

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ – UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRICILA LUANA BERTOZZO

**O INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA E SUA
COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E
CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

CHAPECÓ (SC),

2011

PRICILA LUANA BERTOZZO

**O INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA E SUA
COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E
CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel em Direito, sob a orientação da
Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin.

Chapecó (SC), maio de 2011.

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA E SUA
COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E
CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

PRICILA LUANA BERTOZZO

Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin
Professor Orientador

Prof. Me. Glaucio Wandre Vicentin
Coordenador do Curso de Direito

Prof^a. Me. Silvia Ozelame Rigo Moschetta
Coordenadora Adjunta do Curso de Direito

Chapecó (SC), maio de 2011.

PRICILA LUANA BERTOZZO

**O INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA E SUA
COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E
CONSTITUCIONAIS DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

Prof. Me. Gláucio Wandré Vicentin – Presidente

Deise Helena K. Lora – Membro

Robson Santos – Membro

Chapecó (SC), maio 2010.

A minha mãe, Sonia, que mesmo diante das maiores dificuldades soube ser forte para continuar e superar; és meu exemplo de força e coragem. Ao meu pai, Ari, que é exemplo de vida e de caráter; pra sempre meu herói.

Aos meus irmãos, Gabriela, Tiago e Maria, que viveram comigo os melhores anos da minha vida, que me ensinaram o verdadeiro significado do companheirismo e amizade;

A Pietra, pelo carinho e amor, sequer tenho palavras para dizer o que você significa na minha vida e nessa minha caminhada, simplesmente amo você.

Ao Rafa, por tudo!

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos mestres que apontaram o caminho do conhecimento, especialmente ao Professor Gláucio pela compreensão, dedicação e pelo conhecimento compartilhado. Obrigado!

Aos colegas de curso e amigos para toda a vida, Niédja, Eluan e Kelli, obrigada pela amizade, que todos consigamos alcançar os nossos objetivos, força e fé amigos, contem sempre comigo! A todos que de uma maneira ou de outra contribuíram para a realização deste sonho, o meu muito obrigado, por tudo.

Aos colegas de curso, pois levo comigo um pouco de cada um e deixo com vocês um pouco de mim, sucesso a todos.

Nas grandes batalhas da vida, o primeiro passo para a vitória é o desejo de vencer! Mahatma Gandhi

RESUMO

O INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA E SUA COMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. Pricila Luana Bertozzo.

Gláucio Wandré Vicentin (ORIENTADOR). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) esta pesquisa tem como propósito a análise da compatibilidade do interrogatório realizado por meio da videoconferência, com os princípios processuais penais e constitucionais de garantia do Estado Democrático de Direito. Seu início começa com a abordagem da evolução nos modelos de Estado, efetuando-se uma abordagem sobre o Estado democrático de direito e o processo penal constitucional como instrumento de garantia. Em seguida abordam-se os princípios processuais penais e constitucionais, os sistemas processuais penais, e a teoria da prova e do interrogatório. Posteriormente, far-se-á considerações acerca da compatibilidade constitucional do interrogatório realizado por videoconferência com os princípios constitucionais e processuais penais de garantia. Por fim, abordam-se diversos posicionamentos doutrinários acerca da compatibilidade constitucional do interrogatório *on line*. (EIXO TEMÁTICO) A pesquisa vincula-se ao eixo temático do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ denominado “Cidadania e Estado”. (METODOLOGIA) O aprofundamento teórico do estudo baseou-se principalmente na pesquisa bibliográfica que consistiu na análise de legislação, doutrinas e artigos jurídicos, utilizando-se o método dedutivo para formalizar o trabalho, pois somente a partir dos preceitos Constitucionais do Estado Democrático de Direito é possível firmar posição em torno da constitucionalidade ou não do interrogatório realizado por meio da videoconferência. (CONCLUSÃO) a partir da pesquisa realizada, verificou-se o interrogatório é parte importantíssima no processo penal brasileiro e constitui muitas vezes elemento fundamental à convicção do magistrado sobre a condenação ou não do acusado, parece-nos mais coerente a corrente que defende a inconstitucionalidade do interrogatório *on line*, pois, muito embora tenha havido a promulgação de lei para a regulamentação do sistema de interrogatório por videoconferência, esta lei não supriu a inconstitucionalidade material do interrogatório *on line*. (PALAVRAS-CHAVE) Estado Democrático de Direito, interrogatório, princípios penais constitucionais.

LISTA DE APÊNDICES

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA	106
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA	108

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I	15
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA	15
1.1 A construção do Estado Democrático de Direito	16
1.2 O Constitucionalismo como limitação do poder do Estado e garantia de direitos fundamentais.....	23
1.3 O Processo Penal como garantia de efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	30
1.3.1 A importância do Processo Penal na defesa de garantias mínimas	30
1.4 Normas, regras e princípios	37
CAPÍTULO II	41
2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E CONSTITUCIONAIS, SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS, TEORIA DA PROVA E INTERROGATÓRIO.....	41
2.1 Os princípios processuais penais e constitucionais	42
2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....	44
2.1.2 Princípio do devido processo legal e o direito a um processo justo.....	46
2.1.3 Princípio da verdade processual	49
2.1.4 Princípio da igualdade das partes ou paridade de armas	51
2.1.5 Princípios do contraditório e da ampla defesa.....	52
2.1.6 Princípio da presunção de inocência	54

2.1.7 Princípio do livre convencimento motivado.....	56
2.1.8 Princípio da identidade física do juiz	58
2.2 Os sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto.....	59
2.3 Provas no processo penal e o mito da verdade processual	64
2.4 Sistemas de apreciação da prova e interrogatório	67
2.4.1 Provas em espécie: interrogatório conceito e natureza jurídica	69
2.4.1.1 O interrogatório realizado por videoconferência e o processo penal eletrônico	71
CAPÍTULO III	74
3 A COMPATIBILIDADE DO INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	74
3.1 Processo eletrônico como nova tendência e sua compatibilidade com o sistema de garantias individuais	75
3.2 Posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto à compatibilidade do interrogatório por videoconferência com os princípios constitucionais e processuais penais.....	76
3.3 A inconstitucionalidade do interrogatório do réu preso realizado pelo sistema da videoconferência.....	95
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS	103
APÊNDICES	109

INTRODUÇÃO

Em 08 de janeiro 2009 foi sancionada a Lei 11.900 pelo Presidente da República, que prevê o emprego do sistema da videoconferência para interrogatório de acusado preso deixando a critério do magistrado, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, sua utilização ou não no processo penal brasileiro.

É certo que, os avanços tecnológicos, não só podem como devem ser incorporados aos procedimentos e processos judiciais, seja no processo civil ou no processo penal. Contudo, desde 1996 quando foram realizados os primeiros interrogatórios *on line* vem se discutindo, e muito, na doutrina e jurisprudência pátria sobre a constitucionalidade ou não da adoção deste método no processo penal brasileiro, visto que muito embora os avanços tecnológicos devam ser incorporados, não devem ofender os princípios constitucionais e processuais penais de garantia do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Nesta linha de pensamento é que se pretende analisar a compatibilidade o não do interrogatório realizado pelo do sistema da videoconferência com os princípios processuais penais e constitucionais de garantia do Estado Democrático de Direito, bem como com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, §2º, 'd' e 'f') e com Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 14, n.º 3, 'd').

A primeira corrente doutrinária defende a inconstitucionalidade da adoção do interrogatório realizado por videoconferência, sob a argumentação de que a adoção da videoconferência no ato do interrogatório infringiria os princípios processuais penais de garantia do Estado Democrático de Direito, como por exemplo: o contraditório, a ampla defesa, a redução da garantia de autodefesa, bem como, no âmbito internacional, a infringência ao disposto no artigo 8º, §2º, 'd' e 'f' da Convenção Americana de Direitos

Humanos e ao artigo 14, n.º 3, 'd' do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Na contramão, outra corrente, defende a modernização eletrônica da justiça, sob os argumentos de que o uso da videoconferência na Justiça Criminal diminui o risco de fugas, resgates, gera economia orçamentária, dentre outros.

Nesta senda, o objetivo do presente estudo é avaliar a conformidade, ou não, do interrogatório realizado pelo sistema da videoconferência com os princípios processuais penais de garantia do Estado Democrático de Direito, bem como com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, §2º, 'd' e 'f') e com Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n.º 3, 'd') dos quais o Brasil é signatário.

Analisar-se-ão, para se chegar ao objetivo traçado, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à constitucionalidade do interrogatório por videoconferência, identificando-se se o contato pessoal (físico) entre juiz e acusado é dispensável no atual panorama constitucional e processual penal brasileiro. Sopesando também, se o sistema da videoconferência é uma nova forma de contato direto (pessoal) entre magistrado e acusado.

Verificar-se-á ainda se o interrogatório realizado por videoconferência (Lei n.º 11.900 de 2009) contém alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade material, tendo como parâmetro a Constituição Federal de 1988, a Convenção Americana de Direitos Humanos, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

No primeiro capítulo do estudo efetuar-se-á abordagem acerca da construção do Estado Democrático de Direito, do constitucionalismo como limitação do poder Estatal e garantia de direitos mínimos, bem como do Processo Penal como garantia de efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Estudar-se-á também a importância do Processo Penal na defesa de garantias mínimas, analisando, por fim os princípios, regras e normas, sua vigência e validade.

No capítulo dois, se estudarão os princípios processuais penais e constitucionais, os sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto, as provas no processo penal brasileiro e o mito da verdade real, além dos sistemas de apreciação da prova e meios de prova, as provas em espécie, entre elas o interrogatório seu conceito e natureza jurídica, em sede conclusiva do capítulo estudar-se-á ainda o interrogatório realizado por videoconferência e o processo penal eletrônico.

No terceiro capítulo analisar-se-ão as posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto à compatibilidade, ou não, do interrogatório por videoconferência com os princípios constitucionais e processuais penais, o processo penal eletrônico enquanto nova tendência e sua compatibilidade com o sistema de garantias individuais, efetuando-se ao final a resposta ao problema de pesquisa.

Assim, pretende-se esclarecer a divergência, visto que o interrogatório é parte importantíssima no processo penal brasileiro (a despeito da divergência sobre a natureza jurídica do mesmo, se meio de prova ou meio de defesa, o que será analisado no decorrer do trabalho) e constitui muitas vezes elemento fundamental à convicção do magistrado sobre a condenação ou não do acusado.

O estudo irá se fundar, basicamente, em pesquisa bibliográfica como doutrinas, revistas jurídicas, artigos, utilizando-se o método dedutivo para formalizar o trabalho, pois somente a partir dos preceitos Constitucionais do Estado Democrático de Direito é possível firmar posição em torno da constitucionalidade ou não do interrogatório realizado por meio da videoconferência. Para o melhor desenvolvimento da pesquisa utilizar-se-á também a pesquisa jurisprudencial, visto que o assunto gera grandes controvérsias doutrinárias, que por óbvio, refletem-se nas decisões dos tribunais superiores, o que contribuirá para a melhor abordagem teórica sobre o problema a ser analisado.

A pesquisa vincula-se ao eixo temático do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ denominado “Cidadania e Estado”.

CAPÍTULO I

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA

A proposta deste capítulo é estudar a evolução do Estado, visto que o Estado Democrático de Direito, é uma construção histórica, assim como o Processo Penal Constitucional considerado como instrumento de garantia de direitos fundamentais. Contudo, antes de analisarmos este ponto é preciso fazer um apanhado sobre a construção do Estado, tal como o conhecemos hoje em dia.

Hoje em dia vive-se, no Brasil, e em grande parte dos países do mundo, em um Estado Democrático de Direito, no entanto para chegarmos neste modelo passamos por fases obscuras e regimes antidemocráticos, as garantias conquistadas e postas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não foram ali inseridas por acaso, foram fruto de dolorosa evolução.

Neste norte é que se analisará, neste capítulo, a evolução do Estado, desde o Estado de Natureza até a construção do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo como limitação do poder Estatal e garantia de direitos mínimos, bem como do processo penal como garantia de efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Estudar-se-á também a importância do Processo Penal na defesa de garantias mínimas, analisando, em sede final, os princípios, regras e normas, sua vigência e validade no ordenamento jurídico pátrio.

1.1 A construção do Estado Democrático de Direito

Dentre as teorias que tentam explicar o surgimento da sociedade política organizada (Estado), destacam-se: a teoria contratualista e a teoria da origem natural.

Nos primórdios da humanidade os homens viviam no que se convencionou chamar de Estado de Natureza, entretanto, em virtude de algumas deficiências deste modelo a sociedade viu a necessidade de evoluir, motivo pelo qual surgiu o chamado Estado Civil, e assinou-se o “contrato social”, legitimando-se o poder público.

Miranda (2007, p. 20) aponta algumas razões para o surgimento do Estado, como por exemplo, a “necessidade, em toda a sociedade humana, de um mínimo de organização política e a tradução no âmbito das ideias do Direito e das regras jurídicas do processo de formação de cada Estado em concreto”.

A ideia de Estado da Natureza é, em verdade, mera hipótese lógica negativa, criada para justificar a existência da sociedade política organizada, seria um estágio pré-político e social do homem (ESTRECK e MORAIS, 2006, p. 30).

De acordo com Streck e Morais (2006, p. 30) o Estado de natureza:

[...] não é uniforme. Uns como Thomas Hobbes e Spinoza, vêem-no como estado de guerra, ambiente onde dominam as paixões, situação de total insegurança e incerteza, domínio do (s) mais forte (s), expressando-o com adágios, tais como: guerra de todos contra todos; o homem lobo do homem, etc. Outros, como Rousseau, definem-no como Estado histórico de felicidade – o estado primitivo da humanidade -, onde a satisfação plena e comum (mito do bom selvagem, sendo significativa a frase de abertura do Contrato Social: os homens nascem livres e iguais e, em todos os lugares encontram-se a ferros), e o estabelecimento da propriedade privada joga papel fundamental.

Neste sentido, segundo a corrente da origem natural os homens sempre buscaram a convivência em sociedade como fato natural e essencial de vida, onde ocorria o domínio do mais forte.

Parafrazeando Sevegnani (2009, p. 26) pode-se dizer que os homens vivem em sociedades, desde o início de sua existência, a começar pela constituição da família, de

maneira que o Estado surge, posteriormente, em decorrência da evolução desta sociedade.

Já a teoria contratualista, que teve como expoente Thomas Hobbes, que em 1651 publicou a sua maior obra: “Leviatã”. Para eles, antes da formação de uma sociedade politicamente organizada os homens viviam em um estado de natureza. Segundo Sevegnani (2009, p.18) “os homens decidiram então abrir mão de parte da liberdade em troca de segurança, e, ao procederem desta maneira dão o passo inicial para o surgimento do Estado”.

A passagem do estado natural para o Estado civil ocorre após a uma “ação voluntária manifestada num contrato, motivada pelo instinto de conservação” (SEVEGNANI, 2009, p. 18).

O contratualismo pretende ligar a origem do Estado, e do poder político, à assinatura, tácita ou expressa, de um contrato, ou melhor, de um acordo de vontades que ponha fim ao Estado de natureza e de início à sociedade política organizada, ou seja, o Estado civil.

Malmesbury (1996, p. 102) descreve o Estado como um mal necessário, pois ele restringe a liberdade dos cidadãos, porém, esta restrição é feita em nome da segurança gerada com o estabelecimento de um poder soberano.

Jardim (2007, p. 01) descreve o Estado como “uma instituição necessária e natural, instrumento utilizado pelo homem para alcançar fins de seu interesse, em determinada etapa do processo civilizatório”, e continua dizendo que o Estado é um “centro de imputação de normas”, vale a transcrição dos apontamentos do autor:

Se é verdade, ao menos em parte, que historicamente o Estado tem servido de instrumento de classe dominante para a manutenção de situações de privilégio, em detrimento das classes menos favorecidas, não menos verdade é que tal fato decorre mais de uma situação patológica do que da própria estrutura da instituição. O Estado do futuro, temos certeza, perderá esta característica marcante, decorrente também da falta de legitimidade e representatividade dos detentores do poder político. (JARDIM, 2007, p. 01)

Vendo o Estado como um instrumento de manutenção do poder nas mãos de uma classe privilegiada, Jardim (2007, p.02) vê o Estado Democrático como o único meio de realização da paz social, e de elevação do nível da vida da população, o Estado Democrático, é, para o autor, voltado para a coletividade e tem legitimidade social.

Feitas estas pequenas considerações acerca das principais teorias sobre o surgimento do Estado, podemos dizer que o homem como ser social tem a necessidade de viver em

sociedade, ou comunidade, e esta vida em comunidade exige a adoção de regras e o estabelecimento de uma forma de governo e de um tipo de Estado.

Saindo do âmbito das teorias e das hipóteses é necessário analisar, ainda que superficialmente, a constituição do chamado Estado Moderno, surgido logo após a decadência do Estado Medieval e do sistema feudalista. O Estado Moderno, segundo Streck e Morais (2006, p. 40), surgiu a partir da segunda metade do século XV, e teve como características marcantes: a autonomia, visto que a autoridade do Estado não dependia de nenhuma outra autoridade; a distinção entre Sociedade Civil e Estado; e a identificação absoluta entre Estado e monarca, ou seja, o monarca detinha o poder absoluto.

