigos 1º, 2º e 3º.[120]

No Estado de Direito as ações estatais são orientadas por regras preestabelecidas e conhecidas por todos de antemão, que tornam possível prever com segurança a forma pela qual as autoridades utilizarão seus poderes e que tornam possível o planejamento das condutas individuais com base nesse conhecimento.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal foram erigidos à categoria de fundamentos da República. Possuem, pois, extrema relevância dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, constituindo essa conjugação uma das bases para a realização da democracia.[121]

O sistema dos direitos fundamentais, por sua vez, encontra sua viga mestra no próprio princípio da dignidade humana, na ideia de que a pessoa deve ser vista como o fundamento e finalidade do próprio Estado, como defende Jorge Miranda:

> A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. [122]

Por outro lado, a Constituição Federal enumera em seu art. 3º alguns objetivos fundamentais a serem alcançados, o que enfatiza a preocupação do constituinte em "assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social." [123]

Não se pode deixar de destacar neste ponto que os valores consagrados em nível constitucional possuem uma dimensão fundamentadora (que serve como supedâneo de todo o

---

São Paulo: Saraiva, 2008, p. 24.

[119] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.*, 1993, p. 357.

[120] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 26.

[121] *ibidem*, p. 26.

[122] MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. v. 4, p. 166, *apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 27.

[123] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 27.

sistema jurídico-político), uma dimensão orientadora, no sentido do estabelecimento de metas a serem alcançadas pelo Estado, e ainda uma dimensão crítica, pois servem de critério de valoração para condutas estatais.

Antonio Enrique Pérez Luño esclarece:

> Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade. [124]

Em tal contexto, a dignidade humana deve ser vista como o valor essencial que se irradia por todo o ordenamento jurídico, servindo "como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional". [125]

Como lembra Antônio Enrique Pérez Luño, tanto o Tribunal Constitucional da Alemanha como também o Tribunal Constitucional espanhol têm reconhecido em suas jurisprudências o sistema de direitos fundamentais consagrados na constituição como uma verdadeira ordem de valores a guiar a interpretação de todas as demais normas constitucionais, pois eles manifestam conceitos ou princípios de justiça de caráter universal, que devem orientar todo o ordenamento jurídico.[126]

A partir da constatação de que toda constituição deve ser vista "como unidade e como sistema que privilegia determinados valores sociais", Flávia Piovesan assevera que a dignidade humana foi eleita pela Constituição de 1988 como o valor apto a lhe conferir unidade de sentido.[127]

A crescente ênfase na dignidade humana constitui um movimento que caracteriza o período que se seguiu ao final da Segunda Guerra Mundial e decorreu de uma clara rejeição ao pensamento positivista, segundo o qual o ordenamento jurídico deveria se colocar indiferente a valores éticos, devendo permanecer restrito a um enfoque exclusivamente formal. Trata-se, portanto, de uma tendência inerente ao momento histórico denominado era da sociedade da informação.

Houve, portanto, no passado recente, uma reaproximação da ética com o direito, dando ensejo ao surgimento da tese que preconiza a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Para esse realinhamento contribuíram as ideias de Kant, para quem a base da dignidade humana se encontra na autonomia das pessoas, que "devem existir

---

[124] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos humanos, Estado de drecho y Constitución. p. 310, *apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 27.
[125] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 27.
[126] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *op. cit.,* p. 310, *apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 27.
[127] *ibidem*, p. 28.

como um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito".[128] Nos constitucionalismos locais, o pensamento kantiano se refletiu na abertura das constituições aos valores e à força normativa dos princípios, como bem expõe Canotilho:

> O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios." 129pág. 30 nota 22

Para a hermenêutica contemporânea, a ordem jurídica encontra seu sentido no princípio da dignidade humana, sendo ela o seu ponto de partida e de chegada. Ela é um superprincípio orientador do Direito Internacional e do Direito interno. Ela independe de merecimento pessoal ou social, é inerente à vida e, por isso, é considerada um direito pré-estatal. Ela também é vista como o valor supremo da democracia, além de melhor representar a unidade material da constituição. Ela unifica e centraliza todo o sistema normativo.

No sistema representado pelo ordenamento jurídico, existem, ao lado das regras, também princípios, "que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Esses princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico". [130]

Para Robert Alexy e Ronald Dworkin, os princípios nada mais são do que determinações no sentido da otimização dos valores neles consagrados. As regras seguem o sistema do tudo-ou-nada e sua incidência no caso concreto é uma questão de vigência. Já para os princípios, sua dimensão não é a categoria de vigência, mas a de valor, de peso, de juízo de ponderação.[131]

Portanto, os princípios possuem hoje a função de expansão lógica e também axiológica do direito. Na hermenêutica jurídica contemporânea se destacam, como já visto, os métodos da ponderação, da razoabilidade, da adequação e da necessidade.

O sistema jurídico pode, portanto, ser definido como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos que possuem função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais.

Como a interpretação das normas constitucionais deve ser guiada por um critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional, o valor da dignidade humana e o valor dos

---

[128] *ibidem*, p. 29.
[129] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A "principialização" da jurisprudência através da Constituição. *In* Revista de Processo, n. 98, p. 84, *apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 30.
[130] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 31/32.
[131] DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. *apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 31.

direitos e garantias fundamentais constituem "os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro". [132]

O acolhimento da dignidade humana e dos direitos e garantias fundamentais representam uma decisão inequívoca do constituinte em favor das liberdades. De forma coerente com esta decisão, os direitos fundamentais devem ser interpretados como "elementos constitutivos de um sistema unitário de liberdades, patrimônio comum dos cidadãos individual e coletivamente, cuja extensão e eficácia máximas aparecem como meta irrenunciável a ser alcançada." [133]

Essa decisão do constituinte fica patente pela inclusão dos direitos e garantias fundamentais na cláusula pétrea e pela mudança da posição topográfica do capítulo correspondente em relação a textos constitucionais anteriores. Consagra-se a mudança do foco do Direito nos deveres dos súditos para os direitos dos cidadãos.

A Constituição de 1988 acolheu "o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade" [134] e, assim, foi a primeira constituição brasileira a inserir na declaração de direitos os direitos sociais.

José Afonso da Silva defende inclusive a impossibilidade de dissociação da dignidade humana em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais.[135] No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso afirma a exigibilidade e acionabilidade dos direitos sociais:

> Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua tríplice tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, 'destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. [136]

Lembre-se que a Constituição de 1988 prevê também ao lado dos direitos individuais e sociais, os coletivos (pertinentes a determinada classe ou categoria social) e difusos (pertinentes a todos e a cada um), ou seja, ela amplia a titularidade de direitos e também a quantidade de bens merecedores de tutela.

---

[132] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 32.
[133] LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *op. cit.,* p. 316, *apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 33.
[134] PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 34.
[135] SILVA, José Afonso. *op. cit.*, p. 93.
[136] BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 100.

A Constituição de 1988 transmite a ideia de que:

> os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sócio-políticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si" [137]
> Os direitos e garantias fundamentais se projetam por todo o sistema constitucional e servem como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento, garantindo a própria unidade do ordenamento.

Para reforçar a imperatividade das normas que veiculam os direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 consagrou o princípio que preconiza sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), que, por sua vez, realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico para tais direitos. Em outras palavras, ao Estado restou a tarefa de assegurar a imediata e máxima eficácia a todo e qualquer preceito em que se define direito e garantia fundamental.

Como ressalta Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais que definem direitos concedem ao jurisdicionado o poder de exigir do destinatário da regra, especialmente do Estado, prestações positivas ou negativas, que permitam o acesso aos bens jurídicos nelas consagrados[138].

Flávia Piovesan, recorrendo ao magistério de Jorge Miranda, afirma que o efeito direto dos princípios "consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois conferem coerência geral ao sistema. Os princípios exercem ainda uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem." [139]

No processo penal, é de suma importância a aplicação do princípio da dignidade humana, já que consiste na raiz das garantias constitucionais informadoras da jurisdição[140]. Dele decorre a vedação a certos meios de prova, assim como dele decorre que o tratamento conferido ao acusado não pode ser dissociado de sua condição humana.

Princípios constitucionais fundamentais, gerais e setoriais.

Pelo critério da amplitude e tendo em conta o valor e princípio magno da dignidade humana, os princípios constitucionais podem ser classificados em fundamentais, gerais e setoriais.

Antonio Enrique Pérez Luño, citado por Guilherme Peña de Moraes, ressalta a dignidade humana como valor supremo da ordem jurídica, nos seguintes termos:

---

[137] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *op. cit.*, p. 310, *apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 35.
[138] BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 228.
[139] MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. v. 2, p. 226-227, *apud* PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p. 37.
[140] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 30.

> A dignidade da pessoa humana consiste no valor supremo da ordem jurídica, na medida em que confere unidade teleológica aos princípios e regras que compõem o ordenamento constitucional e infraconstitucional, de maneira que a pessoa humana deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para o fim de outros. [141]

Os princípios constitucionais fundamentais são sínteses de todas as outras normas constitucionais. Estas, por sua vez, sempre podem ser reconduzidas a eles, de forma direta ou indireta. Possuem o objetivo de organizar politicamente o Estado. Eles contêm as decisões políticas estruturais do Estado e exprimem a ideologia latente no ordenamento jurídico, correspondendo a um núcleo básico insuscetível de modificação. Os princípios capazes de sintetizar o arcabouço constitucional do Estado brasileiro são o princípio democrático, o republicano e o federativo. Pelo princípio democrático a titularidade do poder estatal é dos cidadãos, sendo exercido por meio de representantes, com a finalidade de atender ao interesse da coletividade.

O princípio republicano, relacionado às formas de governo, determina a responsabilidade dos mandatários da coletividade, a igualdade perante a lei e a periodicidade dos mandatos. Já o princípio federativo diz respeito às formas de estado, estabelecendo duas ordens jurídicas distintas, a federal, dotada de autonomia e soberania, e a das entidades federadas, dotadas apenas de autonomia política e administrativa[142].

Princípios constitucionais gerais são desdobramentos dos fundamentais que se projetam sobre o ordenamento constitucional, a fim de limitar o poder estatal. Entre eles estão a legalidade, igualdade, inafastabilidade da jurisdição e devido processo legal[143].

Pelo princípio da legalidade, as pessoas, órgãos e entidades, públicas ou privadas, estão submetidas às regras editadas pelo Poder Legislativo. A igualdade, por sua vez, impede o estabelecimento de discriminações e privilégios arbitrários, irrazoáveis.

O princípio da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário tem fundamento nos artigos 5º, XXXV e 217, §1º, da CRFB e corresponde à prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva em atendimento às exigências do direito material. São seus corolários os direitos à ação, processo e jurisdição, com a atuação do promotor natural.

O princípio do devido processo legal, acolhido no art. 5º, LIV da CRFB, abrange o devido processo legal processual ou formal, que assegura a regularidade procedimental, dando ensejo aos princípios da demanda, da defesa e da igualdade entre as partes. O princípio abrange também o devido processo legal substancial, aplicável ao conteúdo material da legislação, das valorações administrativas e também judiciais. Dele decorre o princípio da razoabilidade, cuja aplicação

[141] LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.,* p. 103.
[142] MORAES, Guilherme Peña, *op. cit.,* p. 104.
[143] *ibidem,* p. 105/108.

implica na análise da adequação, necessidade e proporcionalidade do conteúdo do ato questionado.

Em termos de princípios constitucionais setoriais, merecem ser lembrados aqueles que informam o Direito Penal, ou seja, reserva legal, irretroatividade da regra penal, intranscendentalidade da pena, individualização da pena e presunção de inocência ou não culpabilidade.

O princípio da reserva legal abrange dois subprincípios, quais sejam, o da anterioridade e o da legalidade. A norma penal incriminadora deve ser anterior ao fato e deve estar descrita de forma o mais pormenorizada possível em lei em sentido formal.

São princípios constitucionais setoriais de Direito Processual: contraditório; proibição da prova ilícita; publicidade dos atos processuais; motivação das decisões judiciais e duplo grau de jurisdição.

O princípio do contraditório é expressão da ampla defesa, que abrange, em relação aos sujeitos processuais, os direitos à defesa técnica e autodefesa. Enquanto o primeiro é indisponível, o segundo não o é. A ampla defesa contém ainda os direitos de audiência e presença. O primeiro implica na possibilidade do acusado influir sobre a formação do convencimento da autoridade judiciária competente, enquanto "o segundo é externado pela oportunidade de o demandado tomar posição perante as razões e as provas, pela intermediação com a autoridade judiciária competente.

Quanto à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, é preciso lembrar que a regra não é absoluta. As provas obtidas por meios ilícitos podem ser admitidas desde que o prejuízo se mostre inferior ao benefício trazido à instrução do processo, devendo haver ponderação entre os direitos fundamentais em jogo.

Já em relação ao princípio da publicidade, merece ser destacado que ele possui "a função política de legitimação do exercício da função jurisdicional", já que os membros do Poder Judiciários não são legitimados por meio da outorga de mandato eletivo.

No que tange à motivação das decisões, esta é dirigida fundamentalmente às partes e ao órgão jurisdicional competente para o julgamento de eventual recurso, pois é por meio das razões de decidir que será possível verificar o conteúdo impugnável da decisão recorrida[144].

Merece atenção especial o princípio setorial do Direito Processual Penal da presunção de inocência ou da não auto incriminação (*nemo tenetur se detegere*), pois encontra aplicação tanto no campo da prova como em termos de tratamento a ser dispensado ao suposto autor do fato descrito na norma penal incriminadora. Pelo princípio, o ônus de demonstrar os fatos constitutivos

[144] *ibidem*, p. 117/118.

do direito de punir cabe exclusivamente à acusação e deve haver diferenciação no tratamento dado ao indiciado, ao acusado, ao condenado e ao culpado.

Mecanismos de interpretação constitucional e o sopesamento de valores e princípios.

Não há como tomar outro ponto de partida senão a própria interpretação do texto constitucional e, conforme apregoa Karl Larenz, interpretar é "uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático" [145].

Na tarefa de interpretação do texto constitucional é preciso ter em conta a necessidade de ponderação dos bens jurídicos para o fim de preservação da paz social, tendo em vista o caráter aberto dos direitos e garantias em conflito, ponto em que merece ser lembrada outra passagem da obra de Karl Larenz:

> Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são 'abertos', 'móveis', e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si.[146]

A conciliação dos valores, princípios e regras consagrados na Constituição Federal exige métodos de interpretação específicos, especialmente a aplicação dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional. Dentre estes princípios, destaca-se o da unidade da Constituição, como se infere da lição de Luís Roberto Barroso:

> A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos è a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.
> A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a determinados princípios e normas, o fato é que isso não apaga 'o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador'.
> É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram

[145] LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 375.
[146] *ibidem*, p. 491.

> um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.[147]

Ainda sobre o princípio da unidade da constituição, esclarece J. J. Gomes Canotilho que:

> Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.[148]

O conceito de unidade da Constituição é trabalhado também por Paulo Bonavides, para quem:

> A ideia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. A Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível. [149.]

Para a determinação da resposta para o problema relativo à constitucionalidade da utilização de novas tecnologias no processo penal, como por exemplo a videoconferência, mostra-se imprescindível também a utilização do princípio da máxima efetividade, segundo o qual a interpretação das regras constitucionais deve estar voltada à obtenção do maior grau de eficácia prática possível.[150]

Canotilho, por sua vez, comentou o mesmo princípio nos seguintes termos:

> Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). [151]

Também não se pode deixar de recorrer ao princípio da razoabilidade para a busca de uma resposta satisfatória ao problema proposto, já que tal princípio não representa outra coisa senão um desdobramento natural do princípio do devido processo legal e também do próprio

---

[147] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 188.
[148] CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, p. 232.
[149] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110.
[150] BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 235.
[151] CANOTILHO, J. J. Gomes. *op. cit.*, p. 233.

Estado democrático de direito.[152] Por este princípio, a ponderação entre princípios em colisão deve observar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, diante da necessidade de compatibilização de normas ou princípios em colisão para a preservação da aplicabilidade de todas, impõe-se a redução proporcional e racional do campo de atuação de cada princípio ou norma concorrente, em favor da expansão do outro, considerando-se para tanto o peso dos valores envolvidos. Em suma, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, no contexto do mecanismo de ponderação preconizado por Karl Larenz, implica na demonstração da importância e prevalência de um princípio sobre o outro, a partir da racionalidade humana e das aspirações sócio-políticas e econômicas extraídas do próprio texto constitucional.

Eventual contradição entre princípios deve ser resolvida, desta forma, por meio da redução proporcional do alcance de um deles, ou até mesmo, em certos casos, mediante a preferência de alguns princípios.

Cabe então conceituar o que se deve entender por interpretação constitucional.

Interpretação constitucional é a "atividade intelectual de revelação do sentido, alcance e conteúdo de determinada norma constitucional, por meio de regras e princípios de hermenêutica jurídica, com o fim de fazê-la incidir sobre o conceito de um fato, de acordo com a capacidade expressiva do texto da Constituição"[153].

A atividade de interpretação constitucional se divide em três momentos: determinação da norma constitucional no tempo e espaço; interpretação constitucional; e aplicação da norma constitucional.[154]

Quanto à possibilidade de expressão do texto constitucional: interpretação constitucional (atividade valorativa implementada por métodos de hermenêutica) e complementação da norma constitucional (atividade lógica, implementada pela integração através da analogia, equidade e princípios gerais; no caso de antinomia, a correção se faz pelo método da ponderação quando houver colisão de princípios; havendo colisão de regras, a correção da antinomia se dá pelos métodos da especialização, hierarquia e cronologia).

A atividade de interpretação tem por objetivo atribuir coerência à ordem jurídica.

Para os adeptos da teoria subjetivista, a interpretação seria destinada a identificar a vontade do legislador (*mens legislatoris*), enquanto para os partidários da teoria objetivista a interpretação se destina a individualizar a vontade da lei (*mens legis*), mediante a investigação da realidade econômica, política e social do momento em que foi produzida.

---

[152] BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 234.
[153] MORAES, Guilherme Peña, *op. cit.,* p. 125.
[154] BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.,* p. 235.

Observe-se, contudo, que tal debate se encontra superado pela convergência da jurisprudência da Suprema Corte nos EUA, do Tribunal Constitucional alemão e do Supremo Tribunal Federal no sentido apontado pela teoria objetivista.[155]

Por outro lado, o papel do intérprete da Constituição é limitado em primeiro lugar pela objetividade inerente à tarefa, dadas as limitações decorrentes das possibilidades exegéticas concedidas pelo texto. Sua atuação também se limita em razão de ser impossível sua neutralidade, pois constitui pressuposto filosófico-jurídico informador do trabalho exegético a impossibilidade de neutralidade do intérprete. Isto tanto é verdade que, como lembra Guilherme Peña de Moraes[156], existe orientação do Supremo Tribunal Federal para que o magistrado busque primeiro a solução mais justa e somente após recorra à dogmática para encontrar o fundamento teórico imprescindível para a sua decisão.

Dentre as particularidades da Interpretação Constitucional pode ser mencionada em primeiro lugar a superioridade hierárquica, na medida em que ela incide sobre normas que constituem fundamento de validade das demais.

Também marca presença a peculiaridade da natureza da linguagem utilizada no texto cujo significado é extraído, pois a interpretação constitucional incide sobre normas jurídicas com maior abertura e menor densidade, dependentes de operação de concretização.

A interpretação constitucional se caracteriza ainda por incidir sobre normas jurídicas de conteúdo específico, relacionadas à titularidade e exercício do poder político, direitos fundamentais e proteção das normas constitucionais.

Finalmente, a interpretação constitucional é marcada pelo seu caráter político, tendo em vista que incide sobre normas relativas à legitimação e limitação do poder político[157].

A diferença primordial entre a interpretação da lei e da Constituição está na peculiaridade da estrutura normativo-material desta última, especificamente da sua parte dogmática, onde estão os direitos fundamentais, que se tornam operantes somente após densificação e concretização pelo intérprete. Como ensina Guilherme Peña de Moraes, "em matéria de direitos fundamentais, a interpretação constitucional é uma hermenêutica de princípios"[158].

Por sua vez, o objeto da hermenêutica constitucional é o estudo e a sistematização dos princípios de interpretação da Constituição.

---

[155] MORAES, Guilherme Peña, *op. cit.,* p. 126.
[156] *ibidem,* p. 127.
[157] BASTOS, Celso Ribeiro Seixas. Hermenêutica e interpretação constitucional**.** 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 105, a*pud* MORAES, Guilherme Peña, *op. cit.,* p. 128.
[158] MORAES, Guilherme Peña, *op. cit.,* p. 128.

A interpretação constitucional é informada por seis princípios: supremacia da Constituição; unidade da Constituição; interpretação conforme a Constituição; presunção de constitucionalidade; máxima efetividade; e razoabilidade.[159]

O princípio da supremacia da Constituição abrange a supremacia formal e a material, indicando que a Constituição contém as normas jurídicas de maior hierarquia no Direito Positivo e figura como fundamento de validade de todo o ordenamento.

A supremacia formal implica na relação de hierarquia entre a Constituição e demais espécies normativas, por ser ela oriunda do poder constituinte originário. Já a supremacia material corresponde à relevância das normas constitucionais pelo fato de estabelecerem a estrutura fundamental do Estado.

Da supremacia decorre a necessidade da jurisdição constitucional, que tem por finalidade justamente assegurar a primazia constitucional.

O princípio da supremacia não se confunde com o da rigidez. A rigidez se relaciona aos processos formais e informais de alteração do texto constitucional. No primeiro caso ocorre o que se chama de reforma constitucional. No segundo ocorre a mutação constitucional, onde há alteração do sentido, alcance e conteúdo da regra constitucional sem que ela seja contrariada, operando-se através da interpretação constitucional e dos usos e costumes constitucionais. De acordo com a boa doutrina, somente existe a supremacia da Constituição quando há rigidez constitucional[160].

Pelo princípio da unidade da Constituição deve-se entender que a Constituição confere caráter sistemático ao ordenamento jurídico. Conforme lição de Guilherme Peña de Moraes, as:

> normas constitucionais, revestidas da natureza de princípios (normas com alto grau de abstração, consagradores de valores, pelo que é necessária a mediação concretizadora) ou regras (normas com pouco grau de abstração, concretizadoras de princípios, pelo que é possível a aplicação coercitiva), com relação de fundamentação a partir daqueles até estas, consistem em fundamento de validade comum de todas as normas jurídicas que integram a mesma ordem constitucional, de sorte que não há hierarquia normativa, pois são oriundas da mesma fonte de direito, sem embargo da possibilidade de existência de hierarquia axiológica, porque são informadas por valores diferentes, no processo de densificação principiológica, entre as normas constitucionais. [161]

Há duas ordens de critérios aplicáveis na solução de antinomias aparentes entre normas jurídicas.

Os primeiros critérios se aplicam quando há aparente colisão entre normas do mesmo sistema de Direito Positivo (vigentes no mesmo espaço e tempo): conflitos entre princípios são

[159] *ibidem,* p. 129.
[160] *ibidem,* p. 132.
[161] *ibidem*, p. 132.

solucionados pelo critério da ponderação dos valores; conflitos entre regras são solucionados no campo da validez, pela aplicação do critério hierárquico, do critério cronológico e do critério da especialidade.

A segunda ordem de critérios se aplica quando as normas potencialmente aplicáveis provêm de diferentes sistemas de Direito Positivo (vigentes em espaço ou tempo distintos). Esses conflitos aparentes são resolvidos por critérios de sobre-direito, seja pelo Direito Internacional Privado, cujos princípios básicos são o da territorialidade e o do reconhecimento das situações jurídicas constituídas sob a égide da legislação alienígena, seja pelo Direito Intertemporal, cujos princípios básicos são o da irretroatividade e o do respeito às situações jurídicas preexistentes.[162]

De acordo com o princípio da interpretação conforme a Constituição, a "dúvida em relação à constitucionalidade de uma norma jurídica plurissignificativa é resolvida em favor de sua conservação"[163].

Daí podem ser extraídas duas consequências. A uma, a declaração de inconstitucionalidade só pode ocorrer quando a invalidade é manifesta e inequívoca, sendo este o critério de interpretação adotado pela doutrina norte-americana. A duas, na linha da técnica de decisão adotada pela doutrina alemã, a norma não deve ser declarada inconstitucional quando puder ser interpretada em consonância com a Constituição, de forma que o órgão judicial elimina as possibilidades interpretativas incompatíveis, com redução do conteúdo normativo, sem alterar o texto da norma analisada.

Quanto aos momentos do processo hermenêutico, a interpretação conforme a Constituição pode se dar em termos de interpretação do ato normativo questionado ou em termos de sua aplicação.

A interpretação conforme a Constituição em sentido estrito exclui possibilidades de interpretação, com declaração da constitucionalidade do ato normativo impugnado. Já a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto implica na exclusão de hipóteses de aplicação, com declaração de inconstitucionalidade.

O princípio da presunção de Constitucionalidade é assim abordado por Guilherme Peña de Moraes:

> As normas jurídicas são dotadas da presunção relativa de validade, que pode ser elidida ou convertida em presunção absoluta de validade, em razão da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, respectivamente, no exercício do controle difuso e concentrado.[164]

[162] *ibidem*, p. 133.
[163] *ibidem*, p. 133.
[164] *ibidem*, p. 134.

No controle difuso, o princípio da presunção de constitucionalidade se consubstancia na reserva de plenário. No controle concentrado, ele é exteriorizado pela atuação do Advogado-Geral da União, que atua como curador da presunção de constitucionalidade (*defensor legis*).

O chefe do Poder Executivo pode deixar de aplicar lei ou ato normativo que entende ser inconstitucional. Essa possibilidade não nega o princípio da presunção de constitucionalidade, pois ele tem o dever-poder de atuar em defesa da Constituição.

De acordo com o princípio da máxima efetividade, à norma constitucional "deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade"[165].

Por força deste princípio, as normas constitucionais que outorgam direitos subjetivos relacionados a prestações materiais são revestidas de eficácia positiva, ou seja, seus beneficiários podem exigir as prestações objeto do direito subjetivo perante o Judiciário, a fim de assegurar o mínimo existencial, atendendo-se, contudo, à reserva do possível.

Já as normas constitucionais que estabelecem os fins almejados pelo Estado, sem especificar os meios, são dotadas de eficácia negativa, pois proíbem implementação de políticas contrárias a normas programáticas e invalidam a revogação de normas infraconstitucionais regulamentadoras de normas programáticas sem determinação de política substitutiva (vedação do retrocesso).

O princípio da razoabilidade indica que a validade dos atos do Poder Pública deve ser aferida à luz da adequação; necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade.

Adequação é a correlação lógica entre motivos, meios e fins. Necessidade significa intervenção mínima, ou seja, só há necessidade quando não há meio menos gravoso para alcançar o fim pretendido (vedação do excesso). Proporcionalidade representa "a ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido"[166], entre o bem jurídico protegido e o bem jurídico sacrificado.

Segundo Konrad Hesse, a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada para permitir a proteção do bem jurídico em razão do motivo que a determina. Deve ser necessária para isso, não havendo meio mais ameno. Essa limitação deve ser proporcional, ou seja, "guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental"[167].

Para José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso desdobra-se em outros três subprincípios: princípio da adequação;

---

[165] *ibidem*, p. 135.
[166] *ibidem*, p. 136.
[167] HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 256. *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 137.

princípio da exigibilidade (não há meios menos oneroso para os direitos, liberdades e garantias); princípio da proporcionalidade em sentido estrito ("os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa 'justa medida')[168].

Uma "medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens".[169]

A aplicação do princípio da razoabilidade sofreu evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que inicialmente a ele recorria de modo implícito e hoje já o utiliza como verdadeiro parâmetro de validade dos atos do Poder Público.[170]

Na legislação infraconstitucional, o princípio foi positivado no art. 2º, *caput*, da Lei n. 9784/99.

Além de afirmar o seu caráter absoluto, Edilson Bonfim Mougenot menciona ainda uma outra face do princípio da proporcionalidade, qual seja, a proibição da proteção deficiente, por meio da qual se assegura a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos não só em face dos excessos estatais, como também contra agressões de terceiros ("proteção horizontal"), aplicando-se o princípio nos momentos da criação e da aplicação da lei processual[171].

Em se tratando de interpretação constitucional, existem métodos clássicos e modernos. Os clássicos são insuficientes em virtude das particularidades das normas constitucionais. A busca da vontade da norma ou da vontade do legislador não resolve, pois a Constituição não contém vontades inequívocas e fixas.

Quanto à origem, a interpretação constitucional pode ser legislativa, judicial, administrativa e doutrinária. A primeira é a dada pelo Poder Legislativo, a segunda pelo Poder Judiciário, a terceira pelo Poder Executivo e a última pelos autores.

Peter Häberle afirma que a hermenêutica constitucional deve se adaptar a uma sociedade pluralista, com a ampliação do número de participantes do processo de interpretação da Constituição[172].

Quanto ao meio, a interpretação constitucional pode ser gramatical (literal ou semântica), histórica (considera os antecedentes históricos), sistemática (caráter sistemático intrínseco à ordem constitucional), lógica (compatibilidade conforme raciocínio lógico) e teleológica (considera a finalidade da norma, conforme os valores tutelados).

---

[168] CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da república portuguesa anotada. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 152, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 138.
[169] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaios de teoria constitucional. 1 ed. Fortaleza:UFC-Imprensa Universitária, 1989, p. 75, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 138.
[170] BONFIM, Edilson Mougenot, *op. cit.,* p. 93.
[171] *ibidem*, p. 95.
[172] MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 140.

Não há hierarquia entre os métodos de interpretação constitucional, mas o sentido possível do texto é o limite da atividade hermenêutica e o método histórico é o menos objetivo.

Quanto à finalidade, a interpretação constitucional pode ser declarativa, restritiva e extensiva.

Dentre os métodos modernos, deve ser mencionado em primeiro lugar o método científico-espiritual, elaborado por Rudolf Smend, que se desenvolve a partir da crítica à interpretação jurídica, com "a apreciação global do texto constitucional em seus aspectos teleológicos e materiais, com a finalidade de tornar a Constituição mais política do que jurídica"[173].

É sistêmico e espiritualista. A Constituição é um todo e é uma realidade. É "elemento integrador da realidade estatal, com consideração do sistema de valores políticos, econômicos, sociais e culturais subjacentes ao texto constitucional".[174]

O método tópico-problemático, preconizado por Theodor Viehweg[175], se desenvolve a partir do caráter prático da interpretação constitucional. Por esse método, o intérprete procura revelar o significado mais conveniente para a solução do caso concreto (império da vontade suprema do intérprete).

O método normativo-estruturante, concebido por Friedrich Müller, parte da distinção entre texto e norma constitucional. Abrange a análise do "programa normativo" e do "domínio normativo".[176] O programa normativo implica na verificação da existência e análise semântica do texto e interpretação com atribuição de sentidos. O domínio normativo, a seu turno, corresponde à constatação da ocorrência da componente fática, de um problema a ser solucionado, com a correspondente interpretação dessa realidade. A partir da contextualização dos dois programas é que se obtém a norma, que não é o ponto de partida da interpretação, mas sim o seu produto final.

Finalmente, o método hermenêutico-concretizador, idealizado por Konrad Hesse[177], tem base na submissão da atividade hermenêutica a dois pressupostos, quais sejam, a pré-compreensão do intérprete e a realidade enquanto problema concreto. A teoria da Constituição é condição para a compreensão da norma e para a compreensão do problema.

---

[173] SMEND, Rudolf. Verfassung und verfassungsrecht in staatsrechtliche abhandlungen, Berlim, 1955, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 142.
[174] MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 142.
[175] VIEHWEG, Theodor. Topik und jurisprudenz. 2 ed. München, 1963, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 143.
[176] MÜLLER, Friedrich. Rechtsstaatliche form, demokratische politik-beitrage zu öffentlichem recht, methodik, rechts – und staatstheorie. 1 ed. Berlim, 1977, p. 146, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 144.
[177] HESSE, Konrad. Grundzüge dês verfassungreschts der bundesrepublik deutchland. 13 ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1986, p. 63, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 144.

Para este método, a interpretação se restringe, portanto, a dois elementos, a pré-compreensão e o problema concreto. A pré-compreensão corresponde à "formação de um juízo, abstrato e antecipado, sobre a norma constitucional que figura como objeto da interpretação"[178], enquanto o problema concreto corresponde à situação de fato à qual a norma constitucional é aplicada após a interpretação. Problema e sistema não são, pois, auto-excludentes, mas sim realidades reciprocamente relacionadas e complementares no processo de concretização das normas constitucionais.

Capítulo III – O processo penal na sociedade da informação

Conceitos básicos do direito processual e sua aplicação ao processo penal

A sociedade da informação influencia de forma marcante o Direito Processual Penal contemporâneo, o que se refletiu nas alterações nos ritos e o estímulo aos atos processuais praticados à distância, especialmente o interrogatório por videoconferência. Essas recentes modificações representam um grande passo na direção da celeridade e da efetividade do processo. Assim, para a análise das questões a elas relacionadas é necessário apresentar preliminarmente os conceitos de jurisdição, ação e processo, que integram a trilogia estrutural de conceitos básicos em que se baseia o Direito Processual.[179] Cândido Rangel Dinamarco acrescenta como instituto fundamental do direito processual a defesa, acentuando a preponderância metodológica da jurisdição sobre os demais institutos.[180]

Contudo, cabe apontar desde logo que os conceitos da teoria geral do processo estão sujeitos a adaptações ou não podem sequer ser aplicados no âmbito do processo penal.

Em relação à trindade processual que abrange ação, jurisdição e processo, Denilson Feitoza entende que o conceito de ação adotado pela maioria dos manuais é irrelevante no direito processual penal e que o instituto de maior relevo é o da jurisdição, em torno do qual se colocam os demais institutos processuais para limitá-la ou otimizá-la.[181]

No que se refere ao trinômio processual relativo às condições da ação, aos pressupostos processuais e ao mérito, muitos autores procuram aplicar ao processo penal o conceito de condições da ação, desenvolvido por Enrico Tullio Liebman e introduzido no Código de Processo

---

[178] MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 144.
[179] PODETTI, J. R. Teoría y tecnica del processo civil. Buenos Aires: 1963, p. 330, n. 1, *apud* NICOLLIT, André Luiz. Manual de processo penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 11.
[180] DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 92-98.
[181] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 70-71.

Civil por seus discípulos. Para esta linha doutrinária, os pressupostos processuais e condições da ação seriam "pressupostos de admissibilidade do julgamento de mérito" ou "requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional."[182]

No entanto, tais noções não se adaptam perfeitamente ao processo penal, pois ou inexiste identidade entre as condições da ação penal e as da ação civil ou se enquadram entre os pressupostos processuais.[183]

Mesmo tendo em mente as peculiaridades dos institutos do processo penal, pode-se partir de um conceito simplificado de jurisdição, qual seja, o poder de dizer o direito ou a função estatal destinada a criar a regra a ser a aplicada no caso concreto. De forma mais analítica, Cintra, Grinover e Dinamarco[184] conceituam a jurisdição como poder, função e atividade. Enquanto poder, constitui manifestação do poder estatal e corresponde à capacidade de decidir de forma imperativa e de impor suas decisões. Enquanto função, a jurisdição corresponde à missão atribuída aos órgãos estatais no sentido da pacificação dos conflitos, através do processo. Já como atividade, consiste no conjunto de atos que o juiz pratica no processo, no exercício do poder estatal, em cumprimento à função de pacificara conflitos.

Importante ressaltar a vinculação entre direito processual, poder e a política, no sentido de que as decisões no campo processual e político guardam estreita relação com a questão do poder e dos valores, especialmente porque a jurisdição constitui expressão peculiar do poder estatal. Veja-se, a propósito, a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

> A ideia de poder, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui assim fator de aproximação do processo à política, entendida esta como o processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado. [185]

A jurisdição tem como uma de suas finalidades assegurar paz social, mas também busca a realização da justiça, conceitos plásticos, que recebem influxos da cultura de um povo, em um dado momento. Dinamarco defende, contudo, serem universais as seguintes finalidades: o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas, a tutela dos indivíduos em face de abusos dos agentes estatais e o reconhecimento do dever estatal de interferir nas relações sociais por meio do processo, em nome da paz social.[186]

---

[182] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 297.
[183] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 71.
[184] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 139.
[185] DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 100.
[186] *ibidem*, p. 192.

Também se afirma que a jurisdição criminal tem por objetivo não a mera recomposição do direito subjetivo da vítima lesado pela conduta criminosa, mas sim dar uma resposta à pretensão punitiva estatal, ou melhor, responder à pretensão de recomposição da ordem jurídica que se mostrou atingida pelo delito[187].

Não se pode deixar de mencionar que, modernamente, a jurisdição é vista como uma função tendente a realizar os valores constitucionais. Por isso, André Nicolitt apresenta um conceito diferenciado para a jurisdição:

> Em uma perspectiva mais ampla e moderna, para Owen Fiss: the function of a judge is to give concrete meaning and application to our constitutional values (a jurisdição tem por função atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais).
> Do exposto, comungamos do seguinte conceito de jurisdição, a saber: é a função através da qual o Estado-Juiz dá resposta às pretensões que lhe são apresentadas, dizendo o direito e dando significado concreto e aplicação aos valores constitucionais.[188.]

O processo, por sua vez, constitui um dos mecanismos de solução de conflitos de interesses, ao lado da autotutela ou autodefesa e da composição. Se, o Estado somente permite ao particular o exercício de suas próprias razões em situações excepcionais (*v.g.*, legítima defesa), deve disponibilizar um meio eficaz para que possa satisfazer sua pretensão, no caso, o processo, que, por seu caráter eminentemente instrumental, não representa um fim em si mesmo, mas apenas um caminho para a efetivação da função jurisdicional. Representa um instrumento para tornar efetivo o *jus puniendi* e tem início a partir do exercício do direito de ação, por meio do qual se exige do Estado o exercício da função jurisdicional.

O processo é formado por uma sequência de atos encadeados de maneira lógica, destinados à elaboração da norma para o caso concreto. Ele é orientado por princípios vários e nele devem ser observadas diversas garantias constitucionais, merecendo maior destaque a do devido processo legal, do qual podem ser apontados como princípios decorrentes o do juiz natural e o da ampla defesa.

A natureza jurídica do processo já foi objeto de várias teorias, desde aquela que o definia como relação jurídica exclusivamente de direito público, capitaneada por Oskar Von Bulow, passando pela teoria do processo como instituição, melhor representada por Guasp, chegando-se à teoria do processo como categoria autônoma, correspondendo o processo à instituição pela qual se realiza a função jurisdicional, sendo esta a teoria defendida por González Pérez e Afrânio Silva Jardim[189].

---

[187] JARDIM, Afrânio Silva. Processo penal estudos e pareceres**.** Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 1, *apud* NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 11.
[188] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 13.
[189] *ibidem*, p. 20-21.

Prevalece no Brasil a concepção de J. W. Planck, 1887 e 1896, e de Konrad Hellwig, 1903, 1907 e 1909. Para eles a natureza do processo é de "relação jurídica processual, de configuração angular e de direito público." A relação jurídica processual seria autônoma (independente da relação jurídica de direito material subjacente, no que se refere a sujeitos, objeto e pressupostos), progressiva (tem desenvolvimento gradual), una (o processo se resume a uma única relação jurídica), complexa ("resulta da fusão de vários vínculos jurídicos"), pública (é de direito público) e tripla (integrada por três sujeitos: *iudicium est actum trium personarum: iudicis, actoris et rei*).[190]

O objeto imediato da relação processual é o provimento jurisdicional pretendido, enquanto o objeto mediato corresponde à efetiva realização do provimento jurisdicional, a satisfação da pretensão deduzida em juízo.

Para a doutrina e jurisprudência no Brasil, não há processo sem procedimento. Na lição de Denilson Feitoza:

> O processo seria procedimento e relação jurídica ao mesmo tempo: um conjunto de atos que se desenvolvem progressivamente, relacionados por uma relação jurídica processual. Nessa linha, o processo caracteriza-se triplamente por ser procedimento (aspecto externo), relação jurídica (aspecto interno) e ter a finalidade de obtenção de um provimento jurisdicional (objeto). 191p 78

Embora predomine no Brasil a concepção de que o processo tem a natureza de relação jurídica processual, desenvolveu-se especialmente na Itália a noção do processo como um procedimento em contraditório[192].

Na era da sociedade da informação, surgem teorias que, além de ressaltar o processo como categoria autônoma, procuram explicar a sua natureza jurídica à luz do princípio da dignidade humana, que deve ser considerado como vetor interpretativo inclusive no âmbito do processo penal. Para André Luiz Nicolitt, por exemplo, a natureza jurídica do processo é de garantia fundamental, na medida em que o art. 5º, LIV, da Constituição Federal prevê o processo como direito da pessoa humana:

> Partindo desta ideia de autonomia, não nos divorciamos dos processualistas que sustentam o processo como categoria autônoma, porém realçamos outros aspectos desta autonomia. O processo, em sua essência, é uma garantia fundamental. Esta é a sua natureza jurídica (soberana). Ocorre que esta garantia fundamental dá origem a uma categoria autônoma dotada de independência e criadora de regras próprias perante o quadro geral do direito.
> ...
> Inegavelmente, a autonomia do processo deve sempre observar a sua essência enquanto garantia fundamental. Encontrando no processo esta natureza, podemos dizer que os

[190] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 77.
[191] *ibidem*, p. 78.
[192] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 293. FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 77.

> princípios, as regras, as interpretações dadas ao processo deverão sempre observar este aspecto. Esta categoria rege-se por regras próprias que devem sempre respeitar a essência do processo enquanto direito fundamental da pessoa.
> ...
> Por fim, devemos reconhecer que os princípios constitucionais relativos às garantias fundamentais, bem como os fundamentos da República, particularmente o da dignidade da pessoa humana, devem ser o norte para qualquer criação, interpretação e aplicação do processo penal, pois a vontade constitucional é a de que o poder de punir só seja exercido com perfeito respeito ao sistema de garantias constitucionais, sem o qual não terá legitimidade e dará sinais de barbárie incompatível com o Estado Democrático de Direito, cuja plenitude é almejada por todos.
> Com efeito, fica claro que concebemos o processo em uma perspectiva garantista, ou seja, em um modelo de direito que pugna por um normativismo-constitucional crítico fundado na valorização dos direitos fundamentais."[193]

Em síntese, podemos afirmar que o processo possui a natureza de relação jurídico-processual triangular, completamente distinta da relação de direito material deduzida em juízo. Além disso, como lembra Paulo Rangel, a relação jurídico-processual é "unitária, progressiva, complexa, autônoma e de direito público"[194].

Já o processo penal, nas palavras de André Nicollit, "é um procedimento realizado em contraditório, animado por uma relação jurídica, teleologicamente dirigido ao julgamento ou atendimento prático de uma pretensão penal"[195], ou um "procedimento realizado em contraditório animado (motivado) por uma relação jurídica entre juiz, autor e réu"[196]. Ele também pode ser conceituado como um "procedimento em que uma 'parte' alega a um juiz penal imparcial um 'fato delituoso' praticado por determinada pessoa, para que o juiz lhe aplique o direito penal, devendo a pessoa acusada participar, com direito de ampla defesa, do procedimento, o qual deve desenvolver-se em contraditório"[197].

Denilson Feitoza discorda do conceito tradicional, afirmando que o contraditório não é um requisito essencial para a conceituação do processo penal:

> O contraditório, no direito processual penal, portanto, não é da essência do conceito de processo penal. O contraditório é uma garantia das partes autora e ré, que pode ser entendido como condição de eficácia da sentença, mas cujo conhecimento está sujeito à preclusão máxima ou coisa julgada material, se a sentença satisfizer o princípio constitucional da liberdade individual.
> Observemos, ainda, que o princípio do devido processo legal, aqui incluindo as garantias do contraditório e da ampla defesa, somente se impõe de maneira inexorável quando for para se privar alguém da liberdade, como se pode depreender da Constituição Federal (art. 5º, LIV). [198]

[193] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 22-23.
[194] RANGEL, Paulo. *op. cit.*, p. 326.
[195] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 24.
[196] *ibidem*, p. 276.
[197] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 78.
[198] *ibidem,* p. 80-81.

O mesmo autor sustenta ainda que, apesar da ampla defesa ser assegurada pela Constituição Federal aos acusados, isso não significa que seja obrigatória para que haja processo penal:

> No direito brasileiro, há anos defendemos que poderia haver condenação ou absolvição liminarmente, se assim a lei o estabelecesse, e, consequentemente, poderíamos ter coisa julgada material, numa decisão tomada liminarmente. Quanto à absolvição liminar, finalmente foi o que ocorreu: a Lei 11.719/2008 instituiu a absolvição 'sumária' do art. 397 do CPP. [199.]

Na essência, conclui o autor, o processo penal "é o procedimento em que o órgão jurisdicional tem por fim prolatar a sentença penal condenatória ou absolutória"[200].

O direito de ação, por sua vez, tem sido conceituado como o direito público subjetivo de exigir a prestação jurisdicional do Estado ou, mais precisamente, como "*direito subjetivo público, autônomo e abstrato de exigir do Estado a tutela jurisdicional*"[201].

No entanto, em razão de peculiaridades do processo penal, o instituto da ação não pode ser visto de forma tão simples, já que a natureza jurídica não é exatamente a mesma na ação penal pública e na ação penal privada. Como a ação penal pública é informada pelo princípio da obrigatoriedade, não se pode afirmar que se esteja diante de um direito subjetivo puro e simples, pois na verdade estão presentes as características de um dever jurídico.

Ao mesmo tempo, não há como retirar por completo da ação penal pública a característica de direito subjetivo, tendo em vista que por seu intermédio o Estado-Juiz é provocado a cumprir seu dever, qual seja, o de prestar a jurisdição, pode-se afirmar que, na verdade, a ação penal pública pertence à categoria de poder-dever[202]. Na ação penal de iniciativa privada, porém, não há como ser negada a sua natureza de direito subjetivo, especialmente porque entre os seus princípios informativos se encontram o da oportunidade e o da disponibilidade.

Como se vê, se o momento histórico contemporâneo não passou a exigir mudanças substanciais nos próprios conceitos de jurisdição, ação, defesa e processo, no mínimo houve uma alteração da perspectiva em que tais institutos eram analisados, acentuando-se o caráter garantista do processo e a necessidade de realização dos valores constitucionais por meio da jurisdição, além da parcial inadequação dos conceitos tradicionais da Teoria Geral do Processo ao ramo do Direito Processual Penal.

---

[199] *ibidem*, p. 81.
[200] *ibidem*, p. 81.
[201] *ibidem*, p. 16.
[202] *ibidem*, p. 16.

Princípios do processo penal e a sociedade da informação

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho[203], o processo penal deve ser visto como expressão de cultura de um povo, como reflexo de um momento político, de um momento de civilização, sendo, portanto, perfeitamente admissível a mutação dos próprios princípios.

Na sociedade da informação, o processo penal não escapa às influências do momento histórico, incorporando novas técnicas, novos instrumentos, além de se submeter a novos parâmetros de interpretação, de forma a assegurar a efetividade indispensável para a manutenção da credibilidade do próprio Estado.

Nesse sentido, a reforma ocorrida no Código de Processo Penal, por força das alterações determinadas pelas Leis n. 11.689, 11.690, 11.719 e 11.790, todas de 2008, se mostrou relevante em relação aos princípios, especialmente quanto aos da proporcionalidade e da identidade física do juiz.

Antes de se abordar especificamente o campo de incidência das alterações ocorridas no Código de Processo Penal e as relações entre tais modificações e a sociedade da informação, é preciso apresentar os princípios informativos do processo penal e também os princípios constitucionais aplicáveis ao processo penal, ou seja, aqueles que devem orientar todo o sistema do direito processual penal e são extraídos do próprio texto constitucional de forma expressa ou decorrem do sistema jurídico constitucional.

Como lembram Cintra, Dinamarco e Grinover, os princípios informativos se distinguem dos princípios gerais do direito processual, correspondendo os primeiros a "normas ideais que representam uma aspiração de melhoria do aparelhamento processual"[204].

Princípios informativos do processo penal

O primeiro princípio informativo do processo penal corresponde ao da instrumentalidade processual penal, segundo o qual o processo jamais pode constituir um fim em si mesmo, mas sim deve consistir em um mecanismo para se alcançar uma finalidade que se encontra além do mero formalismo, do ritual.

O processo penal tem dupla finalidade, na medida em que representa instrumento de aplicação do direito penal e, ao mesmo tempo, garante os direitos fundamentais de quem está sujeito à persecução criminal (investigado e réu), incluindo os ofendidos, testemunhas e peritos.

[203] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.*, p. 16.
[204] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 52-53.

Ele pode, portanto, ser subdividido em duas vertentes: no "princípio da instrumentalidade processual penal garantista ou princípio instrumental-garantista" e no "princípio da instrumentalidade processual penal punitivo ou princípio instrumental-punitivo", por meio do qual se busca assegurar o direito fundamental de todos à segurança[205].

Hoje, a ênfase desmedida na visão do processo penal como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais[206], com a desconsideração do seu aspecto instrumental punitivo, desfavorece a sociedade, surgindo a necessidade de aperfeiçoamento dos institutos do processo penal, tanto do ponto de vista procedimental como do ponto de vista conceitual, para diferenciar os procedimentos conforme a complexidade dos delitos, especialmente em se tratando da criminalidade organizada. Assim, o desafio consiste em encontrar um equilíbrio ponderado entre as perspectivas instrumental-libertária e instrumental-punitiva, garantindo-se a simples prevalência e não a supremacia absoluta do princípio da proteção da liberdade individual[207].

Cabe registrar que o princípio instrumental-punitivo não possui caráter meramente informativo ou interpretativo, mas sim decorre da própria natureza do processo penal, não sendo possível o total desprezo de tal perspectiva em favor da outra[208].

A jurisdição não possui apenas o objetivo jurídico de fazer atuar concretamente o direito, mas também tem por objetivo trazer a paz social e educar (escopos sociais), além de assegurar a liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento (escopos políticos). Como afirma Denilson Feitoza:

> A instrumentalidade do processo pode ser vista por um aspecto negativo, correspondente à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir. E, por um aspecto positivo, caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos escopos do sistema, em outras palavras, o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica.[209]

O princípio da instrumentalidade do processo penal guarda relação direta com os princípios da instrumentalidade das formas e da convalidação dos atos processuais.

O segundo princípio informativo do processo penal é o da economia processual, pelo qual, o resultado do processo deve ser alcançado com o mínimo de desperdício em termos de

[205] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 129.
[206] STF, 1ª Turma, HCA 73338/RJ. Relator Ministro Celso de Mello. DJ 19/12/1996, p. 51766. Julgamento em 13/08/1996.
[207] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 129.
[208] *ibidem*, p. 129.
[209] *ibidem*, p. 130.

tempo, recursos humanos e materiais, consubstanciando na realidade um corolário do princípio constitucional da eficiência[210].

É possível falar, também, no princípio informativo da operacionalidade, segundo o qual todo instituto processual deve permitir que seus operadores "sejam capazes de identificá-los de maneira inequívoca e utilizá-los efetiva e eficazmente para a realização da finalidade para a qual a 'categoria' foi instituída"[211].

Princípios constitucionais gerais e setoriais

Por óbvio, o sistema processual penal não deixa de sofrer a influência dos princípios constitucionais fundamentais, ou seja, dos princípios democrático, republicano e federativo, previstos nos artigos 1º a 4º da Constituição de 1988, mas importam especificamente para o presente trabalho os princípios constitucionais gerais e os constitucionais setoriais do direito processual penal, considerada a terminologia de Luís Roberto Barroso e de Guilherme Peña de Moraes[212].

Os princípios constitucionais gerais são aqueles que incidem sobre todo o ordenamento jurídico e, por esta razão, também encontram campo fértil de aplicação no processo penal.

De acordo com o princípio da supremacia da Constituição, "nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental"[213]. Além disso, "todas as normas anteriores com ela contrastantes ficam revogadas. E as normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas"[214]. Como consequência desse princípio, toda interpretação da legislação processual penal deve partir da Constituição para as leis infraconstitucionais.

De acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal e já analisado no Capítulo anterior, a pessoa humana possui um valor intrínseco, inerente à condição humana, que não pode ser desconsiderado na interpretação da norma.

O princípio da liberdade individual, consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, que prevalece no direito processual em relação a princípios ou regras eventualmente restritivos da

[210] *ibidem*, p. 131.
[211] *ibidem*, p. 131.
[212] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996, e MORAES, Guilherme Peña. Direito constitucional: teoria da constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
[213] BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* p. 150.
[214] *ibidem*, p. 150.

liberdade, preconiza que a liberdade individual, tanto quanto possível, deve sofrer a menor intervenção possível.

O princípio da jurisdição ou da centralidade da jurisdição indica que tal instituto, por se tratar de um aspecto da soberania estatal e de um conceito central no direito processual em geral e, mais especificamente, no processo penal, deve ser considerado como ponto de partida na interpretação dos demais institutos.

Tradicionalmente, os institutos da ação, do processo, das partes, das condições da ação e pressupostos processuais são concebidos como limites à jurisdição. Ao mesmo tempo em que a ação evita o comprometimento da imparcialidade do juiz e delimita o objeto da acusação, a simples existência das partes preserva a imparcialidade do juiz, sendo certo que a participação do réu contribui para influir sobre a decisão judicial. As condições da ação, por sua vez, contribuem para evitar ações inúteis. Os pressupostos processuais, por sua vez, constituem garantias para que a jurisdição tenha seu exercício iniciado de maneira racional.

O princípio da proporcionalidade é, no Brasil, um princípio constitucional implícito[215], significando que qualquer limitação a direitos, liberdades e garantias deve ser adequada, necessária e proporcional, havendo diversas teorias que procuram explicar o seu fundamento jurídico. De acordo com a corrente doutrinária predominante na Alemanha, ele representa um corolário do princípio que consagra o Estado de Direito, previsto no Brasil no art. 1º, caput, da Constituição de 1988[216].

Segundo Paulo Bonavides o princípio da proporcionalidade também pode ser extraído de outros princípios correlacionados, como o da igualdade, por exemplo[217]. Ele pode ser considerado como decorrência natural da própria ideia de direitos fundamentais, derivando "da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito"[218], além de complementar e ao mesmo tempo integrar o princípio da reserva legal.

Para Raquel Denize Stumm, trata-se de derivação do princípio do devido processo legal substancial, voltado para a proteção equânime dos direitos do homem e dos interesse da comunidade, quando em conflito[219].

---

[215] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-70.
[216] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p.
[217] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2001, p. 395, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 136.
[218] BARROS, Suzana Toledo de. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 2000, p. 98, *apud* FEITOZA, Denilson, *op. cit.*, p. 136.
[219] STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, 1995, p. 173, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 136.

Willis Santiago Guerra Filho, por sua vez, defende que se trata de um princípio constitucional independente, na medida em que "não deriva nem depende de qualquer outro princípio"[220].

O princípio da proporcionalidade pode ser visto ainda como uma "implicação lógica do caráter jurídico da Constituição como norma rígida hierarquicamente superior, atributiva de proporções e impositiva de eficiência"[221].

No âmbito do Direito Processual Penal, em virtude da alteração determinada pela Lei n. 11.690/2008, o princípio da proporcionalidade hoje se encontra expresso no art. 156, I, do CPP, no que se refere ao tema das provas.

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, nos seguintes termos: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

A doutrina[222] é uníssona ao afirmar que o princípio não tem sua aplicação limitada ao processo jurisdicional, sendo possível sua incidência em procedimentos estatais de natureza administrativa ou legislativa voltados à realização dos fins imediatos e mediatos do Estado. Por meio desse princípio se procura alcançar o controle dos atos e decisões estatais e, em última análise, a proteção dos direitos fundamentais.

O princípio do contraditório ou bilateralidade da audiência, por sua vez, encontra-se expresso na Constituição Federal, no art. 5º, LV, nos seguintes termos:

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

O princípio do contraditório significa que as partes devem ter pleno conhecimento dos atos e termos do processo, devem poder impugná-los e devem ter a oportunidade de intervir no processo, seja por meio da apresentação de provas, seja por meio da apresentação de suas alegações, seja por meio de recursos contra as decisões que lhes forem desfavoráveis[223]. Em suma, abrange o direito à informação e à reação, pois as partes devem ter a ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los[224].

---

[220] GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais, 1999, p. 79-80, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 136.
[221] FEITOZA PACHECO, Denilson. O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro, 2007, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 136.
[222] Por todos, veja-se FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 54.
[223] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 145.
[224] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *op. cit.*, p. 33.

O princípio do contraditório constitui garantia destinada a assegurar a ampla defesa e dele decorrem a isonomia, a igualdade e a liberdade processual. Além disso, infere-se do texto constitucional que a lei pode estender o contraditório a procedimentos administrativos, como no inquérito, por exemplo.

O princípio e garantia da ampla defesa, também previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, implica no dever estatal de assegurar ao acusado a possibilidade de exercer de forma plena sua defesa, abrangendo as garantias da autodefesa e da defesa técnica. A autodefesa, por sua vez, abrange o direito de audiência e o de presença.

O princípio da presunção de inocência ou presunção de não-culpabilidade, como alguns preferem, embora não haja relevância na distinção entre as expressões[225], encontra-se expresso no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Segundo Carlos Rubianes, o princípio possui um tríplice aspecto, pois significa que:

> a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, segundo a lei (portanto, deve haver o fumus boni juris e o periculum in mora); b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para sua absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (in dubio pro reo). [226]

O princípio da não auto incriminação, ou *nemo tenetur se detegere*, decorre do direito ao silêncio, consagrado expressamente no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, segundo o qual "o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado." Sobre o princípio, discorre a doutrina:

> Ninguém pode ser forçado a produzir prova contra si mesmo, ninguém tem que se descobrir para contribuir na sua própria punição criminal, seja prestando declarações, fornecendo padrão gráfico para exame grafotécnico ou material de seu corpo para exame pericial (exame de DNA, por exemplo), soprando o bafômetro para constatar embriaguez ao volante de um carro etc. A recusa de produzir prova contra si mesmo, por outro lado, não acarreta uma presunção de culpabilidade. [227]

O art. 8º, n. 2, alínea g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, incorporada ao direito interno por meio do Decreto n. 678/1992, estabelece que toda pessoa tem o "direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada."

---

[225] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 59.
[226] RUBIANES, Carlos. Manual de derecho procesal penal, 1976, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 144.
[227] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 147-148.