Como dito alhures, no Estado Moderno havia a concentração do poder nas mãos do Monarca, este modelo de concentração de poder deu origem as chamadas monarquias absolutistas, onde o Estado estava personificado na pessoa do rei, o que fica evidente na frase de Luiz XIV “O Estado sou eu”, (STRECK e MORAIS 2006, p. 45). O fundamento deste pensamento tinha origem divina, já que, o rei era o representante de Deus na terra.

Em 1789 nasce uma nova fase do Estado Moderno: o Estado Liberal. Fruto do descontentamento da burguesia com o fato de ter apenas poder econômico, visto que almejava também o poder político, até então privilégio da aristocracia. A luta da burguesia pelo domínio do poder político somou-se as demandas sociais populares, o que culminou na Revolução Francesa.

O liberalismo é um termo de difícil conceituação, segundo Streck e Morais (2006, p. 58), para compreender o liberalismo é necessário analisar três núcleos distintos: moral, político e econômico.

O núcleo moral contém afirmação de valores e direitos básicos como a liberdade, a dignidade e a vida, ou seja, são direitos atribuídos a própria natureza do ser humano, qualidades inatas sem as quais todos os outros direitos não fariam o menor sentido. O núcleo político do Estado Liberal se apresenta sob quatro categorias eminentemente jurídicas: consentimento individual, representação, constitucionalismo e soberania popular. Por outro norte o núcleo econômico está relacionado à ideia de propriedade privada e economia de mercado livre.

Após o modelo liberal tivemos a construção do Estado de Direito, segundo Streck e

Morais (2006, p. 91) o Estado de Direito “emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX”, nascendo na Alemanha - como *Rechtstaat* – e, posteriormente sendo incorporado na doutrina francesa. Na Alemanha o *Rechtstaat* (*Recht*: direito + *Staat*: estado: Estado de Direito), nasce com a ideia de impessoalidade do poder, foi uma das grandes concretizações do Estado de Direito. Já na França tivemos o surgimento do *État Légal*, com a ideia de estabelecimento de normas por legisladores eleitos democraticamente, diferentemente do *Rechtsstaat* que poderia ser qualquer direito – justo ou injusto, na França os legisladores eleitos democraticamente.

A democracia representativa surge então em decorrência da extrema desconfiança no Poder Judiciário, em virtude na função mecânica exercida pelo juiz, vez que o juiz não era mais que “a boca da lei”, devia realizar a interpretação é literal das normas.

Mais tarde na França, houve uma evolução do *État Légal* para o *État de Droit* (Estado de Direito). E na Alemanha o *Rechtsstaat* virou *Ferfassungsstaat* (*Ferfassung*: constitucional + *Staat*: estado = Estado Constitucional).

Mas antes da formação do *Rechtsstaat* na Alemanha, ou mesmo do *État Légal* na França, na Inglaterra o Estado de Direito se revela na perspectiva do “*Rule of Law*”, ou seja, governo das leis, em substituição do governo dos homens. Surge então o devido processo legal em seu caráter substantivo, ou seja, ninguém pode sofrer perseguição sem lei justa e adequada.

Queiroz (2009, p. 361) menciona que na Europa o processo de constitucionalização e fundamentalização dos direitos começou mais cedo, primeiramente com a *Petição dos Direitos*, de 1628, e depois com a *Declaração de Direitos*, de 1689, bem como o *Habeas Corpus Act* de 1679.

O Estado de Direito não se caracteriza apenas como uma fórmula jurídica, ou como um modelo de Estado, diferentemente dos modelos analisados anteriormente o Estado de Direito agrega conteúdo. De acordo com Streck e Moraes (2006, p. 92/93) “[...] o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, [...] não está limitado apenas a uma concepção formal de ordem jurídica, mas também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição”.

Para Silva (2003, p. 96) o Estado de direito, um conceito próprio do liberalismo,

apresenta três características básicas: a) o império das leis; b) divisão dos poderes; e c) enunciado e garantia de direitos individuais. No entanto o próprio autor constata que estas características não são úteis a diferenciar regimes democráticos de regimes não democráticos, pois, muitas vezes, regimes ditatoriais apresentam-se como Estados de Direito.

É por este motivo que, segundo Pinto (2010, p. 89), muitos países “após os períodos de autoritarismo, adotaram outras formas para identificação de seus regimes políticos e valorizaram os direitos humanos em suas leis fundamentais”. Cita o autor o exemplo da Alemanha que após a segunda guerra mundial “passou a denominar-se 'Estado federal, democrático e social’”. Já a Espanha adotou a nomenclatura de “Estado Social e Democrático de Direito”, após o regime franquista.

Denota-se claramente destes exemplos o já dito anteriormente, o Estado de Direito nem sempre é sinônimo de Estado democrático, diferente do Estado Democrático de Direito, como veremos mais a frente.

Nas palavras de Streck e Morais (2006, p. 93)

[...] o Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas, é também uma concepção que funda liberdades públicas, de democracia [...]. Assim, o Estado de Direito ira se apresentar ora como liberal em sentido estrito, ora como social e, por fim, como democrático. Cada um deles molda o Direito com seu conteúdo [...]

Tendo em vista as três variáveis do Estado de Direito, ou seja, o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito, faremos a seguir uma análise de cada modelo.

O Estado Liberal de Direito teve como principais características: separação entre Estado e sociedade civil, garantia de liberdades individuais, a democracia surge vinculada à soberania, o Estado apresenta-se como mínimo, assegurando a liberdade dos cidadãos, (STRECK e MORAIS, 2006, p. 95). Este modelo baseia-se na coerção das atitudes por meio do estabelecimento de sanções.

Já o Estado Social de Direito além das limitações impostas ao Estado na restrição das liberdades individuais garante direito às prestações do Estado, pois o Estado deve procurar o desenvolvimento social e o bem estar da população, ou seja, deve agir positivamente no

sentido de melhorar e desenvolver a sociedade.

E finalmente o Estado Democrático de Direito, nascido para conjugar os modelos anteriores, ou seja, o ideal democrático com as garantias jurídico legais (Estado de Liberal Direito), e a preocupação social (Estado Social de Direito).

São princípios do Estado Democrático de Direito: a constitucionalidade (vinculação a uma constituição), organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão de poderes ou de funções, legalidade, segurança e certeza jurídica, Streck e Morais (2006, p. 98 - 99). Ainda para os mesmo autores:

[...] o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também o Estado Social de Direito [...] impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é plus normativo em relação às formulações anteriores. (STRECK e MORAIS, 2006, p. 99)

Em resumo pode-se dizer que o Estado Moderno se dividiu em Absolutista (onde prevalece a figura do monarca) e Liberal (criado para limitar o poder e estabelecer garantias as cidadãos). O Estado Liberal por sua vez, dividiu-se em Estado Legal e Estado de Direito. O Estado de Direito teve três acepções: o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, portanto, que o surgimento de Estado Democrático de Direito representa uma reestruturação, conjugando as características dos modelos anteriores e, fundamentalmente, incorporando novas ideias, consubstanciadas nos princípios atinentes ao Estado Democrático de Direito, conforme apresentado anteriormente.

Em sede de arremate pode-se dizer que o Estado é resultado da história, e nos dizeres de Canotilho (p. 89, 2003) “uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros 'poderes' e 'organização de poder’”. Assim, o Estado é definido como uma sociedade politicamente organizada dotada de território, povo e com objetivos pré-determinados.

Conforme evidenciado, cada momento histórico corresponde a um diferente modo de produção, a conjunção destes dois fatores determinam o surgimento de um determinado tipo de Estado. Neste sentido, o Estado Absolutista nasceu das necessidades do capitalismo. Assim, segundo ensina Streck e Morais (2006, p. 28) “o Estado não tem uma continuidade

(evolutiva), que o levaria ao aperfeiçoamento; são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a tender os interesses das classes hegemônicas”.

Como a ideia de Estado, sua concepção e sua formação são produtos da história da civilização, não é algo perfeito e acabado, está em constante mutação. O Estado Democrático de Direito, como não podia deixar de ser, é fruto da evolução e do desenvolvimento da civilização.

Para Streck e Moraes (2006 p. 21/22) o estado surgiu pela necessidade de ruptura entre a civilização e a barbárie, logo, o surgimento do Estado foi um rompimento histórico e paradigmático, depois do período representado pelo Estado liberal e pelo Estado social. Segundo os autores contemporaneamente o Estado tem “de responder às novas necessidades e enfrentar novos dilemas, caracterizadas pelo epíteto que a tradição cunhou do século XX em diante: o Estado Democrático de Direito, que busca assegurar as conquistas modernas [...]”.

A ideia de Estado Democrático de Direito é um aprimoramento da antiga concepção de Estado de Direito, que é aquele Estado regido por leis, em oposição ao absolutismo, regido pela vontade do monarca, e pela força.

Ao tratar do Estado de Direito Democrático Canotilho (2003, p. 93) leciona que:

Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por leis, um Estado sem confusão dos poderes. Numa palavra: tentou estruturar um Estado com qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático. Essas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. [...]. O Estado constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

Ao se referir ao Estado de Direito Democrático o autor, o trata como sinônimo de Estado Democrático de Direito como o conhecemos na doutrina brasileira, contudo, vai mais afundo e traz também a ideia de Estado Constitucional Democrático, que para ele “é 'mais' do que o Estado de direito”.

Estudar o Estado, sua estruturação e formação, é fundamental para basear o estudo do Processo Penal como garantia conquistada pelos cidadãos contra o poder arbitrário do Estado, visto que, hoje em dia vive-se, no Brasil, em uma democracia, ou melhor, em um Estado

Democrático de Direito onde se asseguram a todos, independentemente de condição social, raça, sexo, cor ou credo, direitos fundamentais consagrados em uma Constituição.

Dentre estes direitos consagrou-se o direito ao devido processo legal, ao processo justo e com paridade de armas, ao processo célere e efetivo, dentre outras garantias. Tudo é resultado de muita luta, e muitas mortes, foi doloroso chegar ao modelo de Estado Democrático, por isso e por vários outros motivos devemos valorizar cada garantia conquistada e consagrada na Constituição Federal.

A evolução do Estado está intimamente ligada a evolução da Direito Constitucional, ou Constitucionalismo, partindo da ideia de que todo o Estado deve ter uma Constituição, e os textos constitucionais devem conter regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais (LENSA, 2010, p. 50). Neste norte trataremos a seguir, da evolução do constitucionalismo na perspectiva de garantia de direitos fundamentais.

1.2 O Constitucionalismo como limitação do poder do Estado e garantia de direitos fundamentais

O constitucionalismo, ou os movimentos constitucionais, como prefere Canotilho (2003, p. 51), é nos dizeres do autor:

[...] a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável a garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político – social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta assim, um claro juízo de valor. É no fundo, *uma teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Canotilho (2003, p. 51) menciona ainda que o movimento constitucional tem raízes em vários lugares e momentos culturais diferentes, de maneira que não se pode falar em um constitucionalismo, mas sim em vários constitucionalismos, como por exemplo o constitucionalismo inglês, americano, ou o francês.

A história do constitucionalismo, segundo Lensa (2010, p. 50), pode ser analisada de acordo com a evolução da história da Europa, que pode ser dividida em quatro grandes “eras”:

Idade Antiga: até o século V – tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros – 476 d.C.; Idade Média: século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no século XV – 1453 d.C.; Idade Moderna: 1453 – 1789 – Revolução Francesa; Idade Contemporânea: 1789 até os dias atuais.

De outro norte, Canotilho (2003, p. 49) sem se preocupar com essas “eras” estabelece apenas dois grandes movimentos constitucionais: o antigo e o moderno. Canotilho (2003, p. 52) caracteriza o Constitucionalismo Moderno como “o movimento político, social e cultural, que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos políticos, filosóficos e jurídicos os esquemas tradicionais de *domínio político*”.

De acordo com Lensa (2010, p. 51) o Constitucionalismo Antigo (durante a Antiguidade), teve como expoente Karl Loewenstein, que identificou entre os hebreus o surgimento tímido do constitucionalismo, “estabelecendo-se no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem aos limites bíblicos” (LOEWENSTEIN, *apud* LENSA, 2010, p. 51).

O Constitucionalismo durante a Idade Média teve como marco a Magna Carta de 1215, “estabelecendo, mesmo que só formalmente a proteção a importantes direitos individuais” (LENSA, 2010, p. 51).

No Constitucionalismo durante a Idade Moderna destacaram-se os seguintes movimentos: *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689), *Act of Settlement* (1701). Além destes pactos destaca-se neste período os chamados forais ou cartas de franquia, “também voltados para a proteção de direitos individuais, diferenciam-se dos pactos por admitir a participação dos súditos no governo local” (LENSA, 2010, p. 51), tinham o fito de proteger direitos individuais, entretanto essa proteção era direcionada a determinados homens, e não tinha a característica da universalidade.

Levando em conta o critério cronológico, tratou-se do Constitucionalismo da Antiguidade, da Idade Média e da Idade Moderna, no entanto antes de tratarmos do Constitucionalismo Contemporâneo (1789 até os dias atuais) é preciso mencionar a existência do Constitucionalismo Norte Americano, que tem origem anterior ao Constitucionalismo Contemporâneo.

O Constitucionalismo norte americano, teve como ponto marcante o estabelecimento dos chamados “contratos de colonização”, marcantes na história das colônias da América do Norte”. Ferreira Filho (2008, p. 5) leciona que:

Chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram por mútuo consenso as regras que haveriam de governar-se, firmava-se assim, pelos chefes das famílias a bordo do *Mayflower* o célebre '*Compact*' (1620); desde modo se estabeleceram as '*Fundamental Orders of Connecticut*' (1639).

Além dos contratos de colonização a '*Declaration of Rights*' do Estado de Virgínia (1776) foram os indícios do constitucionalismo na América (LENZA, 2010, p. 52). Ferreira Filho (2008, p. 5) menciona ainda que “transparece aí a idéia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que e outros dos pilares da idéia de Constituição”.

Durante a Idade Contemporânea tivemos o Constitucionalismo moderno e o Constitucionalismo Contemporâneo. No Constitucionalismo Moderno durante a Idade Contemporânea, destacou-se o estabelecimento das Constituições Escritas, visto que até então as Constituições eram baseadas apenas nos costumes. Além disto, a Constituição além de escrita passa a ser rígida, a constituição rígida é suprema, e então surge a ideia de supremacia da Constituição, (LENZA, 2010, p. 52).

A Constituição Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791 foram os marcos desse período, que foi “deflagrado durante o Iluminismo, concretizando um contraponto ao absolutismo reinante, por meio do qual se elegeu o povo como titular legítimo do poder” (LENZA, 2010, p. 52).

Ainda durante a Idade Contemporânea surgiu o Constitucionalismo Contemporâneo, que “está centrado naquilo que Uadi Lammêgo Bulos chamou de 'totalitarismo constitucional', conseqüência da ideia de constituição programática, e que tem como bom exemplo a Constituição Brasileira de 1988” (LENZA, 2010, p. 53).

Lenza (2010, p. 53) alerta ainda para o chamado “totalitarismo constitucional”, pois, “na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (medidas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo), destacam-se a ideia de constituição dirigente defendida por Canotilho”.

Atualmente a discussão que ganha força é sobre o Constitucionalismo do futuro, questiona Lenza (2010 p. 53): “Constitucionalismo do Futuro: o que podemos esperar?”, em resposta anota que:

O constitucionalismo do Futuro sem dúvida terá de consolidar os chamados *direitos humanos de terceira dimensão*, incorporando a ideia de constitucionalismo social, os valores do Constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do constitucionalismo contemporâneo.

Seria a Constituição Federal do “por vir”, vez que, “o constitucionalismo do futuro deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade” (DROMI, *apud*, LENSA, 2010, p. 53).

Na perspectiva de busca da efetividade da Constituição surge o ‘Neoconstitucionalismo’ (constitucionalismo pós-moderno, ou ainda, pós-positivismo), “deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente desto da expectativa de concretização dos direitos fundamentais” (LENZA, 2010, p. 55)

Pela clareza e precisão vale a transcrição das palavras de Moura Agra:

[...] o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servido como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito, ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e da regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. [...] o seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o axiológico. (MOURA AGRA, *apud*, LENZA, 2010, p. 55/56)

Ainda sobre o novo movimento constitucional:

No constitucionalismo moderno a diferença entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais era apenas de grau, no neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A constituição como valor em si. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.” (MOURA AGRA, *apud*, LENZA, 2010, p. 55/56)

Com o neoconstitucionalismo valorizou-se o caráter axiológico da Constituição, bem

como a efetividade dos direitos fundamentais.

Os movimentos constitucionais, ou constitucionalismo, estiveram estreitamente ligados à valorização dos direitos humanos e fundamentais. Neste ponto é fundamental destacar a concepção de Sarlet (1998, p. 80) sobre os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Os direitos fundamentais são considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna livre e igual. Não basta ao Estado reconhecer direitos formalmente, deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia a dia dos cidadãos e de seus agentes (SILVA, 2003, p. 155).

É necessário ainda ter em vista a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, pois embora parecidos e constantemente confundidos, significam a proteção de direitos diferentes, e muito embora ambos tratem de direitos ligados à liberdade e a igualdade que visam a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, os direitos humanos estão consagrados no plano internacional, enquanto os direitos fundamentais estão previsto nas Constituições de cada Estado, isto é, cada nação consagra sua categoria de direitos fundamentais. Além disso, os direitos humanos não são divididos em gerações, como os direitos fundamentais, nasceram na mesma época, por assim dizer (SILVA, 2003, p. 164).