O princípio é aplicável inclusive à testemunha, quando alguma parte de suas declarações puder incriminá-la[228]. Contudo, merece ser lembrado que em determinados ordenamentos jurídicos, como no caso da Alemanha, o referido princípio sofre mitigação, pois naquele país admite-se a intervenção corporal independentemente de haver o consentimento do acusado, desde que não haja risco para sua saúde.[229]

No direito brasileiro, em virtude da necessidade de convivência harmônica entre todos os princípios constitucionais, o princípio em questão não tem caráter absoluto, mas a sua eventual atenuação está condicionada à gravidade do fato e à observância do princípio da proporcionalidade.

Cabe observar que o princípio garante ao réu a possibilidade de mentir, mas não lhe assegura o direito de falar o que quiser, não podendo, por exemplo, cometer denunciação caluniosa.

O princípio da vedação da persecução penal múltipla ou *ne bis in idem* ou, ainda, vedação da revisão *pro societate* encontra-se previsto expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto 678/1992, art. 8º, item 4, nos seguintes termos: "O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos."

Antes da adoção do Pacto de São José da Costa Rica, o princípio já se encontrava implícito no nosso ordenamento, pois já não havia um mecanismo de impugnação para uma sentença absolutória própria transitada em julgado.

O princípio da igualdade, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, bem como em diversos outros dispositivos constitucionais possui uma função fundamentadora, acompanhada de eficácia revocatória e diretiva, além de uma função interpretativa e de uma função supletiva. A igualdade também consiste em um valor constitucional, como previsto no preâmbulo da Constituição[230].

Ela pode ser tratada como regra, princípio e postulado, como ensina Humberto Ávila:

> A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim). [231.]

[228] *ibidem*, p. 147.
[229] *ibidem*, p. 148.
[230] *ibidem*, p.149.
[231] ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 2003, p. 93, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 149.

O princípio engloba a igualdade de tratamento no momento da aplicação da lei e no momento da elaboração da lei, ou seja, a lei não pode estabelecer discriminações fundadas em critérios irrazoáveis, inadmissíveis expressa ou implicitamente pela Constituição.

Assim, o tratamento desigual pela lei somente se justifica em face da Constituição quando existe a precisa delimitação do fator de discrímen em favor de um grupo, quando a desequiparação possui o objetivo de promover a igualdade material, quando existe correlação lógica entre o fator de discrímen o tratamento desigual, sendo apto a igualar o grupo em relação à totalidade, e, ainda, o fator de discrímen e a desequiparação se apresentam conforme os valores, princípios e regras constitucionais[232].

O princípio da razoável duração do processo e princípio da celeridade encontra-se previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF. Diplomas internacionais e estrangeiros fazem referência à duração razoável ou celeridade do processo, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos[233].

A questão do prazo razoável está diretamente relacionada à sociedade da informação e à efetividade do processo. No período atual, o mercado impõe ou pelo menos procura impor a sua necessidade básica de segurança jurídica para o desenvolvimento das relações empresariais. A falta de celeridade dos meios estatais de resolução de conflitos de interesses implica em pouca margem de segurança jurídica e provoca um aumento indesejado nos custos decorrentes dos riscos de litígios. Nem mesmo o recurso às formas alternativas de solução de conflitos, tais como a arbitragem, é capaz de eliminar completamente o custo inerente às vicissitudes de um processo judicial longo e desgastante para os interesses empresariais. A busca pela efetividade do processo passa também, portanto, pela aplicação do princípio da celeridade processual, mas sem que isso implique, contudo, em uma redução do alcance do princípio da ampla defesa e sem o comprometimento da busca por uma decisão justa.

Denilson Feitoza aponta com precisão a diferença entre a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação, pois uma duração razoável não significa necessariamente que haja celeridade, tornando necessário o exercício da interpretação constitucional na busca pelo significado do princípio:

> A razoabilidade da duração do processo implica uma ponderação entre o comando de celeridade e outros preceitos constitucionais. Assim, a rapidez do processo não pode dificultar consideravelmente nem impedir o direito fundamental de defesa; tampouco

[232] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 37-48.
[233] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 151/153.

> pode inviabilizar o processo penal como instrumento para aplicação concreta do direito penal e não somente de proteção de direitos fundamentais. [234]

Podem ser mencionados, ainda, diversos dispositivos da Constituição Federal, introduzidos pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que revelam a preocupação com a razoável duração do processo. São eles: artigo 93, II, alíneas *c* e *e*, bem como os incisos XII a XV do mesmo artigo; artigo 129, §§ 4º e 5º. O artigo 7º da referida Emenda, por sua vez, prevê a criação de comissão especial mista no âmbito do Congresso Nacional, destinada, dentre outras tarefas, a promover alterações na legislação com o objetivo de ampliar o acesso à justiça e tornar mais célere a prestação jurisdicional.

Finalmente, a Constituição de 1988 adota o princípio acusatório, na medida em que consagra o estado democrático de direito em seu art. 1º, *caput*, e, na lição de Geraldo Prado, tal característica transmite para o processo penal:

> a tutela dos direitos fundamentais e da disciplina constitucional da divisão dos poderes em seu interior, e resulta na implementação do princípio da divisão de funções no próprio processo, atribuindo-se a diferentes sujeitos as atividades de acusar, defender e julgar. [235]

Os princípios constitucionais setoriais de direito processual podem ser elencados conforme o instituto de direito processual a que se aplicam, incidindo em relação à jurisdição e ao juiz, os seguintes: juiz natural (5º, LIII, CF); investidura (93, CF); independência (2º, CF); imparcialidade (5º, XXXVII, e 95, caput, CF); indelegabilidade; inevitabilidade; inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV, CF); indeclinabilidade (5º, XXXV, CF); inércia da jurisdição (5º, LIX, e 129, I, CF); improrrogabilidade; independência das jurisdições civil e criminal; *perpetuatio jurisdictionis*; devido processo legal; unidade da jurisdição (1º, caput, CF), e juízo prévio ou *nulla poena sine iudice* (5º, XXXIX c/c LIII, CF)[236].

Em relação ao instituto da ação, podem ser mencionados os seguintes princípios: demanda (129, I e 5º, LIX, CF); oficialidade (129, I, CF); intranscendência (5º, XLV, CF); oportunidade/disponibilidade na ação penal privada (5º, LIX, CF); obrigatoriedade/indisponibilidade na ação penal pública (24 do CPP e outros); inadmissibilidade da persecução penal múltipla[237].

---

[234] *ibidem*, p. 160-161.
[235] PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 206, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 66.
[236] *ibidem*, p.164-165.
[237] *ibidem*, p. 165.

São princípios relacionados ao instituto da defesa: ampla defesa (5º, XXXVIII, a, LV, LXXIV, CF). Inocência (5º, LVII, CF e Súmula 9 do STJ). Favor rei: Havendo duas interpretações antagônicas em relação a uma norma, deve ser adotada a mais favorável ao réu. Tem aplicação na absolvição por insuficiência de provas (art. 386, VI, do CPP) e na proibição da *reformatio in pejus* (art. 617 do CPP). Dele decorre o favorecimento processual do réu, que implica na existência de recursos privativos da defesa (embargos infringentes ou de nulidade do art. 607 e 609 do CPP) e da revisão criminal[238].

Ainda podem ser elencadas ao menos seis categorias de princípios relacionados à persecução processual, sendo uma geral, correspondendo ao princípio do devido processo legal, e as demais categorias estariam relacionadas aos atos processuais e procedimentos, às nulidades, à sentença, aos recursos e, finalmente, às provas[239].

Quanto aos atos processuais e procedimentos, os princípios aplicáveis seriam: contraditório (art. 5º, LV, CF); publicidade (5º, LX, e 93, IX, CF); oficiosidade; impulso oficial; preclusão; indisponibilidade procedimental; preferibilidade do rito ordinário; instrumentalidade das formas; oralidade; liberdade da forma; economia processual; razoável duração do processo (5º, LXXVIII, CF); e celeridade (5º, LXXVIII, CF)[240].

Os princípios aplicáveis ao tema das nulidades seriam: tipicidade das formas; instrumentalidade das formas; eficácia dos atos processuais; restrição processual à decretação da invalidade; causalidade; conservação dos atos processuais; interesse; prejuízo; lealdade e convalidação[241].

Quanto à sentença, seriam aplicáveis os princípios da congruência, adstrição do juiz ao pedido, motivação das decisões judiciais (art. 5º, LXI, e art. 93, IX, CF), *iura novit curia*, identidade física do juiz, livre convencimento motivado, persuasão racional, sucumbência e imodificabilidade da sentença[242].

Quanto aos recursos devem ser mencionados: duplo grau de jurisdição; voluntariedade; disponibilidade dos recursos; fungibilidade; unirrecorribilidade; irrecorribilidade em separado das interlocutórias; devolutividade; proibição da *reformatio in pejus*; proibição da *reformatio in pejus* indireta; taxatividade; personalidade dos recursos; dialeticidade; preclusão em matéria recursal; complementaridade e suplementação do recurso[243].

---

[238] *ibidem*, p. 165.
[239] *ibidem*, p. 166-168.
[240] *ibidem*, p. 166.
[241] *ibidem*, p. 166-167.
[242] *ibidem*, p. 167.
[243] *ibidem*, p. 167/168.

Quanto às provas: indamissibilidade das provas obtidas por meio ilícito; verdade real ou dispositivo; liberdade probatória; *nemo tenetur se detegere*; proporcionalidade; contraditório; livre convencimento ou persuasão racional ou íntima convicção ou prova real; publicidade; auto-responsabilidade das partes; comunhão da prova; e oralidade[244].

Em relação às medidas cautelares pessoais destacam-se a proporcionalidade em sentido amplo (prevista no art. 1º, caput, CF), a necessidade, como subprincípio da proporcionalidade em sentido amplo (art. 5º, LXVI, CF), a liberdade e a presunção de inocência[245].

A análise principiológica do atual sistema processual penal brasileiro demonstra, portanto, a ênfase na dignidade da pessoa humana, na perspectiva instrumental garantista do processo penal, na proporcionalidade e na celeridade processual, o que pode ser entendido como reflexo do momento pelo qual passa a sociedade, em que a velocidade crescente do surgimento das relações jurídicas e sua complexidade cada vez maior repercutem no mundo jurídico e exige alterações voltadas à busca de uma maior proteção ao indivíduo e, ao mesmo tempo, de uma maior eficiência na prestação jurisdicional.

As reformas do código de processo penal

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a análise de todos os pontos do Código de Processo Penal em que houve alteração por força das Leis n. 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e 11.790/2009, mas sim apontar as modificações mais relevantes, destacando sua relação com o momento da sociedade da informação, para, em seguida, apontar sua pertinência em relação à busca da efetividade da jurisdição.

Tendo em conta o princípio constitucional da separação das funções estatais, sabe-se que, simplificadamente, o poder jurisdicional corresponde ao poder de solucionar os conflitos com caráter de definitividade. O processo consiste no instrumento utilizado pelo Estado-Juiz para solucionar os conflitos de interesses ou, em outras palavras, corresponde ao método estatal de realização da jurisdição e de pacificação social.

Na lide penal, o conflito de interesses qualificado pela existência de uma pretensão resistida se instala entre o Estado-Administração, com interesse em punir o infrator da norma penal, e o particular, que deseja ver preservado o seu direito à liberdade. A pretensão estatal punitiva encontra resistência, assim, no direito fundamental de liberdade do acusado.

[244] *ibidem*, p. 168.
[245] *ibidem*, p. 168.

O Estado-Administração tem o direito subjetivo de exigir a tutela jurisdicional penal, ou seja, a ele cabe a titularidade do direito defendido por meio da ação penal. De outro lado, o réu possui também o direito à jurisdição, mas sob outra ótica, qual seja, a do direito à defesa. Atualmente, o direito subjetivo do Estado-Administração e do réu abrangem o direito à jurisdição efetiva e não apenas à simples prestação jurisdicional, de forma dissociada do caráter de efetividade. Destarte, a atividade jurisdicional deve estar voltada a tornar efetivo, concreto, o direito reconhecido em juízo.

Como já se viu, para a maior parte da doutrina e jurisprudência, o processo tem a natureza jurídica de relação jurídica, embora haja quem afirme que o processo se caracteriza por ser, a um só tempo, procedimento e relação jurídica, tendo por objetivo a obtenção de um provimento jurisdicional, havendo também quem diga que o processo corresponde a um procedimento em contraditório[246].

Os procedimentos processuais penais podem ser subdivididos em procedimentos condenatórios e procedimentos não condenatórios. Nos primeiros, o objetivo consiste na prolação de uma sentença de mérito sobre a pretensão punitiva, ou seja, sobre a exigência de subordinação do direito de liberdade do réu ao poder-dever estatal de punir.

O procedimento processual penal condenatório varia conforme a causa de pedir, ou seja, conforme o fato jurídico reputado como crime, ou, ainda, conforme a pena atribuída a esse crime em abstrato. Ele pode ser influenciado também pela determinação do órgão jurisdicional responsável pelo julgamento, conforme se trate de Juizado Especial Criminal, do Tribunal do Júri, ou de um Tribunal composto por juízes togados.

De acordo com o Código de Processo Penal, na redação dada pelas Leis 11.689/2008 e 11.719/2008, os procedimentos são classificados em comuns e especiais. O procedimento comum abrange os procedimentos comum ordinário, comum sumário e comum sumaríssimo, este último disciplinado nas Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001. Os procedimentos especiais variam conforme se trate de crime cujo julgamento compete ao Tribunal do Júri, de crime de responsabilidade de funcionários públicos, crimes contra a honra, crimes contra a propriedade imaterial, restauração de autos e outros previstos em leis especiais[247].

Antes da reforma processual, o Código de Processo Penal não seguia um rigor sistemático. O procedimento de competência do tribunal do júri era tratado antes pelo Código como procedimento comum, pois estava inserido no título que disciplina o processo comum,

[246] *ibidem*, p. 489.
[247] *ibidem*, p. 490.

quando na verdade deveria estar entre os processos especiais. O enquadramento do procedimento sumário, por sua vez, encontraria maior coerência no procedimento comum.

Embora diversas incoerências sistêmicas tenham persistido, a reforma processual teve o mérito de corrigir ao menos parte das incongruências que se verificavam. Assim, embora o procedimento comum sumário esteja disciplinado no título que trata dos processos especiais, passou a ser referido como comum pelo art. 394, III, do CPP, na redação da Lei n. 11.719/2008. O procedimento do júri, apesar de estar hoje ainda localizado no título relativo ao processo comum, não consta mais da relação de procedimentos comuns existente no mesmo artigo, consolidando-se a sua natureza de procedimento especial.

Importante observar que o procedimento ordinário é aplicável subsidiariamente a todos os ritos, por força do art. 394, §5º, do CPP.

O art. 395 do CPP passou a prever, expressamente, como hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa a inépcia, a falta de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, e a falta de justa causa[248] para o exercício da ação penal.

Outra relevante modificação se deu com a previsão da absolvição sumária no art. 397 do CPP, na redação dada pela Lei n.º 11.719/2008[249].

Observe-se que o art. 396 disciplinou o momento da rejeição liminar da denúncia e o despacho que determina a citação do acusado nos seguintes termos:

> Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

O art. 396-A, por sua vez, prevê que em sua resposta o acusado poderá argüir preliminares e o que mais interessar à defesa, enquanto o art. 397 prevê a possibilidade de absolvição sumária do acusado nos seguintes termos:

> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
> I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
> II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
> III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
> IV - extinta a punibilidade do agente.

[248] Lastro probatório mínimo sobre a materialidade e autoria do crime, conforme NICOLLIT, André Luiz, *op. cit*., p. 119.
[249] MOSSIN, Heráclito Antônio. Compêndio de processo penal: curso completo. Barueri: Manole, 2010, p. 526 e NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 282.

O art. 399 prevê, por ocasião do recebimento da denúncia, a designação de data e hora para a audiência de instrução, o que pode levar à conclusão equivocada de que haveria um segundo despacho do juiz no sentido do recebimento da denúncia.

A reforma processual ocorrida em 2008 buscou fortalecer o contraditório e a ampla defesa, viabilizando também a celeridade processual. Por isso, o art. 399 do CPP não pode ser interpretado no sentido da existência de uma segunda decisão de recebimento da denúncia[250]. André Luiz Nicolitt destaca a lição de Geraldo Prado no sentido da existência de um único momento para o recebimento da denúncia:

> oferecida a denúncia ou queixa e se não houver imediata rejeição, por aplicação do disposto no art. 395 do Código de Processo Penal, o juiz determinará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, em dez dias. Somente depois disso é que o juiz poderá receber a inicial (art. 399), caso não a rejeite à luz dos novos argumentos ou não absolva o acusado com fundamento em alguma das causas previstas no artigo 397 do mesmo estatuto. [251]

Denilson Feitoza ressalta a importância da alteração ocorrida no CPP, nos seguintes termos:

> Efetivamente relevante é a possibilidade de absolvição sumária (art. 397, CPP) logo após a resposta escrita do acusado à acusação ('defesa prévia'). Essa é uma significativa modificação do processo penal, com profundos efeitos penais e muito benéfica ao acusado. Pensamos que a absolvição sumária é aplicável a quaisquer processos penais, sejam comuns, eleitorais ou militares, tendo em vista a forma categórica e abrangente com que o art. 394, §4º, do CPP afirmou sua aplicabilidade a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no CPP. [252]

Importante destacar também que, antes da reforma, a fase de instrução criminal estava compreendida entre o recebimento da denúncia ou queixa e a oitiva das testemunhas de defesa, mas hoje vai até a prolação da sentença. Assim, não se pode falar mais em saneamento do excesso de prazo da prisão cautelar em razão do término da antiga instrução criminal, já que tal fase hoje se estende até a sentença.[253]

Princípios aplicáveis ao procedimento

Como se viu no item 2.1., ao procedimento são aplicáveis os seguintes princípios, alguns de índole constitucional e outros previstos em texto infraconstitucional: contraditório,

---

[250] NICOLLIT, André Luiz, *op. cit.*, p. 278.
[251] PRADO, Geraldo. Sobre procedimentos e antinomias, in Boletim do IBCCRIM, a. 16, n. 190, set./2008, p. 4-5, *apud* NICOLITT, André Luiz, *op. cit.,* p. 279.
[252] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 492.
[253] *ibidem*, p. 492.

publicidade, oficiosidade, impulso oficial, preclusão, indisponibilidade procedimental, ordinariedade, instrumentalidade das formas, oralidade (abrangendo identidade física do juiz, concentração e imediação), liberdade da forma, economia processual, razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) e celeridade (art. 5º, LXXVIII, da CF).[254]

O princípio da instrumentalidade das formas constitui desdobramento do princípio da instrumentalidade do processo penal e tem grande aplicação no tema das nulidades, onde encontram terreno fértil os princípios da conservação dos atos processuais, prejuízo, economia processual e convalidação[255], todos diretamente relacionados à celeridade e efetividade processual.

A reforma implicou também na adoção do princípio da oralidade[256], que já se encontrava previsto de forma expressa no art. 62 da Lei n. 9.099/1995, em relação ao procedimento dos juizados especiais criminais. Tal princípio está diretamente relacionado ao princípio da identidade física do juiz, ao princípio da concentração, ao princípio da imediação e ao princípio da irrecorribilidade das interlocutórias[257]. Vale dizer, o princípio da oralidade não significa apenas que os atos processuais devem ser praticados de forma preferencialmente oral, mas também que deve ser observada a imediação, a concentração da causa, a identidade física do juiz e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, tudo com vistas à reafirmação dos princípios constitucionais acusatório, do juiz natural e da igualdade:

> O princípio da oralidade procura garantir o princípio constitucional acusatório, o qual, por sua vez, garante a imparcialidade, o 'juiz natural' (ou juiz constitucional), e, enfim, de modo mais amplo, a igualdade.
> O princípio da oralidade significa, de maneira mais restrita, que os atos processuais devem ser predominantemente orais (tendo em vista a celeridade do processo).[258]

O princípio da imediação implica na obrigação para o juiz de colher a prova oral de forma direta e pessoalmente. Ou seja, o julgador deve ter contato direto com a prova oral colhida em audiência.

O princípio da concentração da causa significa que o procedimento deve, sempre que possível, ser resumido a uma única audiência ou, no caso contrário, os atos processuais devem ser praticados no menor espaço de tempo, com o mínimo de intervalo.

O art. 399, §2º, do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.719/2008, traz hoje expressa a previsão da incidência do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o que vem sendo

[254] *ibidem*, p. 496.
[255] *ibidem*, p. 1052-1056.
[256] *ibidem*, p. 501.
[257] *ibidem*, p. 501-503.
[258] *ibidem*, p. 502.

festejado pela doutrina[259]. O princípio, "que consiste na vinculação do juiz aos processos cuja instrução presidiu"[260], já encontrava aplicação no âmbito do processo civil por força do art. 132 do Código de Processo Civil. A partir das alterações introduzidas pelas Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008 nos procedimentos ordinário, sumário e da primeira fase do júri, é possível inferir a aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz em relação a todos os procedimentos processuais penais.[261]

Nos termos do art. 399, §2º, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, aplicável ao procedimento comum ordinário, "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença."

Para André Nicollit, a identidade física do juiz no processo penal já estava implícita na ordem constitucional e decorria do princípio do juiz natural em seu aspecto substancial (relacionado ao devido processo legal), significando que o juiz deve conhecer "os aspectos históricos, culturais e sociais do local onde se deu o delito, bem como tenha participado da produção da prova em todos os sentidos"[262].

De acordo com o referido princípio, cabe a quem ouviu a prova oral (partes e testemunhas) realizar o julgamento, já que ele teve a oportunidade de colher impressões pessoais de forma direta e concentrada.[263]

Por sua vez, o princípio da concentração da causa está previsto expressamente no art. 400, §1º, do CPP, e constitui corolário do princípio da oralidade:

> O princípio constitucional acusatório (agora reforçado pelo princípio constitucional da celeridade) é garantido pelo princípio da oralidade, e este tem como corolário o princípio da concentração da causa, previsto expressamente no art. 400, §1º ("As provas serão produzidas numa só audiência [...]"), ao tratar do procedimento comum ordinário. Para não violar tais princípios e a unicidade da audiência de instrução (concentração), o juiz somente deve determinar provas realmente imprescindíveis (art. 404, caput).[264]

Na primeira fase do rito do júri também deve ser adotada a regra segundo a qual as provas devem ser produzidas em uma única audiência, cabendo ao juiz indeferir aquelas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, conforme previsto no art. 411, §2º, do CPP, que recebe influxo dos princípios da celeridade, oralidade e concentração.

---

[259] MOSSIN, Heráclito Antônio, *op. cit.*, p. 536.
[260] *ibidem*, p. 503.
[261] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 502.
[262] NICOLITT, André. *op. cit.*, p. 35 e 283.
[263] PORTANOVA, Rui. Princípios do processo civil. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 241, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 503.
[264] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 502.

Relevante questão se coloca em relação ao princípio da oralidade quando se trata do interrogatório do acusado e da oitiva de testemunhas, ofendido e peritos, por meio de videoconferência, mas os problemas envolvidos no reconhecimento da sua constitucionalidade serão abordados mais adiante, em item específico.

O procedimento comum sumário e o procedimento da primeira fase do rito do júri também são regidos pelos princípios da celeridade, oralidade, imediação e concentração da causa. Logo, por interpretação sistemática, também devem ser submetidos ao princípio da identidade física do juiz[265].

Como o princípio da identidade física do juiz assegura o princípio do juiz natural, deve ser aplicado a todos os procedimentos, especialmente porque o art. 394, §5º, do CPP determina a aplicação subsidiária das disposições do procedimento ordinário aos demais. Além disso, se o princípio do juiz natural também tem por finalidade garantir a igualdade, não há como se admitir que a garantia da identidade física do juiz deixe de incidir nos demais procedimentos.

Algumas alterações procedimentais relevantes

O Código de Processo Penal, especialmente no que se refere à primeira fase do rito do tribunal do júri (*iudicium accusationis*), sofreu profundas alterações com a Lei n. 11.689/2008, em vigor desde 09/08/2008.

O procedimento disciplinado no Capítulo II do Título I do Livro II do CPP passou a ser chamado "procedimento relativo aos processos da competência do tribunal do júri."

Como já se disse, o procedimento do tribunal do júri passou a ser considerado pelo Código de Processo Penal como procedimento especial, pois não está previsto entre os procedimentos comuns elencados no art. 394, §1º, I, II, e III, do CPP e o §3º do art. 394 do CPP remete a sua disciplina para o capítulo específico[266].

André Luiz Nicolitt não ressalta a especialidade do rito do júri[267], que fica clara, contudo, na obra de Heráclito Antônio Mossin:

> Embora esteja encravado no Livro II, Título I, que cuida do Processo Comum, o processo do júri é integralmente especial. Aliás, é genuinamente o procedimento mais especial que existe na legislação pátria tendo em vista as peculiaridades que brotam de seu escalonamento.[268]

[265] *ibidem*, p. 503.
[266] *ibidem*, p. 518.
[267] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 277.
[268] MOSSIN, Heráclito Antônio. *op. cit.*, p. 538.

Guilherme de Souza Nucci entende que o procedimento do tribunal do júri não é mais bifásico (*iudicium accusationis* e *iudicium causae*) e sim trifásico, pois a Lei n. 11.689/2008 teria criado "uma fase intermediária, a "da preparação do processo para julgamento em plenário", nos arts. 422 a 424 do CPP."[269]

No entanto, é o próprio Código de Processo Penal que prevê a existência de uma fase única entre o trânsito em julgado da decisão de pronúncia e o julgamento. O art. 428, caput, do CPP, que prevê como hipótese de desaforamento a impossibilidade de realização do julgamento no prazo de seis meses por excesso de serviço, estabelece também que a contagem desse prazo tem início com o trânsito em julgado da decisão de pronúncia. Assim, no sistema previsto no CPP, o procedimento que medeia a preclusão da decisão da pronúncia e o julgamento deve ser visto como um todo, correspondendo ao *iudicium causae*[270].

O *iudicium causae* tem início com a preclusão da decisão da pronúncia, ou seja, quando os autos ainda se encontram com o juiz sumariante, por força do art. 421, caput, do CPP e não no momento em que o juiz-presidente do tribunal do júri recebe os autos (art. 422, CPP)[271].

Exemplo de aplicação subsidiária do rito ordinário, por força do art. 394, §5º, do CPP é o caso da absolvição sumária após a manifestação da acusação quanto à resposta do acusado (a "defesa prévia" prevista no art. 394, §4º, c/c art. 397 do CPP). Observe-se que essa absolvição sumária não se confunde com aquela ocorrida na audiência de instrução, prevista no art. 415 do CPP.

A primeira fase do rito do tribunal do júri, após as alterações determinadas pela Lei n. 11.689/2008, abrange, de forma resumida, os seguintes atos: a) oferecimento da denúncia ou queixa; b) rejeição liminar ou recebimento da denúncia; c) citação do acusado; d) resposta escrita do acusado; e) manifestação do Ministério Público ou do querelante sobre preliminares e documentos apresentados na resposta; f) absolvição sumária, eventualmente; g) despachos judiciais preparatórios (designação da audiência de instrução, determinação de diligências, intimação ou requisição do acusado para o interrogatório, intimação do defensor, MP, querelante e assistente, intimação do ofendido e testemunhas); h) realização das diligências e intimações para a audiência de instrução; i) audiência de instrução[272].

Na audiência de instrução devem ser realizados os seguintes atos: inquirição do ofendido; inquirição das testemunhas da acusação; inquirição das testemunhas de defesa; esclarecimentos dos peritos; acareações; reconhecimento de pessoas e coisas; interrogatório do acusado; *mutatio*

---

[269] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 46-48, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 518.
[270] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 518.
[271] *ibidem*, p. 518.
[272] *ibidem*, p. 518.

libelli, eventualmente; alegações finais pela acusação; alegações finais pela defesa; decisão; lavratura do termo de audiência; intimação da decisão de pronúncia, e preclusão da decisão. Cabe observar que o melhor momento para a decisão quanto à absolvição sumária parece ser justamente aquele após o final da instrução e debates, tanto por razões de celeridade processual, como também em respeito à própria competência do tribunal do júri[273].

Tendo em vista o princípio acusatório, na inquirição do ofendido, do acusado e dos peritos pode ser adotada a nova sistemática de inquirição direta pelas partes, aplicável à inquirição das testemunhas (art. 212 do CPP).

Em virtude do seu procedimento específico, da obrigatoriedade de sua realização no caso do comparecimento do acusado, do princípio do contraditório, do princípio da ampla defesa, o interrogatório do acusado deve permanecer submetido, ao menos em parte, ao sistema presidencial (art. 188 do CPP), devendo o juiz fazer as indagações ao réu em primeiro lugar, para em seguida autorizar que as partes o façam, começando pelo Ministério Público, continuando com as perguntas da defesa o façam. Apesar do disposto no art. 188 do CPP, segundo o qual as perguntas da defesa e da acusação devem ser formuladas ao acusado por intermédio do juiz, o princípio constitucional acusatório permite que o juiz faculte às partes a formulação de perguntas diretamente ao acusado, de forma análoga ao que se dá com as testemunhas[274].

Questão interessante se coloca quanto à possibilidade do acusado formular perguntas às testemunhas, tendo em vista o direito constitucional à autodefesa. André Luiz Nicolitt defende esta tese, com base na plenitude de defesa assegurada pelo art. 5, XXXVIII, a, da Constituição Federal, na oralidade que orienta o procedimento do júri e, ainda, com base na participação direta e democrática do povo no julgamento, devendo ser feita a formulação das perguntas por intermédio do juiz presidente, após as perguntas do seu defensor[275].