Pinho (2010, p. 96) observa-se que dentro da sistemática adotada pela Constituição Federal de 1988, o termo “direitos fundamentais” é gênero abrangendo as seguintes espécies: direitos individuais (artigo 5º da Constituição Federal); direitos coletivos (artigo 5º a 7º da Constituição Federal); direitos sociais (artigos 6º a 11º da Constituição Federal); direitos à nacionalidade (artigos 12º e 13º Constituição Federal); direitos políticos (artigos 14 a 17 Constituição Federal).

Na teoria dos quatro *estatus* de Jellinek (JELLINEK, *apud* PINHO, 2010, p. 100) os direitos fundamentais se dividem em três grupos: 1) direitos fundamentais de defesa: protegem o indivíduo em face do Estado (direitos liberais clássicos na época da revolução

francesa) são direitos ligados, sobretudo à liberdade, propriedade e igualdade formal, se constituem basicamente dos direitos e garantias fundamentais, são os chamados direitos negativos, visto que representam um não fazer do Estado; 2) de prestações: exigem do Estado prestações materiais e jurídicas (normas, etc.), sendo direitos eminentemente positivos, visto que exigem atuação do Estado, como por exemplo, a segurança pública, saúde, educação; 3) de participação: participação do indivíduo na vida política do Estado. São basicamente os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, como por exemplo, o dever de atuação (realizar eleições) e dever de abstenção (não impedir a participação dos cidadãos).

Os direitos fundamentais possuem várias características, analisar-se-á primeiramente a característica da historicidade. A historicidade representa que os direitos fundamentais são produto de uma evolução histórica, isto é, surgem das contradições existentes no seio de uma determinada sociedade. São conquistados pela sociedade com o passar do tempo, de acordo com as necessidades do ser humano. Já a inalienabilidade, significa que são intransferíveis e inegociáveis, ou seja, não tem caráter patrimonial ou disponível (PINHO, 2010, p. 97).

São imprescritíveis, pois, não são alcançados pela prescrição, não deixam de existir pela falta de uso. Assim como são também irrenunciáveis, de sorte que nenhum ser humano pode abrir mão de possuir direitos fundamentais. Pode até não usá-los adequadamente, mas não pode renunciar a possibilidade de exercê-los. Não se pode admitir renúncia ao núcleo substancial de determinados direitos, o que pode acontecer é a limitação voluntária, que é bem diferente de renúncia (PINHO, 2010, p. 97).

Ademais, os direitos fundamentais são ainda universais, ou seja, todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser devidamente respeitados. Não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito à condição de ser humano. Existe um núcleo mínimo de proteção à dignidade da pessoa humana, que devem estar presente em todas as sociedades ainda que devam ser considerados e respeitados certos aspectos culturais (PINHO, 2010, p. 97).

É característica ainda dos direitos fundamentais sua limitatividade, ou relatividade, visto que não são absolutos, podem ser limitados sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. Como os direitos fundamentais se expressam por princípios eles não devem ser considerados absolutos, para permitir a convivência das liberdades públicas, deve acontecer uma cedência recíproca (PINHO, 2010, p. 97).

As gerações, ou dimensões dos direitos fundamentais estão intimamente ligadas aos movimentos do constitucionalismo. A divisão dos direitos fundamentais em gerações está ligada a consagração gradativa dos direitos fundamentais nos textos das constituições. Muito embora se utilize o termo gerações, temos que não é o termo mais adequado, pois dá a ideia de sucessão, o que não é verdade, visto que todas as gerações coexistem, ou seja, uma geração não substitui a outra. Por este motivo é que se prefere falar em dimensões e não em gerações de direitos fundamentais.

Como é cediço as dimensões correspondem ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

A primeira dimensão de direitos representa os direitos de liberdade, surgidos no final do século XVIII, juntamente com as revoluções liberais. São os chamados direitos civis e políticos (direitos individuais). São direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, ou seja, possuem caráter negativo. Surgiram dentro do chamado constitucionalismo clássico ou liberal, no Estado de Direitos ou Estado Liberal de Direitos (PINHO, 2010, p. 98).

Já a segunda dimensão de direitos, corresponde aos direitos de igualdade, surgidos no final da primeira Guerra Mundial (século XX). A revolução industrial também contribuiu para o surgimento da segunda dimensão de direitos, são os direitos sociais, econômicos e culturais (direitos coletivos). São também chamados de garantias institucionais, pois protegem instituições fundamentais para a sociedade (família, imprensa livre, funcionalismo público, etc.). Surgem no período do constitucionalismo moderno ou social, Estado Social de Direito. Consagra a igualdade material (PINHO, 2010, p. 98).

A terceira dimensão de direitos constitui os direitos de fraternidade, ou solidariedade, como por exemplo, o direito de autodeterminação dos povos, direito ao progresso, desenvolvimento, meio ambiente saudável, comunicação, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. Surgem com o constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo (PINHO, 2010, p. 98).

A quarta dimensão de direitos representa os direitos de pluralidade, que surgem a partir da globalização política. São os direitos à democracia, informação, pluralismo político. O pluralismo é um dos fundamentos do Brasil (conforme preceito do artigo 1º, inciso V da Constituição Federal), é muito mais amplo do que pluralismo político partidários, abrange o pluralismo religioso, cultural, opções de vida de uma forma geral (PINHO, 2010, p. 99).

Existe ainda a quinta dimensão de direitos fundamentais, é o direito à paz (PINHO, 2010, p. 99).

Viu-se no decorrer do explanado os movimentos constitucionais, e como eles foram importantes na limitação do poder estatal, bem como na consagração de direitos e garantias individuais e coletivas, assim como na consagração dos direitos humanos no plano internacional. Estudou-se ainda sobre os direitos fundamentais inseridos na Constituição da República de 1988, suas características e dimensões. Sob esta perspectiva estudar-se a seguir o processo penal como garantia de efetividade dos direitos fundamentais.

1.3 O Processo Penal como garantia de efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Como dito alhures o processo penal como garantia de direitos fundamentais é uma conquista histórica. Assim como evoluiu o Estado, evoluiu o processo penal e a constituição. Uma Constituição e, por conseguinte, um Estado democrático, não poderia consolidar senão um processo penal democrático.

Neste norte o processo penal deve ser visto como um instrumento de efetivação das garantias estabelecidas pela Constituição Federal. No entanto, antes de tratar especificamente do processo penal como garantia, é preciso analisar a necessidade do Processo Penal, seu fundamento de existência, para quê e para quem existe o processo penal.

Assim, se analisará a seguir a importância do processo penal para a defesa das garantias mínimas conquistadas e estabelecidas na Constituição Federal, bem como a importância dos princípios e das regras, além de sua vigência e validade.

1.3.1 A importância do Processo Penal na defesa de garantias mínimas

A partir do momento em que se suprime a vingança privada surge o processo penal, e o monopólio pelo Estado da justiça. Vale transcrever as palavras de Lopes Junior (2005, p. 2)

“O Estado, como ente jurídico e político, avoca para si o direito (e o dever) de proteger a comunidade e também o próprio réu, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal [...]”.

Lopes Junior (2005, p. 02) faz importante questionamento ao iniciar o estudo sobre o Processo Penal: “**Processo Penal, para que(m)?**”, afinal, qual é o objetivo do Processo? Para que ele serve aos cidadãos? Qual a finalidade do Direito Penal frente à sociedade? São estes importantes questionamentos que tentaremos responder ao longo deste ítem.

O direito penal, nas palavras de Batista (1996, p. 116), aduz que “[...] a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”. Greco (2007, p. 04) menciona que “[...] a pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o direito penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade.”.

A justiça pelas próprias mãos é proibida e para que o Estado possa viabilizar o monopólio da justiça e punir a violação de bens jurídicos é criado o processo judicial.

Lopes Junior (2005, p. 4) ao tratar da relação entre delito, pena e processo menciona que “Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena [...] o **processo é o caminho necessário para a pena.**” É o famoso brocardo “*nulla poena sine iudicio*”, ou seja, não é possível na atual conjuntura processual penal e constitucional, que haja pena sem ter havido processo.

Neste sentido é que se percebe a instrumentalidade do processo penal, pois, não tem apenas a finalidade de condenar o acusado, mas também de promover o projeto democrático, Lopes Junior (2005, p.8).

O Processo Penal é sem dúvida um instrumento, e daí decorre a sua chamada “instrumentalidade”, e esta instrumentalidade é a razão, o fundamento de existência do Processo Penal, pois o processo além de servir à correta aplicação da pena, serve também aos ditames do Estado Democrático de Direito na medida em que é o garantidor de direitos do acusado, ainda que estes direitos sejam mínimos.

Vale a transcrição da lição de Lopes Junior (2005, p. 08):

É fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória). Ao lado dela, está a função política do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático. Neste viés a finalidade constitucional – garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial a liberdade individual.

O Processo Penal não deve ser interpretado isoladamente, mas de acordo com o ordenamento, com o sistema jurídico vigente. No sistema existem normas superiores e normas inferiores, e de acordo com a visão piramidal de Kelsen a Constituição Federal deve ser a norma superior onde todas as outras buscam seu fundamento de validade.

Assim, as normas de Processo Penal devem buscar seu fundamento de validade na Constituição Federal, lei suprema e norteadora de toda a interpretação legal.

Segundo Greco (2007, p. 11):

A Constituição nos garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Desta forma, não poderá o legislador infraconstitucional proibir ou impor determinados comportamentos, sob a ameaça de uma sanção penal, se o fundamento de validade de todas as leis que é a Constituição, não nos impedir de praticar ou, mesmo, não nos obrigar a fazer aquilo que o legislador nos está impondo. Pelo contrário a Constituição nos protege da arrogância e da prepotência do Estado, garantido-nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais.

Carvalho (2003, p. 17) ao falar sobre o garantismo penal argumenta que:

[...] a teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido desta forma o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático – teórico idôneo à tutela de direitos contra a irracionalidade de poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Dias e Ferrajoli de esfera do não-decidível, núcleo sobre o qual, sequer a totalidade pode decidir. Em realidade conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado, sequer sob a justificativa de manutenção do 'bem comum'.

Viu-se que o Processo Penal é instrumento para proteção de direitos e garantias fundamentais (direitos fundamentais constitucionalizados como prefere Salo de Carvalho), além disso, é também instrumento para a realização do ideal democrático estabelecido na Constituição Federal.

Essa instrumentalidade do Processo Penal, ou seja, aquela voltada para a concretização

de direitos e garantias fundamentais e para a realização do projeto democrático é a chamada instrumentalidade garantista.

Neste ponto é indispensável transcrever as palavras de Lopes Junior (2005, p. 10) “[...] a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais.[...]”.

O Processo Penal não deve ser pena, deve sim ser um instrumento para que, se necessário e socialmente relevante, se aplique uma pena justa e nos limites da legalidade e dos direitos e garantias previsto na Constituição, essa é a instrumentalidade garantista do Processo Penal, quanto o Processo deixa de ser castigo e passa a ser meio de construção da verdade.

Sob essa nova matriz, pode-se dizer que ocorreu uma valorização do indivíduo frente ao Estado, e esta é uma das características da democracia e por consequência do Estado Democrático de Direito.

No entanto, no Brasil o perfil democrático é relativamente recente, começou-se a viver em um Estado Democrático apenas após o advento da Constituição de 1988. Sob essa ótica é que o Processo Penal precisou se constitucionalizar e democratizar, valorizando-se mais o indivíduo que é submetido ao processo.

O acusado deixa de ser objeto e passa a ser visto como sujeito de direitos, na perspectiva constitucional. Entretanto, a Constituição Federal e a instituição do Estado Democrático de Direito datam de 1988, enquanto as normas processuais penais brasileiras remontam ao ano de 1941.

Obviamente que houveram várias mudanças pontuais no Código de Processo Penal, mas essas mudanças pontuais não conseguiram retirar do Código sua inspiração fascista, que pode ser claramente percebida na leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal (LOPES JUNIOR, 2005, p. 42).

Para Thums (2006, p. 167), “o Direito, como fenômeno jurídico, constitui um produto da cultura, resultante da evolução da humanidade. Justamente por isso é constituído de elementos políticos/ideológicos que definem um sistema de normas.”

A ordem jurídica pode ser definida como um conjunto de normas e princípios vigentes em determinado tempo e lugar. Assim, o estudo dos princípios remete à noção de sistemas e o

estudo dos sistemas processuais penais é essencial para compreender toda a sistemática do Direito Processual Penal (THUMS, 2006, p. 167).

O sistema processual penal deriva da Constituição Federal que é seu fundamento de validade, uma vez que todas as matrizes principiológicas do Processo Penal são ditada pela Constituição, advindo daí a noção de Direito Processual Penal Constitucional (THUMS, 2006, p. 167).

Marques (1980, p. 49) menciona que:

O processo penal é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça.

O processo penal somente passou a ter destaque dentro da ordem jurídica brasileira a partir da conquista de direitos fundamentais e humanos, incorporados pela Constituição Federal no moderno Estado Democrático de direito (THUMS, 2006, p. 168). Ainda de acordo com Thums (2006, p. 168):

Diferentemente do processo civil o processo penal não se destina a solucionar uma lide entre as partes, através de declaração, constituição ou condenação, porque há outros componentes em jogo. A prática de crime enseja a propositura de uma ação penal, onde o autor deduz apenas uma pretensão acusatória, porque o direito de punir é do Estado - jurisdição, portanto, do juiz.

O processo penal é um instrumento recente no Direito, Thums (2006, p. 168) menciona que “Na antiguidade quase não se encontravam vestígios de regras de processo penal por razões muito simples. Havia confusão entre normas de Direito Penal e Processo Penal, bem como a forma de aplicação das penas (vingança privada)”. Com a evolução dos sistemas políticos, das formas de Estado foi que surgiram formulações de regras de Processo Penal distintas das normas de Direito Penal, na visão de Thums (2006, p. 168) o processo penal é um “instrumento limitador do Estado Hobbesiano”.

Hoje o processo penal é um ramo do direito público interno, cujas normas instituem e organizam órgãos públicos que cumprem a função judicial penal do Estado e disciplinam os atos que integram o procedimento necessário para impor uma pena. O Estado tornou-se o devedor da prestação jurisdicional penal, sem possibilidade de autocomposição entre agressor e vítima. Cometido um crime, nasce para o Estado o direito – dever de iniciar e desenvolver imediatamente todos os atos de persecução penal até a solução definitiva, por sentença, aplicando o direito material (THUMS, 2006, p. 168 e 169).

Na atual conjuntura constitucional o processo penal é considerado uma garantia negativa, ou seja, uma garantia do cidadão contra o arbítrio Estatal, de sorte que somente por meio de um Processo Penal que respeite os ditames constitucionais é que será possível a aplicação de uma pena justa e de acordo com os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Neste sentido é que se consagrou o axioma *nulla poena sine iudicio*, ou seja, não pode ser aplicada pena sem processo anterior, e este processo de acordo com os ditames constitucionais deve ser um processo que assegure ao acusado todos os meios de defesa possíveis e necessários, deve ser um processo onde se respeitem os direitos fundamentais, como o esculpido no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal¹ “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em apanhado histórico do processo penal no Brasil Thums (2006, p.169) menciona que “Antes da criação do Estado Democrático de Direito e diante da falta de critérios científicos na ordem jurídica, as regras processuais eram diluídas entre as de direito material, e muitas vezes estavam completamente ausentes”, diante deste quadro ao aplicar a o direito material “Quem fosse julgar podia ‘inventar’ o procedimento”.

Como exemplo de legislação que adotava este sistema Thums (2006, p. 169) menciona as Ordenações do Reino e o Código de Processo Penal do Império. Conclui o autor que “o processo penal, como forma de prestação jurisdicional do Estado teve longo período de trevas na humanidade, ou melhor, somente nasceu depois da criação dos Estados Constitucionais” no pós-guerra.

O processo penal é um instrumento de garantia que todos os cidadãos possuem contra o Estado, é, em verdade, uma limitação ao poder do Estado, deve respeitar as regras preestabelecidas tanto no Código de Processo Penal, quanto na Constituição Federal, norma fundamental e fundamento de validade de toda e qualquer norma criada pelo Poder Constituído.

O Processo Penal vem sendo frequentemente utilizado como instrumento de controle

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

social, no entanto esta não é a sua função, como já mencionado o Processo Penal deve ser utilizado para limitar o poder de Estado, detentor do monopólio do direito de punir, não deve ser utilizado como meio de estigmatizar os indivíduos que cometem crimes. Thums (2006, p. 170) relata que “se o Direito Penal é como uma teia de aranha que pega pequenos insetos então a estes devem ser assegurados os direitos fundamentais do processo”.

Thums (2006, p. 170) menciona ainda que são poucos os indivíduos que são alcançados pelo braço do Estado, menos de 5% dos criminosos, de maneira que a grande massa dos criminosos fica impune, justificando-se assim o estabelecimento de garantias processuais para limitar o poder de punir do Estado.

O acusado não deve ser visto como uma pessoa anormal, como um monstro, bem como não deve ser submetido a julgamento absurdo e em desacordo com as garantias constitucionais e processuais penais, na visão de Thums (2006, p. 170) “o juiz deve ver no réu um homem, respeitando a sua dignidade como pessoa”.

Como é cediço a Dignidade da Pessoa Humana é um dos pilares na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, com previsão expressa no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal², e como não podia deixar de ser deve ser observada no processo penal, onde se deve respeitar sempre a dignidade do acusado.

Para Thums (2006, p. 171 e 172): “Assim, os direitos e garantias fundamentais, quer penais ou processuais penais, constituem cláusula pétreas ou princípios estruturantes da própria Constituição. Imutáveis, portanto.” É neste sentido que o Código de Processo Penal, para o autor é, em verdade um “estatuto de garantias” para todos os cidadãos submetidos ao processo, seja para proteger o inocente, seja para não se atingir a dignidade pessoal do acusado.

O réu não pode mais ser visto apenas e tão somente como objeto do processo, mas sim como sujeito de direitos que o Estado deve respeitar, (THUMS, 2006, p. 173).

Em sede conclusiva pode-se dizer que com a edição da Constituição Federal de 1988 houve grande avanço em termos de Processo Penal no Brasil, contudo há que haver a

² 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.

integração nas normas, pois, muito embora a Constituição seja vanguardista e garantidora de direitos, o código penal é antigo e com inspiração diversa da Constituinte.

O processo penal é em verdade “[...] essencialmente, um Direito de fundo *constitucional*” (OLIVEIRA, 2009, p. 31).

Assim, o Processo Penal dentro de uma interpretação conforme a Constituição, visto que deve ser interpretado sempre de acordo com os preceitos constitucionais, seja pela hierarquia, seja pela força normativa da Constituição, deve também, ser garantidor de garantias mínimas aos processados, sob pena de retrocesso social.

Para Oliveira (2009, p.31) com o advento da Constituição de 1988, chegou-se no Brasil em um momento de maturidade cultural, as mudanças trazidas pela constituinte anunciam novos tempos para o direito processual penal .

A Constituição Federal, bem como o Código de Processo Penal, estabelecem em seus bojos, várias normas, regras e princípios. Dentro desta perspectiva é que analisará no item seguinte os princípios, as normas e as regras, bem como sua vigência e validade, a fim de que possamos ao final estabelecer a importância jurídica de cada um deles e avaliar a vigência e validade de cada regramento dentro do ordenamento jurídico, e em situações de conflito entre regras e princípios constitucionais.

Neste sentido é que se estudará ainda a importância das normas, princípios e regras para um processo penal democrático e pautado nos ditames constitucionais de valorização da dignidade da pessoa humana, bem como dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

1.4 Normas, regras e princípios

Tradicionalmente distinguia-se princípio de norma, contudo, a distinção correta a ser feita é entre princípio e regras, visto que norma é considerada como gênero, do qual princípios e regras são espécies (CANOTILHO, 2003, p. 1160). Canotilho (2003, p. 1160) anota ainda que “saber distinguir, no âmbito do superconceito normas, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa”.

Dentro desta perspectiva apontam-se alguns critérios para a distinção entre regras e princípios, quais sejam: o grau de abstração (os princípios possuem grau de abstração particularmente elevado, já as regras têm a abstração diminuída); o grau de determinabilidade (enquanto as regras possuem aplicação direta, os princípios precisam mediações concretizadoras, como o juiz e o legislador); o caráter de fundamentalidade (os princípios são de natureza estruturante e fundamental devido a sua hierarquia no ordenamento – princípios constitucionais, ou dentro de um sistema – princípios do Estado de Direito); proximidade da ideia de direito (os princípios são radicados na ideia de Direito, as normas tem conteúdo meramente formal); natureza normogênica ou fundamentante (os princípios são fundamentos das regras), (CANOTILHO, 2003, p. 1160/1161).

De acordo com Canotilho (2003, p. 1161), esta complexidade na distinção entre normas e princípios “deriva do fato de não se esclarecerem duas questões fundamentais: (1) saber qual é a função dos princípios, se tem uma função retórica - argumentativa, ou são normas de conduta; (2) saber se entre princípios e regras existe um denominador comum”. Por denominador comum o autor considera a “mesma família” e havendo apenas uma diferença de grau, ou se “princípios e regras forem passíveis de uma diferenciação qualitativa”.

Os Princípios são considerados normas jurídicas informadoras do ordenamento, são dotados de normatividade, ou seja, possuem efeito vinculante e constituem normas jurídicas efetivas. Essencialmente os princípios possuem três funções: fundamentadora - estabelecem-se diretrizes de todo um sistema de normas constitucionais; interpretativa - alcance da verdadeira finalidade da lei no momento de sua aplicação; supletiva - realiza-se a integração do ordenamento jurídico (artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil³).

Barroso (2009, p. 203) menciona que a distinção entre normas, como gênero, e princípios e regras, é especialmente relevante do direito constitucional, visto que “o reconhecimento da distinção qualitativa entre as duas categorias e a atribuição de normatividade aos princípios são elementos essenciais ao pensamento jurídico”, os princípios passam a ser centro do sistema jurídico e não apenas subsidiários das regras.

Canotilho (2003, p. 1161) divide os princípios entre: princípios hermenêuticos e princípios jurídicos, os primeiros “desempenham função argumentativa permitindo [...]

³ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando [...] o desenvolvimento, integração e complementação do direito”. E continua dizendo que:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida [...] a convivência dos princípios é conflitual [...] a convivência de regras é antinômica, os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.

Sobre os princípios Canotilho (2003, p. 1161) menciona que

Consequentemente os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica 'tudo ou nada') consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais, nem menos.

No caso de violação de princípios por norma infraconstitucional esta será considerada inconstitucional. Nas palavras de Bandeira de Mello (2007, p. 23):

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, representa a insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais.

Princípio é tradicionalmente definido como mandamento nuclear, alicerce ou disposição fundamental de um sistema normativo. No caso de colisão de princípios o conflito é resolvido pelo critério de peso, preponderando o de maior valor no caso concreto, pois ambas as normas são consideradas igualmente válidas.

Já no caso de colisão de regras se resolve o conflito pelos critérios tradicionais de interpretação: hierárquico; cronológico – norma nova revoga norma velha e especialidade – lei específica prevalece sobre a geral.

A Constituição Federal de 1988 inicia o título I dedicado aos “Princípios Fundamentais”. Este destaque realça a importância dada às normas jurídicas informadoras da organização do Estado Brasileiro. A valorização dos princípios tem sido uma das tendências do direito constitucional contemporâneo.

Os princípios são dotados de normatividade, ou seja, possuem efeito vinculante,

constituem normas jurídicas efetivas. Existe uma tendência moderna no direito constitucional denominada pós-positivismo (neoconstitucionalismo), em que há a valorização jurídica e política dos princípios constitucionais.

CAPÍTULO II

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E CONSTITUCIONAIS, SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS, TEORIA DA PROVA E INTERROGATÓRIO

O estudo dos princípios processuais penais e constitucionais aplicáveis ao processo penal, bem como dos sistemas processuais penais é de suma importância para o bom desenvolvimento da pesquisa. Nesta senda, analisar-se-á em seguida os princípios processuais penais e constitucionais pertinentes ao estudo desenvolvido, o modelo de sistema processual penal adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, estudo este elementar para posteriormente se analisar o tema sobre as provas no processo penal, visto sua estreita ligação.

Os princípios processuais penais e constitucionais estabelecidos no Código de Processo Penal Brasileiro e na Constituição da República Federativa do Brasil, respectivamente, servem de base e alicerce para todo o ordenamento jurídico, e mais especificamente para todas as normas sobre processo penal editadas no Brasil, sendo indispensável a sua análise no presente estudo.

Após a análise do Processo Penal como instrumento de garantias, bem como instrumento de preservação da dignidade do acusado, cabe agora efetuar a análise dos sistemas processuais penais, fundamentais para a compreensão do Processo, visto que os sistemas processuais “traduzem a ideologia política na estrutura da ordem jurídica” de acordo com a visão de Thums (2006, p. 175).

Tendo em vista que os sistemas processuais penais refletem a ideologia adotada pelos Códigos de Processo Penal, e merecem atenção especial na pesquisa desenvolvida, visto sua

estreita ligação com as provas no processo penal. Neste sentido, o interrogatório do réu preso constitui elemento de prova no Processo Penal, em sendo elemento de prova e em sendo o interrogatório o objeto do presente estudo é necessário efetuar abordagem geral acerca das provas no processo penal brasileiro.

Nesta senda é que se estudarão em seguida os princípios processuais penais e constitucionais pertinentes ao tema em estudo, assim como os sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo e misto, o mito da verdade real no processo penal brasileiro, os sistemas de apreciação das provas, bem como as provas em espécie, entre elas o interrogatório, neste ponto trataremos da natureza jurídica do interrogatório, ao final veremos a tendência moderna do Processo Penal Eletrônico, com o interrogatório realizado por videoconferência.

2.1 Os princípios processuais penais e constitucionais

Princípios, em especial os constitucionais são a base de todo o sistema jurídico, são alicerces, vértice e ‘colunas’ do ordenamento. Ferir um princípio se mostra, nesta perspectiva muito mais grave do que ferir uma norma, porque ao ferir um princípio se estará ferindo toda a ideologia do sistema e não apenas um mandamento legal.

Os princípios processuais penais são ainda mais sensíveis, visto que geralmente são princípios garantidores, ou princípios – garantia, como chama Canotilho (2003, p. 1167), visam instituir direta ou indiretamente uma garantia aos cidadãos, em especial àqueles submetidos ao processo penal.

Princípio na acepção mais correta significa “mandamento nuclear do sistema” (SILVA, 2003, p. 01), em sendo o núcleo de todo o sistema deve ser respeitado e valorizado na aplicação das normas jurídicas.

O Direito Constitucional é o ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado; é a ciência positiva das constituições; tem por objeto a constituição política do Estado e as normas que a integram, cabendo a ele o estudo sistemático das normas que integram a constituição (SILVA, 2003, p. 18).

Cabe ao Direito Constitucional o estudo sistematizado das normas que integram a Constituição do Estado, seu objeto é constituído pelas normas fundamentais da organização do Estado, ou seja, normas relativas à estrutura do Estado, forma de governo, modo de aquisição e exercício de poder, estabelecimento de seus órgãos, limites da sua atuação, direitos fundamentais do homem e respectivas garantias, e regras básicas de ordem econômica e social.

Diferencia-se dos demais ramos pela natureza específica de seu objeto, e pelos princípios peculiares que o informam, configura-se como Direito Público Fundamental, por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado.

Por outro norte, palavra constituição, para Silva (2003, p. 16) pode ser empregada em vários significados, tais como: “lei fundamental de um Estado”, “conjunto de elementos essenciais de alguma coisa: a constituição do universo, dos corpos sólidos, etc., todos tem a ideia de “modo de ser de alguma coisa”, neste sentido é que se diz que todo o Estado tem constituição, que é o simples modo de ser do Estado.

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um 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; em síntese, é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Em uma concepção normativa do que seja significa uma Constituição, Hesse (1991, p. 14) menciona que em certos casos de fato a Constituição jurídica acaba sucumbindo diante da realidade. No entanto, muitas vezes a Constituição escrita possui uma força normativa, capaz de modificar esta realidade, para isto basta que exista a “vontade de constituição” e não apenas “vontade de poder”. Para ela a Constituição escrita reflete a realidade e consegue influenciá-la.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada rígida, sua rigidez decorre da maior dificuldade para sua modificação do seu texto, de uma constituição rígida emana o princípio da supremacia da constituição, colocando-a no vértice do sistema jurídico.

Por ser rígida, toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais, bem como só pode exercer, suas atribuições nos termos do disposto constitucionalmente, sendo que todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se forem compatíveis com as normas constitucionais federais.

Neste sentido, Thums (2006, p. 77) declara que:

[...] as normas processuais penais, que traçam a matriz ideológica da persecução penal e da jurisdição, assumem importância para a proposta do presente estudo, porque o Brasil promulgou uma nova Constituição em 1988, sem romper com a legislação vigente. Significa dizer que toda a legislação infraconstitucional foi recepcionada, desde que não contenha regras incompatíveis com a nova Carta Magna.

Thums (2006, p. 78) ao tratar da importância dos princípios no processo penal menciona que “O papel exercido pelos princípios na organização dos sistemas processuais penais é fundamental”.

Serão analisados os seguintes princípios constitucionais e processuais penais atinentes ao tema do estudo desenvolvido: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, verdade processual, igualdade das partes, ou, paridade de armas, livre convencimento motivado, e finalmente o princípio da presunção de inocência.

Tendo por base o exposto trataremos a seguir dos princípios mais importantes no processo penal, sejam eles constitucionais ou processuais, pois como é cediço, a análise da fundamentação principiológica do tema é de suma importância para se definir, ao final, a compatibilidade da utilização do sistema da videoconferência com os princípios constitucionais e processuais penais de garantia do Estado Democrático de Direito.

2.1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e conseqüentemente do Estado Democrático de Direito, tem

previsão legal do artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴.

A dignidade da pessoa humana para Moraes (2007, p. 16), “[...] concebe unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes as personalidades humanas”. Nas palavras do autor:

Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos;

Como conquista histórica da humanidade o princípio da dignidade da pessoa humana veio no sentido de livrar a sociedade das formas desumanas de tratamento dos indivíduos. Canotilho (2003, p. 225), menciona que a República é uma organização política que serve ao homem, e não o contrário:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à idéia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24º) e a prisão perpétua (artigo 30º).

Sarlet (2002, p. 62), por sua vez escreve que o ser humano deve ser respeitado como pessoa independentemente das características que o mesmo apresenta, sendo que todos devem reconhecer a dignidade da pessoa humana:

⁴ 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 qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da república e pilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro, é qualidade natural de cada ser vivo devendo ser respeitada e promovida. Falar em dignidade da pessoa humana importa em dizer que o Estado existe para servir as pessoas, e não o contrário, pois cada ser deve ser visto como um fim em si mesmo e não como um meio, sob pena de ofensa grave aos ditames constitucionais.

O Estado em seu agir deve estar pautado na dignidade da pessoa humana, pois é acima de tudo, um norte para as ações estatais, neste sentido, se tivermos alguma ação estatal que fira este fundamento da república, ela será patentemente inconstitucional, pois fere o mínimo de impenetrável, ou núcleo essencial de direitos que devem ser assegurados a cada indivíduo.

2.1.2 Princípio do devido processo legal e o direito a um processo justo

O devido processo é expressamente abrigado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LIV⁵, segundo qual ninguém poderá ser privado de sua liberdade sem um processo, e este processo além de ser legal, ou seja, nos ditames da lei deve ser justo e adequado, neste perspectiva não se poderá aplicar qualquer tipo de sanção ou privação sem que antes haja um processo em que se respeite o contraditório e a ampla defesa.

Este princípio significa a consagração contra a tirania no poder. Para ser 'devido' o processo deve obedecer a vários outros princípios como o contraditório, juiz natural, motivação, duplo grau de jurisdição, etc., todos são produtos do devido processo legal que, em verdade, uma fonte de normas.

Diddier (2009, p.103) menciona que a expressão devido processo legal possui mais de

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...].

700 anos (surgida no século XIV), desta forma o conjunto de garantias abrangidas pela expressão 'devido processo legal' foram-lhe agregadas ao longo destes 700 anos de existência, de história, e daquilo que ainda pode vir a ser, pois, além de ser fonte de várias garantias já consagradas é fonte também de garantias ainda não consagradas no texto constitucional.

Processo significa qualquer método de exercício de poder, abrangendo o devido processo legal legislativo e administrativo, pode ser aplicado não nas relações entre cidadão e Estado, mas também nas relações entre cidadão e cidadão, isto é, no direito privado.

Contudo, além de previsão constitucional o devido processo, ou processo justo, está previsto também internacionalmente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, nº1, vale a transcrição do dispositivo mencionado:

Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Da mesma forma a Convenção Americana de Direitos Humanos assegurou no artigo 8º o direito ao devido processo legal:

Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Somente se todas as formalidades legais forem cumpridas é que se poderá privar alguém de sua liberdade, direito fundamental também previsto constitucionalmente e internacionalmente. O devido processo legal confere ao indivíduo dupla proteção, no âmbito material (dá proteção ao direito de liberdade), e, no âmbito formal, (garantindo condições iguais e plenitude na defesa), (MORAES, 2006, p. 27).

Nery Junior (1996, p. 27) menciona que “[...] bastaria a norma constitucional ter adotado o princípio do *due processo of Law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa [...]”, o autor considera o devido processo legal gênero do qual todas as demais normas e princípios constitucionais são espécies.

Foi nos Estados Unidos que se começou a pensar o devido processo legal em duas

dimensões a legal/processual e a material/substantiva. A dimensão legal ou processual do devido processo legal corresponde ao conjunto de garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa. Já a dimensão material ou substantiva do devido processo legal exige que as decisões e atos do poder sejam proporcionais, razoáveis e equilibrados, objetiva equilibrar o conteúdo das decisões. Não basta, portanto, respeitar o processo legal a lei tem que ser constitucional, na perspectiva da razoabilidade. (DIDDIER, 2009, p.105).

Percebe-se que o devido processo legal é algo que foi construído historicamente, sendo que cada país, cada nação constrói, de acordo com suas experiências históricas sua visão e seus modo de aplicar o devido processo legal.