Na audiência de instrução se aplica o princípio da identidade física do juiz no processo penal, pois o art. 399, §2º, do CPP, segundo o qual "o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença", é aplicável subsidiariamente ao rito do júri, por força do disposto no art. 394, §5º, também do CPP.

Observe-se que, além do registro resumido dos fatos no termo de audiência, também pode ser efetuado o registro detalhado dos depoimentos por meio de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, previsto no art. 405, §§ 1º e 2º, do CPP, aplicável subsidiariamente ao rito do júri em razão do disposto no art. 394, §5º, do CPP. O tema será abordado com maiores detalhes mais à frente.

---

[273] *ibidem*, p. 518-520.
[274] *ibidem*, p. 520.
[275] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 299.

Em relação à condução coercitiva do acusado, é elucidativa a lição de Denilson Feitoza:

> O acusado não pode ser conduzido coercitivamente, pois tem o direito de não comparecer, com fundamento nos princípios constitucionais da não-auto-incriminação ou nemo tenetur se detegere (implícito no direito constitucional ao silêncio) e ampla defesa. O réu não tem o dever de autodefesa e pode preferir ter apenas a defesa técnica. Isso foi reforçado com as modificações feitas pela Lei n. 11.689/2008, pois o processo não mais fica parado aguardando intimação da pronúncia em crime inafiançável (pode ser feita por edital) e o acusado solto pode, agora, não comparecer na sessão de julgamento perante o tribunal do júri (art. 457, caput).[276]

A reforma do CPP implicou em importantes alterações também em relação à segunda fase do procedimento do tribunal do júri.

O art. 413 do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.689/2008, prevê que, mediante fundamentação, o juiz pronunciará o acusado, se estiver "convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação." A redação do dispositivo foi alterada por meio da substituição da expressão "existência do crime" por "materialidade do fato", abrangendo assim os aspectos objetivos do crime, tais como a tipicidade, sujeito passivo, objeto material, resultado e nexo de causalidade.

Antes da reforma, a exigência de indícios suficientes de autoria era inferida do dispositivo que tratava da impronúncia e também a partir da interpretação sistemática da Constituição, mas hoje está expressa no art. 413 do CPP.

Acolhendo a posição doutrinária predominante, que rechaçava a natureza de sentença que a redação anterior procurava atribuir à decisão de pronúncia, o CPP passou a ser considerá-la expressamente como decisão interlocutória, desafiando o recurso em sentido estrito (art. 581, IV, do CPP)[277].

Outra importante alteração decorrente da Lei n. 11.689/2008 consistiu na extinção na prisão decorrente da decisão de pronúncia, que antes somente era admitida se presentes os pressupostos para a prisão cautelar. O referido diploma revogou os §§ 1º e 2º do art. 408 do CPP. Em virtude da alteração ocorrida, estando preso o acusado, o juiz deverá decidir, por ocasião da pronúncia, de forma fundamentada, quanto à manutenção, revogação ou substituição da prisão ou de medida restritiva de liberdade anteriormente decretada. No caso de réu solto, o juiz decidirá fundamentadamente sobre a necessidade de prisão cautelar ou imposição de outras medidas restritiva de liberdade (englobando medidas cautelares pessoais distintas da prisão cautelar).

[276] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 524.
[277] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 289-291.

O art. 418 do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.689/2008, prevê a possibilidade de alteração pelo juiz da definição jurídica atribuída ao fato descrito na denúncia. Trata-se da *emendatio libelli*, também aplicável no juízo singular, no momento da sentença, conforme previsto no art. 383 do CPP.

A lei não exige a aplicação do regime da *mutatio libelli* nessa fase do rito do júri, mas a jurisprudência tende a manter o entendimento de que a regra do art. 384 do CPP deve ser aplicada no momento da pronúncia, na hipótese de reconhecimento de elementar não descrita na denúncia. Essa posição atende de forma mais adequada ao princípio constitucional da ampla defesa, já que o regime da *mutatio libelli* implica na reabertura de prazo para aditamento da denúncia, com nova oportunidade de defesa e continuidade da instrução[278].

No que tange à absolvição sumária, a Lei n. 11.689/2008 ampliou as hipóteses previstas no art. 415 do CPP. Na sentença de absolvição sumária, o juiz extingue o processo, motivadamente, impedindo que o processo siga para o júri, rejeitando a pretensão condenatória.

Antes, ela cabia nas hipóteses previstas em lei, ou seja, erro sobre elemento do tipo, descriminantes putativas, erro sobre a ilicitude do fato, coação moral irresistível e obediência hierárquica, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, além da inimputabilidade do art. 26 do CP e da isenção de pena do art. 28, §1º, do CP. Na prática, decorria da constatação de causas de exclusão da ilicitude ou de algumas causas de exclusão de culpabilidade.

A configuração de tais hipóteses levava à impronúncia e no caso de restar provada a inexistência do fato, não ser o acusado autor ou partícipe do fato, ou o fato não constituir infração penal, a decisão fazia apenas coisa julgada formal. Agora, na absolvição sumária se faz coisa julgada material também em relação a tais matérias.

Embora tenha permanecido no art. 574, II, do CPP a referência ao recurso de ofício contra a sentença de absolvição sumária, não há dúvidas quanto à inexistência de tal recurso na atual sistemática do Código. O mencionado dispositivo remetia ao art. 411 do CPP, que foi alterado pela Lei n. 11.689/2008, de forma a suprimir a expressão "recorrendo de ofício, da sua decisão." Desta forma, houve a revogação tácita do art. 574, II, do CPP, cuja inconstitucionalidade já era afirmada pela doutrina[279], embora ainda haja quem defenda o cabimento do recurso[280].

A interpretação no sentido da revogação é mais adequada ao princípio constitucional acusatório, pois:

---

[278] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 530.
[279] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 292-293.
[280] MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008, p. 25, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 538.

> Um juiz que 'recorre de ofício', como se quisesse a reforma de sua absolvição, ou seja, como se fosse um acusador querendo a condenação, parece incompatível com um juiz garante de direitos fundamentais e com o 'sistema acusatório'.[281]

Observe-se que, na verdade, não se trata de recurso propriamente dito, mas sim de condição de eficácia da decisão, pois não havendo o reexame pelo tribunal, não ocorre o trânsito em julgado.

Em relação à intimação da decisão de pronúncia, a questão relativa à crise de instância foi resolvida com a alteração da redação do art. 420 do CPP pela Lei n. 11.689/2008.

De acordo com a redação anterior do art. 414 do CPP, a intimação da decisão de pronúncia na hipótese de crime inafiançável deveria ser feita ao réu sempre pessoalmente. Consequentemente, o processo somente prosseguiria quando o réu fosse intimado da decisão de pronúncia, gerando a denominada crise de instância quando o réu não era localizado. E, ainda, havendo mais de um réu, o procedimento prosseguiria apenas em relação ao que fosse intimado.

O excessivo formalismo anterior à edição da Lei n. 11.689/2008 implicava também na impossibilidade de realização da sessão de julgamento do júri sem a presença do réu, no caso de crime inafiançável, razão pela qual se tornava necessária a decretação da sua prisão preventiva, para que se pudesse garantir a sua presença, no caso de ausência injustificada. No entanto, o direito do réu de não comparecer já decorria do princípio constitucional da ampla defesa e do direito ao silêncio. Assim, não havia sentido em obrigar o réu a comparecer à audiência apenas para exercer o direito ao silêncio.

Com a alteração ocorrida no art. 420 do CPP, a regra geral passou a ser "a intimação pessoal do acusado, independentemente de o crime ser afiançável ou inafiançável e de o acusado estar preso ou solto (art. 420, I, do CPP.)."[282]

O acusado solto que não for encontrado será intimado por edital, prosseguindo o procedimento com a possibilidade de recurso, operando-se a preclusão da pronúncia e dando-se início à segunda fase, inclusive com o julgamento.

A mudança ocorreu porque, se o acusado solto, citado por edital, não compareceu nem constituiu defensor, o processo e a prescrição já se encontram suspensos, na forma do art. 366 do CPP. Se o processo chegou à fase da intimação da pronúncia é porque houve citação do acusado,

[281] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 538.
[282] *ibidem*, p. 540.

pessoal ou por hora certa, não se cogitando de duas oportunidades de suspensão do processo, uma na citação e outra na intimação da pronúncia.

Em virtude das alterações promovidas pela Lei n. 11.689/2008 nos artigos 422 a 424 do CPP, surgiu o momento da preparação do processo para julgamento, que não constitui fase autônoma, mas sim integra o *iudicium causae*.[283]

A reforma processual de 2008 aboliu o antigo libelo-crime acusatório, passando a funcionar a decisão de pronúncia como fundamento e como limite para a acusação em plenário. Para André Luiz Nicolitt, já na denúncia deve ser requerido que o réu seja pronunciado e condenado nos termos da pronúncia.[284]

Apesar da inexistência do libelo e da sua contrariedade, permaneceram os atos que se praticavam em conjunto com eles, quais sejam, o arrolamento de testemunhas, o requerimento de diligências e a juntada de documentos.

A Lei n. 11.689/2008 promoveu alterações relevantes nos artigos 425 e 426 do CPP, relacionados ao alistamento dos jurados. Ela ampliou o número de alistados pelo presidente do tribunal do júri e instituiu mecanismo para impedir a participação de uma pessoa em diversos julgamentos. Nos termos do art. 426, §4º, do CPP, está excluído da lista geral de jurados quem integrou o conselho de sentença nos doze meses anteriores à publicação.

A Lei n. 11.689/2008 também introduziu modificações relevantes em relação ao instituto do desaforamento, previsto nos artigos 427 e 428 do CPP, em que ocorre a modificação de competência apenas para o julgamento, enquanto o processo permanece no juízo de origem.

A nova Lei, além de ter previsto a possibilidade do assistente requerer o desaforamento, contribuiu para a celeridade, na medida em que estabeleceu "a distribuição imediata, a preferência de julgamento do desaforamento, a suspensão de julgamento pelo júri, hipótese de não admissão, a hipótese de cabimento do excesso de serviço (com redução do prazo do julgamento pelo tribunal do júri para seis meses) etc."[285]

Outro importante mecanismo garantidor da celeridade processual[286] encontra-se previsto no art. 428, §2º, do CPP, *in verbis*:

> Não havendo excesso de serviço ou existência de processos aguardando julgamento em quantidade que ultrapasse a possibilidade de apreciação pelo Tribunal do Júri, nas reuniões periódicas previstas para o exercício, o acusado poderá requerer ao Tribunal que determine a imediata realização do julgamento.

[283] *ibidem*, p. 543.
[284] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 288.
[285] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 546.
[286] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 295.

O dispositivo legal se encontra em consonância com o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, pois permite ao próprio acusado impulsionar o processo na direção de seu termo final, muito embora seja improvável, na prática forense, a utilização de tal prerrogativa, já que a lentidão natural do processo tende a ser mais útil para o acusado.

A reforma operada com a Lei n. 11.689/2008 ampliou a faixa etária para os jurados, que agora podem ter de dezoito a setenta anos, na forma dos artigos 436, caput, e 437, IX, do CPP, adequando-se o mínimo à maioridade civil e o máximo à atual expectativa de vida.

O art. 438 do CPP foi alterado de forma a regulamentar o art. 15, IV, c/c art. 5º, VIII, da Constituição no que tange à recusa ao serviço do júri, com fundamento em determinadas convicções, prevendo o serviço alternativo:

> Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto.
> §1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins.
> §2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Importante no dispositivo em questão é a menção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, refletindo a preocupação do legislador com a necessidade de ponderação dos diferentes interesses que se apresentam em uma sociedade pluralista e democrática.

Em relação à composição do tribunal do júri, a Lei n. 11.689/2008, ao alterar a redação do art. 447 do CPP, aumentou de 21 para 25 o número de jurados a serem sorteados entre os alistados, garantindo a formação do conselho de sentença, já que, na vigência da redação anterior, por vezes as ausências e recusas motivadas (art. 466, caput, c/c arts. 448 e 449 do CPP, além dos arts. 252, 253 e 254, também do CPP) e imotivadas (art. 468, caput, CPP) de jurados inviabilizavam a escolha dos sete jurados integrantes do conselho[287].

Importante alteração se deu em relação ao problema do estouro da urna, que consiste na impossibilidade de formação do conselho de sentença em razão das recusas de jurados, quando existe mais de um réu a ser julgado, acarretando a separação do julgamento:

> Se houver mais de um réu, as recusas poderão levar ao estouro da urna, não restando, suficientemente, jurado para compor o conselho de sentença. A urna, no caso, é a que contém o nome dos 25 jurados anteriormente sorteados e convocados para a sessão de julgamento.[288]

[287] *ibidem*, p. 549.
[288] *ibidem*, p. 554.

Para que haja o denominado estouro da urna é preciso que os réus possuam defensores diferentes e não tenha havido acordo entre eles para que apenas um defensor faça as recusas, cabendo a cada réu o direito a três recusas imotivadas, de forma independente.

Tendo comparecido apenas quinze jurados, mínimo legal para a instalação da sessão de julgamento, se um réu recusar três, o outro recusar três e o Ministério Público recusar três, sobram apenas seis, número insuficiente para a formação do conselho de sentença. Neste caso, um ou alguns serão julgados em uma sessão de julgamento, enquanto os demais corréus serão julgados somente em outra sessão[289].

Hoje, em razão da alteração promovida pela Lei n. 11.689/2008, o art. 469, §2º, do CPP estabelece uma ordem no caso de separação do julgamento, ordem segundo a qual não se realiza primeiro o julgamento de quem causou a separação, ou seja, de quem se utilizou das recusas imotivadas para forçar a separação, mas sim do autor do fato ou, na hipótese de coautoria, de quem tem a preferência. No caso de impossibilidade de se estabelecer a ordem de preferência prevista no art. 429 do CPP, a prioridade deve ser atribuída a quem deu causa à separação.[290]

Outra importante inovação decorreu das alterações determinadas pela Lei n. 11.689/2008 no art. 468, parágrafo único, e no art. 469, §1º, ambos do CPP.

Na sua nova redação, o art. 469, §1º, do CPP estabelece que a separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de sete jurados para compor o conselho de sentença. Antes da reforma, a recusa de um jurado por um corréu e sua aceitação pelo outro já justificavam a separação do julgamento. O art. 468, parágrafo único, do CPP, passou a prever que a recusa imotivada de um jurado acarreta a sua exclusão da sessão de julgamento, ou seja, a recusa do jurado pelo defensor de um acusado não permite que o jurado possa ser aceito pelo outro[291]. Com a alteração, que procura impedir manobras protelatórias dos acusados, foi dificultada a separação do julgamento, contribuindo para a economia processual e para a celeridade, além da própria efetividade da jurisdição.

Em relação à inquirição das testemunhas e ofendidos, o sistema não é mais o presidencial, por meio do qual as perguntas são formuladas pela acusação e defesa para o juiz, que as refaz para o inquirido. De acordo com a nova redação do art. 473 do CPP, dada pela Lei n. 11.689/2008, o sistema passa a ser semelhante ao da "cross examination", típico do direito estadunidense, em que as perguntas são formuladas diretamente às testemunhas e ao ofendido.[292]

---

[289] *ibidem*, p. 555.
[290] *ibidem*, p. 555.
[291] *ibidem*, p. 556.
[292] *ibidem*, p. 558.

Na segunda fase do rito do júri (*iudicium causae)* o juiz é o primeiro a formular as perguntas (art. 473 do CPP), enquanto nos demais procedimentos, inclusive na primeira fase do rito do júri (*iudicium accusationis)*, é o último, como se infere do disposto no art. 212, parágrafo único, do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.690/2008.

No entanto, o sistema presidencial de inquirição não foi completamente abolido, pois na segunda fase do rito do júri é permitido aos jurados formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por meio do juiz presidente, conforme previsto no art. 473, §2º, do CPP[293].

Em relação ao interrogatório do acusado, houve relevante modificação, na medida em que este deixou de ser o primeiro ato da instrução. Assim como nos procedimentos ordinário e sumário, o interrogatório do acusado no rito do tribunal do júri é o último ato a ser praticado na fase instrutória. Apesar de ainda ser considerado como meio de prova, a reforma processual enfatizou a sua natureza de meio de defesa, pois a realização do interrogatório no início do procedimento era mais adequada a um procedimento inquisitivo, em que se parte do pressuposto da existência de culpa[294].

De forma análoga ao que se dá com as testemunhas e com o ofendido, as perguntas são formuladas diretamente pelas partes ao acusado, permitindo-se aos jurados que façam perguntas, mas somente por intermédio do juiz.

No que toca às perguntas do juiz, Denilson Feitoza entende que, por uma interpretação sistemática, o primeiro a formular perguntas no interrogatório deve ser o juiz, assim como nos procedimentos ordinário e sumário[295].

A questão do registro dos depoimentos e do interrogatório será analisada mais adiante, em item específico.

Quanto aos debates no tribunal do júri, o art. 478 do CPP veda apenas a referência à pronúncia como argumento de autoridade, pois o jurado recebe cópias da pronúncia e eventuais decisões posteriores, além do relatório do processo. Além disso, a decisão de pronúncia delimita a acusação[296].

O art. 479, caput, do CPP, após a alteração determinada pela Lei n. 11.689/2008, passou a prever a possibilidade de juntada de documentos até três dias úteis antes do julgamento, o que pode implicar em violação ao contraditório e plenitude de defesa, pois antes da reforma, exigia-se a antecedência de três dias para que se fizesse a comunicação à parte, enquanto que, no sistema

[293] *ibidem*, p. 559.
[294] *ibidem*, p. 559.
[295] *ibidem*, p. 560.
[296] *ibidem*, p. 562.

atual, a parte pode ser intimada até um dia antes da sessão de julgamento, desde que o documento tenha sido juntado aos autos no tríduo[297].

Quanto às modificações no questionário e na sua votação, introduzidas pela Lei n. 11.689/2008 no art. 483 do CPP, houve um reflexo da crescente preocupação com a garantia da ampla defesa e, portanto, com o devido processo legal. A importância de tais alterações é celebrada por Denilson Feitoza nos seguintes termos:

> Certamente as modificações tanto do questionário quanto da votação serão consideradas as mais significativas pela comunidade jurídica, ainda que consideremos a exigência de motivação de qualquer medida cautelar pessoal por ocasião da pronúncia (art. 413, §3º - reforço da natureza cautelar) e a oitiva direta de testemunhas na primeira e segunda fases (modifica a 'lógica' de atuação das partes e do juiz – reforço do princípio acusatório) como também muito importantes.[298]

O art. 483 do CPP, na redação da Lei n. 11.689/2008, prevê uma sequência básica para os quesitos e procura assegurar o sigilo das votações, princípio constitucional previsto no art. 5º, XXXVIII, 'b', da Constituição Federal.

Como se verifica a partir da leitura dos §§ 1º e 2º do art. 483 do CPP, uma vez alcançados quatro votos positivos ou negativos para o quesito, o juiz-presidente não prossegue a contagem, o que contribui para preservar o sigilo das votações.

A previsão do quesito absolutório genérico ou geral no art. 483, §2º, do CPP, representa alteração de extrema importância e consentânea com a perspectiva garantista que hoje permeia o processo penal, além de contribuir para reafirmar a soberania dos veredictos e a própria titularidade do poder. O referido dispositivo estabelece que, após ter havido respostas afirmativas de quatro jurados para os quesitos referentes à "materialidade do fato" e à "autoria ou participação", será formulado um quesito com a seguinte redação: "O jurado absolve o acusado?".

Como as circunstâncias agravantes e atenuantes não devem constar da pronúncia e não existe libelo nem contrariedade para que possam ser alegadas, elas devem ser suscitadas em plenário, cabendo ao juiz-presidente, por ocasião da prolação da sentença, considerar tais circunstâncias, sendo desnecessária a princípio a formulação de quesitos a esse respeito, embora Nucci entenda que deve ser possível estabelecer quesitação nesse sentido[299].

No entanto, a formulação de quesitos para todas as matérias relativas à defesa, tais como concurso formal, concurso material, causas de diminuição de pena e atenuantes, se mostra a solução mais adequada ao princípio da soberania dos veredictos e à plenitude de defesa, já que

---

[297] *ibidem*, p. 563.
[298] *ibidem*, p. 563-4.
[299] NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do júri: de acordo com a reforma do CPP: Leis n. 11.689/2008 e 11/690/2008. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 222-225, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 571.

assim é assegurado o poder dos jurados de decidir quanto a tais matérias e, ainda, é garantido o direito da defesa de ver apreciadas todas as teses da defesa.

Por outro lado, as alterações determinadas pela Lei n. 11.689/2008 nos artigos 413, §3º, e 492, I, e, do CPP, e a revogação, pela mesma Lei, do art. 408, §§ 2º e 3º, do CPP, aliadas à nova redação do art. 387, parágrafo único, e à revogação do art. 594, ambos do CPP, pela Lei n. 11.719/2008, confirmaram a natureza cautelar da prisão durante o processo penal e a autonomia do direito de recorrer em relação ao recolhimento à prisão[300].

A previsão expressa dos princípios da oralidade, identidade física do juiz e concentração, bem como as alterações em relação à absolvição sumária, as alterações no questionário submetido ao conselho de sentença do júri, a redução do risco de estouro de urna, a realização do interrogatório como ato final da instrução processual, além da possibilidade de gravação dos depoimentos e do interrogatório em meio magnético, indicam a preocupação em procurar adaptar o processo penal ao contexto histórico atual. Ao mesmo tempo em que a reforma demonstra um viés garantista, também aponta para a necessidade de tornar efetiva a jurisdição, por meio de mecanismos que assegurem a celeridade processual.

A Prova no Processo Penal e a Reforma

Para discutir as questões relacionadas à perenização da prova testemunhal através da gravação em material audiovisual ou em mídia digital, é preciso primeiro abordar a teoria geral da prova e o tratamento da prova no processo penal.

A prova pode ser conceituada como tudo aquilo que pode levar o conhecimento de um fato a alguém ou, de forma mais simples, como a representação de um fato, ou, ainda, como "o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo"[301].

No sentido jurídico, o termo prova corresponde aos atos e meios empregados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados[302].

A prova pode ser vista também como fonte, como manifestação, atividade, resultado, meio de prova e, ainda, como meio de obtenção de prova. Como fonte, ela guarda relação com as pessoas e coisas que constituem a origem dos "estímulos sensoriais que chegam à percepção da entidade decisora (por exemplo, o juiz) sobre um fato"[303]. Enquanto manifestação da fonte, a

[300] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 575.
[301] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 357.
[302] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 716.
[303] *ibidem*, p. 716.

prova guarda relação com o meio pelo qual se materializa a manifestação da testemunha, por exemplo. A convicção formada pelo julgador no processo quanto à existência de determinada situação de fato corresponde à prova como resultado.

Já o meio de prova corresponde à forma pela qual se busca representar o fato apresentado em juízo, ao instrumento por meio do qual o julgador se convence, seja por meio de testemunhas, documentos, perícias, dentre outros:

> Os meios de prova são as coisas, pessoas e suas manifestações (declarações, documentos etc.) que podem levar estímulos sensoriais à percepção da entidade decisora e formar sua convicção sobre a existência ou não de um fato. Os meios de obtenção de prova são os meios que permitem a obtenção dessas coisas, pessoas e manifestações.[304]

A questão da prova tem íntima relação com a busca da verdade, mas no sentido de verdade aproximação e não de uma verdade correspondência[305].

Afrânio Silva Jardim apresenta um conceito peculiar de prova, fundado no contraditório:

> Concebemos a prova como sendo o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor.[306]

Com propriedade, Geraldo Prado lembra que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório em diversos momentos, podendo ser citados a título de exemplo o art. 129, I, art. 5º, LIX e o art. 144, dentre outros.[307]

A Constituição disciplinou os mecanismos de busca da verdade, ou seja, o sistema de prova, inspirada no sistema acusatório, ao estabelecer como princípios o devido processo legal, a vedação às provas obtidas por meios ilícitos e a presunção de inocência, além do próprio juiz natural (artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV e LVII). Esta opção do constituinte, além de representar uma racionalização em relação aos meios de prova, também significou uma reafirmação da opção pelo Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade humana"[308].

Segundo Cândido Rangel Dinamarco:

> O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de direito, com

[304] *ibidem*, p. 716
[305] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 365.
[306] JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 209, *apud* NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 366.
[307] PRADO, Geraldo. Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 187-208, *apud* NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 366.
[308] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 366.

> as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.[309]

A prova tem por objeto as alegações de fato formuladas pelas partes, e não o direito, devendo, por exceção, ser provado o direito estrangeiro, estadual, municipal e o consuetudinário. Na teoria geral do processo, a prova tem por objeto fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, razão pela qual estão fora do objeto da prova os fatos notórios, os estranhos à causa e os confessados ou admitidos por ambas as partes[310].

Contudo, no processo penal podem constituir objeto de prova os fatos incontroversos, já que a confissão, por si só, não enseja a condenação. No processo penal, também não deixam de ser objeto de prova os fatos em relação aos quais no processo civil operaria a presunção de veracidade. Assim, a revelia no processo penal não gera a presunção de veracidade dos fatos alegados pela acusação[311].

O destinatário da prova é o juiz ou, como alguns sustentam, o processo, já que, uma vez produzida, a prova pertence ao processo, tendo sido colhida no interesse da Justiça. Trata-se do princípio da comunhão da prova[312].

Costuma-se dizer que no processo penal o juiz busca a verdade real e, no processo civil, a verdade formal. No entanto, esta distinção já se encontra superada[313], na medida em que o máximo a ser alcançado, tanto no processo civil quanto no processo penal, é a denominada verdade processual, como ensina Marco Antonio de Barros:

> Já não se atribui sentido lógico e útil ao emprego das expressões 'princípio da verdade material' e 'princípio da verdade formal', notadamente porque destituídos de base científica que justifique a distinção por eles anunciada. Tais princípios perderam aquele encanto que seduziu intensamente a doutrina antiga, pois, seja no processo civil, seja no processo penal, interessa hoje pura e simplesmente descobrir a verdade, atributo de um juízo racional no qual firma-se a certeza do julgador. E a verdade possível de ser descoberta na ação penal é apenas e tão somente a 'verdade processual. [314]

No mesmo sentido, veja-se a lição de André Luiz Nicolitt:

> Enfim, a análise das garantias constitucionais nos leva a concluir que a Constituição optou por um processo penal democrático, adotando um sistema acusatório com espírito garantista e abraçando a idéia de verdade mínima possível, descoberta sob o crivo do

[309] DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 27.
[310] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 358-359. NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 368.
[311] NICOLITT, André Luiz. *op. cit*., p. 368.
[312] ibidem, p. 376.
[313] Neste sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e processo penal: mão e contramão? In Temas de Direito Processual (Sétima Série). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 207-208.
[314] BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 286.

> contraditório, da ampla defesa e com respeito às garantias processuais, dentre as quais a dignidade da pessoa humana e a imparcialidade do julgador.[315]

O art. 155, caput, do CPP, na redação da Lei n. 11.690/2008, diferencia a prova produzida sob o crivo do contraditório judicial dos elementos informativos colhidos na investigação. No entanto, a possibilidade de utilização dos elementos informativos na fundamentação da sentença parece tornar inócua a distinção. Assim, é possível falar em "prova processual", quando produzida em juízo, e "prova inquisitorial", quando coletada na fase pré-processual[316].

No art. 155, caput, e também no art. 473, §3º, do CPP, estão previstas as "provas cautelares" (aquelas produzidas com fundamento cautelar, mas com contraditório diferido), as "provas antecipadas" (aquelas produzidas antecipadamente, com fundamento cautelar, mas sob o crivo do contraditório e ampla defesa) e as "provas não repetíveis" (aquelas cuja coleta ou produção não pode ser reproduzida, mas ainda assim permanecem submetidas a um contraditório diferido)[317].

O art. 156 do Código de Processo Penal também sofreu alteração com a edição da Lei n. 11.690/2008, mas em sentido contrário à tendência garantista que marcou as reformas de 2008, ao prever a possibilidade de produção de provas por iniciativa do juiz.

Ora, como regra geral da teoria geral do processo, a iniciativa da prova deve ser sempre das partes e não do juiz[318], pois como a busca da verdade deve ser pautada pelo respeito às garantias constitucionais, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz pode implicar em comprometimento de sua imparcialidade[319], cabendo-lhe quando muito a iniciativa meramente supletiva à atividade das partes.

Além de decorrer dos próprios predicativos da magistratura, a imparcialidade do juiz consta da Declaração Universal de Direitos Humanos, do Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º) e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, §1º), sendo certo que as críticas aos poderes instrutórios do juiz se fazem presentes na Alemanha e na Espanha[320].

Com fundamento na violação à imparcialidade do julgador, André Nicolitt e Eugênio Pacelli de Oliveira se inclinam na direção da inconstitucionalidade do art. 156, incisos I e II, do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.690/2008[321].

---

[315] NICOLITT, André Luiz. Op. cit., p. 379.
[316] FEITOZA, Denilson. op. cit., p. 718.
[317] ibidem, p. 718.
[318] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 369 e 379-381.
[319] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 3, *apud* NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 380.
[320] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 380-381.
[321] *ibidem*, p. 381, e PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. Curso de processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 669, *apud* NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 381.