Muito embora os dois aspectos conferidos ao devido processo legal, ele tem sido aplicado de forma eminentemente processual no Brasil, o devido processo legal é uma espécie de princípio matriz, que implicaria a observância das seguintes regras:

a) direito a prévia citação para conhecimento do teor da acusação; b) direito a um juiz imparcial; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à elaboração de reperguntas; d) direito ao contraditório (contrariar provas inclusive); e) direito à defesa técnica; f) direito à igualdade entre acusação e defesa; g) direito a não ser acusado com base em provas ilícitas; h) privilégio contra a auto-incriminação.(ARAUJO e NUNES JUNIOR, 2006, p. 184)

O princípio da efetividade é um dos princípios decorrentes do devido processo legal, segundo o qual o processo efetivo é aquele que consiga materializar os direitos, ou seja, não basta que os direitos sejam reconhecidos é necessário que sejam efetivos.

Deriva do devido processo legal também o princípio da adequação, pois processo devido é processo adequado, para o processo ser adequado deve observar 03 critérios de adequação: adequação objetiva (o processo tem que ser adequado ao direito que será por ele tutelado); adequação subjetiva (o processo deve ser adequado aos sujeitos que serão partes nele, um exemplo é a adoção de prazo diferenciado para a fazenda pública, ou processos que envolvam incapazes, idosos, etc., a adequação subjetiva nada mais é do que a influencia do princípio da igualdade no processo); e adequação teleológica (o processo deve ser adequado as suas finalidades). (DIDDIER, 2009, p.105).

O princípio da boa-fé também é uma derivação do devido processo legal, visto que no processo deve haver boa-fé processual, é o “*fair trial*” (procedimento justo) expressão consagrada no Pacto Europeu de Direitos Humanos, o “*fair Trial*” na Europa, o “*processo equitativo*” em Portugal, ou o “*due process of Law*” são sinônimos do direito comparado do

princípio do devido processo legal consagrado na Constituição Federal de 1988. (DIDDIER, 2009, p.105).

O devido processo legal é fonte de vários outros princípios constitucionais e processuais penais, daí a importância do seu estudo no presente trabalho, visto ser impossível falar em processo penal sem falar em devido processo legal.

Como se denota do explanado o princípio do devido processo legal é amplo e visto, por muito doutrinadores como gênero dos demais princípios constitucionais. Configura garantia negativa de cada cidadão contra o poder estatal, visto que não poderá haver aplicação de pena sem que se obedeça ao devido processo legal.

2.1.3 Princípio da verdade processual

O processo penal, como já explanado, busca descobrir a verdade dos fatos, isto é, os fatos como eles efetivamente aconteceram, nesta perspectiva não se admite no processo penal brasileiro presunções ou ficções, ao contrário o processo penal deve ser pautado em provas concretas, sendo que na hipótese de dúvida deve-se decidir sempre em favor do réu.

Reis e Gonçalves (2010, p. 31) mencionam diferentemente do processo civil onde são admitidas ficções, em virtude do princípio da verdade real, no processo penal “[...] ainda que o réu seja revel será necessário que a acusação faça prova cabal do fato imputado para que haja condenação [...]”.

É o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal⁶, que facultou ao juiz agir de ofício na produção de provas mesmo antes de iniciar a ação penal, ou determinando, no curso da instrução ou, antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Greco Filho (1999, p. 74) leciona sobre o princípio da verdade real no processo penal brasileiro que:

⁶ 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.

É princípio do processo penal, que interfere na garantia da ampla defesa, a aferição, pelo juiz, da verdade real, e não apenas da que formalmente é apresentada pelas partes no processo. O poder inquisitivo do juiz na produção das provas permite-lhe ultrapassar a descrição dos fatos como aparecem no processo, para determinar a realização *ex officio* de provas que tendam à verificação da verdade real, do que ocorreu, efetivamente, no mundo da natureza.

Este princípio permite que o juiz determine, de ofício, a produção de provas que entenda necessárias para dirimir dúvidas sobre ponto relevante no processo penal, pois, se no processo deve se primar pela verdade, deve também o juiz zelar para que tudo o que for possível seja feito para se chegar a verdade sobre os fatos investigados.

Contudo, a verdade real não é um princípio absoluto encontra várias limitações. Reis e Gonçalves (2010, p. 31) elencam vedações existentes ao princípio da verdade real:

a) vedação da revisão criminal *pro societa*, ou seja, se após a absolvição transitada em julgado surgirem provas fortíssimas contra o réu, mesmo assim a decisão não poderá ser revista; b) vedação constitucional do uso da prova ilícita; c) transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo previstas na Lei 9.099/95, uma vez que, com a transação, deixará o juiz de buscar a verdade real para aplicar uma pena avençada pelas partes; d) perdão do ofendido e perempção nos crimes de ação privada, que impedem o juiz de julgar o mérito da causa.

A apuração dos fatos investigados deverá ser feita de maneira ampla, a fim se chegar a verdade dos fatos, Oliveira (2009, p. 322) menciona que “toda a verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente por ter sido produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica”. A verdade que se atinge no processo penal nem sempre é a verdade dos fatos, mas é uma verdade que foi construída pelas provas e elementos apresentados no processo, isto é, “a verdade revelada na via judicial será sempre uma verdade reconstruída, dependendo do maior ou menor grau de contribuição das partes e, por vezes, do juiz, quanto à determinação de sua certeza”

Muito embora a iniciativa na produção das provas pertença às partes, o sistema acusatório adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade. Porém, nessa busca pela verdade a não deve prevalecer nem a acusação nem a defesa, bem como não deve comprometer a imparcialidade do julgador, que está comprometido somente com a busca da verdade e não com a condenação ou absolvição do acusado. (GRECO FILHO, 1999, p. 72).

Rangel (2007, p. 20) afirma que “a imparcialidade do juiz tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional”. E Tourinho Filho (2006, p. 40) complementa dizendo que o Estado chamou para si a obrigação da prestação jurisdicional, o que ficaria impossibilitado se tivéssemos um julgador parcial.

O processo penal prevê como norte para seus atos o princípio da verdade processual, segundo o qual sempre se deve buscar a verdade efetiva dos fatos. Contudo, viu-se que este princípio não é absoluto, encontra várias limitações de ordem material, e dentro da perspectiva de um processo democrático, muito embora o juiz deva ser imparcial, pode exercer poder investigatório e instrutório no processo penal, tudo em nome do princípio da verdade real.

2.1.4 Princípio da igualdade das partes ou paridade de armas

Deriva diretamente do disposto no artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988 que estabelece “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, a segurança e a propriedade”.

Para Moraes (2006, p. 31) menciona que a igualdade de direitos é uma igualdade de aptidão “[...] uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos tem o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico [...]”. Ainda para o mesmo autor:

[...] o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais na medida em que se desigualam, é a exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém [...] que as chamadas liberdades materiais tem por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

Tourinho Filho (2006, p. 42) observa que muito embora as partes estejam em lados opostos no processo estão no mesmo plano de igualdade, de direitos e de obrigações. Neste sentido Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p.59) mencionam que:

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no artigo 5º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

As partes no processo penal são iguais em direitos e obrigações, assim, cabe ao juiz suprir as deficiências da parte que esta em desvantagem, assegurando que sejam iguais no tratamento processual, isto é, igualdade de oportunidades para ambas as partes.

2.1.5 Princípios do contraditório e da ampla defesa

É expressamente previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV⁷. Este princípio também é previsto em tratados internacionais de direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, prevê em seu bojo que “[...] toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal fornada contra ela, [...]”.

O direito ao contraditório também é visto sob duas perspectivas, a formal e a substancial. O contraditório formal exige que a parte prejudicada com a decisão judicial seja ouvida (direito de ser ouvido no processo), tem íntima ligação com o princípio da congruência, pois o juiz somente poderá decidir nos moldes do que foi pedido, haja vista que o réu só se defendeu em relação ao que foi pedido. (DIDDIER, 2009, p.115)

Contudo o direito ao contraditório meramente formal de nada adianta, é preciso que se garanta também o direito ao contraditório substancial. O caráter substancial do contraditório está ligado ao direito de influenciar na decisão, obviamente que de forma lícita com alegações

⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 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; [...]

etc., está ligado ao direito à prova, pois de nada adianta apenas se manifestar no processo se suas alegações não forem consideradas quando da decisão, é preciso que o juiz considere os argumentos de ambas as partes e decida motivadamente porque acolheu certos argumentos e outros não, esse é o princípio do contraditório substancial. (DIDDIER, 2009, p.115).

Greco Filho (1999, p. 73), por sua vez, ensina que o contraditório e a ampla defesa são dependentes entre si:

O contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, ser pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; e recorrer quando inconformado.

A não observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa é de tamanha importância dentro do processo que a sua inobservância resulta em nulidade absoluta no processo, constituindo requisito de validade do processo, visto seu caráter de garantia das partes frente ao Estado-juiz. (OLIVEIRA, 2009, p. 43).

O contraditório é método de confrontação da prova e da verdade trazida ao processo, imprescindível, pois para a existência da estrutura dialética do processo em geral (LOPES JUNIOR, 2010, p. 188). Para Lopes Junior (2010, p.189), o ato de contradizer “[...] a suposta verdade afirmada pela acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo”, e continua o autor afirmando que:

[...] está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera parts*, pois obriga que a reconstrução de “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo. O adágio está atrelado ao direito de audiência, no qual o juiz deve conferir, a ambas as partes, sob pena de *parcialidade* [...] também serve para justificar a face igualitária da justiça [...].

O contraditório deve ser visto, para Lopes Junior (2010, p.190) como “[...] o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*⁸.”

O direito ao contraditório a ampla defesa abrange, obviamente o direito de defesa, esse

⁸ Caminho do procedimento (em tradução livre).

direito de defesa corresponde ao direito de defesa técnica e defesa pessoal. A defesa técnica pressupõe “a assistência de uma pessoa com conhecimento teórico do Direito, um profissional que será tratado como *advogado de defesa*, *defensor* ou somente *advogado*.” (LOPES JUNIOR, p. 191 - 192). O direito à defesa técnica se deve a presunção de hipossuficiência do sujeito passivo do processo, sendo considerada indisponível, visto ser uma garantia do sujeito passivo do processo, é consagração da paridade de armas no processo.

A necessidade de defesa técnica no processo penal está expressamente prevista no artigo 261 do Código de Processo Penal⁹, segundo o qual nenhum acusado será julgado sem um defensor. No âmbito internacional temos o disposto no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁰.

Como se viu o direito ao contraditório e a ampla defesa também são princípios amplos e flexíveis, o contraditório abrange o contraditório formal e o substancial, o primeiro ligado ao direito de manifestação no processo e o último ligado ao direito de influenciar na decisão do juiz, de ter seus argumentos levados em consideração da decisão.

2.1.6 Princípio da presunção de inocência

⁹ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

¹⁰ Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

A garantia de presunção de inocência remonta ao Direito Romano, nos escritos de Trajano, sendo totalmente esquecida durante a Idade Média. Em 17889 o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem (LOPES JUNIOR, 2010, p. 184).

No direito interno, a presunção de inocência foi incorporada pela Constituição Federal de 1988 dentre os direitos e garantias fundamentais, com previsão no artigo 5º, inciso LVII¹¹, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tourinho Filho (2003, p. 61) descreve o princípio da presunção de inocência como decorrente do princípio do devido processo legal:

Este princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre. Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia.

Por outro lado, Lopes Junior (2010, p. 185) menciona que a presunção de inocência é decorrência do princípio da jurisdicionalidade:

[...], pois, se a jurisdição é a atividade necessária para a obtenção da prova, que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza, mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena”.

Neste sentido, o julgador, tendo em vista a presunção de inocência, não deve manter uma posição negativa, isto é, não considerando o réu culpado, mas sim deve agir positivamente tratando o réu como inocente (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 186). O autor destaca ainda que a presunção de inocência impõe um dever de tratamento do acusado, pois exige que o réu seja tratado como inocente, esta presunção atua em duas dimensões, interna e externa ao processo.

Na dimensão interna a presunção de inocência é um dever de tratamento imposto ao juiz, visto que “a carga de prova deve ser inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente não precisa provas nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição” (LOPES

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...].

JÚNIOR, 2010, p. 188). Na dimensão externa a presunção de inocência “exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. [...] deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso” (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 188), assim a espetáculo midiático em torno de crimes que repercutem na mídia deve ser coibido por meio da presunção de inocência.

Como garantia do acusado perante o julgador a presunção de inocência exige que o réu seja considerado inocente até que haja uma sentença em sentido contrário, em sendo assim até que não se produza provas de sua culpa não deve ser considerado culpado e muito menos deve ser submetido a uma pena. Impõe ao magistrado um dever de tratamento, o réu deve ser tratado e considerado inocente.

2.1.7 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio do livre convencimento motivado, ou justificado está intimamente ligado aos sistemas de valoração das provas. Neste sentido, analisar-se-á, ainda que superficialmente os três principais sistemas de valoração de provas, para a melhor compreensão do princípio em estudo. O sistema legal de provas “[...] o legislador previa *a priori* a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas)”. (LOPES JÚNIOR, 2010, p.524).

No sistema legal de provas, ou prova tarifada ou tabelada, o valor probatório de cada prova vinha legalmente estabelecido, sem se atentar para as especificidades de cada caso “[...] a confissão era considerada uma prova absoluta [...]”. (LOPES JÚNIOR, 2010, p.524).

Superando o sistema da legal, surge o princípio da íntima convicção. Neste sistema o juiz “[...] não precisa fundamentar a sua decisão, e muito menos, obedecer critérios de avaliação das provas [...]” (LOPES JÚNIOR, 2010, p.524), é o outro extremo do sistema anterior onde não se tinha liberdade alguma para valoração da prova, aqui a liberdade é plena e sem limites. Muito embora a falha no modelo é este o sistema dotado no Brasil em se tratando de tribunal do júri.

O livre convencimento motivado surge então para superando os dois sistemas

anteriores. O livre convencimento motivado está consagrado no artigo 155¹² do Código de Processo Penal, estabelecendo que o juiz tenha a sua a sua convicção formada a partir da análise das provas trazidas aos autos, limitando o julgamento ao conteúdo que as provas apresentarem, pois a motivação deve ter como fundamento o conhecimento dos autos.

Tourinho Filho (2006, p.239) menciona que as provas somente podem ser valoradas pelo juiz, sendo este um trabalho meticuloso e delicado, visto tratar-se de uma análise crítica que deve ser elaborada com o máximo de escrúpulo, o magistrado deve afastar da sua mente determinados pré-julgamentos, quando estes possam conduzi-lo a erro ou à parcialidade

Oliveira (2009, p. 328) menciona que:

O juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas.

O princípio do livre convencimento implica na valoração motivada das provas trazidas ao processo para a formação do convencimento do magistrado, ou seja, o juiz formará a sua convicção a partir dos elementos presentes nos autos, por isso se diz que seu convencimento possui forma livre, porém, motivada.

Cintra, Grinover e Dinamarco, (2006, p. 74) mencionam que:

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2006, p. 74).

Contudo a liberdade na valoração da prova não dispensa a “[...] fundamentação, ou a sua explicação. É de dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 328), tendo uma decisão fundamentada as partes poderão confrontar esta decisão com a mesma base argumentativa e fundamentadamente.

¹²Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O sistema de apreciação das provas no processo passou por uma importante evolução passamos pelo sistema legal de provas, ou provas tarifadas, onde cada prova possui um valor definido legalmente, para o sistema a livre convencimento extremo oposto do antecedente onde o juiz poderia valorar as provas da maneira que bem entendesse.

Atualmente adota-se, no Código de processo Penal Brasileiro o sistema da livre convicção motivada, isto é, pode o juiz valorar livremente a prova trazida aos autos, contudo a sua decisão deve ser motivada para demonstrar porque valorou mais uma prova e menos a outra. Este sistema nos parece o mais adequado com os preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito e com as garantias estendidas na Constituição Federal de 1988.

2.1.8 Princípio da identidade física do juiz

Importante estudar ainda o princípio da identidade física do juiz, princípio este relativamente novo no Processo Penal brasileiro e com estreita ligação com o tema em estudo. Expressamente previsto no artigo 399, parágrafo segundo do Código de Processo Penal¹³, onde se lê que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Inseriu-se no Processo Penal brasileiro o sistema de aglutinação da produção da prova, e o mesmo juiz que colhe a prova deve proferir a sentença, tudo em uma única audiência, conforme preceitua o artigo 400 do Código de Processo Penal¹⁴. (LOPES JÚNIOR, 2010, p.530).

Após a colheita da prova na audiência una, “[...] ainda na mesma audiência serão realizados os debates orais e proferida a sentença [...] a concentração dos atos (necessário para

¹³ Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. § 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

¹⁴ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. § 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes.

a identidade física) impõe que a instrução seja realizada em uma única audiência [...]”. (LOPES JÚNIOR, 2010, p.524).

O juiz perante o qual foi proferida a prova na audiência una tem, segundo entende o legislador, melhores condições de proferir a sentença, pois teve contado com o ofendido, com o acusado e com as testemunhas, traduzindo importante inovação do processo penal brasileiro, antes somente era utilizado no processo civil.