O referido dispositivo legal atribui poderes instrutórios ao juiz e, no seu inciso I, prevê que tais poderes podem ser exercidos mesmo antes do início da ação penal. Assim dispõe o referido artigo:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
> I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
> II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A melhor interpretação do texto da lei, contudo, deve se dar no sentido de que a produção antecipada de provas na fase de investigação tem cabimento quando houver o risco de perecimento de determinados elementos de prova[322]. O dispositivo em questão, por óbvio, não se destina a conferir iniciativa investigatória ao juiz, mas sim a viabilizar a preservação de provas que se não forem produzidas de imediato deixarão de existir. Trata-se aqui de aplicação de interpretação conforme a Constituição, de forma a conferir ao dispositivo legal um significado compatível com o sistema constitucional, que acolhe, sem sombra de dúvidas, o princípio acusatório.

Quanto à distribuição do ônus da prova, cabe rechaçar a visão tradicional da doutrina, calcada nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, e segundo a qual competiria à parte autora provar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos caberia ao réu[323].

Como o réu pode ter interesse em provar fatos constitutivos, é preciso estabelecer uma regra de distribuição do ônus da prova compatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do *favor rei*, que se revelam no princípio do *in dubio pro reo*. A dúvida em relação a qualquer elemento do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) deve sempre favorecer o réu, não cabendo cogitar se a prova se refere a fato constitutivo do direito do autor ou a fato extintivo, impeditivo ou modificativo desse direito[324]. Em outras palavras, à acusação incumbe o ônus da prova da presença de todos os elementos do crime, não sendo possível a aplicação inflexível da regra do art. 333, II, do CPC[325].

Em matéria de provas no processo penal é indispensável ter em conta os princípios constitucionais e infra-constitucionais aplicáveis.

---

[322] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As reformas no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 261, *apud* NICOLITT, André Luiz. *op. cit*., p. 381.
[323] NICOLITT, André Luiz. *op. cit*., p. 369-370.
[324] *ibidem*, p. 369-370.
[325] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 360.

Os princípios constitucionais que orientam a produção da prova no processo penal são: dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, devido processo legal, proibição da prova obtida por meios ilícitos, publicidade, proporcionalidade e o contraditório.

Já entre os princípios processuais infra-constitucionais, relacionados ao tema das provas, podemos elencar o livre convencimento motivado, a oralidade, a imediação, o princípio da verdade real (embora reformulado na forma acima apontada), a identidade física do juiz, a liberdade probatória, a comunhão da prova e a concentração.

Merece destaque no âmbito da reforma ocorrida no Código de Processo Penal, a previsão expressa do princípio que veda a utilização das provas obtidas por meio ilícito, isto é, em violação a direitos e garantias previstos na constituição e na lei, pois o processo penal não tem como objetivo a obtenção da verdade a qualquer custo. É bem verdade que a vedação às provas obtidas por meios ilícitos já constituía garantia fundamental prevista no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, mas a sua previsão em nível infraconstitucional reafirma a importância do princípio.

O Projeto de Lei n. 4.205/2001, que veiculou o anteprojeto de reforma do CPP, elaborado por Comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, definia provas ilícitas como aquelas "obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais." O Projeto de Lei em questão foi transformado na Lei n. 11.690\02008, que deu, contudo, a seguinte redação ao art. 157, caput, do CPP:

> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Grande parte da doutrina[326], inspirada em Pietro Nuvolone, classifica as provas ilícitas em duas espécies, quais sejam, as provas ilícitas em sentido estrito e provas ilegítimas. As provas ilícitas em sentido estrito são aquelas obtidas com violação a uma norma de direito material, ou seja, o vício atinge o momento da obtenção ou coleta da prova, enquanto as provas ilegítimas são aquelas produzidas com violação a uma norma de direito processual. Neste último caso, o vício está na produção da prova[327]. As provas podem ser ilícitas e ilegítimas simultaneamente, ao violarem norma de direito material e norma de direito processual, a um só tempo.

Cabe observar que a referência, no art. 157, caput, do CPP, a "normas constitucionais" abrange tanto as normas materiais como as normas processuais. Já a referência às normas legais deve ser interpretada restritivamente, sob pena de se equipararem a ilicitude e a nulidade. Assim, as provas ilícitas são, na verdade, aquelas obtidas em violação a qualquer espécie de norma

[326] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 720 e NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 383.
[327] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 720-1.

constitucional ou em violação a normas legais de direito material, pois o regime jurídico aplicável às provas ilegítimas é o da teoria das nulidades, já que a violação de norma processual implica no reconhecimento da sua nulidade e ineficácia no processo[328]. Portanto, as provas ilícitas não se confundem com provas ilegais, em que há mera ilegalidade na produção da prova.

A garantia da vedação às provas ilícitas insere-se na categoria das garantias individuais, ou seja, destina-se à pessoa humana, não tendo por destinatária a coletividade. Assim, busca-se proteger o indivíduo contra o abuso eventualmente exercido pela maioria, assegurando-se a possibilidade de absolvição mesmo diante da opinião pública em sentido contrário, desde que baseada a decisão em uma verdade alcançada por meio do processo[329].

A Constituição Federal estabelece que o conflito entre o *ius puniendi* estatal e o *ius libertatis* do acusado deve ser resolvido com a observância das garantias processuais estabelecidas no seu art. 5º, que limitam as atividades do Estado na busca pela satisfação da sua pretensão punitiva, inserindo-se neste contexto a proibição da utilização das provas obtidas por meios ilícitas, que, por sinal, contribui bastante para conferir concretude ao princípio do devido processo legal.

Por sua vez, os §§ 1º e 2º do art. 157 do CPP prevêem a extensão da ilicitude às provas delas derivadas. Assim, em princípio, a ilicitude da prova contamina as provas produzidas a partir dela. Trata-se da teoria dos frutos da árvore envenenada. Contudo, o princípio é atenuado especialmente quando a obtenção da prova poderia ocorrer posteriormente por outros meios. Veja-se, a propósito, a redação dos §§ 1º e 2º, que excepciona da regra da inadmissibilidade das provas ilícitas aquelas que podem ser extraídas de fonte independente:

> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.
> § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

A consequência da declaração de ilicitude da prova é o seu desentranhamento, como se infere do §3º do art. 157 do CPP:

> § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

[328] *ibidem*, p. 721.
[329] NICOLITT, André Luiz. Op. cit., p. 382.

No entanto, os problemas relacionados às provas ilícitas dependem em grande parte da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pois não há princípio constitucional absoluto, havendo casos excepcionais em que a prova ilícita pode ser admitida.

A razoabilidade tem sua origem na doutrina americana, elaborada com base na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos EUA e, mais remotamente, na Magna Carta inglesa, de 1215. Ela está relacionada à garantia das liberdades individuais como mecanismo de limitação do poder estatal.

A proporcionalidade tem aplicação no tema das provas ilícitas quando a absolvição do réu somente pode decorrer de uma determinada prova obtida por meios ilícitos, sendo pacífica na doutrina e jurisprudência a admissibilidade da prova ilícita nessa hipótese[330], principalmente porque a vedação da prova ilícita constitui garantia processual em favor do acusado e, por isso, não pode ser utilizada para prejudicá-lo com o injusto sacrifício de sua liberdade. Além disso, a inadmissibilidade da prova ilícita em tal caso negaria a sua própria razão de ser, qual seja, a dignidade da pessoa humana. A rejeição da prova ilícita, em tal caso, importaria em negar ao acusado inocente o direito à sua dignidade e à sua liberdade[331].

Em matéria de prova, admite-se, ainda, a denominada prova emprestada, isto é, aquela produzida em outro processo. Em princípio, ela mantém a mesma natureza que teve no processo no qual foi produzida originariamente. Em regra, a prova emprestada tem plena eficácia probatória, se extraída de processo entre as mesmas partes, porque neste caso foi observado o contraditório.

A sua aceitação depende basicamente de haver identidade de partes; de se tratar do mesmo objeto da lide anterior; da observância do contraditório na colheita da prova e da licitude da prova produzida (como no caso de uma interceptação telefônica ou quebra de sigilo bancário, por exemplo). Ada Grinover acrescenta ainda a identidade de juiz como requisito para a validade da prova emprestada[332].

Em suma, a prova deve ter sido produzida no passado em face de quem sofrerá os efeitos da decisão no novo processo.

Em termos de valoração da prova, existem basicamente três sistemas, o da prova legal ou tarifada, o da íntima convicção e o da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

Pelo sistema da prova tarifada ou prova legal, cada meio de prova tem um valor pré-determinado. Não é adotado no Brasil, mas subsiste em algumas poucas exceções, como quando o

---

[330] GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRECO FILHO, Vicente, *apud* NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 384.
[331] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 384.
[332] GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 63, *apud*, NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 426.

instrumento público é considerado como sendo da substância do ato. Outro exemplo é o do casamento, que só se prova pela respectiva certidão.

O sistema da persuasão racional está previsto no art. 131 do Código de Processo Civil. O juiz tem liberdade na apreciação da prova e não está adstrito a pesos pré-determinados. Ele deve se ater aos elementos constantes dos autos e submetidos ao contraditório, expondo as razões do seu convencimento.

Em se tratando de prova documental é preciso inicialmente conceituar documento. Documento é a base ou suporte físico (material) no qual são inseridos símbolos ou sinais, a partir dos quais podem ser extraídos fatos ou ideias. É toda coisa capaz de, por si só, representar a ocorrência de algum fato, como, por exemplo, uma pedra, o papel, uma fotografia, uma fita de vídeo, carta ou contrato. Em outras palavras, o documento é todo suporte material em que se expressa o pensamento por meio de sinais.

Observe-se que, assim como não declina qualquer conceito de documento, o legislador também não estabeleceu a definição de documento eletrônico, conceito que surgiu no contexto da sociedade da informação. A doutrina, contudo, vem se desincumbindo de tal mister, como esclarece Augusto Tavares Rosa Marcacini[333]. Refere ele a definição dada por Chiovenda, segundo quem documento, em sentido amplo, corresponde a toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente.[334] Pontes de Miranda, por sua vez, aduz que o documento, como meio de prova, é toda coisa em que se expressa por meio de sinais, o pensamento[335].

Para José Frederico Marques, documento é a prova histórica real consistente na representação física de um fato. O elemento de convicção decorre, assim, na prova documental, da representação exterior e concreta do *factum probandum* em alguma coisa[336].

Moacyr Amaral Santos ensina que documento é a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo[337]. Finalmente, Arruda

[333] MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. Integração ensino-pesquisa-extensão – Revista do Centro de Pesquisa da Universidade São Judas Tadeu. São Paulo, 2000, ano 6, n. 20, p. 57-75.
[334] CHIOVENDA. Instituições de direito processual civil. Tradução da 2. ed. italiana: J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 127, *apud* MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *op. cit.*, p. 58.
[335] MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, (Tomo IV), p. 357, *apud* MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *op. cit.*, p. 58.
[336] MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Millenium, 2001. 341 p. (2. v.). *apud* MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *op. cit.*, p. 59.
[337] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 18. ed. ver. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 1997, (v. 2), p. 385, *apud* MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *op. cit.*, p. 59.

Alvim concebe o documento como prova real (do latim *res*, *rei*), pois todo documento é uma coisa[338].

A autoria do documento pode ser dividida em autoria material, relacionada à confecção física, e autoria intelectual ou jurídica, relacionada a quem fez as declarações.

Já a autenticidade do documento é a certeza de que provém do autor nele indicado; não se confundindo com veracidade do conteúdo do documento. Observe-se que o reconhecimento de firma gera apenas uma presunção relativa de autenticidade, admitindo prova em contrário.

A Lei n. 11.419/2006, que trata da informatização do processo, em seu artigo 11, atribuiu aos documentos produzidos em meio eletrônico o mesmo valor dos originais, pois lhes outorgou presunção de originalidade e legitimidade, afastando alguns óbices que se apresentavam no campo de admissibilidade de tais provas[339].

Instrumento da prova, a seu turno, corresponde ao documento especialmente preparado para servir como prova, *v. g.*, o instrumento particular de locação. É a chamada prova pré-constituída, em oposição à prova casual, que não foi preparada antecipadamente para servir como prova.

Prova documentada, por sua vez, corresponde ao registro nos autos de outras provas que tenham sido produzidas. É o caso da prova testemunhal, e do depoimento pessoal, por exemplo.

Por força do princípio da liberdade probatória, as limitações dos meios de prova, ou seja, os instrumentos utilizados no processo para formar a convicção do julgador, são apenas aquelas decorrentes da lei e da Constituição Federal, sendo meramente exemplificativo o elenco apresentado no Código de Processo Penal, que faz referência aos seguintes meios de prova: a) exame de corpo de delito e outras perícias; b) interrogatório do acusado; c) confissão; d) perguntas ao ofendido; e) testemunhas; f) reconhecimento de pessoas ou coisas; g) acareação; h) documentos; i) indícios; j) busca e apreensão.

Em relação ao exame de corpo de delito e perícias em geral, o art. 159 do CPP, na redação da Lei n. 11.690/2008, passou a prever como suficiente um único perito oficial[340], enquanto antes eram exigidos dois para o exame.

O interrogatório do acusado encontra-se disciplinado nos artigos 185 a 196 do CPP, devendo ser analisados em primeiro lugar sua natureza jurídica e características.

---

[338] ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: RT, 1997, (v. 2), p. 492, *apud* MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *op. cit.*, p. 59.

[339] CONTE, Christiany Pergorari. Efetividade do processo à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual na sociedade da informação. *In* GOUVEIA, Carlos Marcelo. HOFFMAN, Luiz Augusto A de Almeida. (Coordenadores). Atual panorama da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237.

[340] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 760-1.

O interrogatório do acusado, previsto nos artigos 185 a 196 do CPP, tem natureza dúplice[341]. Trata-se de meio de prova, porque a lei o insere no capítulo relativo à prova e o juiz pode formar seu convencimento a partir dos esclarecimentos do acusado, inclusive da sua confissão. Ao mesmo tempo, também constitui meio de defesa, pois é praticamente o último ato instrutório. Em razão da sua natureza dúplice, o juiz conduz as perguntas e a narrativa do réu de acordo com o estabelecido no art. 188 do CPP, mas o réu pode "apresentar suas alegações, independentemente de perguntas judiciais"[342].

Quanto às suas características, o interrogatório é um ato processual personalíssimo do réu[343], sujeito ao contraditório, oral e pode ser realizado a qualquer tempo, desde que antes do trânsito em julgado da sentença. Não se trata mais de ato privativo do juiz, pois o art. 188 do CPP, após a alteração determinada pela Lei n. 10.792/2003, passou a prever a formulação de perguntas pelas partes, compatibilizando o instituto com o princípio do contraditório e o da ampla defesa. Contudo, as perguntas são formuladas consoante o sistema presidencial, ou seja, por meio do juiz e não de forma direta ao interrogado[344].

Quando o réu está presente, a falta do interrogatório é causa de nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, e, CPP[345]. Contudo, na segunda fase do procedimento do tribunal do júri, existe exceção à obrigatoriedade do interrogatório, pois o art. 457, *caput*, do CPP e o §2º do mesmo artigo dispensam o acusado de comparecer ao plenário do júri, não havendo nulidade na hipótese de ausência do réu ao interrogatório se este não queria estar presente.

De toda sorte, nos termos do art. 185, caput, do CPP, como regra geral, o interrogatório deve ser realizado a qualquer momento antes do trânsito em julgado da sentença, sendo possível a realização de um novo interrogatório no primeiro grau (art. 196 do CPP) e inclusive no segundo grau de jurisdição (art. 616 do CPP).

Em relação ao momento do interrogatório, a regra geral passou a ser a realização do interrogatório do acusado ao final da instrução criminal, tendo em vista a edição da Lei n. 11.719/2008, que alterou o art. 400 do CPP, com a aplicação subsidiária das regras do procedimento comum aos demais procedimentos, por força do art. 394, §2º, do CPP.

Os artigos 400 e 531, na redação da Lei n. 11.719/2008, fixam esse momento para o interrogatório do acusado nos procedimentos comuns ordinário e sumário, enquanto no rito do tribunal do júri a previsão decorre do art. 474, caput, do CPP, na redação da Lei n. 11.689/2008.

---

[341] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 396-398.
[342] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 771.
[343] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 398.
[344] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 771-2.
[345] *ibidem*, p. 772.

> O interrogatório é, por conseguinte, reforçado como meio de defesa. A oitiva do acusado antes (ou no início) da instrução criminal parte do pressuposto de que ele é culpado, possibilitando que seja utilizado mais para obter elementos incriminadores de orientação da instrução criminal do que para defendê-lo.
> Ainda que não se pressuponha isso, a anterioridade dificulta sua defesa, uma vez que o acusado presta declarações sem saber que provas existem contra e a favor de sua defesa. Interrogado no final da instrução, o acusado poderá ter ciência de todas as provas produzidas e, desse modo, melhor defender-se, com o que se confere efetividade ao princípio constitucional da ampla defesa.[346]

Como a aplicação das regras do procedimento se faz de forma apenas subsidiária, não há impedimento à realização do interrogatório no início da instrução criminal no procedimento relativo aos crimes de drogas, no processo penal militar e no procedimento de competência originária. Além disso, o réu tem o direito constitucional ao silêncio e tem aplicação o princípio constitucional implícito da não auto-incriminação, sem falar na possibilidade de novo interrogatório a qualquer tempo, inclusive a requerimento da defesa[347].

Em relação à formulação de perguntas no interrogatório do acusado, o art. 188 do CPP estabelece que o juiz deve formular perguntas antes das partes, que devem apresentar suas indagações observando o sistema presidencial, ao passo que, na segunda fase do procedimento do júri, as partes (Ministério Público, assistente, querelante e defensor) podem formular diretamente as perguntas ao acusado, de forma análoga ao que se dá em relação às testemunhas.

Há, porém, quem afirme, com espeque no princípio constitucional acusatório, que, mesmo nas hipóteses de aplicação do art. 188 do CPP, as perguntas podem ser feitas diretamente ao acusado[348], especialmente porque não haveria, a princípio, qualquer prejuízo para a defesa.

No que diz respeito ao interrogatório e à inquirição de testemunhas e peritos por meio de videoconferência, são indispensáveis considerações mais detalhadas, conforme será visto a seguir.

Atos processuais à distância. A videoconferência.

Para que o direito material e processual acompanhem as modificações na sociedade é imprescindível à adoção dos mecanismos e tecnologias característicos da sociedade da informação.

Antigos institutos, como o da carta precatória, merecem ser revistos, pois se esta um dia já pôde ser vista como uma violação ao princípio do juiz natural, na medida em que permite a coleta da prova por quem não será o responsável pela decisão, hoje a existência da carta

[346] *ibidem*, p. 773.
[347] *ibidem*, p. 773.
[348] *ibidem*, p. 774.

precatória, por exemplo, não se justifica diante da possibilidade de realização de atos processuais, nomeadamente audiências, à distância.

Augusto Eduardo de Souza Rossini, em obra de 2003, já destacava as iniciativas do Poder Judiciário no sentido da incorporação das novas ferramentas informáticas, mencionando a aplicação de diversos diplomas legais, tais como a Lei nº 9.800/99 que permitia a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais pelas partes, o art. 8º, § 2º, da Lei nº 10.259/01 e o art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-23[349].

Naquela oportunidade, o autor esclareceu que o Estado de São Paulo já havia instituído naquela época a recepção de *habeas corpus* "on line", por "e-mail", pelo hoje extinto Tribunal de Alçada Criminal, e o sistema de processamento de petições por meio eletrônico pelo Segundo Tribunal de Alçada Civil, lembrando também a criação do SIPE – Sistema de Petição Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que possibilitava o cadastramento do advogado e o encaminhamento de petições e recebimento de intimações, tudo com autenticação eletrônica das assinaturas, abolindo a necessidade da assinatura física, sem falar do Malote Digital instituído pelo Superior Tribunal de Justiça em 12/08/2002, que permitia o envio de informações básicas de recursos ao Supremo Tribunal Federal[350].

O mesmo autor apontava como sinal de adequação do processo penal às novas tecnologias a viabilização da prática dos atos processuais a distância, mediante "utilização da tecnologia da videoconferência através da rede mundial de computadores com o uso do protocolo IRC (Internet Relay Chat)"[351], indicando ainda que tal aplicação vinha melhor atender ao princípio do juiz natural, ao reduzir ao mínimo a expedição de cartas precatórias, sem mencionar os seus benefícios em termos de celeridade processual.

Com a carta precatória, é necessário o envio de cópia do processo, muitas vezes volumoso, para outro juiz, que não tem conhecimento detalhado do feito, presidir a instrução, com maior grau de comprometimento do princípio da identidade física do juiz, enquanto a videoconferência confere mais agilidade ao procedimento, permitindo que o julgador tenha maior contato com a prova, contribuindo para uma prestação jurisdicional mais efetiva.

Rossini acrescenta, por fim, "que o ato processual já pode ser integralmente gravado em suportes informáticos (CD, DVD etc.), inclusive, com a utilização de criptografia para assegurar sua integridade, tudo a permitir que inclusive os tribunais superiores assistam ao próprio ato e não à sua transcrição"[352].

---

[349] ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *op. cit.,* p. 195.
[350] *ibidem,* p. 195.
[351] *ibidem,* p. 195-196.
[352] *ibidem,* p. 196.

Após a edição da Lei n. 10.792/2003, o art. 185, §1º, do CPP passou a prever a realização do interrogatório do réu preso no estabelecimento prisional. No entanto, com a previsão da audiência una (conforme previsto nos artigos 400, 411 e 531 do CPP), seria pouco provável que a instrução ocorresse por inteiro no estabelecimento prisional, tendo em vista a inviabilidade de se deslocar para lá todo o aparato material e todas as pessoas envolvidas no ato.

A lei trouxe, de fato, inovação quanto ao local de realização do interrogatório, mas não cuidou do tema da videoconferência. A experiência mostrou que a Lei n. 10.792/2003 não conseguiu resolver os problemas conhecidos de todos, quais sejam, o "elevadíssimo custo econômico dos deslocamentos de presos, operações que envolvem grandes riscos para os policiais, sobretudo em caso de presos integrantes de organizações criminosas, morosidade do processo, paralisação dos trabalhos da vara judicial, etc"[353].

Com a introdução do princípio da identidade física do juiz no art. 399, §2º, do CPP, por força da Lei n. 11.719/2008, surgiu novamente a discussão relativa à compatibilidade do interrogatório por meio de carta precatória com o princípio em questão:

> A jurisprudência tem admitido, de modo geral, que o interrogatório seja feito por precatória. O princípio da identidade física do juiz, introduzido pela Lei n. 11.719/2008 no art. 399, § 2º, do CPP, reacende a discussão sobre a inviabilidade do interrogatório por precatória, mas, por questões tanto teóricas (obrigatoriedade legal do interrogatório) quanto pragmáticas (tamanho do país etc.), provavelmente a jurisprudência manterá o entendimento anterior.[354]

Quanto à utilização da videoconferência nos interrogatórios, surgiram em um primeiro momento algumas leis estaduais que autorizavam os juízes a utilizar o novo recurso tecnológico.

No Estado de São Paulo houve uma tentativa pioneira de introdução do interrogatório do acusado por meio de videoconferência, por meio da Lei n. 11.819/2005, o que chegou a gerar alguma controvérsia jurisprudencial. A 5ª e a 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça tiveram a oportunidade de deixar assentado que o mecanismo "não ofende as garantias constitucionais do réu, o qual, na hipótese, conta com o auxílio de dois defensores, um na sala de audiência e outro no presídio"[355]. No entanto, as mesmas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça chegaram a anular interrogatórios realizados por meio de videoconferência, entre outros motivos, por ausência de previsão legal, o que violaria o princípio do devido processo legal[356]. Na mesma linha

---

[353] Parecer 1126/2008 da CCJ, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 679, de 2007. Brasília, 2008. Disponível em http://www.senado.gov.br. Acesso em 01/12/2010.

[354] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 775.

[355] STJ, 5ª Turma, HC 76.046/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 10/05/2007, v.u., DJU 28/05/2007, p. 380, e também STJ, 6ª Turma, HC 34.020/SP, Rel. Min. Paulo Medina, DJU 03/10/2005, p. 334.

[356] STJ, 5ª Turma, HC 108.457/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 03/11/2008 e também STJ, 6ª Turma, HC 98.422/SP, Rel. Min. Jane Silva, j. 20/05/2008, e HC 102.440/SP, Rel. Min. Jane Silva, DJU 23/06/2008.

já havia decidido o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 88.914/SP, realizado em 14/08/2007, sendo Relator o Ministro Cezar Peluso.[357]

Por ocasião do julgamento do HC 90.900/SP, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da Lei Estadual 11.819/2005, por vício de forma, ao argumento de que teria havido invasão da competência legislativa privativa da União em tema de direito processual, prevista no art. 22, I, da Constituição Federal[358]. Contudo, não houve qualquer posicionamento quanto a uma eventual incompatibilidade material do interrogatório por videoconferência em face da Constituição Federal.

Antes do referido julgamento, o STF já havia se manifestado da seguinte forma quanto à ausência de norma sobre o assunto:

> Ação penal. Ato processual. Interrogatório. Realização mediante videoconferência. Inadmissibilidade. Forma singular não prevista no ordenamento jurídico. Ofensa a cláusulas do justo processo da lei (due process of law). Limitação ao exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica. Insulto às regras ordinárias do local de realização dos atos processuais penais e às garantias constitucionais da igualdade e da publicidade. Falta, ademais, de citação do réu preso, apenas instado a comparecer à sala da cadeia pública, no dia do interrogatório. Forma do ato determinada sem motivação alguma. Nulidade processual caracterizada. HC concedido para renovação do processo desde o interrogatório, inclusive. Inteligência dos arts. 5º, LIV, LV, LVII, XXXVII e LIII, da CF, e 792, caput e § 2º, 403, 2ª parte, 185, caput e § 2º, 192, § único, 193, 188, todos do CPP. Enquanto modalidade de ato processual não prevista no ordenamento jurídico vigente, é absolutamente nulo o interrogatório penal realizado mediante videoconferência, sobretudo quando tal forma é determinada sem motivação alguma, nem citação do réu.[359]

Nos mesmos moldes, a videoconferência foi usada no Distrito Federal como instrumento para o interrogatório. A nulidade do interrogatório do preso por meio do sistema de videoconferência foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça[360]. Na oportunidade, o relator, Ministro Jorge Mussi, afirmou que: "Não obstante a evolução tecnológica, e em especial na área de informática, não há como se concordar com a realização do teleinterrogatório sem lei normatizando o sistema", ressalvando, porém, que "o vício" não contaminou os demais atos subsequentes a ponto de levar à anulação de todo o processo.

Assim, as Turmas de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça passaram a reconhecer a desnecessidade de anulação de todos os atos posteriores ao interrogatório, mas apenas do interrogatório e do restante do processo a partir das alegações finais, inclusive, porque os atos de instrução praticados nesse intervalo não dependem do interrogatório, devendo ser preservados,

---

[357] STF, HC 88.914/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14/08/2007, DJU de 05/10/2007, p. 37.
[358] STF, Pleno, HC 90.900/SP, Relator para acórdão Min. Menezes Direito, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, j. 30/10/2008, maioria, Informativo do STF, Brasília, n. 526, 27-31/10/2008, *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 776, nota 127.
[359] STF, 2ª T., HC 88914/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14/8/2007, DJe-117 5/10/2007, DJ 5/10/2007, p.37, Ementário 2292-02:393.
[360] STJ, RHC 24879, Rel. Min. Jorge Mussi.

especialmente porque, nos termos do artigo 573, §1º, do Código de Processo Penal, uma vez declarada a nulidade de determinado ato, esta apenas causará a nulidade "dos atos que dele diretamente dependem ou sejam consequência", não atingindo os atos autônomos e independentes.

André Luiz Nicolitt lembra que o Superior Tribunal de Justiça, antes da edição da Lei n. 11.900/2009, já deixou transparecer que a realização do interrogatório por videoconferência não geraria nulidade se não houvesse a demonstração de prejuízo para o acusado[361].

Na redação dada pela Lei n. 11.900/2009, o art. 185, §1º, do CPP, passou a prever que o "interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato."

O grande problema relacionado ao interrogatório no interior do estabelecimento prisional reside na limitação imposta à publicidade do ato, já que as restrições e condições para ingresso nos presídios não permite o mesmo grau de publicidade existente quando o ato se realiza no fórum. Assim, o art. 185, §1º, do CPP deve ser interpretado não no sentido de ter criado a obrigatoriedade de realização do interrogatório do preso no estabelecimento prisional, mas sim no sentido de ter previsto uma faculdade para o juiz[362].

Portanto, a regra continua a ser a realização do interrogatório do preso no fórum, facultando-se ao juiz sua realização no presídio. Não sendo possível a aplicação do art. 185, §1º, do CPP, deve ser utilizada a videoconferência. Somente em último caso, será requisitada a apresentação do réu em juízo, na forma do art. 792, caput e 185, §7º, do CPP, este último na redação dada pela Lei n. 11.900/2009.

A possibilidade de alteração do local do interrogatório para o estabelecimento prisional já constitui passo considerável no sentido de se conferir efetividade ao princípio da celeridade processual, na medida em que regulou a situação do réu preso que deva ser interrogado, tendo em conta os transtornos causados pelo seu deslocamento.

Em seguida, o art. 185, §2º, do CPP, alterado pela Lei n. 11.900/2009, passou a estabelecer a possibilidade de realização do interrogatório do acusado por meio da videoconferência. Veja-se, a propósito, a redação do art. 185 e seus parágrafos.

> Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

[361] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 403.
[362] *ibidem*, p. 401.

> § 1o O interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)
> § 2o Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)
> I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> IV - responder a gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> § 3o Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> § 4o Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> § 5o Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> § 6o A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> § 7o Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> § 8o Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)
> § 9o Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

O texto da lei revela o caráter excepcional da modalidade de realização do ato, ao mesmo tempo em que estabelece as suas hipóteses de cabimento e prevê os correspondentes mecanismos de fiscalização.

A previsão contida no §8º do mesmo artigo, no sentido da aplicação da videoconferência a outros atos processuais, que dependam da participação de quem esteja preso, como a acareação, o reconhecimento de pessoas e coisas, a inquirição de testemunha ou a tomada de declarações do ofendido, não só contribui para a celeridade, como também se mostra perfeitamente compatível com o princípio da liberdade probatória.

Além do aspecto relativo à celeridade, esta modalidade de realização do interrogatório apresenta vantagens também em termos de diminuição de custos para a condução do preso e redução do risco de fuga ou arrebatamento do preso.

Observe-se que, nos termos do art. 185, §4º, do CPP, o preso poderá acompanhar, antes de seu interrogatório, a realização dos atos da audiência única de instrução e julgamento, mediante a utilização do mesmo recurso tecnológico.

Não se pode afirmar que o interrogatório por videoconferência implica, já no plano abstrato, em violação ao princípio da ampla defesa, que, ao contrário, pode sair fortalecida no caso concreto, uma vez que o réu é poupado da insegurança e agitação inerentes ao deslocamento para o local do interrogatório e que tanto influenciam seu ânimo e aviltam a sua dignidade humana. Na verdade, o problema está na forma de utilização e não na videoconferência em si mesma[363].

Na videoconferência é conferida efetividade ao princípio da ampla defesa de diversas maneiras. As partes deverão ser intimadas da decisão que autorizar a realização da videoconferência com dez dias de antecedência para a realização da sessão. O réu deve poder acompanhar todos os atos da audiência de instrução, sendo-lhe assegurado o direito de entrevista prévia e reservada com seu defensor. Deve haver canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que atua no presídio e aquele presente na sala de audiência e entre este e o preso. Além disso, a sala em que a ferramenta estará em funcionamento será fiscalizada pelo Ministério Público, pelo juiz do processo e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)[364].

A implementação de tais medidas de cautela é suficiente para assegurar a ampla defesa e o contraditório, mas a resistência à videoconferência vem do receio de que elas não venham a ser observadas na prática. Assim, a afirmação da inconstitucionalidade desobriga a defesa da demonstração do prejuízo no caso concreto[365].

Por outro lado, a crença de que todo e qualquer progresso tecnológico é nocivo para a sociedade deve ser rechaçada sob pena de se condenar toda a sociedade ao imobilismo. Neste sentido, veja-se a lição de Denilson Feitoza:

> Mas não se pode ignorar e subestimar a evolução tecnológica. Os meios tecnológicos encontram-se cada vez mais disseminados e barateados (os mais de cem milhões de celulares no Brasil são um exemplo disso). Uma atitude ludita não contribui para a evolução do sistema de Justiça Criminal.[366]

[363] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 777.
[364] MOSSIN, Heráclito Antônio. *op. cit.*, p. 327.
[365] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 777.
[366] *ibidem*, p. 777.

Ora, a efetivação dos princípios da duração razoável do processo e da celeridade depende do emprego dos meios tecnológicos disponíveis e adequados, dentre os quais a videoconferência.

Ao prever as hipóteses em que se configura a necessidade de utilização da videoconferência, os incisos I a IV do §2º do art. 185 do CPP atendem ao princípio da proporcionalidade, pois o juízo de ponderação, com a análise da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, revela que as situações previstas apresentam um grau de relevância capaz de justificar o emprego, ainda que em caráter excepcional, de um meio diverso do ordinário para o interrogatório[367].

A primeira hipótese, relativa ao risco para a segurança pública em decorrência da suspeita de fuga ou de que se trate de preso supostamente integrante de organização criminosa, demonstra a adequação da lei ao combate à criminalidade organizada, cada vez mais presente na sociedade da informação.

As situações previstas nos incisos II e III do §2º do art. 185 do CPP dispensam maiores comentários. Já a hipótese do inciso IV, em que o interrogatório por videoconferência tem lugar para atender a "gravíssima questão de ordem pública", se mostra um tanto aberta, dando margem a uma ampliação das possibilidades de utilização do interrogatório por videoconferência.

De toda sorte, a decisão sobre a realização do interrogatório nessa modalidade deve ser fundamentada, justamente para que se possa verificar se foram atendidos os requisitos legais da medida.

O interrogatório deve observar o princípio da oralidade, que assegura a aplicação do princípio constitucional acusatório e, consequentemente, dos princípios da imparcialidade, da igualdade e do juiz natural. Como esclarece Denilson Feitoza, "o princípio da oralidade, por sua vez, depende dos princípios da imediação e da identidade física do juiz (previsto no art. 399, §2º, do CPP, com a redação dada pela Lei n.º 11.719/2008)"[368].

E a videoconferência possibilita a imediação e a identidade física do juiz, sendo preferível ao interrogatório por precatória, pois a imediação pode ser mais favorável ao réu se ocorrer com o juiz natural da causa, do que se ocorrer com o juiz da carta precatória. As chances de convencimento do juiz quanto às alegações do réu são maiores por meio da videoconferência do que por meio do termo de interrogatório, especialmente porque os recursos tecnológicos da atualidade permitem um contato visual praticamente idêntico ao da realidade, mormente diante do surgimento de aparelhos de televisão com a tecnologia 3D.

[367] *ibidem*, p. 777.
[368] *ibidem*, p. 777.

Denilson Feitoza sustenta, com base no princípio da identidade física do juiz, a possibilidade da extensão do interrogatório por videoconferência ao réu localizado em foro diverso daquele em que se encontra o órgão jurisdicional, bem como para os casos em que seria necessária a carta rogatória:

> Desse modo, se a defesa requerer e houver concordância da acusação, pensamos que o juiz poderá realizar o interrogatório por videoconferência quanto a réu localizado em outra comarca ou foro, em vez de por meio de carta precatória, dando concretude aos princípios constitucionais acusatório, da ampla defesa e do contraditório, bem como ao novel princípio da identidade física do juiz, desde que observadas, mutatis mutandis, as regras do art. 185 do CPP para a videoconferência.
> Da mesma forma, também entendemos que á admissível o interrogatório por videoconferência, em vez de realização por meio de carta rogatória em outro país, aplicando-se o art. 185 do CPP combinado com, subsidiariamente, o previsto para inquirição de testemunha, perito ou vítima, por videoconferência, em outro país, ou seja, com os termos do art. 18, número 18, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (promulgada pelo Decreto 5.015/2004) e com o art. 46, número 18, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto 5.687/2006). Entretanto, tendo em vista a internacionalidade, isso exige redobrados cuidados e seria conveniente que somente fosse feito com a concordância da defesa.[369]

Não há como deixar de mencionar, contudo, os argumentos pela inconstitucionalidade do interrogatório por videoconferência. Parte-se, assim, da ideia de que o princípio do devido processo legal encerra um conjunto de outros princípios, especialmente o direito à ampla defesa, que engloba o direito à defesa técnica, o direito à prova e o direito à autodefesa, onde se encontra inserido o direito de participação (um dia na corte antes de uma decisão judicial sobre o seu direito)[370], ou de presença, que implica o "direito de estar presente nos atos processuais, de participar ativamente durante a sua realização, e de se entrevistar pessoalmente com o juiz, a fim de que este possa extrair suas valorações e impressões pessoais"[371].

Nesse contexto, o interrogatório por videoconferência não deixa de representar uma perda do contato humano, um aumento da distância entre o juiz e o acusado, que já existe naturalmente, ainda que em termos sócio-econômico-culturais[372].

Também se costuma utilizar como argumento contrário à utilização do interrogatório por videoconferência a existência de violação ao princípio do devido processo legal, a fragilidade da forma de realização do ato e "os vícios inerentes a uma comunicação indireta que dificultam a busca da verdade"[373].

---

[369] *ibidem*, p. 778.
[370] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 402.
[371] BECHARA, Fábio Ramazzini. Processo penal contemporâneo: interface entre eficiência e garantias – questões pontuais. *In* SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Processo penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 221.
[372] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 402.
[373] *ibidem*, p. 402.

Como argumento de direito comparado, afirma-se que a videoconferência, no direito comunitário europeu, é utilizada apenas para a inquirição de testemunhas, enquanto para o interrogatório do réu ela só pode ser usada com o consentimento do acusado."[374]

Para André Luiz Nicolitt, a realização do interrogatório por videoconferência sem o consentimento do acusado implica em violação ao devido processo legal, especificamente por força da limitação à autodefesa, além dos prejuízos para a imediação e oralidade, sendo presumido o prejuízo, pois há que se dispensar a demonstração do prejuízo quando se configura a violação a princípios constitucionais:

> Destarte, a única interpretação conforme a Constituição possível para a nova redação do art. 185 é no sentido de que o ato só poderá ser feito por videoconferência quando houver concordância do acusado, a exemplo do que ocorre no Direito Comunitário Europeu."[375]

Entendemos que a leitura do princípio da ampla defesa como óbice intransponível à utilização do interrogatório por videoconferência é, portanto, inadequada, pois o conteúdo do princípio pode sofrer limitações em virtude da preservação de outros valores, também de índole constitucional, mais especificamente em razão da necessidade de garantia da efetividade do processo[376].

Embora represente mitigação do princípio da ampla defesa, em especial do direito de presença, o interrogatório por videoconferência, técnica exigida pela necessidade de eficiência do processo, não atinge o seu núcleo essencial, pois o princípio da proporcionalidade viabiliza a compatibilização entre a ampla defesa e a efetividade, desde que haja o risco de comprometimento da eficiência do processo, como ensina Fábio Ramazzini Bechara:

> O que deve autorizar o uso da técnica, contudo, é o fundado receio de comprometimento da eficiência do processo, seja por razões de segurança ou ordem pública, seja porque o processo guarde certa complexidade e a participação à distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento. É evidente que não se pode presumir que em todo e qualquer processo haverá tal receio, da mesma forma que o uso da técnica não pode ser feito aleatoriamente.[377]

Pode-se afirmar, ainda, que o princípio da ampla defesa foi fortalecido com o conjunto das modificações determinadas pela Lei nº 10.792/2003 e mantidas pela Lei n.º 11.900/2009 em relação ao art. 185 do CPP.

---

[374] *ibidem*, p. 403. Art. 10, n. 9, da Convenção relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal entre Estados-Membros da União Européia, de 16 de outubro de 2001.
[375] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 403.
[376] BECHARA, Fábio Ramazzini. *op. cit.*, p. 221-222.
[376] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 402.
[377] BECHARA, Fábio Ramazzini. *op. cit.*, p. 223.

As alterações garantem que a qualificação e o interrogatório do acusado devem ocorrer na presença do seu defensor, bem como que, no caso de interrogatório no estabelecimento prisional, deve estar presente o defensor. Nos dois casos, o juiz deve garantir o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor e, além disso, o acusado deve ter ciência do inteiro teor da acusação, sem mencionar que a Lei nº 10.792/2003 adaptou o CPP ao princípio constitucional da não auto-incriminação ou *nemo tenetur se detegere*, mais especificamente ao direito constitucional ao silêncio, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal), retirando do art. 186 a possibilidade de interpretação do silêncio em prejuízo da defesa[378].

Nos termos do art. 186, *caput*, do CPP, o acusado, depois de qualificado e cientificado da acusação, deve ser informado pelo juiz, antes do interrogatório, do direito de permanecer em silêncio, que, por força do parágrafo único do mesmo artigo, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Assim, o interrogatório passou a ser mais um meio de defesa do que um meio de prova, o que é reforçado pelo art. 187, §2º, VIII, que prevê a indagação ao réu quanto à existência de algo mais a ser alegado em sua defesa.

Embora seja assegurado ao réu o direito ao silêncio e inclusive o de mentir[379], não se lhe assegura, contudo, o direito de dizer qualquer coisa, pois a eventual prática de crime em virtude de suas afirmações não poderia deixar de ensejar sua responsabilização, como por exemplo, em um eventual crime de denunciação caluniosa ou autoacusação falsa[380].

No que se refere ao depoimento das testemunhas, peritos e ofendido, é preciso destacar as inovações representadas pela possibilidade de sua inquirição direta pelas partes e pela possibilidade de realização de suas audiências por meio de videoconferência, como decorrência das alterações promovidas nos artigos 212, 217 e 473, *caput*, do CPP, pelas Leis n. 11.690/2008 e 11.689/2008.

Testemunha é qualquer pessoa com capacidade física para depor e estranha ao processo, para o qual é chamada para declarar sobre fato percebido por seus sentidos e relativo à causa[381]. Pode ser conceituada ainda como "a pessoa que tem conhecimento do fato por tê-lo assistido ou tido participação de acontecimento dele derivado"[382]. A prova testemunhal possui as características da oralidade, objetividade, retrospectividade e imediação judicial[383].

---

[378] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 404. FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 778-779.
[379] *ibidem*, p. 405.
[380] MOSSIN, Antônio Heráclito. *op. cit.*, p. 332.
[381] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 783.
[382] MOSSIN, Antônio Heráclito. *op. cit.*, p. 341.
[383] NICOLITT, André Luiz. *op. cit.*, p. 410-411.

Como regra geral, o depoimento da testemunha deve ser colhido oralmente[384]. Além disso, a testemunha não pode manifestar suas opiniões, salvo quando não houver como separá-las da narrativa do fato, sendo certo que o depoimento versa sobre fatos pretéritos. Finalmente, a testemunha presta seu depoimento perante a autoridade judiciária, ou seja, sua narrativa é colhida em juízo pelo juiz, que é o destinatário da prova testemunhal.

Antes da reforma ocorrida em 2008, por interpretação sistemática "a doutrina e a jurisprudência majoritária já admitiam que, no plenário do júri, as partes reinquirissem diretamente a testemunha, sem intermediação do juiz (art. 467 do CPP)"[385].

Com a reforma processual, os artigos 212 e 473, *caput*, do CPP passaram a prever a inquirição direta das testemunhas pelas partes, em substituição ao sistema anterior, em que as perguntas eram formuladas para o juiz, que as reperguntava para a testemunha, indeferindo aquelas não relacionadas ao processo ou que consistissem em repetição de outra já respondida, como ensina Denilson Feitoza:

> com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/2008 ao art. 212 e pela Lei nº 11.689/2008 ao art. 473, caput, do CPP, o sistema passou a ser semelhante ao cross examination ("exame cruzado") do processo penal estadunidense, uma vez que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha.
> O juiz passa a acompanhar as inquirições feitas diretamente pelas partes, não admitindo aquelas perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.[386]

O sistema de inquirição direta pelas partes passou a ser, pois, a regra geral do processo penal.

Poder-se-ia dizer que a reforma processual penal que implicou na alteração dos artigos 212 e 473, caput, do CPP, teria afastado a característica da imediação judicial em relação à prova testemunhal ao prever a inquirição direta das testemunhas pelas partes. Contudo, a imediação judicial permanece, pois a produção da prova testemunhal continua a ocorrer perante o julgador, destinatário da prova.

Ainda em relação à prova testemunhal, é importante deixar assentado que sua produção deve ter lugar, como regra geral, no foro da causa, ou mais especificamente, no prédio em que estiver funcionando o órgão jurisdicional, conforme previsto no art. 792, *caput,* do CPP[387].

Somente por exceção se deve admitir a produção da prova testemunhal em local diverso daquele onde se encontra o seu destinatário, ou seja, apenas quando a testemunha for pessoa

[384] MOSSIN, Heráclito Antônio. *op. cit.*, p. 347.
[385] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 783-4.
[386] *ibidem*, p. 784.
[387] MOSSIN, Heráclito Antônio. *op. cit.*, p. 354.

impossibilitada de locomoção por enfermidade ou velhice; quando se tratar de autoridade que detenha a prerrogativa de ajustar o lugar, dia e horário para ser ouvida; quando a testemunha estiver em outro país, caso em que será ouvida por carta rogatória; quando, apesar de se encontrar no Brasil, a testemunha for domiciliada em foro diverso daquele do juiz; ou, finalmente, quando for o caso de inquirição por videoconferência[388].

A previsão de utilização do sistema de videoconferência como meio para inquirição de testemunhas e ofendidos passou a constar da legislação processual penal somente com a edição da Lei nº 11.690/2008[389], que alterou a redação do art. 217 do CPP, *in verbis*:

> Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.
> Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.

No entanto, o instituto já se encontrava incorporado ao direito brasileiro por força da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional ou Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto 5.015/2004, e por força da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687/2006.

Pela sua relevância em relação ao tema da inquirição de testemunhas, peritos e vítimas, merecem ser transcritos os artigos 18 e 24 da Convenção de Palermo:

> Artigo 18
> Assistência judiciária recíproca
> [...]
> 18. Se for possível e em conformidade com os princípios fundamentais do direito interno, quando uma pessoa que se encontre no território de um Estado Parte deva ser ouvida como testemunha ou como perito pelas autoridades judiciais de outro Estado Parte, o primeiro Estado Parte poderá, a pedido do outro, autorizar a sua audição por videoconferência, se não for possível ou desejável que a pessoa compareça no território do Estado Parte requerente. Os Estados Partes poderão acordar em que a audição seja conduzida por uma autoridade judicial do Estado Parte requerente e que a ela assista uma autoridade judicial do Estado Parte requerido."
> "Artigo 24
> Proteção das testemunhas
> 1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas.
> 2. Sem prejuízo dos direitos do argüido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão incluir, entre outras:

[388] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 789.
[389] *ibidem*, p. 789.

> a) omissis;
> b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.
> 3. omissis
> 4. As disposições do presente Artigo aplicam-se igualmente às vítimas, quando forem testemunhas.[390]

Já a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687/2006, assim dispõe em seus artigos 32 e 46:

> Artigo 32
> Proteção a testemunhas, peritos e vítimas
> 1. Cada Estado Participante adotará medidas apropriadas, em conformidade com seu ordenamento jurídico interno e dentro de suas possibilidades, para proteger de maneira eficaz contra eventuais atos de represália ou intimidação as testemunhas e peritos que prestem testemunho sobre os delitos qualificados de acordo com a presente Convenção, assim como, quando proceder, a seus familiares e demais pessoas próximas.
> 2. As medidas previstas no parágrafo 1 do presente artigo poderão consistir, entre outras, sem prejuízo dos direitos do acusado e incluindo o direito de garantias processuais, em:
> a) Estabelecer procedimentos para a proteção físicas dessas pessoas, incluída, na medida do necessário e do possível, sua remoção, e permitir, quando proceder, à proibição total ou parcial de revelar informação sobre sua identidade e paradeiro;
> b) Estabelecer normas probatórias que permitam que as testemunhas e peritos prestem testemunho sem pôr em perigo a segurança dessas pessoas, por exemplo, aceitando o testemunho mediante tecnologias de comunicação como a videoconferência ou outros meios adequados.
> Os Estados Participantes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados com outros Estados para a remoção das pessoas mencionadas no parágrafo 1 do presente artigo.
> As disposições do presente artigo se aplicarão também às vítimas na medida em que sejam testemunhas.
> Cada Estado Participante permitirá, com sujeição a sua legislação interna, que se apresentem e considerem as opiniões e preocupações das vítimas em etapas apropriadas das ações penais contra os criminosos sem menosprezar os direitos de defesa.
> Artigo 46
> Assistência judicial recíproca
> 1. Os Estados Participantes prestar-se-ão a mais ampla assistência judicial recíproca relativa a investigações, processos e ações judiciais relacionados com os delitos compreendidos na presente Convenção.
> 18. Sempre quando for possível e compatível com os princípios fundamentais da legislação interna, quando uma pessoa se encontre no território de um Estado Participante e tenha que prestar declaração como testemunha ou perito ante autoridades judiciais de outro Estado Participante, o primeiro Estado Participante, ante solicitação do outro, poderá permitir que a audiência se celebre por videoconferência se não for possível ou conveniente que a pessoa em questão compareça pessoalmente ao território do Estado Participante requerente. Os Estados Participantes poderão combinar que a audiência fique a cargo de uma autoridade judicial do Estado Participante requerente e que seja assistida por uma autoridade judicial do Estado Participante requerido.[391]

Finalmente, cumpre mencionar que o art. 222, §3º, do CPP, acrescido pela Lei nº 11.900/2009, autoriza a utilização da videoconferência em substituição à carta precatória, nos seguintes termos:

---

[390] Disponível em http://www.onu-brasil.org.br. Acessado em 01/12/2010.
[391] Disponível em http://www.onu-brasil.org.br. Acessado em 01/12/2010.

> Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.
> § 1º omissis
> § 2º omissis
> § 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Em relação à oitiva das testemunhas, peritos e vítimas, não há grandes questionamentos quanto à constitucionalidade da utilização da videoconferência, uma vez que as partes devem ser intimadas para acompanhar a produção da prova, em respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, cabendo a aplicação, com as devidas adaptações, do mesmo raciocínio relativo ao interrogatório por videoconferência, no que se refere aos princípios constitucionais acusatório, da ampla defesa, do contraditório, da duração razoável do processo, da celeridade, do juiz natural e da proporcionalidade, bem como aos princípios legais da oralidade, da imediação e da identidade física do juiz[392].

Não se pode deixar de comentar, finalmente, que outros diplomas legais, tais como a Lei dos Juizados Especiais Federais e a Lei n. 11.419/06, contêm previsão da prática de atos processuais por videoconferência, como esclarece Thiago André Pierobom de Ávila:

> A Lei n. 10.259/01, art. 14, § 3º, permite que, na realização de sessão de julgamento das Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, os juízes se reúnam por meio eletrônico (tele-sessão). A Lei n. 11.419/06 permitiu a criação do processo judicial eletrônico (ou virtual), no qual a prática de atos processuais é feita mediante um sistema eletrônico de postulação e tramitação processual e, apesar de não disciplinar explicitamente o uso da videoconferência, sinaliza para um novo paradigma de atuação judicial mais aberto aos novos ares de modernidade. Especificamente no CPP, a primeira previsão legal de um ato processual realizado por videoconferência foi introduzida com a Lei n. 11.689/08, que alterou o art. 217 do CPP e estabeleceu que, caso a presença do réu na sala de audiências gere constrangimento à vítima ou testemunha, de forma que prejudique a verdade do depoimento, o juiz poderá ordenar que a testemunha saia do recinto e seu depoimento seja colhido por videoconferência, de forma que o réu possa permanecer na sala de audiências e participar do ato processual.[393]

Como se viu, assim como se dá nas demais áreas do conhecimento humano, o processo penal também vem sendo forçado a incorporar os avanços tecnológicos, de forma a não se tornar antecipadamente obsoleto. A previsão da videoconferência como mecanismo para o interrogatório do réu, assim como para a inquirição de testemunhas, peritos e ofendidos, representa uma oportunidade de incorporar o progresso tecnológico aos ritos do processo penal.

---

[392] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 791.
[393] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12197, acessado em 17/11/2009, às 10:00h.

Contudo, embora a videoconferência tenha o mérito de contribuir para a celeridade, a prática dos atos processuais à distância deve, necessariamente, observar os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório, publicidade, dentre outros.

A Degravação dos Depoimentos e do Interrogatório e a Questão Recursal

Importante questão relacionada à utilização das novas tecnologias no processo penal diz respeito à necessidade de degravação dos atos processuais realizados por meio da videoconferência ou dos registros em meio magnético, audiovisual ou digital, relativos aos depoimentos de testemunhas, declarações do ofendido e interrogatório do acusado, nomeadamente para o fim de apreciação de eventual recurso pela instância superior.

O art. 405 do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.719/2008, introduziu modificação consentânea com a sociedade da informação ao estabelecer preferência em favor dos registros dos atos processuais por meios capazes de assegurar maior fidelidade ao que efetivamente ocorreu em audiência, fazendo-o nos seguintes termos:

> Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.
> § 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.
> § 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

No rito do júri, a Lei nº 11.689/2008, ao modificar a redação do art. 475 do CPP, também permitiu naquele procedimento especial o registro de depoimentos e do interrogatório por meio magnético, eletrônico ou audiovisual:

> Art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.
> Parágrafo único. A transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos.

A interpretação literal do no artigo 475 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n° 11.689/08, levaria à conclusão de que é imprescindível a transcrição de toda a prova colhida em meio digital ou audiovisual (CD ou DVD), pois somente assim seria possível uma melhor análise da prova oral, especialmente em grau de recurso. Por outro lado, também se mostra plausível a interpretação do dispositivo no sentido de que a obrigatoriedade de transcrição seria uma decorrência da aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa,

que não poderiam ser desprezados em razão do progresso da técnica e em nome da celeridade processual.

Contudo, a regra contida no parágrafo único do art. 475 do CPP, que estabelece a obrigatoriedade de juntada aos autos da transcrição do registro após a degravação, deve ser interpretada de forma a se exigir a transcrição somente na impossibilidade de fornecimento de cópia do material para as partes, sob pena de se tornar inútil a previsão do *caput*, destinada a conferir celeridade ao processo, que certamente será comprometida pelo tempo necessário para a degravação. A interpretação do referido dispositivo deve levar em conta, ainda, o disposto no art. 405, §2º, do mesmo Código, aplicável subsidiariamente ao rito do júri, e que determina o fornecimento às partes de cópia do registro original, quando efetuado em meio audiovisual.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso ordinário em habeas corpus, já chegou a rejeitar a alegação de nulidade pela falta de transcrição das gravações realizadas em audiência, nos seguintes termos:

> 1. A integralidade das gravações dos depoimentos prestados em audiência de instrução criminal foi disponibilizada ao paciente mediante cópia de CD-ROM (reprodução de som e imagem), motivo por que não há falar em constrangimento ilegal pela falta de degravação e juntada aos autos das respectivas transcrições.
> 2. Em tema de nulidades vige o princípio pás de nullité sans grief (art. 563 do CPP), cabendo ao interessado demonstrar objetivamente o prejuízo suportado pelo ato que aponta como processualmente inválido. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. [394]

De toda sorte, a forma pela qual se efetiva o registro não pode inviabilizar o contraditório e a plenitude de defesa, como no caso de não se entregar de imediato às partes a gravação, hipótese na qual pode haver prejuízo para a parte que pretender interpor apelação[395].

Ora, a possibilidade de se efetuar o registro dos atos processuais em meio magnético, eletrônico ou digital, foi criada com o objetivo de tornar mais ágil a audiência, evitando-se a demora provocada pela necessidade de se ditar as respostas da testemunha, ofendido ou interrogado, para registro em meio físico.

Contudo, que tem ocorrido na prática é a repetição de um trabalho já realizado, pois alguns Tribunais passaram a exigir a transcrição do conteúdo do ato praticado, para suprir a necessidade do órgão *ad quem* quanto à consulta aos depoimentos e interrogatórios realizados na audiência ou na sessão do júri, para fins de apreciação do recurso.

---

[394] STJ, 6ª Turma, RHC 20539/PR, Rel. Min. Og Fernandes, j. 17/09/2009, DJe, 13/10/2009, v.u., *apud* FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 521.
[395] FEITOZA, Denilson. *op. cit.*, p. 560.

No Estado de São Paulo, por exemplo, por meio do Provimento n° 886/04, do Conselho Superior da Magistratura, e do Provimento n° 23/04, da Corregedoria Geral da Justiça, o Tribunal de Justiça exigia que o juiz de primeiro grau providenciasse a degravação da transcrição da prova oral colhida por meio de mídia digital, sempre que houvesse recurso da sentença.

No entendimento do Tribunal, somente no caso de remessa de cópia do registro às partes, na forma do artigo 405, § 2º, do CPP, não haveria necessidade da respectiva transcrição e, uma vez interposto recurso de apelação, a transcrição seria indispensável, pois a Lei n° 11.419/06, ao alterar o artigo 417, § 1º, do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo penal, estabeleceu que "o depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz determinar, de oficio ou a requerimento da parte."

Ainda no âmbito do Estado de São Paulo, pode-se mencionar o Comunicado CG n° 381/2009, da Corregedoria Geral de Justiça, emitido nos autos do Processo 2008/111232 - Capital, por meio do qual se "RECOMENDA aos Meritíssimos Juízes Criminais que, havendo registro por meio audiovisual na instrução do processo criminal, observem a necessidade de ser realizada a transcrição da prova assim colhida quando houver recurso da sentença."

Na linha contrária ao entendimento esposado pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução n. 105/2010, que, em última análise, veda ao Tribunal exigir do juiz de primeiro grau a degravação, cabendo ao próprio membro do órgão *ad quem* determinar que seu gabinete faça a degravação, com fundamento na previsão do art. 405, § 2º, do Código de Processo Penal, no sentido da dispensa de transcrição dos depoimentos, quando documentados pelo sistema audiovisual.

A Resolução n. 105/2010, editada pelo CNJ com o objetivo de eliminar dúvidas sobre a aplicação prática da videoconferência no interrogatório do acusado e na inquirição das testemunhas, além de buscar evitar questionamentos sobre a sua legitimidade, dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e também sobre a realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência.

A Resolução determinou, ainda, a todos os Tribunais o desenvolvimento de um sistema eletrônico para armazenamento dos depoimentos documentados por meio do sistema eletrônico audiovisual.