Lopes Júnior (2010, p.530) menciona que:

O princípio da identidade física do juiz exige, por decorrência lógica, a observância dos subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade. () traz vantagens e inconvenientes. O juiz que presidiu a coleta de provas e teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e o imputado tem uma visão mais ampla do caso penal submetido a julgamento. Essa é a vantagem, mas, no entanto, pode ser um grave inconveniente. Isso porque, essa juiz pode estar contaminado, seduzido pelos seus prejulgamentos e sem alheamento suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade. Esse pode ser um grave problema.

A introdução do princípio da identidade física do juiz é um avanço na legislação brasileira, pois o juiz que está presente na audiência de instrução e julgamento (ou nas audiências que forem realizadas em curto espaço de tempo), ou seja, o juiz que ouviu o réu, o ofendido e as testemunhas, será o mesmo que irá proferir a sentença do processo.

Com a análise deste princípio encera-se a fase de embasamento principiológico do estudo estaremos em seguida os sistemas processuais penais, e sua influência no sistema de apreciação das provas. Serão feitas ainda considerações acerca do mito da verdade real no processo penal brasileiro, todos os temas são relevantes e importantes para o bom embasamento do estudo desenvolvido.

2.2 Os sistemas processuais penais: acusatório, inquisitório e misto

Para a compreensão dos sistemas processuais penais é necessário o estudo da evolução histórica, bem como de suas origens, pois, como dito anteriormente os sistemas traduzem a ideologia política do Processo Penal em que estiverem inseridos (THUMS, 2006, p. 201).

No processo penal destacam-se três sistemas processuais penais, o acusatório, o inquisitivo e o misto. Analisar-se-á, mesmo que superficialmente cada um deles nas linhas que seguem.

Primeiramente trataremos do sistema inquisitório, que, em sua origem “caracterizou-se pela reunião das funções de persecução e julgamento num único órgão estatal”, mas palavras de Thums (2006, p. 202), ainda segundo o mesmo autor, este sistema era muito utilizado nos Estados absolutistas, “havendo a concentração de todo o poder nas mãos do soberano”.

Historicamente, o sistema inquisitivo tem seu surgimento em Roma, e se estendeu até a Idade Média sendo introduzido pelo Direito Canônico por influência da Igreja Católica durante a fase da Santa Inquisição. Foi adotado mais tarde pelos soberanos, já que o sistema mostrou-se forte no sentido de concentrar o poder de decisão, espalhando-se entre os Tribunais Seculares.

O modelo foi adotado por quase todas as nações européias a partir de 1215. O processo inquisitivo surgiu para impedir as inúmeras injustiças que se tinham devido às diferenças nas classes e forças sociais e econômicas, preponderante na Idade Média, no entanto, a igualdade que fora sugerida no processo acusatório desapareceu e em seu lugar surgiu o processo inquisitivo, que transformou o sistema processual em instrumento de opressão (TOURINHO FILHO, 2006, p. 92).

O acusado, ao contrario do que ocorre no Processo Penal Constitucional “é reduzido a mero objeto de persecução penal, sem direitos ou garantias”, além disso, as provas podem ser obtidas “por qualquer meio, ainda que cruel”, não é difícil perceber que idéia é de “repressão máxima” ao acusado, de sorte que até a ação penal é incumbência do julgador, de acordo com o ensinado por Thums (2006, p.202). Ainda segundo o mesmo autor o objetivo deste sistema “é a busca da verdade a qualquer custo”.

Nas palavras de Thums (2006, p. 202):

Não é difícil imaginar que o sistema inquisitório constitui-se em um poderoso instrumento de injustiças e iniquidades, caracterizado pela violência e arbitrariedade, por não haver consideração com a dignidade da pessoa humana. Sem dúvida, representa uma fase negra na humanidade de ignominiosa lembrança. Daí por que desperta o interesse em sua desconstrução.

Segundo Thums (2006, p. 202) o sistema inquisitório teve sua evolução ligada ao

direito canônico, nas palavras do autor:

A evolução do sistema inquisitório no direito canônico, que se tornou regra das justiças eclesiásticas, afeta diretamente as justiças seculares. Essa situação decorre da promiscuidade entre o direito comum e o canônico, na medida em que grande parte dos delitos comuns também é delito religioso e também porque não há separação entre delito e pecado. Assim, o direito canônico vale-se dos princípios do sistema inquisitivo e aprimora os procedimentos processuais adequados à época aos tipos de ilícitos que buscam punir (THUMS, 2006, p. 202).

Neste sistema o juiz é legislador e julgador, o direito de defesa não existe e o acusado presume-se culpado, não merece ter direito de defesa, já que se for culpado será condenado e ser for inocente o juiz inquisidor descobrirá a verdade para absolvê-lo, a despreocupação com garantias fundamentais como a ampla defesa e contraditório não existe e muito menos são respeitados os direitos fundamentais e dos direitos humanos, (THUMS, 2006, p. 203).

Em síntese o modelo inquisitivo se pode ser entendido de acordo com os seguintes pontos:

[...] 1) toda a jurisdição penal está nas mãos do soberano, sendo este poder delegado, na maioria das vezes, aos juízes, que são subordinados ao monarca ou príncipe; 2) a persecução penal se confunde com a de julgar, isto é, a mesma pessoa que investiga e acusa é a que julga, o inquisidor; 3) o acusado é considerado um objeto de investigação, sem possibilidade de defender-se, e ainda tem o ônus de auto-incriminar-se, normalmente pela utilização da tortura; 4) o procedimento é secreto, traduzido em atas, nas quais se baseia a sentença, não há debates, contraditório ou direito de defesa, sendo a instrução descontínua, isto é, a medida em que surgem elementos de prova, são reduzidos em ata e anexados ao processo; 5) as provas são produzidas e valoradas segundo previsão legal, uma vez que impera o sistema legal de provas [...]; 6) possibilidade de apelação a um órgão jurisdicional superior, com devolução da matéria controvertida, [...]

Aos olhos dos que nasceram no pós-guerra, na era das Constituições garantistas, dos direitos fundamentais, dos direitos humanos, dos pactos internacionais, do respeito à dignidade da pessoa humana, do acusado como sujeito de direitos, da presunção de inocência, com certeza este sistema processual parecerá arcaico e desumano.

E, muito embora realmente o seja, foi este sistema processual que vigorou por mais de seis séculos em toda a Europa continental, somente vindo a perder força com o surgimento do Iluminismo (THUMS, 2006, p. 203).

Após esta análise do sistema inquisitório, partiremos para o estudo do sistema acusatório, que de acordo com a evolução dos sistemas o primeiro modelo de processo foi

informado pelo princípio acusatório “migrando-se para o sistema inquisitório, que perdurou por vários séculos” (THUMS, 2006, p. 230), como já vimos, no entanto com o surgimento do Estado Democrático de Direito, retomou-se o sistema acusatório.

Na visão de Thums (2006, p. 230) “Regimes autoritários adotam o sistema inquisitório, enquanto nos Estados Democráticos predomina o sistema acusatório, eis que estruturada a partir de um sistema de garantias ao acusado.”

Oliveira (2009, p.9) esclarece que:

As principais características dos aludidos modelos processuais penais seriam as seguintes: a) No sistema acusatório, além de se atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação; b) Já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se inicia com a *noticia criminis*, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento;

O processo penal brasileiro segue o sistema acusatório, para Oliveira (2009, p. 9). Contudo, este não é o posicionamento que prevalece na doutrina brasileira, a maioria dos doutrinadores entende que o sistema processual penal adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro é o misto, acusatório inquisitivo.

Deve-se ter em vista ainda que o código de processo penal brasileiro foi editado no ano de 1941, ou seja, durante o período do Estado Novo de Getúlio Vargas, onde a ideologia autoritária era vigente, de sorte que referida legislação teve inspiração no código de processo penal italiano, editado na década de 1930 durante o regime fascista, possuindo o Código de Processo Penal Brasileiro, por consequência, traços autoritários e fascistas (OLIVEIRA, 2009, p. 5-7). Vale a transcrição das palavras de Oliveira (2009, p. 6):

[...] o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, *presunção de culpa*, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há de se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobretudo no Brasil, onde a *onda* policialesca do CPP produziu uma geração de juristas e de aplicadores do direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras.

No entanto com o advento da constituinte de 1988, que prevê em seu texto o princípio da presunção de inocência, isto é, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é o disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição da

República¹⁵.

Sobre o sistema processual penal misto, como o próprio nome já denota, possui feições acusatórias e inquisitórias, e como dito alhures, a maior parte dos doutrinadores brasileiros, para Oliveira (2009, p. 12), refere-se ao modelo adotado pelo Código de Processo Penal, como misto.

Já para Nucci (2009, p. 25), o sistema processual penal adotado pela legislação brasileira “[...] é o misto, também denominado *inquisitivo – acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado.*” Nos dizeres de Nucci (2009, p. 25), as leis processuais penais brasileiras adotam o sistema misto por que:

Os princípios norteadores no sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto.

O fundamento legal para a adoção do sistema misto está, segundo Nucci (2009, p. 26) no artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, vale a transcrição literal do artigo mencionado para sua melhor análise:

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.** (grifo nosso)

Além do artigo supracitado os traços do sistema misto podem ser notados, ainda que implicitamente no disposto no artigo 209, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁶, dispositivo que autoriza ao juiz ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes.

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]

¹⁶ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem. § 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa.

A partir da Constituição de 1988 e com a consagração do Estado Democrático de Direito, obteve-se no âmbito jurídico brasileiro uma valorização dos direitos e garantias individuais, além disso, a constituinte traz em seu bojo a presunção de inocência do réu e assegura o devido processo legal, vedando as provas obtidas por meios ilícitos.

Como dito alhures a análise dos sistemas processuais penais é de extrema importância para que possamos entender a ideologia política do Código de Processo Penal Brasileiro. Sabe-se que o Código de Processo Penal Brasileiro adota, para Oliveira (2009, p. 9) o sistema acusatório, enquanto para outros doutrinadores o sistema adotado é o misto, ou seja, uma junção do sistema inquisitivo com o sistema acusatório.

Tendo em vista que o modelo de sistema processual penal brasileiro, segundo a maior parte da doutrina, é o misto, veremos a seguir os princípios e garantias processuais penais e constitucionais aplicados ao Processo Penal Brasileiro, sem a pretensão, é claro, de esgotamento da matéria.

2.3 Provas no processo penal e o mito da verdade processual

O termo prova tem origem latina segundo Nucci (2009, p. 13), deriva da palavra: *probatio*, que “[...] significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento [...]. Delo deriva o verbo provar – *probare*-, significando ensaiar, verificar, examinar [...]”. Ainda segundo o autor a prova “[...] vincula-se à *verdade* e à *certeza*, que se ligam à *realidade*, todas voltadas, entretanto, à *convicção* de seres humanos [...]”.

A prova judiciária tem segundo Oliveira (2009, p. 317), um objetivo claramente definido “[...] a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*.”, em sendo este o objetivo da prova o autor conclui que a tarefa de descobrir a verdade real “[...] é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.”

Pela busca pela verdade no Direito, em termos históricos, já se experimentaram vários métodos, Oliveira (2009, p. 317) menciona que:

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízo de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova.

Oliveira (2009, p. 318), aduz a busca da verdade real no Processo Penal é monopolizada pela jurisdição, isto é, o processo penal deve reconstruir a verdade histórica do delito, o processo então “[...] produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá) [...]”, para o desenvolvimento da tarefa de encontrar a verdade dos fatos, o processo dispõe de meios de prova, “[...] com os quais se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados.”

No entanto esta a busca pela verdade real tem limites previamente definidos na Constituição Federal “[...] o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.” (OLIVEIRA, p. 318).

A análise do sistema de provas é intimamente ligada ao sistema processual penal adotado no Processo Penal brasileiro, como vimos anteriormente, o sistema processual adotado denota a ideologia política do processo penal, e assim, no que se refere às funções investigatórias e acusatórias, bem como no que tange à distribuição dos ônus processuais às partes, é necessário saber qual sistema de modelo processual penal foi adotado.

No modelo atual, para Oliveira (2009, p. 321), “[...] consolidou-se a partir da vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, aproxima-se muito mais de um sistema de feição acusatória que de prevalência inquisitorial.”

Oliveira (2009, p. 322) alude que “A busca da *verdade real*, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas *probatórias* as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.”

Ainda sobre o mito da verdade real Oliveira (2009, p. 322) esclarece que:

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários novos princípios e diretrizes foram inseridos no processo penal, de sorte que a verdade real tal como era antes da edição da Constituinte, foi modificada, tendo a partir de então que atender a preceitos constitucionais, nas palavras de Oliveira (2009, p. 322):

O aludido princípio, batizado como da *verdade real*, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial *supletiva* e *substitutiva* da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos *autorizava* no passado, por entendermos que desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, *a par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de *convicção* e de *atuação*, do juiz, impedem-no.

A verdade produzida dentro do processo penal é uma verdade jurídica, processual, nunca deixará de ser uma verdade reconstruída, “[...] dependente do maior ou menor grau de contribuição das partes, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza.” (OLIVEIRA, p. 322).

Para Oliveira (2009, p. 323):

Não só é inteiramente inadequado falar-se em verdade real, pois que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica, como pode revelar uma aproximação muito pouco recomendável com um passado que deixou marcas indelévels no processo penal antigo, particularmente no sistema inquisitório da Idade Média, quando a excessiva preocupação com a sua realização (da verdade real) legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa.

Na atual conjuntura constitucional e processual penal não há mais espaço para a busca obsessiva da verdade real, muito menos para posturas inquisitoriais no processo, impõe-se, ao contrário, o respeito aos princípios e garantias fundamentais estabelecidos tanto na Constituição Federal, quanto em tratados internacionais de direitos humanos.

2.4 Sistemas de apreciação da prova e interrogatório

A realidade em si, na visão de Nucci (2009, p. 15) “[...] não é, propriamente, o objeto da prova, nem mesmo do processo. Aquilo que efetivamente aconteceu no mundo naturalístico, com todos os ricos detalhes e minúcias, será impossível de ser reproduzido [...]” isto se deve na visão do autor ao fato de ainda provas rudimentares e inseguras.

Para Nucci (2009, p. 15):

As partes devem saber demonstrar ao juiz a verdade dos fatos alegados, buscando gerar a convicção favorável ao seu interesse, embora todo o cenário criado possa ser distanciada da realidade. Quem prova, no processo, convence o juiz; assim o fazendo, vence a disputa. Isso não significa que o resultado do processo deva ser, necessariamente, adequado e amoldado perfeitamente à realidade. O rico universo da prova envolve a sensibilidade e a valoração da mente e do espírito humano, razão pela qual demanda lógica, concatenação, abundância de elementos e, acima de tudo, ética. Outra não foi a preocupação do constituinte ao vedar a introdução, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos. Afinal, o que é injusto, ilegal, contrário ao ordenamento jurídico, não deve ter a força suficiente para gerar, no espírito do julgador, a convicção da culpa ou de inocência.

O conjunto probatório tem como objetivo o convencimento do julgador, “[...] sendo composto por inúmeros fatores e elementos, que individualmente considerados, são as provas [...]” (NUCCI, 2009, p. 17).

Segundo Nucci (2009, p. 17) os sistemas mais conhecidos são: a) a livre convicção: permite a livre majoração da prova pela convicção do magistrado; b) prova legal: valoração taxada ou tarifada da prova; c) persuasão racional: é um método que mescla características dos dois modelos anteriores, é o chamado livre convencimento motivado, onde a apreciação é de funda na prova fundamentada, este é o sistema adotado majoritariamente no processo penal brasileiro, encontrando, inclusive fundamento no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal¹⁷.

¹⁷ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...].

O Código de Processo Penal, por sua vez, também adota o sistema de apreciação de provas de provas do livre convencimento motivado, é o que se infere de seu artigo 155, *in verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

Tendo em conta o disposto nestes dois dispositivos legais podemos dizer que no Brasil o magistrado tem ampla liberdade para formar sua convicção, “[...] ponderando as provas como bem entender, atribuindo-lhes o valor subjetivamente merecido, salvo aquelas que compuserem o universo das provas tarifadas [...]” assim poderá estruturar seu raciocínio da forma como achar mais conveniente (NUCCI, p. 19).

É necessário atentar ainda para os meios de prova no processo penal, visto que existem dois métodos ou meios prova, quais sejam: as provas diretas (testemunhas que presenciaram o fato, por exemplo) e as provas indiretas (como indícios de autoria). São diretas, para Nucci (2009, p. 21) “[...] as que se unem, sem qualquer intermediário, ao fato objetivado”. E são indiretas “as que necessitam de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fato almejado. Em processo penal admitem-se as provas diretas e indiretas para qualquer fim: condenar ou absolver” (NUCCI, 2009, p. 21).

Já a avaliação e ponderação sobre esta prova é realizada em conformidade com o livre convencimento motivado do juiz, sistema de apreciação já analisado, portanto “[...] uma prova indireta, pode ter mais força que a direta, desde que impulse o convencimento do magistrado” (NUCCI, 2009, p. 21).

O sistema de apreciação de provas instituído pela Constituição Federal, parece ser o mais coerente com os direitos e garantias individuais assegurados ao acusado no mesmo diploma legal, a livre convicção motiva, dá ao magistrado liberdade de valoração das provas, ao mesmo tempo em que condiciona seu julgamento à motivação, não pode o magistrado simplesmente formar seu convencimento e condenar ou absolver o acusado ele precisa motivar sua decisão, sendo o grande mérito deste sistema de apreciação de provas.

Analisados os sistemas de apreciação das provas, bem como os meios de prova existentes no processo penal brasileiro, veremos a seguir as provas em espécie, mais

especificamente o interrogatório do acusado, motivo pelo qual se fez necessária a análise anterior dos itens anteriores.

2.4.1 Provas em espécie: interrogatório conceito e natureza jurídica

Conceitualmente pode-se definir o interrogatório como um ato procedimental em que se propicia ao acusado o momento formal e pessoal para que forneça a sua versão acerca da imputação criminal formulada na investigação criminal ou na ação penal. É ato processual, isto é, o momento em se oferece ao réu a oportunidade de dirigir-se diretamente e pessoalmente ao juiz, e se for de sua vontade, apresente ao mesmo sua versão defensiva sobre os fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo, neste mesmo momento, indicar meios de prova, assim como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação (NUCCI, 2009, p. 73)

O juiz, quando do interrogatório, ouve o acusado sobre a imputação apresentada pela a acusação, sendo possível exercer sua autodefesa ou não, visto que sua manifestação é facultativa, o réu tem a garantia constitucionalmente de permanecer calado,¹⁸ ou seja, de não auto incriminar-se.

É cediço que o artigo 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional subscrito pelo Brasil, e integrado ao nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 678 de 1992, assegura ao réu o direito de ser ouvido pelo juiz da causa.

O interrogatório, segundo Nucci (2009, p. 73) pode ser realizado “[...] na fase extrajudicial, durante o inquérito, perante a autoridade policial [...]” ou na fase judicial “[...] em fase de instrução, perante a autoridade judiciária [...]”. Percebe-se que, muito embora o momento para a realização do interrogatório seja na audiência de instrução e julgamento, o ato poderá ser realizado a qualquer momento até o trânsito em julgado da decisão condenatória ou absolutória, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição. E em se tratando de réu foragido ou ausente, no momento em que comparecer espontaneamente ou for intimado para o ato, será oferecida a oportunidade de ser ouvido (NUCCI, 2008, p. 402).

¹⁸ Art. 5º [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. [...]

A discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do interrogatório é furto da dificuldade em se definir é um meio de prova, meio de defesa ou meio de prova e de defesa. Para Nucci (2009, p. 73) o interrogatório é “[...] primordialmente, um meio de defesa e, secundariamente, um meio de prova [...]”.

Greco Filho (1999, p. 199), entende que “[...] meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”. Já para Tourinho Filho (2006, p. 213) meio de prova é tudo o que se possa servir para a comprovação da verdade que se esta a alcançar no processo, a partir dos elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. As provas visam é o meio pelo qual se verifica o *thema probandum*, ou que levam ao fato probando. Às vezes, emprega-se a palavra *prova* com o sentido de *ação de provar*. Na verdade, provar significa fazer conhecimento a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não.

Grinover (2006, p. 371) menciona que “[...] a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.

Ainda sobre a natureza jurídica do interrogatório Nucci (2009, p. 73) menciona que:

Didaticamente, a fim de não gerar qualquer conflito de idéias mantemo-nos vinculados à sua dupla função: a) é um meio de defesa, pois se trata do momento em que o indiciado ou réu, pessoalmente, dirige-se à autoridade e expõe, nas suas palavras, sem rebusco jurídico, a sua versão dos fatos; é o instante procedimental da consagração da autodefesa; é o mecanismo para amparar a defesa, vez que, desejando, pode simplesmente calar-se, mantendo-se em silêncio, sem que dessa situação se possa extrair qualquer dedução ou conclusão negativa; b) é um meio de prova, pois é incontestado e inegável que, resolvendo fornecer a sua versão, tudo o que disser poderá ser utilizado pelo juiz para confrontar com outras provas, apurando-se a verdade dos fatos; é um meio de prova irrefutável, quando houver a confissão, seu momento exato de realização.

Para Oliveira (2009, p. 366) o interrogatório foi inicialmente entendido como “[...] meio de prova, no qual o acusado era unicamente mais um objeto de prova [...]”, no entanto atualmente é necessário que se faça uma releitura do interrogatório, visto que está inserido no princípio da ampla defesa e deve estar em consonância com os princípios constitucionais de garantia de direitos fundamentais.

Nas palavras de Oliveira (2009, p. 326), a natureza jurídica do interrogatório é de meio de defesa:

Que continue a ser uma espécie de prova, não há maiores problemas, até porque as demais espécies defensivas são também consideradas provas. Mas o fundamental, em uma concepção de processo via da qual o acusado seja um sujeito de direitos, e no contexto de um modelo acusatório, tal instaurado pelo sistema constitucional das garantias individuais, o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa. Trata-se, efetivamente, de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo.

Na perspectiva de Oliveira (2009, p. 366) “Trata-se, efetivamente de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao acusado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo.” Muito embora não parece, a distinção entre ser o interrogatório meio de prova ou meio de defesa traz ao processo, e principalmente ao acusado importantes consequências;

Em primeiro lugar, permite que se reconheça, na pessoa do acusado e de seu defensor, a titularidade sobre o juízo de conveniência e a oportunidade de prestar ele (o réu), ou não prestar, o seu depoimento. E a eles caberia, então, a escolha da opção mais favorável aos interesses defensivos. E é por isso que não se pode falar em *condução coercitiva* do réu, para fins de interrogatório [...]. Em segundo lugar, impõe, como sanção, a nulidade absoluta do processo se realizando sem que se desse ao réu, a oportunidade de se submeter ao interrogatório. Haveria, no caso, manifesta violação da ampla defesa, no que se refere à manifestação da *autodefesa*.

Assim entendendo o interrogatório em sua natureza dúplice, isto é, primeiramente como meio de defesa e secundariamente como meio de prova, é que trataremos adiante do interrogatório realizado pelo sistema da videoconferência.

2.4.1.1 O interrogatório realizado por videoconferência e o processo penal eletrônico

Com o advento da Lei 11.900 de 8 de janeiro de 2009, regulamentou-se o interrogatório realizado por videoconferência, com a edição da lei necessária se faz nova leitura sobre o tema, visto que a legislação veio para regulamentar e limitar o uso desta ferramenta.

Nucci (2009, p.75) menciona que com o advento da legislação, formalmente podem ser realizadas várias formas de interrogatórios, nas palavras do autor:

A novel alteração conduz, formalmente, às seguintes possibilidades de interrogatório: a) pessoal, em contato direto entre acusado e juiz natural da causa, na sala de audiência do fórum (regra); b) pessoal, em contato direto entre acusado e juiz natural da causa, na sala reservada e específica do estabelecimento onde se encontre recolhido o réu preso (primeira exceção); c) pessoa, em contato direto entre acusado e juiz de direito, por carta precatória, no fórum do juízo deprecado ou na sala reservada e específica do estabelecimento onde se encontre recolhido o réu preso (segunda exceção); d) por videoconferência, envolvendo o acusado e o juiz natural da causa (terceira exceção).

Segundo aduz Nucci (2009, p. 75) “[...] o ideal, que permanece intacto no processo penal, é o contato direto entre acusado e juiz natural da causa, na sala de audiências do fórum.” Já a segunda alternativa busca, segundo o autor, “contornar o problema da escolta deficiente do Estado, levando e trazendo os réus, todos os dias, para audiências em fóruns.”

A videoconferência deve ser vista como “[...] *nítida exceção*, tanto que a lei valeu-se de termos fortes para deixar clara a extravagância: ‘excepcionalmente’, ‘necessária’, ‘fundada suspeita’, ‘relevante dificuldade’, ‘gravíssima questão’ [...] (NUCCI, 2009, p.76)”. Todos estes cuidados, ainda segundo o autor, são no sentido de evitar a “[...] vulgarização na utilização da videoconferência, como se fosse a regra no procedimento criminal. [...]”.

Além de ser excepcional a adoção do interrogatório por videoconferência deve ser feita por decisão fundamentada, logo, para que este procedimento seja utilizado o magistrado deverá fundamentar a necessidade de fazê-lo, sob pena de inconstitucionalidade.

Os fundamentos adotados devem estar de acordo com espírito da Lei 11.900/2009, isto é, devem ser: “[...] sólidos, coerentes e lógicos, abrangendo o *efetivo risco* á segurança pública, *relevante dificuldade* para o comparecimento em juízo, *patente influência* no âmbito da testemunha, ou *gravíssima* questão de ordem pública. (NUCCI, 2009, p. 76)”.

O interrogatório realizado por videoconferência, assim como o processo eletrônico são tendências modernas no Direito, e, como não podia deixar de ser, sua utilização acaba gerando polêmicas e divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Analisados os embates sobre o tema, enfrentado a questão da constitucionalidade, isto é, da conformidade da adoção do interrogatório *on line* com o sistema constitucional de

garantias, bem como com o atual Processo Penal Constitucional, na perspectiva da constitucionalização do direito

CAPÍTULO III

3 A COMPATIBILIDADE DO INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS PENAIS DE GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Analisou-se nos capítulos anteriores a construção do Estado Democrático de Direito, e a lenta consagração dos direitos e garantias individuais como garantia do indivíduo contra o poder Estatal. Estudou-se também a importância dos movimentos constitucionais para a limitação do poder Estatal e garantia de direitos mínimos, bem como o processo penal como garantia de efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Viu-se que os sistemas processuais penais refletem a ideologia adotada pelos Códigos de Processo Penal, visto sua estreita ligação com as provas no processo penal, pois o interrogatório do réu preso constitui elemento de prova no Processo Penal. Considerou-se ainda sobre os princípios processuais penais, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, verdade processual, igualdade das partes, ou, paridade de armas, livre convencimento motivado, e finalmente o princípio da presunção de inocência.

Após a análise do exposto nos capítulos anteriores, ver-se-á, em seguida a tendência do processo penal eletrônico e sua compatibilidade constitucional. Mais adiante estudar-se-ão as várias posições doutrinárias acerca da compatibilidade ou não do interrogatório realizado

por videoconferência com o sistema de garantias proposto pelo Estado Democrático de Direito, bem como o disposto nos tratados internacionais de direitos humanos.

3.1 Processo eletrônico como nova tendência e sua compatibilidade com o sistema de garantias individuais

O processo eletrônico é uma nova tendência no Direito brasileiro, inclusive no direito processual penal brasileiro, como se viu anteriormente, a utilização de tecnologia e o emprego de meios mais sofisticados para agilizar o processo é cada vez mais constante, não há como fugir da tecnologia.

O mundo em que se vive está quase que totalmente informatizado, atualmente a velocidade da informação é impressionante, assim como a velocidade com que os petrechos tecnológicos ficam superados, a todo o instante surge uma nova tecnologia com recursos ainda melhores do os anteriores.

Barros (2010, p. 53) menciona que sobre a evolução da tecnologia que:

Para o leitor mais jovem, que não sofreu o impacto provocado pelo surgimento dos computadores ligados em rede, cujo fenômeno se iniciou na década de 90 e se intensificou no início deste milênio, essa observação soa irrelevante. É que a criança, o adolescente e o jovem desta era encontram-se totalmente familiarizados com o videogame, iPhone, iPod, DVD, CD, notebook, webcams, palmtops, telefone celular móvel, fone de ouvido, câmera filmadora, microgavador, TV a cabo, TV digital etc

O autor continua afirmando que, em relação à tecnologia empregada no processo judicial brasileiro:

Também no Judiciário são sentidos os reflexos dessa radical transformação da sociedade. Principalmente nos Tribunais Superiores (STF, STJ, TST) e no Conselho Nacional de Justiça, nota-se que os recursos são protocolizados e os acompanhamentos de processos são realizados por meio de programas eletrônicos (exemplos: softwares eSTF e eSTJ). Só no STJ, em julho de 2009, computou-se a extraordinária marca de cem mil processos digitalizados, propiciando a devolução à origem dos autos em formato de papel. Enquanto isso, no Primeiro Grau de Jurisdição, verifica-se o incremento do processo digital nos processos da competência dos Juizados Especiais Cíveis, bem como nas ações trabalhistas. (BARROS, 2010, p. 53)

A justiça criminal comparada aos outros setores é “[...] a prima pobre, ou seja, aquela que ainda carece de investimentos em alta escala na sua estrutura para que possa atingir um nível de padrão de qualidade e de resultados minimamente aceitáveis” (BARROS, 2010, p. 53).

O presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cesar Peluso, em seminário sobre a modernização da justiça argumentou que:

Os desafios são muitos, mas temos razões para estar otimistas. O Judiciário caminha para a disseminação do processo eletrônico em todas as esferas, o que além de outras óbvias vantagens permite a incorporação, ao processo criminal, de diversos formatos de provas que seriam impraticáveis nos velhos autos de papel. (BRASIL, 2010, p.01)

A adoção dessas inovações “[...] implica, no entanto, uma série de medidas, entre elas dotar o juiz de instrumentos que lhe permitam analisar em profundidade as provas e as manifestações das partes [...]” (BRASIL, 2010, p.01). Ainda de acordo com o ministro:

[...] a introdução das novas tecnologias também apresenta aos operadores do Direito grandes desafios, tais como: disseminar de maneira adequada e democrática as ferramentas aos advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público, magistrados e serventuários da justiça, entre outros; e analisar as necessidades de regulamentação legal ou infralegal que possam decorrer desse processo. (BRASIL, 2010, p.01)

Assim, a modernização da justiça e a aplicação de novas tecnologias dentro do processo penal são benéficas são necessárias e saudáveis, contudo, sempre se deve ter em vista os parâmetros e princípios constitucionais, pois muito embora as novas tecnologias devam ser incorporadas ao processo penal não devem ferir direitos e garantias fundamentais.

Tendo por base o exposto trataremos a seguir das posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da compatibilidade do interrogatório *on line* com os princípios constitucionais e processuais penais de garantia do Estado Democrático de Direito.

3.2 Posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto à compatibilidade do interrogatório por videoconferência com os princípios constitucionais e processuais penais

Muito antes da edição da Lei n.º11.900 de 2009 já se discutia, e muito, no meio doutrinário, acadêmico e jurisprudencial sobre a legalidade da utilização do sistema de

videoconferência para realizar interrogatórios de réu preso.

Na vanguarda, o Estado de São Paulo editou legislação estadual (Lei nº 11.819 de 2005¹⁹) para regulamentar o interrogatório realizado por videoconferência, de sorte que no Estado mencionado utilizava a videoconferência em interrogatórios obedecendo aos critérios de lei estadual.

Em 14 de agosto de 2007, a questão da constitucionalidade do interrogatório *on line* foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que notadamente no julgamento do Habeas Corpus n.º 88914, por unanimidade considerou que o interrogatório realizado pelo sistema da videoconferência viola os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Além da inconstitucionalidade formal que atacava a lei do estado de São Paulo, visto ser mandamento constitucional que somente a União poderá legislar sobre matéria constitucional, conforme veremos mais detidamente em seguida.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, no julgamento do Habeas Corpus n.º 88.914 de São Paulo²⁰, do qual foi relator, publicado no Diário de Justiça no dia 05 de outubro de 2007, chegou a afirmar que “a adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do processo penal e torna a atividade judiciária mecânica e inessível”.

A decisão referida levou em consideração que o interrogatório *on line* ofende a cláusulas do justo processo da lei (*due process of law*), bem como limita o exercício da ampla defesa, compreendidas a autodefesa e a defesa técnica

O Supremo Tribunal Federal analisou apenas a inconstitucionalidade formal da lei em relação à competência para a elaboração da legislação, visto que os Estados ao legislarem

¹⁹ LEI Nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005. (Projeto de lei nº 704/2001, do deputado Edson Gomes - PPB). Dispõe sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiências de presos à distância.

²⁰ EMENTA: 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. (HC 88914 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 14/08/2007)

sobre interrogatório estão legislando sobre matéria processual cuja competência é exclusiva da União, essa decisão de inconstitucionalidade levou em consideração, principalmente, o disposto no inciso I do artigo 22 da Constituição Federal de 1988²¹.

A decisão dos ministros do tribunal deixou margem a ainda mais calorosas discussões, visto que declarou apenas a inconstitucionalidade formal da utilização da videoconferência e quedou-se à análise de mérito sobre a constitucionalidade ou não da utilização da videoconferência para interrogatório de réu preso.

Nos autos do Habeas Corpus 90.900 do Estado de São Paulo²², do qual foi relator o já falecido Ministro Menezes Direito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade formal da lei paulista nº 11.819 de 2005, sob o argumento de que lei estadual não pode cuidar de matéria processual.

Não obstante a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo tribunal, o tema não se tornou pacífico.

Os doutrinadores que defendem a modernização eletrônica da justiça e a utilização da videoconferência para realizar interrogatórios, têm em comum a carreira pública, seja como

²¹ Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II - desapropriação; III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; V - serviço postal; VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; VIII - comércio exterior e interestadual; IX - diretrizes da política nacional de transportes; X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XI - trânsito e transporte; XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização; XIV - populações indígenas; XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; XVII - organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; XX - sistemas de consórcios e sorteios; XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; XXIII - seguridade social; XXIV - diretrizes e bases da educação nacional; XXV - registros públicos; XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza; XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no Art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do Art. 173, § 1º, III; XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; XXIX - propaganda comercial. Parágrafo único - Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

²² ENTA Habeas corpus. Processual penal e constitucional. Interrogatório do réu. Videoconferência. Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal. Competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. Art. 22, I, da Constituição Federal. 1. A Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo viola, flagrantemente, a disciplina do art. 22, inciso I, da Constituição da República, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual. 2. Habeas corpus concedido. (HC 90900 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS. Relator (a): Min. ELLEN GRACIE. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO. Julgamento: 30/10/2008)

juízes ou em carreiras do Ministério Público, o que talvez os levem a dar mais importância à agilidade processual. Já os que negam validade da adoção da videoconferência são, salvo raras exceções, advogados ou defensores públicos.