Neste ponto, é importante tecer algumas considerações sobre a questão do grau de vinculação das Resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, que, nos termos do art. 103-B, §4º, da Constituição Federal, é órgão responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, dentre outras funções.

Em várias oportunidades, especialmente por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.367, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de assentar que o Conselho Nacional de Justiça constitui órgão interno do Poder Judiciário, de natureza meramente administrativa, não dispondo de atribuições institucionais que lhe permitam exercer fiscalização da atividade jurisdicional dos magistrados e Tribunais, devendo estar a sua atuação limitada ao controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura, inexistindo em virtude de sua atividade qualquer violação aos princípios constitucionais da separação dos poderes e federativo[396]. É certo também que o Conselho Nacional de Justiça não se encontra em posição hierarquicamente superior à do Supremo Tribunal Federal, que permanece como órgão máximo do Poder Judiciário e com competência para o controle jurisdicional de seus atos e decisões.

Como se infere da redação dos incisos I e II do §4º do art. 103-B, o Conselho Nacional de Justiça pode expedir atos regulamentares, desconstituir ou rever atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário. Não lhe é possível, portanto, inovar no mundo jurídico, criando obrigações não previstas em lei, ou mesmo rever atos praticados no exercício da jurisdição:

> Incompetência absoluta do CNJ, não obstante órgão de controle interno do Poder Judiciário, para intervir em processos de natureza jurisdicional. Impossibilidade constitucional de o CNJ (que se qualifica como órgão de caráter eminentemente administrativo) fiscalizar, reexaminar e suspender os efeitos decorrentes de ato de conteúdo jurisdicional, como aquele que concede mandado de segurança. Precedentes do STF. Magistério da doutrina. [397].

Resta claro, destarte, que os atos e decisões do Conselho Nacional de Justiça devem se restringir ao exercício do poder regulamentar, já que, na qualidade de mero órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar, a sua atuação não pode se afastar dos limites traçados pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, vedada a inovação na ordem normativa. Como consequência dessa limitação, os atos e decisões do Conselho Nacional de Justiça estão sujeitos ao controle jurisdicional quanto à sua legalidade e constitucionalidade. Não há dúvida de quanto à viabilidade do controle difuso de constitucionalidade dos atos do CNJ, ao passo que a possibilidade de controle concentrado somente se justifica quando a regulamentação editada implicar em ofensa ao princípio constitucional da reserva legal ou invasão de competência legislativa de uma das unidades federativas, ou seja, quando se tratar de situação análoga à do decreto autônomo, em relação ao qual o Supremo Tribunal Federal já afirmou a possibilidade de

[396] STF, ADIn 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 13-4-2005, DJ de 22-9-2006. STF, MS 27.148, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 20-5-2010, DJE de 26-5-2010. STF, MS 28.611-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 8-6-2010, DJE de 14-6-2010. ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 20-8-2008, Plenário, DJE de 18-12-2009.

[397] STF, MS 28.611-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 8-6-2010, DJE de 14-6-2010.

controle concentrado de constitucionalidade[398]. Também se poderia cogitar de controle concentrado em relação aos atos e resoluções do CNJ por analogia às resoluções e deliberações administrativas dos tribunais, em relação às quais o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido do cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que estes atos podem assumir o caráter de atos normativos, dados os seus termos e a extensão de seus efeitos[399].

No caso específico da Resolução n. 105 do CNJ, parece não haver inconstitucionalidade, na medida em que seus dispositivos apenas reforçam e regulamentam o que já se encontra previsto em lei, mais especificamente, nos artigos 405 e 475 do Código de Processo Penal, exigindo que os Tribunais realizem as adaptações de caráter técnico indispensáveis à implementação do sistema de registro em meio audiovisual.

As alterações empreendidas no sentido da desnecessidade de transcrição da gravação para o papel são extremamente necessárias para a celeridade da prestação jurisdicional e, em última análise, para a sua efetividade, pois a degravação vai justamente de encontro à pretendida agilização dos processos, provocando morosidade, o que, por sua vez, gera o sentimento de impunidade e contribui para a negação da justiça social.

Por sua 5ª Turma, o Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento no sentido de que o registro em meio audiovisual está em consonância com o princípio da razoável duração do processo, como se verifica a partir das seguintes ementas:

> HABEAS CORPUS. NARCOTRÁFICO. PRISÃO EM FLAGRANTE EM 14.02.09. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA: 5 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. APELAÇÃO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. DEGRAVAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO GRAVADA EM MEIO AUDIOVISUAL. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DA APELAÇÃO NÃO CONFIGURADO (1 ANO). PARECER MINISTERIAL PELO NÃO CONHECIMENTO OU PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, COM RECOMENDAÇÃO AO EGRÉGIO TRIBUNAL A QUO DE CELERIDADE NO JULGAMENTO DO RECURSO.
> 1. A conversão do julgamento da Apelação em diligência para que a primeira instância providencie a degravação de conteúdo registrado em meio audiovisual contraria frontalmente o art. 405, § 2o. do CPP, assim como o princípio da razoável duração do processo. Precedentes do STJ.
> 2. Embora a conversão do julgamento em diligência tenha causado certo retardamento, não configura excesso de prazo o transcurso de pouco mais de 1 ano para o julgamento do Recurso de Apelação, presente, in casu, o princípio da razoabilidade.
> 3. Parecer ministerial pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem.
> 4. Ordem denegada, com recomendação ao egrégio Tribunal a quo de celeridade no julgamento do recurso.[400]

---

[398] BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 29, *apud* MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 205.

[399] MORAES, Guilherme Peña. *op. cit.*, p. 206. STF, ADIn n. 577, Rel. Min. Octavio Gallotti, Julgamento em 25/10/1995, DJU 08/03/1996; STF, ADIn n. 2.958, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento em 28/08/2003, DJU 03/10/2003.

[400] STJ, 5ª Turma, HC 161506 / SP, 2010/0020385-9, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data do Julgamento 25/11/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 13/12/2010

> HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. MEIO AUDIOVISUAL. CONVERSÃO DE APELAÇÃO EM DILIGÊNCIA. ILEGALIDADE. EXCESSO DE PRAZO NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> I - A conversão do julgamento de apelação em diligência para que a primeira instância providencie a degravação de conteúdo registrado em meio audiovisual contraria frontalmente o art. 405, § 2º, do Código de Processo Penal, assim como o princípio da razoável duração do processo. Precedente.
> II - O eventual retardamento no julgamento da apelação só configura constrangimento ilegal se o cumprimento da pena mostrar-se desarrazoado em relação ao dispositivo da sentença. Inocorrência no caso em tela, impossibilitando a soltura do paciente.
> III - Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do relator.[401].

> HABEAS CORPUS . PROCESSUAL PENAL. ROUBO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. GRAVAÇÃO EM MEIO AUDIOVISUAL (DVD). APELAÇÃO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. DEGRAVAÇÃO. PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO.
> 1. O art. 405 do Código de Processo Penal, com a redação atribuída pela Lei n.º 11.719/2008, ao possibilitar o registro da audiência de instrução em meio audiovisual, não só acelerou o andamento dos trabalhos, tendo em vista a desnecessidade da redução, a termo, dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas, mas, também, possibilitou um registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez da simples escrita.
> 2. A busca da celeridade na prestação jurisdicional é hoje imperativo constitucional, consubstanciado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, o qual estabelece que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
> 3. A decisão impetrada, ao converter o julgamento da apelação em diligência e determinar o retorno dos autos à Vara de origem, para que fosse feita a degravação e a transcrição dos depoimentos das testemunhas e do interrogatório dos acusados, registrados em meio audiovisual, não se alinhou ao espírito da referida norma constitucional.
> 4. A ordem de degravação, embora tenha aumentado o iter processual, não gerou prejuízo para o Paciente, sem o qual não se declara nulidade, segundo o princípio do "pas de nullité sans grief", positivado no direito brasileiro pelo art. 563 do Código de Processo Penal.
> 5. Não obstante a demora no julgamento da apelação, causada pela ordem de degravação, na hipótese concreta, o processo em primeiro grau teve tramitação célere, pelo que o tempo total da prisão cautelar, iniciada em 31 de julho de 2008, não fere os limites da razoabilidade, não havendo motivo a autorizar a concessão da liberdade aos Pacientes.
> 6. Ordem denegada, com recomendação de urgência no julgamento do recurso. [402]

Por outro lado, não há como desconsiderar o problema relativo à insuficiência da instrução dos autos no que se refere aos votos dos vogais nos órgãos colegiados. Sem a transcrição, a tarefa dos vogais no julgamento fica dificultada, pois a eles não será possível valorar a prova oral colhida, sob pena de se inviabilizar a própria sessão de julgamento, e o mais grave, neste aspecto, é que se está diante do último momento para o debate da prova, já que não se admite nova valoração da prova em sede de Recurso Especial ou de Recurso Extraordinário.

Desta forma, não se revela absurdo que alguns pretendam exigir a transcrição da prova oral registrada em meio audiovisual ou em mídia digital, pois de alguma forma ela contribui para facilitar a tarefa do julgador e para a busca da verdade processual, cabendo discutir se a utilização

[401] 5ª Turma, HC 172840/SP, 2010/0088882-0, Rel. Min. Gilson Dipp, Data do Julgamento 19/10/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 03/11/2010.
[402] STJ, 5ª Turma, HC 153.423, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 26.04.10

de tal tecnologia deve ser limitada somente aos casos de atos processuais praticados à distância ou se deve ser aplicada indistintamente em todos os casos, gerando uma nova demanda a ser suprida pela área administrativa do Poder Judiciário, que sabidamente constitui um gargalo na prestação jurisdicional.

No caminho para a determinação do alcance da norma em questão, mostra-se indispensável lançar mão da hermenêutica constitucional, pois a celeridade obtida com da utilização de novos recursos tecnológicos certamente encontra limites nos direitos e garantias conferidos ao acusado, especialmente a ampla defesa, que restaria comprometida na fase recursal em virtude da inexistência de transcrição dos depoimentos e do interrogatório.

Ganham destaque neste ponto a aplicação de dois princípios específicos de interpretação constitucional, quais sejam, o da interpretação conforme a constituição, pelo qual a dúvida em relação à constitucionalidade deve ser resolvida em favor de sua conservação, e o da razoabilidade, por meio do qual a validade do ato deve ser aferida à luz da adequação, ncecessidade e proporcionalidade.

Mediante a aplicação do primeiro, conclui-se que a invalidade das normas contidas nos artigos 405 e 475 do CPP não apresentam invalidade manifesta nem inequívoca, sendo perfeitamente viável estabelecer um alcance compatível com a preservação do direito à ampla defesa.

Já em relação à razoabilidade, a medida deve ser adequada ao fim pretendido, ou seja, deve haver correlação lógica entre motivos, meios e fins. É precisamente o que ocorre com as normas que estabelecem, como regra geral, o registro dos depoimentos e do interrogatório em meio audiovisual, sem a necessidade de transcrição, pois o meio escolhido se mostra adequado ao fim de obter a celeridade no julgamento e, consequentemente, no processo.

A medida também se afigura necessária, pois não existe a disponibilidade de meio menos gravoso para suprimir o tempo necessário à digitação das respostas das testemunhas, do ofendido e do acusado.

Finalmente, o juízo de ponderação entre o encargo imposto às partes e o benefício para as mesmas partes e para a sociedade, representado pela redução do tempo necessário para o julgamento, demonstra haver proporcionalidade (em sentido estrito) em relação ao direito fundamental envolvido (ampla defesa), especialmente quando se verifica que a interpretação dada à norma pelo Conselho Nacional de Justiça confere aos membros do órgão *ad quem* a possibilidade de providenciar a degravação dos registros, desonerando a primeira instância de um retrabalho que tornaria inútil a própria gravação dos depoimentos e do interrogatório.

É bem verdade que a transcrição dos registros na segunda instância acaba por transferir para lá o gargalo na prestação jurisdicional, já que a tendência natural se dá no sentido do membro do tribunal querer consultar a transcrição e não o próprio registro, especialmente na sessão de julgamento, quando não há tempo hábil para a consulta ao registro audiovisual. No entanto, nem sempre o recurso terá por objeto a totalidade dos depoimentos, sendo razoável crer que o número de feitos com necessidade de transcrição não será superior ao daqueles em que esta não será realizada.

Efetividade da jurisdição criminal como direito fundamental

O direito fundamental à efetividade da jurisdição está hoje consagrado no art. 5º, XXXV, c/c LXXVIII da Constituição Federal, sendo que o último inciso foi acrescentado ao art. 5º pela Emenda Constitucional n. 45/2004, e como se demonstrará a seguir, a efetividade da prestação jurisdicional constitui exigência também aplicável no âmbito do processo penal.

Com a introdução do inciso LXXVIII no art. 5º, a Constituição Federal elevou o direito à razoável duração do processo à categoria de direito fundamental. A previsão desse novo direito fundamental decorreu da compreensão de que a tutela jurisdicional deve abranger principalmente o direito a uma tutela adequada e efetiva, devendo ser prestada ao jurisdicionado de uma forma tempestiva.

No sentido de que a prestação jurisdicional eficaz e efetiva constitui uma garantia fundamental do cidadão, esclarece Teori Albino Zavascki:

> O direito fundamental à efetividade do processo - que denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.[403]

Como exemplos do reflexo da tendência contemporânea à busca de uma maior eficiência do processo podem ser mencionados a previsão constitucional do princípio da duração razoável do processo ou celeridade processual, a previsão legal do interrogatório por videoconferência e a informatização do processo por força da Lei n. 11.419/2006, que inaugurou uma nova fase da

[403] Revista de Informação Legislativa, v. 31, n. 122, p. 291/296.

evolução do sistema processual brasileiro, a do processo judicial telemático, aplicável no que for compatível ao processo penal, por força do art. 3º do Código de Processo Penal[404].

Dentre outras alterações procedidas pela Emenda Constitucional 45/2004, no sentido de se alcançar a efetividade processual, Christiany Pergorari Conte ainda menciona:

> ...o estabelecimento do "critério da proporcionalidade em relação à população e à demanda judicial da área (art. 93, inciso XIII, da CF/88), a distribuição imediata dos processos (art. 93, inciso XV, da CF/88), a atividade jurisdicional ininterrupta nos juízos e tribunais de segundo grau (art. 93, inciso XII, da CF/88), a unificação dos Tribunais de Justiça Estaduais, através da extinção dos Tribunais de Alçada...[405]

Mesmo antes da referência na Constituição Federal à razoável duração do processo e à celeridade, Luiz Guilherme Marinoni já defendia o direito à efetividade da prestação jurisdicional, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art.5°, XXXV, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito", tendo em vista que o direito à prestação jurisdicional efetiva seria uma decorrência da própria existência do direito material e também da proibição da autotutela[406].

Kazuo Watanabe, por sua vez, já defendia que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurava não só a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça, como também o acesso à ordem jurídica justa[407].

Na mesma linha, afirma Rodrigo da Cunha Lima Freire que "o disposto no inciso XXXV do art. 5º da CF é, ao mesmo tempo, fonte dos princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição"[408].

Por outro lado, a garantia do devido processo legal está intimamente ligada à de acesso à justiça, pois não implica apenas na observância dos princípios do juiz natural, contraditório e ampla defesa, mas também na garantia de uma sentença justa[409].

Para Konrad Hesse, em uma acepção ampla, a previsão dos direitos fundamentais tem por objetivo criar e manter os pressupostos elementares de uma vida em coletividade na qual

---

[404] CONTE, Christiany Pergorari. Efetividade do processo à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual na sociedade da informação. *In* GOUVEIA, Carlos Marcelo. HOFFMAN, Luiz Augusto A de Almeida. (Coordenadores). Atual panorama da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230 e 237.

[405] *ibidem*, p. 230.

[406] MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p.179-180.

[407] WATANABE, Kazuo. Tutela Antecipatória e Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer, *in* Reforma do CPC, p. 20, *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. 2004. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm. Acessado em 01/12/2010.

[408] FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na sociedade informacional. *In* PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O direito na sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 2007, p. 301.

[409] THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. 2004. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm. Acessado em 01/12/2010.

existe o respeito à liberdade e à dignidade humana. Na concepção normativa, os direitos fundamentais correspondem àqueles direitos assim qualificados pelo direito vigente[410].

No Brasil, a efetividade da jurisdição se caracteriza como um direito fundamental do ponto de vista normativo, tal como preconizado por Konrad Hesse, pois o próprio ordenamento constitucional o define como direito fundamental nos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º, tratando-se de reflexo da ideologia que permeia o texto constitucional, marcada pela ênfase na dignidade humana.

Assim, o direito à prestação jurisdicional efetiva constitui suporte imprescindível ao exercício da cidadania em sentido amplo e à própria dignidade da pessoa humana[411].

Para firmar a noção de eficiência, basta recorrer à lição de Giuseppe Chiovenda, no sentido de que "o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir"[412].

Para Marinoni, a efetividade dos demais direitos depende do direito à prestação jurisdicional e, por este motivo, o direito à prestação jurisdicional efetiva seria o mais importante dos direitos fundamentais, exatamente por construir o direito e fazer valer os próprios direitos[413].

Cintra, Grinover e Dinamarco mencionam as expressões acesso à justiça e acesso à ordem jurídica justa[414], enquanto Mauro Cappelletti e Bryant Garth fazem uso da expressão "acesso efetivo à justiça" em lugar da efetividade da prestação jurisdicional, destacando que o conceito ocupa "o ponto central da moderna processualística". Salientam ainda seu caráter de direito fundamental:

> De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. [415]

---

[410] HESSE, Konrad. Grundrechte, in Staatslexikon von Goeresgesellschaft, Bd. 2. 7. Auflage, 1986, *apud*, BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 514-515.

[411] DUARTE, Francisco Carlos, e Adriana Monclaro Grandinetti. Comentários à emenda constitucional 45/2004. Curitiba: Juruá, 2005, p.23, *apud* CARVALHO, Luciano Lucio de. Prestação jurisdicional efetiva: um direito fundamental. *In* Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI – Manaus, 15 a 18/11/2006. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Luciano%20Lucio%20de%20Carvalho.pdf. Acesso em 01/12/2010.

[412] CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 67.

[413] MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p.184-185.

[414] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 36.

[415] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 12-13, *apud* CARVALHO, Luciano Lucio de. *op. cit.*

Lembrando que a ideia de acesso à justiça evoluiu em paralelo à passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno, esclarece Humberto Theodoro Junior:

> No século XX, o coletivo ou social passou a ser a tônica da política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado, mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava de capitalista e liberal ou neoliberal. A política constitucional deixou, então, de atuar como simples tarefa de declarar direitos, tal como prevalecera nos séculos XVIII e XIX. As Cartas contemporâneas, refletindo a consciência social dominante, voltaram-se para a efetivação dos direitos fundamentais. Assumiu-se, dessa maneira, o encargo não só de defini-los e declará-los, mas também, e principalmente, de garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos. O Estado Social de Direito pôs-se a braços com a tarefa nova de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais.[416]

O processo, instrumento de atuação da tutela jurisdicional, teve de ser repensado, ganhando destaque sua função política no Estado Social de Direito. Passou a ser instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à jurisdição, que não pode estar dissociado da noção de uma tutela justa[417].

Para Cândido Rangel Dinamarco[418], a problemática da efetividade do processo está relacionada a quatro aspectos fundamentais, o primeiro é relativo à sua admissão em juízo, o segundo está relacionado ao seu modo de ser, enquanto o terceiro se relaciona aos critérios de julgamento e o último está ligado à questão da efetivação dos direitos. Contudo, lembra José da Silva Pacheco que:

> a ideia do acesso à justiça constitui a síntese de todo o pensamento instrumentalista e dos princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional; de modo que as garantias de ingresso em juízo, de contraditório, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes, todas elas visam o acesso à justiça. [419]

Nos termos empregados por José Roberto dos Santos Bedaque, "processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material"[420].

Ao mesmo tempo em que se configura a necessidade de reduzir a demora no fornecimento da tutela jurisdicional, é preciso também observar um mínimo de segurança. A celeridade é uma das garantias que integram o devido processo legal, mas não é a única. Assim, não pode haver efetividade sem contraditório e ampla defesa. Sobre a interação entre os

---

[416] THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. 2004. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm. Acessado em 01/12/2010.
[417] *idem*
[418] DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 303 e seg. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 36-37.
[419] PACHECO, José da Silva. Evolução do Processo Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 387.
[420] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 49.

conceitos de efetividade, celeridade e economia processual e o de acesso à justiça, vale recorrer ao magistério de José Roberto dos Santos Bedaque:

> Essa concepção de efetividade do processo atende ao princípio da economia processual, tal como definido pela doutrina alemã, que estabelece uma relação de adequação entre meios e fins. Representa a aplicação desse princípio o procedimento que possibilite alcançar os escopos da atividade jurisdicional com o máximo de eficácia e com o menor dispêndio de energia possível.
> Efetividade, celeridade e economia processual são importantíssimos princípios processuais relacionados diretamente com a promessa constitucional de acesso a justiça.[421]

A efetividade da jurisdição é conceito que não se compadece com o culto à forma dos atos processuais, que embora possua papel fundamental, relacionado às garantias da igualdade e do contraditório, existe apenas para assegurar o correto desenvolvimento da relação processual, devendo ser abandonado "sempre que conflitar com os objetivos do próprio ato, desde que isso não comprometa os outros valores também assegurados pela prévia descrição do modelo legal"[422]. A prevalência do fim sobre a forma é destacada pelo mesmo autor da seguinte forma:

> Se processo jurisdicional outra coisa não é senão meio ou método de solução de controvérsias, regulado de forma a possibilitar seu desenvolvimento seguro, sem dilações indevidas, bem como a garantir que as partes possam influir no resultado, fica evidente o predomínio do fim sobre a forma. Esta serve tão somente para proporcionar os resultados esperados.[423]

Processo é método estatal de solução de conflitos de interesses relacionados ao direito material. Sua regulamentação pelo legislador tem por objetivo permitir que esse instrumento alcance sua finalidade. O legislador cria, então, a técnica processual, que deve observar os princípios que regem o sistema processual. O conjunto de normas relativas ao procedimento corresponde à técnica processual.

A ação não pode mais ser concebida simplesmente como direito à sentença de mérito, pois este somente tem importância se o direito for realizado. Por esta razão o conceito deve ser ampliado para abranger o direito aos "meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito a efetividade em sentido estrito"[424].

---

[421] *ibidem*, p. 50.
[422] *ibidem*, p. 59.
[423] *ibidem*, p. 60.
[424] MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Revista de Direito Processual Civil 28/303 e SS, *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, p. 78.

José Roberto dos Santos Bedaque esclarece, por fim, que "a garantia à tutela jurisdicional efetiva é extraída, na verdade, do modelo constitucional de processo, destinado a assegurar instrumento équo e justo para a solução das controvérsias"[425].

É possível concluir, portanto, que o devido processo legal deve abranger um processo justo e efetivo. Para tanto, deve ser desenvolvido em tempo razoável, mas sem o sacrifício irrazoável do contraditório e da ampla defesa.

A tensão entre esses princípios é sentida com maior intensidade no campo processual penal, diante da possibilidade de imposição de penas restritivas de liberdade.

A interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais tendentes a assegurar a eficácia da prestação jurisdicional, não pode levar jamais a uma redução do núcleo essencial dos direitos fundamentais do acusado, mas também não pode deixar de considerar "as características da sociedade atual, pós-industrial, que tem como um dos principais efeitos o fenômeno da criminalidade organizada."[426]

Como destaca Fábio Ramazzini Bechara, a criminalidade organizada exige a criação de "recursos extraordinários de investigação, que por sua vez são mais restritivos a direitos fundamentais", surgindo a questão relativa aos limites de tais restrições, "a fim de evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais a pretexto da necessidade de se salvaguardar a eficiência na persecução".[427]

A criminalidade organizada gera um grau de perturbação diferenciado em relação ao provocado pela criminalidade comum, o que exige um maior rigor na punição dos criminosos e também um "tratamento processual especial e particularizado"[428]. Destarte, uma maior limitação das liberdades individuais encontra justificativa na necessidade de tutela do interesse coletivo.

Como recorda Fábio Ramazzini Bechara, a Constituição é sistema aberto de normas caracterizado pela coerência entre as inúmeras liberdades públicas, que comportam limitações de caráter excepcional, encontrando plena aplicação o princípio da razoabilidade para fins de conformação dessas liberdades[429], com a preservação do núcleo essencial de cada uma delas, consubstanciado na dignidade humana.

Como ensina José Carlos Barbosa Moreira, o processo penal efetivo é aquele apto a produzir um resultado o mais próximo possível daquele previsto pelo Direito Penal para a situação em exame, mas considerado o Direito Penal tal como ele é, e não aquele desejado no plano do

[425] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, p. 79.
[426] BECHARA, Fábio Ramazzini. Processo penal contemporâneo: interface entre eficiência e garantias – questões pontuais. In SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Processo penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 217.
[427] *ibidem*, p. 217.
[428] *ibidem*, p. 218.
[429] *ibidem*, p. 219.

ideal. A absolvição de um culpado pode ser tão contrária à efetividade do processo penal como o seria a condenação de um inocente e, para que se assegure a efetividade do processo penal, o importante não é a quantidade de condenações ou absolvições, mas sim que se condenem tantos quantos mereçam ser condenados[430].

Finalmente, é possível afirmar que a maior possibilidade de participação do ofendido, decorrente das recentes reformas ocorridas no Código de Processo Penal, constitui fator relevante na busca da verdade processual e, consequentemente, para a eficácia do processo e efetividade da jurisdição.

Historicamente, o tratamento conferido à vítima na persecução criminal e sua atuação no processo passaram por três fases, a da vingança privada, o período do esquecimento e, finalmente a redescoberta da vítima[431].

Na primeira fase destacou-se a Lei de Talião, prevista no Código de Hamurábi, no Código de Manu, no Pentateuco e na Lei das XII Tábuas em Roma. A Lei de Talião impôs limites à vingança privada, estabelecendo a proporcionalidade da vingança em relação à ofensa.

Foi um período de participação efetiva e de introdução da recompensa pecuniária. No escólio de Antonio Scarance Fernandes, citado por Alexandre Jean Daoun, a vítima no início:

> agia diretamente, ou com apoio de sua tribo, impondo punição ao ofensor e tomando seus bens. Depois, prevaleceu a justiça privada. A iniciativa da persecução dependia normalmente da vítima ou de seus parentes e o julgamento visava satisfazer seus interesses. Difundida amplamente a composição pecuniária como forma de substituição da pena, permitia ao autor do crime obter a sua paz pública e, em contrapartida, alcançava a vítima a reparação dos danos sofridos. Não havia ainda distinção clara entre o ilícito penal e o civil e, por isso, as punições de ordem pecuniária representavam ao mesmo tempo pena e reparação.[432]

Na Idade Média, a vítima caiu no esquecimento, na medida em que os procedimentos criminais e a aplicação das penas cabiam aos reis, senhores feudais e igreja. Com o fortalecimento das monarquias e o surgimento do Estado Moderno, o papel da vítima foi neutralizado, pois a prevalência do interesse público sobre o privado ensejou excessos, especialmente no que tange às penas corporais, dirigindo-se as preocupações ao tratamento dispensado ao réu. [433]

---

[430] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporâneas del proceso penal. Temas de Direito Processual (Sétima Série). São Paulo: Saraiva, 2001, p. 226.

[431] DAOUN, Alexandre Jean. A participação do ofendido na ação penal pública. Pontos controvertidos. *In* SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Processo Penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 22.

[432] FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15, *apud* DAOUN, Alexandre Jean. A participação do ofendido na ação penal pública. Pontos controvertidos. *In* SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Processo Penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 23.

[433] DAOUN, Alexandre Jean. A participação do ofendido na ação penal pública. Pontos controvertidos. *In* SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Processo Penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 23-24.

Somente no período do pós Segunda Guerra teve início o redescobrimento da vítima. Ainda segundo a lição de Antônio Scarance Fernandes:

> voltam-se as atenções para as vítimas de infrações penais, principalmente em virtude da escalada do crime e do vertiginoso crescimento da criminalidade violenta e da criminalidade organizada, mas também para as vítimas das violações dos direitos humanos por governos e organismos oficiais de maneira mais acentuada em relação às minorias aos mais desprotegidos (...). A vítima de delitos violentos ou de crime organizado também é objeto de preocupações, pois deve ser protegida, amparada, assistida não só em face dos males sofridos por ela e sua família, como também no que tange à sua segurança, por ser importante fonte de prova no processo. [434]

A ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos das Vítimas de Crime e de Abuso de Poder através da Resolução 40/34, em 29/11/1985. P. 24

Cabe observar que os dispositivos do Código Penal em que há menção às vítimas são, na verdade, voltados para o réu, sendo o benefício para a vítima apenas reflexo, como se dá, por exemplo, em relação à obrigação de reparar o dano como efeito da condenação, em relação ao ressarcimento até o início da ação penal como causa de diminuição de pena, bem como em relação à atenuante genérica consistente na reparação do dano[435].

A tendência internacional de valorização da vítima se refletiu no Brasil por meio do próprio art. 245 da Constituição Federal, que delega à lei o papel de disciplinar a assistência do poder público às vítimas carentes. Também são exemplos do progresso nesse sentido o estatuto do idoso (Lei n. 10.741/2003) e a Lei n. 9.099/95, que prevê maior participação da vítima, especialmente no acordo civil[436], estabelecendo o seguinte em seu art. 62:

> Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual, e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade.

A importância do papel do ofendido se reflete na própria figura do assistente de acusação do Ministério Público, cuja atuação não vai de encontro à privatividade da ação penal pública, prevista no art. 129, I, da Constituição Federal. E mais, seu interesse não está limitado à indenização decorrente da condenação criminal, mas também alcança a própria aplicação da justiça penal, tendo em vista o seu direito à dignidade humana. Na dicção do Supremo Tribunal

[434] *ibidem*, p. 24.
[435] *ibidem*, p. 25.
[436] *ibidem*, p. 25.

Federal, "o interesse do ofendido não está ligado somente à reparação do dano, alcança a exata aplicação da justiça penal"[437].

Em suma, o direito à dignidade humana não é titularizado de forma exclusiva pelo acusado, mas deve ser garantido pelo Estado a quem sofreu as consequências da conduta criminosa, ainda que por meio da assistência judiciária.

Nessa direção, a alteração promovida pela Lei n. 11.719/2008 no art. 387, IV, do CPP, contribuiu para a garantia da dignidade humana do ofendido, na medida em que a sentença penal deve fixar desde logo o valor mínimo para a reparação civil dos danos causados pela infração.

A atuação probatória do ofendido foi ressaltada também pelo art. 201, *caput*, do CPP, na redação dada pela Lei nº 11.690/2008, na medida em a ele deverão ser formuladas perguntas quanto às provas que possa indicar, por ocasião da tomada de suas declarações.

Os §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo, incluídos pela Lei nº 11.690/2008, preveem a comunicação ao ofendido quanto aos "atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem", além de admitirem, "por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico".

Finalmente, a redescoberta da vítima no processo penal se reflete também na preocupação quanto à sua necessidade de assistência, bem como quanto à sua intimidade, honra e imagem, como se infere dos §§ 4º a 6º do art. 201 do CPP, todos incluídos pela Lei nº 11.690/2008, *in verbis*:

> § 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.
> § 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.
> § 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

A previsão legal do interrogatório por videoconferência, da inquirição de testemunhas, peritos e do ofendido por esse meio, a incorporação do princípio da vedação das provas ilícitas ao texto do CPP, bem como as alterações procedimentais referidas no item 3.2, tais como a previsão expressa do princípio da identidade física do juiz, a inquirição direta das testemunhas pelas partes, os registros dos depoimentos e do interrogatório em meio áudio visual, as alterações relativas à absolvição sumária, à quesitação no rito do júri, além da própria participação do ofendido,

[437] *ibidem*, p. 29-30.

representam reflexos da tendência contemporânea à busca da efetividade da jurisdição, sendo correto afirmar que as controvérsias relacionadas à aplicação dos novos institutos revelam a própria tensão entre os direitos fundamentais em jogo.

CAPÍTULO IV – Conclusões

Como restou consignado no Capitulo I, o direito processual evoluiu até a fase atual, em que se acentua o caráter instrumental do processo, no sentido da busca por objetivos de natureza política, jurídica e social. Também se procurou estabelecer o contexto histórico em que se coloca essa tendência, apontando o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico de diversos países e por documentos de direito internacional quanto aos principais aspectos relacionados à efetividade da jurisdição e à garantia da ampla defesa, neste ponto incluída a questão relativa à vedação das provas ilícitas.

No Capítulo II, após uma breve explanação sobre o papel dos direitos fundamentais e sobre os mecanismos de interpretação constitucional aplicáveis à conformação dos princípios constitucionais, concluiu-se que o princípio da dignidade humana constitui a espinha dorsal do sistema constitucional brasileiro, sendo ele o responsável pela sua unidade sistêmica.

No Capítulo III, procurou-se analisar em que medida o momento histórico contemporâneo ditou uma alteração da perspectiva de análise dos conceitos de jurisdição, ação, defesa e processo, firmando-se o caráter garantista do processo e a necessidade de realização dos valores constitucionais por meio da jurisdição.

A análise principiológica do atual sistema processual penal brasileiro revelou, portanto, a ênfase conferida à dignidade da pessoa humana, à perspectiva instrumental garantista do processo penal, à proporcionalidade e à celeridade processual. Demonstrou-se, ainda, que os princípios do processo penal devem se conformar aos direitos e garantias fundamentais e, mais especificamente, ao superprincípio da dignidade humana, uma vez que este representa o ápice da escala axiológica de valores insculpida na Constituição de 1988.

Ainda no Capítulo III, foram abordados alguns dos principais reflexos das alterações promovidas no Código de Processo Penal por meio das Leis n. 11.689/08, 11690/08, 11.719/08 e 11.900/08. Tais diplomas legais demonstram a sensibilidade do legislador em relação à necessidade de se conferir maior efetividade ao processo penal, com sua adequação ao momento atual, designado como era da sociedade da informação, especialmente em virtude do constante desenvolvimento de novas tecnologias, que, aliás são incorporadas e assimiladas nas atividades

criminosas em uma velocidade que dificilmente consegue ser acompanhada pelos órgãos estatais de repressão à criminalidade.

A Lei nº 11.689/08 alterou dispositivos do Código de Processo Penal relativos ao Tribunal do Júri, prevendo inclusive a inquirição direta das testemunhas, do ofendido e do acusado na sessão plenária (art. 473 e 474 do CPP). Merece destaque a previsão de audiência de instrução una (art. 411, §2º), bem como o "registro dos depoimentos e do interrogatório pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova"(art. 475, caput). Outra questão relevante decorrente da alteração do CPP pela referida lei consiste na previsão de degravação e transcrição do registro dos depoimentos e do interrogatório (art. 475, parágrafo único), tendo em vista que a transcrição do registro implica em prejuízo para a celeridade do processo, tornando inócuo o tempo poupado na colheita da prova.

A Lei n. 11.690/08, ao cuidar da prova no processo penal, estabeleceu sistema direto de inquirição das testemunhas no rito ordinário e no rito do júri. O mesmo diploma trouxe um maior prestígio para o ofendido, resgatando parte de sua dignidade, ao estabelecer a necessidade de que seja comunicado dos atos processuais relacionados à entrada e saída do acusado no estabelecimento prisional, bem como em relação a outros atos, prevendo inclusive a comunicação por meio eletrônico, além de determinar a fixação do valor mínimo da reparação cível. A Lei previu ainda a realização da inquirição das testemunhas por meio da videoconferência, embora em caráter excepcional, com o objetivo de preservar as testemunhas e o ofendido (art. 217 do CPP).

A Lei n. 11.719/08, por sua vez, ao alterar os dispositivos do CPP relacionados à suspensão do processo, à *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos ordinário e sumário, introduziu, à semelhança do que se deu em relação ao rito do júri, o "registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações" (art. 405, §1º, do CPP). Diferentemente do que se deu no rito do júri, a lei limitou-se a prever o encaminhamento às partes de cópia do registro efetuado em meio audiovisual, sem necessidade de transcrição, não regulando a questão da transcrição quando se tratar, por exemplo, de registro em meio digital, cabendo a aplicação analógica do dispositivo relacionado ao rito do júri.

Todavia, restou demonstrado que a melhor interpretação dos artigos 405 e 475 do CPP conduz ao reconhecimento da necessidade de transcrição somente quando não houve a entrega às partes do suporte físico onde estão registrados o interrogatório e os depoimentos.

Ainda em relação à degravação do interrogatório e dos depoimentos das testemunhas, concluiu-se pela constitucionalidade da Resolução n. 105 do Conselho Nacional de Justiça, que apenas tornou clara a interpretação a ser dada aos dispositivos legais mencionados, no sentido de que deve ser evitada a transcrição dos registros em primeiro grau de jurisdição, por contrariar a própria finalidade da reforma, cabendo ao membro do órgão *ad quem* a iniciativa de providenciar a degravação.

A Lei n. 11.719/08 inovou também ao prever a realização de audiência de instrução e julgamento una nos ritos ordinário e sumário (art. 531 do CPP), contribuindo para a celeridade processual. O interrogatório, sendo agora o último ato da instrução criminal (art. 400 do CPP), passa a ser considerado predominantemente meio de defesa, embora ainda conserve o seu valor como meio de prova.

A Lei n. 11.900/09, por sua vez, autorizou a realização do interrogatório do acusado e das oitivas de testemunhas por meio de videoconferência em hipóteses específicas. Verificou-se que a possibilidade de realização de tais atos do processo penal à distância é considerada por muitos uma inadmissível violação ao direito à ampla defesa, ao contraditório e, em última análise, à liberdade do acusado.

Observe-se que a realização da oitiva de testemunhas, peritos e vítimas por meio da videoconferência já era possível por força do art. 18 da Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto n. 5.015/04, bem como por força dos artigos 32 e 46 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto 5.687/2006.

A análise da constitucionalidade da previsão em abstrato da realização do interrogatório do acusado por meio da videoconferência envolve a ponderação de dois princípios constitucionais fundamentais, quais sejam, o direito do acusado à ampla defesa e o direito da coletividade e do ofendido à efetividade do processo e, consequentemente, à efetividade da jurisdição criminal.

A questão a ser solucionada se coloca no interior do próprio sistema de direitos fundamentais, pois os valores em conflito são justamente aqueles mais importantes na escala de valores eleita no Texto Maior, quais sejam, a liberdade e a igualdade, este último relacionado de forma direta ao objetivo fundamental de construção de uma sociedade justa, tal como consagrado no artigo 3º da Constituição Federal, pois somente através do respeito à isonomia em sentido material pode ser possível a realização do ideal de uma sociedade justa e solidária, fundada na democracia.

Embora se possa cogitar de uma hierarquia de valores dentro do próprio *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, com precedência da vida em relação a todos os demais e, no que nos interessa, da liberdade em relação à igualdade, não há como tomar como absoluta tal

hierarquização, sob pena de se permitir a redução da tarefa de interpretação à aplicação uma mera fórmula matemática comparativa, independente da atuação do intérprete.

É certo que, na escala de valores apontada pelo constituinte, está em primeiro lugar a dignidade humana, que fundamenta o princípio do devido processo legal, com os corolários do contraditório e da ampla defesa. No entanto, não se pode deixar de considerar o valor da justiça, objetivo fundamental da República consagrado no art. 3º da Constituição Federal. Tampouco pode ser esquecido o princípio da efetividade da jurisdição ou do acesso à justiça.

Embora o ser humano corresponda a um fim em si mesmo, como indica o princípio da dignidade humana, não se pode admitir, contudo, que tal valoração detenha um caráter absoluto e possa ser invocada indistintamente em detrimento de todos os demais, pois a exacerbação do princípio da ampla defesa representaria uma odiosa negação do próprio valor da dignidade humana, refletindo o individualismo grotesco que caracteriza a sociedade da informação.

Assim, até o valor da dignidade humana deve ser conformado de forma que a dignidade de um indivíduo não possa ser utilizada como obstáculo para a realização da dignidade de todos os demais, especialmente da vítima ou do ofendido, ou mesmo para a realização da justiça.

Então, cabe questionar se o direito do acusado à presença física diante do seu julgador merece se sobrepor ao direito da coletividade à jurisdição efetiva e à paz social, alcançada por meio de uma decisão célere para conflitos que envolvem os bens jurídicos mais caros.

Em que pesem as opiniões em contrário, nessa colisão entre princípios constitucionais deve prevalecer o da efetividade em detrimento da ampla defesa, exatamente em virtude do primeiro objetivo fundamental da República consagrado no artigo 3º, I, da Constituição Federal.

Em vários momentos, o sistema processual sacrifica a busca pela solução mais justa em favor da celeridade, especialmente porque um dos maiores objetivos do Direito consiste em outorgar segurança jurídica, assegurando a paz social. Para isso, é preciso que as decisões judiciais sejam efetivas. E para que sejam efetivas é preciso que sejam proferidas a tempo de dar a cada um o que é seu, já que a justiça tardia significa a injustiça ao extremo.

As dificuldades e sucessivos adiamentos de audiência, decorrentes da necessidade de deslocamento de presos para a participação em audiência, constituem uma possível causa de aumento da impunidade e de redução da credibilidade nas instituições responsáveis pela persecução criminal, sendo profundamente injusto que a lentidão inerente ao processo, potencializada pela impossibilidade da estrutura do Poder Judiciário acompanhar o crescimento exponencial de processos, possa servir, em última análise, como instrumento de injustiça social.

Sob pena de se inviabilizar a democracia e o próprio pacto social que institui o Estado brasileiro, deve prevalecer em relação à utilização das novas tecnologias no processo penal o

interesse público na efetividade do processo sobre o direito individual, refletido na aplicação imponderada do direito à ampla defesa.

Os direitos fundamentais não são absolutos, devendo sofrer restrições diante de interesse público superior, como já decidido em várias oportunidades pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal[438].

A atual noção de democracia exige não só a garantia aos direitos fundamentais do indivíduo, mas também a preservação dos direitos transindividuais, a garantia de uma prestação jurisdicional célere e, portanto, efetiva.

O conceito de efetividade da jurisdição não está restrito ao direito processual civil, encontrando plena aplicação no âmbito do direito processual penal. Assim, ao mesmo tempo em que devem ser asseguradas as garantias constitucionais dos indivíduos, também não pode ser esquecido o direito fundamental a uma jurisdição criminal efetiva, direito esse titularizado por todos os indivíduos e não apenas pelo Estado, que não pode ser visto mais como uma entidade etérea e distante da realidade, mas sim como reflexo dos indivíduos que compõem a sociedade.

Em suma, o Estado é resultado da soma dos interesses dos indivíduos que integram a sociedade por ele abarcada e, por isso, o direito de punir não pode ser visto como um direito titularizado por um terceiro completamente desvinculado da vida em sociedade, mas sim como reflexo do feixe de interesses individuais no sentido da efetiva aplicação da norma de direito material. Quando ocorre o crime, surge para todos - e não só para uma máquina insensível e completamente apartada da coletividade - o interesse em que seja efetivado o *jus puniendi*, razão pela qual o direito à efetividade da jurisdição criminal também constitui um direito fundamental, devendo o conflito entre esses direitos fundamentais ser resolvido por meio do mecanismo de interpretação constitucional da ponderação, com a aplicação específica do princípio da razoabilidade, de forma a preservar o núcleo essencial de cada um deles.

O princípio da dignidade da pessoa humana ganha maior destaque na sociedade da informação justamente por que o momento é caracterizado pelo extremo individualismo. Pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana inspirou as reformas do CPP. Além de conferirem maior coerência ao sistema, as reformas asseguraram a aplicação dos princípios da oralidade e da identidade física do juiz, contribuindo, portanto, para dar maior efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O aparente conflito entre os princípios em questão reflete na verdade um conflito entre valores, com pesos ou dimensões praticamente equivalentes, e a partir dos critérios de

[438] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 23452/RJ. Plenário. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 16.09.99. Publicado no DJ de 12.05.00, p. 20. Ement Vol. – 1990-01, p. 86. Ver, ainda, BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 219780/PE. 2ª Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento 13.04.99. DJ 10.09.99, p. 23. Ement. Vol. – 1962-03, p. 73.

sopesamento apontados no Capítulo II, notadamente a razoabilidade, conclui-se pela prevalência do valor justiça, pois a utilização da videoconferência na audiência do rito comum e na sessão do rito do júri não atinge o núcleo essencial do direito fundamental do acusado à ampla defesa.

A uma, porque a eventual precariedade decorrente do atual estado da técnica em relação a tal modalidade de transmissão não compromete o direito de defesa do acusado, que deve ser ponderado em face dos princípios da celeridade e da efetividade da jurisdição criminal.

A duas, porque a permanente evolução da tecnologia de transmissão de voz e imagem possibilita cada vez mais a interação entre os participantes ausentes do local onde se realiza o julgamento. Na sociedade da informação, as novas tecnologias evoluem de forma constante e em velocidade cada vez maior, possibilitando a transformação de uma presença virtual em algo mais impactante do que a própria presença física.

Exemplo disso é a amplificação dos detalhes das expressões humanas pela transmissão da imagem. Hoje já se comercializam aparelhos de televisão capazes de apresentar imagens em três dimensões. No futuro próximo, a realização de audiências à distância, com transmissão em 3D será algo rechaçado apenas por quem se mostra avesso às facilidades da vida moderna em razão do apego ao tradicional.

Ademais, a realização do interrogatório por meio de videoconferência não acarreta necessariamente o comprometimento do seu conteúdo, tornando-o inválido em virtude de uma coação presumida, pois a própria legislação previu os mecanismos de fiscalização destinados a impedir a influência de terceiros sobre as declarações do interrogado.

O interrogatório é feito em audiência única e só ocorre depois da produção de todas as provas. Com o uso da videoconferência, a inquirição também ocorrerá em uma única audiência, mas o juiz deverá marcar todos os depoimentos para o mesmo dia, a fim de que, do cárcere, o acusado possa assistir a todos os atos de uma só vez e, ao final, responder as perguntas que lhe forem feitas e possa exercer o direito constitucional à ampla defesa.

Christiany Pegorari Conte, ao mencionar a relevância dos princípios do acesso à justiça e da razoável duração do processo, destaca o papel do Poder Judiciário neste momento de aceleradas transformações:

> Não há dúvidas de que vivemos um momento decisivo de transformação do Poder Judiciário, que, finalmente, começa a avançar no projeto de informatização com o intuito de atender aos anseios da sociedade contemporânea, dita sociedade da informação, que há anos clama por uma justiça mais célere e eficaz.[439]

[439] CONTE, Christiany Pegorari. *op. cit.*, p. 240.

Ora, a absorção das novas tecnologias pelo processo penal representa um grande passo no sentido de sua celeridade e, também, de sua efetividade. E mais, nos casos em que seria necessária a expedição de carta precatória, a videoconferência tende a realizar com maior eficácia o direito à ampla defesa do acusado, na medida em permite a aplicação do princípio da identidade física do juiz, agora expresso no texto da lei.

Assim, o direito à ampla defesa do acusado deve ceder passo diante do ideal de justiça e do direito à efetividade da jurisdição criminal, especialmente porque este último deve ser visto como corolário do próprio direito fundamental à igualdade. Não há, portanto, que se falar em violação ao princípio do devido processo legal. No sentido da compatibilidade entre a dignidade humana, o devido processo legal e o sistema de videoconferência, veja-se a lição de Fábio Ramazzini Bechara:

> Portanto, a partir do recurso ao princípio da proporcionalidade é possível identificar uma solução de compromisso em relação à admissibilidade constitucional do sistema de videoconferência, que preserva e afirma o conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, na medida em que acomoda entre si os princípios da ampla defesa e da eficiência do processo. [440]

Como se viu, a previsão legal do interrogatório por videoconferência, da inquirição de testemunhas, peritos e do ofendido por esse meio, a incorporação do princípio constitucional da vedação das provas ilícitas ao texto do CPP, bem como as alterações procedimentais referidas no item 3.2, tais como a previsão expressa do princípio da identidade física do juiz, a inquirição direta das testemunhas pelas partes, os registros dos depoimentos e do interrogatório em meio áudio visual, as alterações relativas à absolvição sumária, à quesitação no rito do júri, além do maior prestígio dispensado ao ofendido na ação penal, representam reflexos da tendência contemporânea à busca da efetividade da jurisdição, sendo correto afirmar que as controvérsias relacionadas à aplicação dos novos institutos revelam a própria tensão entre os direitos fundamentais em jogo.

A aplicação do princípio interpretativo da proporcionalidade em sentido estrito sinaliza que o direito fundamental do réu à ampla defesa pode ser compatibilizado com o direito da sociedade à efetividade da jurisdição e à implementação da justiça. O sopesamento dos valores e princípios em conflito, de forma a impedir o sacrifício irrazoável de um em detrimento do outro, permite a perfeita convivência das liberdades públicas individuais com a necessidade de se conferir eficiência ao processo penal[441]. Aliás, é justamente o resultado dessa ponderação o fundamento das prisões cautelares e das outras medidas cautelares no processo penal,

[440] BECHARA, Fábio Ramazzini. *op. cit.*, p. 224.
[441] BECHARA, Fábio Ramazzini. *op. cit.*, p. 220.

considerando-se o princípio da presunção de inocência em face da necessidade de realização da justiça.

A celeridade do processo penal e a efetividade da jurisdição criminal constituem imperativos lógicos para a realização da justiça, um dos objetivos da República. Se não for possível que o processo assegure ao titular do direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, a jurisdição e o próprio Estado correm o risco de perecimento. Nesse contexto se coloca o permanente conflito entre o respeito às garantias individuais e a exigência de se conferir eficiência e, portanto, efetividade ao processo.

As restrições aos direitos fundamentais decorrentes das alterações operadas no Código de Processo Penal estão revestidas de legitimidade e de constitucionalidade, pois não houve o esvaziamento do seu conteúdo essencial, tendo sido observado o princípio da proporcionalidade na elaboração da lei, cabendo ao intérprete a aplicação do mesmo princípio no momento da subsunção do fato à norma.

Os direitos fundamentais, os princípios constitucionais que orientam o processo penal e os mecanismos de interpretação da constituição apontam os critérios norteadores de um sopesamento do direito fundamental à ampla defesa em relação ao direito estatal de punir - que reflete na verdade um direito coletivo da sociedade à efetividade da jurisdição – e ao direito fundamental do ofendido à reparação do dano e à busca pela realização da justiça.

Vale lembrar, por fim, a preciosa lição de José Carlos Barbosa Moreira, quanto à relatividade dos princípios e à missão do processo penal no sentido da busca pelas soluções mais adequadas aos problemas contemporâneos:

> Hay em los princípios jurídicos un margen inevitable de relatividad. Ello es inherente a la índole del ordenamiento normativo, que busca equilibrar valores e intereses contrapuestos, pero igualmente dignos de preservación. Tal equilíbrio sufre forzosamente la influencia de factores contingentes. La tarea de interpretación y de aplicación de las normas no se realiza en un cielo de puras esencias, en una atmosfera inmune a las convulsiones de la vida social. Actuar como si así fuera es sucumbir practicamente a la funesta tentación del razonamiento ahistórico.
> Del proceso penal contemporâneo no se debe esperar que descubra soluciones perfectas, definitivas e intemporales para los problemas eternos de la Justicia criminal. Lo que le corresponde es encontrar las más adecuadas para los problemas que la turban hic et nunc. [442]

Na era da sociedade da informação, o processo penal se vê diante da necessidade inadiável de adaptação às novas realidades e de conciliação dos direitos individuais com os interesses coletivos, muitas vezes conflitantes entre si. Torna-se imprescindível o recurso à ponderação de princípios na interpretação tanto das regras constitucionais de proteção ao

[442] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 227.

indivíduo, como daquelas que preconizam uma maior eficiência na prestação jurisdicional, cabendo cogitar inclusive, como fator de relevo nessa ponderação, da existência de um direito fundamental coletivo à jurisdição penal efetiva, do qual seria titular a própria sociedade.

A jurisdição no século XXI não se encontra mais limitada, portanto, à finalidade tradicional de dirimir conflitos de interesses, mediante o devido processo legal, aí incluídos os princípios do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural. Ela enfrenta o desafio maior de realizar concretamente os valores e princípios consagrados na Constituição, especialmente em termos de efetividade na aplicação do direito ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____ Teoria de los derechos fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____ Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.217, p.67-79, jul./set.1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito da internet e da sociedade da informação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional tributário brasileiro. Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro. Disponível em: http://jus2.uol.com.br, acessado em 17/11/2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____ O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993

BARROS, Marco Antonio de. Teleaudiência, interrogatório on-line, videoconferência e o princípio da liberdade da prova. In: Revista dos Tribunais, ano 92, v. 818. São Paulo, dez, 2003, pp. 424-434.

_____ A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ Tutela punitiva tecnológica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.) O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 275-300.

_____ ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e videoconferência no Processo Penal. In: Revista CEJ, n. 32. Brasília, jan/mar, 2006, pp. 116-125.

BRANCO, Tales Castelo. Parecer sobre interrogatório on line. In: Boletim IBCCrim, n. 124. São Paulo, mar, 2003.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito de sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. Saraiva, São Paulo, 14ª ed., 1992.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Processo penal contemporâneo: interface entre eficiência e garantias – questões pontuais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Processo penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade e técnica processual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BLUM, Renato Ópice. Legislação para crimes eletrônicos. Disponível em: <http://www.opiceblum.com.br>. Acesso em: 15/02/06.

_____. Questões atuais de direito eletrônico. Carta Forense, Ano V, nº 45, Fev./2007, p. 12.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal: rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. In Revista Trimestral de Direito Público, vol. I, 1993

BRASIL. Livro verde da sociedade da informação no Brasil. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6ª ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

_____ Direito constitucional e teoria da Constituição. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____ MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPEZ, Fernando. Interrogatório por videoconferência. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, jan. 2009. Disponível em: <www.damasio.com.br>, acessado em 25/06/2009.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CARVALHO, Luciano Lucio de. Prestação jurisdicional efetiva: um direito fundamental. In Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI – Manaus, 15 a 18/11/2006. Disponível em <http://www.conpedi.org.br>. Acesso em 01/12/2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTELLS, Manuel. A era da Informação: economia, sociedade e cultura. Volume I, A sociedade em rede. 9ª ed. rev. e ampl. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo. Crimes de informática e seus aspectos processuais. Rio de Janeiro: lumen juris, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CONTE, Christiany Pergorari. Efetividade do processo à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual na sociedade da informação. In: GOUVEIA, Carlos Marcelo. HOFFMAN, Luiz Augusto A de Almeida. (Coordenadores). Atual panorama da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRETELLA NETO, José. Curso de direito internacional penal. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

DAOUN, Alexandre Jean . Cybercrimes. Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes. Coordenadores Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho. Bauru: Edipro, 2000.

_____ A participação do ofendido na ação penal pública. Pontos controvertidos. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). Processo Penal e garantias constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DEBORD, Guy. A sociedade do espetáculo. Disponível em http://www.ebooksbrasil.com/eLibris/socespetaculo.html. Acesso em 25/06/2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 7ª ed., rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis 11.983/2009, 12.015/2009, 12.030/2009, 12.033/2009 e 12.037/2009. Niterói: Impetus, 2010.

FERREIRA, Ivete Senise. A criminalidade informática. Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes. LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. (coord.). Bauru: Edipro, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. A inconstitucionalidade da lei estadual sobre videoconferência. In: Boletim IBCCrim, v. 12, n. 147, p. 7. São Paulo, fev, 2005.

FIOREZE, Juliana. Videoconferência no processo penal brasileiro - interrogatório on-line. Juruá Editora. 2007. Curitiba.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na sociedade informacional. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 301-316.

GRECO, Marco Aurélio. Internet e Direito. 2. ed. São Paulo: dialética, 2000.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____ Escritos de derecho constitucional. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1992.

HUXLEY, Aldous. Admirável mundo novo. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 1987.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LISBOA, Roberto Senise. Direito na sociedade da informação. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 95, v. 847, mai/06, pp. 78-95.

LOUREIRO, Antonio Tovo. O interrogatório pay-per-view. Disponível em http://www.adpf.org.br. Acesso em 13/01/2009.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. O documento eletrônico como meio de prova. Integração ensino-pesquisa-extensão – Revista do Centro de Pesquisa da Universidade São Judas Tadeu. São Paulo, 2000, ano 6, n. 20, p. 57-75.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 37-48.

MIRABETE, Julio Fabrini. Código de Processo Penal Interpretado. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Peña. Direito Constitucional: Teoria da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e processo penal: mão e contramão? In: Temas de Direito Processual (Sétima Série). São Paulo: Saraiva, 2001.

_____ Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporâneas del proceso penal. In: Temas de Direito Processual (Sétima Série). São Paulo: Saraiva, 2001.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Compêndio de processo penal: curso completo. Barueri: Manole, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Reformas necessárias ao código de processo penal. Revista Literária de Direito, v. XI, p. 26-27, 2006.

NICOLLIT, André Luiz. Manual de processo penal. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Corrêa de Almeida e SILVA, Ronaldo Sérgio Moreira da Silva. A criminalidade moderna e as garantias constitucionais. A influência da Globalização no Direito Penal e Direito Processual Penal. In Processo penal e garantias constitucionais. SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2003.

PACHECO, José da Silva. Evolução do Processo Civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAESANI, Liliana Minardi. Direito de informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software. 2ª ed. (Coleção temas jurídicos; 2). São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. Compêndio jurídico da sociedade da informação. Lisboa: Quid Juris, 2004.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. A informática e a telemática ante o direito penal. São Paulo, 2003.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Brevíssimas considerações sobre delitos informáticos. In: Caderno Jurídico da Escola Superior do Ministério Público, São Paulo: Imprensa Oficial, ano 2, n. 4, jul/02, pp. 131-142.

RULLI JUNIOR, Antonio. Jurisdição e sociedade da informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 79-98.

SANTOS, Marino Barbero; DÍAZ-SANTOS, Maria Rosário Diego. Criminalidad, médios de comunicación y processo penal. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2000.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 5-29.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5ª edição. Saraiva: São Paulo, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. 2004. Disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm. Acesso em 01/12/2010.

TOFFLER, Alvin. A terceira onda. 29ª ed. São Paulo: Editora Record, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Volume 2. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Ana Lúcia de Menezes. Processo Penal e mídia. São Paulo: RT, 2003.

SÍTIOS CONSULTADOS

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

www.wikipedia.org

www.damasio.com.br

www.ebooksbrasil.org

http://www.senado.gov.br

http://www.onu-brasil.org.br

http://www.conpedi.org.br

http://www.abdpc.org.br

http://www.adpf.org.br

http://www.opiceblum.com.br

http://jus2.uol.com.br