Gomes (2009, p. 30) afirma que:

São muitos os argumentos favoráveis ao uso da videoconferência na Justiça Criminal: risco de fugas, risco de resgates, economia orçamentária etc. [...] O argumento desfavorável mais repetido é o seguinte: com a videoconferência impede-se o contato físico do réu com o juiz.

Na mesma linha Capez (2009, p. 32) expõe que:

Com a edição da lei 11. 900, de 08.01.2009 logrou-se legitimar o uso desse recurso tecnológico em nossa prática forense, suprindo o vício de ordem formal relacionado à competência para legislar sobre o tema. Porém os debates calorosos sobre a matéria tendem a continuar, pela presença de inúmeros outros argumentos de ordem material propugnados por aqueles que são contrários à utilização desse aparato no âmbito judicial e que o consideram inconstitucional.

Gomes (2009, p. 30) menciona ainda que muito embora no Processo Civil a tecnologia e os avanços tecnológicos estejam sendo aplicados, no Processo Penal há certa resistência, o autor menciona que “A justiça criminal de praticamente todos os países civilizados (Estados Unidos, Itália, etc.), desde a década de 90, já utiliza a videoconferência”, nada justificaria a não adoção desta tecnologia no Processo Penal Brasileiro.

Em que pese a renomada carreira do jurista mencionado anteriormente, com devida vênia, não há como concordar que a divergência doutrinária “atrapalhe” a discussão do tema, muito pelo contrário as opiniões divergentes, o pensar diferente é o que move o Direito e toda a doutrina, é necessária e salutar para a evolução do pensamento jurídico. Debate racional somente é possível com debate de ideias e essas ideias não devem ser iguais, ou não teríamos debates, e sim concordâncias!

Ainda para Gomes (2009, p. 30) o principal argumento desfavorável a videoconferência a falta de contato físico entre réu e juiz criminal, isto é entre o acusado e o seu julgador.

Evangelista de Jesus (2009, p. 29), concorda com a modernização da justiça e com a utilização da videoconferência no processo penal, menciona que o sistema “[...] é o único modo de termos aquela justiça ágil, vigilante, eficaz e confiável com a qual sonhamos, bem

diferente de uma velha deusa cega e inoperante”.

Em março de 2010 o Conselho Nacional de Justiça se pronunciou sobre o tema e editou resolução complementando a Lei 11.900/09, Gomes (2010, p. 01) escreve que:

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou o Plano de Gestão para Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal e regulamentou a oitiva de testemunhas e de presos por meio da videoconferência. “A lei que estabeleceu a possibilidade da videoconferência deixou lacunas e não estabeleceu detalhes que são necessários para colocar o sistema em prática”, afirmou Walter Nunes, magistrado que integra o CNJ. A resolução do CNJ veio para “dirimir dúvidas a respeito de como se daria na prática a videoconferência para ouvir o acusado e as testemunhas”.

Para Gomes (2010, p. 01) a regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça significa a “consagração definitiva da videoconferência, que já está sendo utilizada inclusive para permitir a defesa oral de advogados”. Segundo afirma “Incontáveis advogados, que moram longe da sede dos tribunais federais, estão fazendo uso da videoconferência para a defesa oral das suas teses. Já não é necessário se locomover quilômetros e quilômetros para a realização desse ato processual” (GOMES, p. 01), para o autor isso significa uma revolução no processo penal.

Na esfera internacional, no século XX foram proclamados o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo Gomes (2009, p. 30) ambos “[...] falam em contato ‘pessoal’ do acusado com o juiz, o qual, naquela época (analógica), só podia ser físico. Hoje, tais dispositivos devem ser interpretados progressivamente, ou seja, digitalmente, não analogicamente”.

Para Gomes (2009, p. 30) a videoconferência “[...] é uma nova forma de contato direto (‘pessoal’), não necessariamente no mesmo local”. Como pode-se perceber para o autor a interpretação que deve ser feita dos dispositivos dos pactos internacionais é progressiva, não considera que esta interpretação progressiva em verdade possa ser em prejuízo do réu, ou *in malam partem*.

A videoconferência seria uma nova forma de presença física do acusado no interrogatório, ter-se-ia a possibilidade de presença direta, e também de presença remota, esta seria por meio da videoconferência.

Para Gomes (2009, p. 01) a presença direta ou remota está contemplada em tratados internacionais de direitos humanos, seja no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

(da ONU) ("toda pessoa acusada de um delito terá direito a [...] estar presente no julgamento") (art. 14, 3, d), seja implicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (da OEA) ("direito do acusado de defender-se pessoalmente"; "direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes" etc. – art. 8.º, 2, d e f).

O direito de presença física além de representar uma faceta do direito de autodefesa, como o direito de “[...] confrontação com as vítimas e testemunhas, como também o direito de compreender todos os atos praticados durante o processo, [...] para que possa ser exercido o contraditório” (GOMES, 2009, p. 02).

O julgamento do Supremo Tribunal Federal, onde ficou reconhecida a inconstitucionalidade da adoção da videoconferência, significa um retrocesso nos avanços do Judiciário, Gomes (2009, p. 03) menciona que:

Firmadas as premissas (e a base internacional) do direito de presença, não há como deixar de reconhecer o flagrante retrocesso (em termos de garantias fundamentais) estampado na majoritária jurisprudência do STF e retratado neste julgado (de 19.11.09) (...) asseverando que a presença do acusado na audiência constituiria prerrogativa irrevogável, indisponível, sendo irrelevante o fato de ter sido ele requisitado, ou não, ou, ainda, manifestado, ou não, a vontade de nela comparecer.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal estaria violando os dispositivos internacionais citados, pois, para Gomes (2009, p. 03), essa decisão iria de encontro ao disposto nas convenções, vale a transcrição das palavras do autor:

A violação (pelo STF) ao art. 1º da CADH é mais do que evidente. A parte sucumbente (interessada) tem todo direito de levar à Comissão Interamericana mais um caso de violação da CADH. Diz referido dispositivo que "Os Estados Partes da Convenção se comprometem a respeitar os direitos e garantias nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício em favor de toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição". O STF, nesse caso (RE 602.543, rel. Min. Cezar Peluso), em lugar de assegurar ao réu o pleno exercício do seu direito de presença, ao contrário, colocou-se em linha de confronto com a Convenção Americana, proferindo decisão inconstitucional e inconveniente.

Em 17 de novembro de 2009 o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n.º 123.218²³ decidiu, por unanimidade, anular ação penal e conceder alvará de

²³ EMENTA: HABEAS CORPUS. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. PROVIMENTO Nº 74, DE 11.1.07, DO TRF/3ª REGIÃO. ATO NORMATIVO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE SUBSTITUIR LEI EM SENTIDO FORMAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. SUPERVENIÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 11.900/09. INAPLICABILIDADE AO CASO. PRISÃO HÁ QUASE TRÊS ANOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. 1. Em conformidade com a Constituição Federal, compete à União legislar sobre material processual (art. 22, I, da CF). 2. No caso, a realização do interrogatório

soltura a cidadão peruano submetido em 2007 a interrogatório por videoconferência.

Gomes (2009b, p. 1) ao comentar a decisão do Superior Tribunal de Justiça relatou que:

No caso, a previsão de realização dos atos processuais pelo referido sistema encontrava amparo no Provimento nº 74, de 11.1.07, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Esse ato normativo, entretanto, não tem o poder de substituir a necessária lei em sentido formal, a ser editada pela União, a quem compete legislar privativamente a respeito de matéria processual (CF, art. 22, I). O ministro relator Og Fernandes reconheceu a nulidade absoluta do processo e concedeu ao réu o direito de aguardar o processamento de uma nova ação penal em liberdade.

Assim os interrogatórios por videoconferência realizados anteriormente a edição da Lei 11.900/09 estão sendo considerados nulos. Gomes (2009b, p.02) menciona sobre o tema que: “desde que observadas todas as garantias que essa lei contempla são juridicamente válidos (e incontestáveis). Antes do advento deste marco legal havia divergência jurisprudencial. O problema era de legalidade”, mas com o advento da lei e com o estabelecimento de requisitos, se estes forem respeitados, não há na visão do autor, motivo que justifique a sua nulidade, devendo ser considerados perfeitamente válidos, visto ter sido superado o entrave da ilegalidade.

A regra no processo Penal continua sendo a realização do interrogatório do réu preso de forma presencial, conforme preceitua o artigo 185, parágrafo segundo do Código de Processo Penal Brasileiro²⁴, sendo a videoconferência a exceção, somente podendo ser

se respaldou no Provimento nº 74, de 11.1.07, emanado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Esse ato normativo, entretanto, não tem o condão de substituir a necessária lei em sentido formal, a ser editada pela União, a quem compete legislar privativamente a respeito de matéria processual (CF, art. 22, I). 3. É certo que sobre o tema já há lei federal (Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009). Entretanto, ela foi editada em momento posterior à realização da audiência do caso presente (realizada em 19.7.07). Assim, impõe-se seja reconhecida a nulidade absoluta, desde o interrogatório judicial, inclusive. 4. Considerando a necessidade de repetição de toda a instrução processual, e também que a prisão cautelar se estende há quase três anos, de rigor se assegure possa o paciente aguardar em liberdade o desfecho do processo. 5. Ordem concedida, para anular a Ação Penal nº 2007.61.19.000540-0 (6ª Vara Federal de Guarulhos), desde o interrogatório judicial, inclusive; que outra seja processada, mediante a previsão legal contida no Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura se, por outro motivo, não estiver preso o paciente.

²⁴ 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. § 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. § 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: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminoso ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu

utilizada em casos excepcionais, em decisão fundamentada, conforme requisitos estabelecidos pela lei especial.

Capez (2009, p. 31) ao escrever sobre as recentes mudanças do Código de Processo Penal, notadamente sobre a adoção da audiência una, com a concentração de todos os atos instrutórios em um único momento, escreve que:

[...] em virtude das leis n.ºs 11. 689/08 e 11.719/08, que instituíram a audiência única de instrução e julgamento (CPP, arts. 400, 411 e 531, §5º), em que se concentram todos os atos instrutórios (tomada de declarações do ofendido, inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem, ressalvado o disposto no art. 222 do Código de Processo Penal, esclarecimentos dos peritos, acareações, reconhecimento de pessoas), o interrogatório passou a ser realizado após todos esses atos, autorizando, assim, a Lei n.º 11. 900/09 que o preso acompanhe, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização dessa audiência única imprimindo uma maior agilidade ao processo penal, em consonância com o princípio da celeridade processual [...]

De acordo com o novo procedimento, em qualquer caso “[...] antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor” (CAPEZ, 2009, p. 32). Esta sala destinada à entrevista reservada deverá ser fiscalizada por corregedores e ainda pelo juiz da causa, além do Ministério Público e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Além da sala reservada será também assegurado “o acesso a canais telefônicos reservados para a comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do fórum, e entre este e o preso” (CAPEZ, 2009, p. 32). Sendo que na hipótese de o interrogatório não ocorrer no estabelecimento prisional, seja na presença do juiz, seja pelo sistema da videoconferência, deverá ser requisitada a sua apresentação em juízo, conforme estabelecido no parágrafo sétimo do artigo 185, e artigo 399, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal²⁵.

Em outro norte de pensamento, Dotti (1997, p. 273) salienta que “A ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com

comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; 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; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. [...].

²⁵ Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. § 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

lamentável freqüência, seres humanos que desconhece [...]” referindo-se à utilização no processo penal brasileiro do princípio da identidade física do juiz, recentemente incluído no Código de Processo Penal. E continua dizendo:

Todas as observações críticas deságuam na convicção alimentada pela visão humanista do processo penal: a tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e, muito menos, o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão.

Tourinho Filho (1998, p. 266) escreveu sobre o tema:

É pelo interrogatório que o juiz mantém contato com a pessoa contra quem se pede a aplicação de uma norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena. É destarte, a oportunidade para que o juiz conheça sua personalidade, saiba em que circunstâncias ocorreu a infração – porque ninguém melhor que o acusado para sabê-lo – e quais os seus motivos determinantes. Por isso é fundamental esse contato entre julgador e imputado quando aquele ouvirá, de viva voz, a resposta do réu à acusação que lhe faz.

È de se destacar ainda que as duas correntes utilizam como fundamento o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8º, §2º, d e f, *in verbis*:

Art. 8º - Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; [...] f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; [...].

E no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, artigo 14, n.º 3, d:

Art. 14 - [...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] d) a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; [...]

Neste ponto, vale lembrar a decisão do Supremo Tribunal Federal, que em 03 de

dezembro de 2008 (Relator Ministro Celso de Mello, no Recurso Especial n.º 466.343-SP²⁶), onde assentou-se entendimento na Suprema Corte no sentido de que os tratados de direitos humanos tem índole e nível de norma constitucional no Brasil, o que significa dizer que os tratados internacionais de direitos humanos tem nível supralegal, ou seja, abaixo da Constituição mas acima da legislação infraconstitucional.

Assim, em que pese as correntes doutrinárias em sentido contrário, todas as leis ordinárias além de serem constitucionais, teriam ainda que serem compatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil é o chamado controle de convencionalidade.

Os que defendem do interrogatório realizado por videoconferência os artigos se referem à defesa pessoal essa defesa incluiria a defesa por videoconferência, que seria uma modalidade de defesa pessoal, que só não foi contemplada no diploma internacional porque na época de sua elaboração este tipo de tecnologia sequer existia.

Já a corrente doutrinária que condena a utilização da videoconferência nos interrogatórios, se funda no argumento de que a defesa pessoal é defesa física, o que não fica contemplado com a utilização da videoconferência e torna o procedimento incompatível com o disposto nos tratados internacionais já citados.

Costa (2009, p.35) conclui que:

Sem dúvida, a permissão para a utilização de recursos tecnológicos no processo penal constitui notável avanço no ordenamento jurídico pátrio, visto que contribui para a desoneração do Estado e do contribuinte, e, principalmente, para o aumento da segurança dos profissionais da área jurídica e a redução dos riscos de fugas. No entanto, há que se investir, com urgência, em formas eficientes de segurança pública, garantindo os direitos fundamentais dos presos de forma isonômica.

Lopes Junior (2010, p. 607) menciona que “[...] até o advento da lei 11.900/09, prevalecia o entendimento da inconstitucionalidade da medida, entre outros, por ausência de

²⁶ Ementa: Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - Recurso Extraordinário: RE 466343, SP, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06 PP-01106 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165)

previsão legal.”. Segundo destaca o autor o cenário se modificou com a promulgação da lei 11.900/09 que modificou o artigo 185 do Código de Processo Penal²⁷.

Deve destacar-se que o interrogatório realizado pela videoconferência é medida excepcional, somente podendo ser aplicado em caso de réu preso, isto é, se o acusado estiver em liberdade seu interrogatório deverá ser obrigatoriamente pessoal e presencial, não se admitindo a videoconferência, é o que se infere da leitura do artigo 185 do Código de Processo Penal.

Ademais, segundo Lopes Junior (2010, p. 608) para que se possa viabilizar o interrogatório por videoconferência deve haver:

[...] uma decisão judicial fundamentada, da qual serão intimadas as partes com, no mínimo, 10 dias de antecedência. Trata-se de medida salutar para permitir o controle dos critérios de excepcionalidade e necessidade através das ações autônomas de impugnação do *habeas corpus* ou mandado de segurança (conforme o caso e fundamentação).

Contudo, a legislação prevê também formular abertas, como o disposto no parágrafo segundo do artigo 185, para justificar casos em que poderia ser utilizada a oitiva por videoconferência (LOPES JUNIOR, 2010, p. 608), termos imprecisos e que ensejam um grau demasiadamente subjetivo à norma deveriam ser evitados:

A utilização de expressões como “risco à segurança pública”, “fundada suspeita”, “relevante dificuldade” e “gravíssima questão de ordem pública”, cria indevidos espaços para o decisionismo e a abusiva discricionariedade judicial, por serem expressões despidas de um referencial semântico claro. Serão, portanto, aquilo que o juiz quiser que sejam. O risco de abuso é evidente. (LOPES JUNIOR, 2010, p. 608)

É de se destacar ainda que com as mudanças efetuadas no Código de Processo Penal e a adoção da audiência una o interrogatório passou a ser o último ato da audiência de instrução

²⁷ 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. § 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. § 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: 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; 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; 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; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública. [...].

e julgamento, assim, quando determinado o interrogatório por videoconferência do réu que se encontrar recluso, “[...] ele não é conduzido à audiência e, portanto, é impedido de assistir a toda a instrução. Mais do que lhe retirar a possibilidade de ser interrogado pessoalmente, a medida impede a sua participação em toda a instrução.”(LOPES JUNIOR, 2010, p. 608).

Como se pode ver se for realizado o interrogatório pela videoconferência do réu preso, ele não participará da instrução processual, visto que, na atual sistemática dos ritos processuais a audiência é única, nela são realizados todos os atos de instrução do processo, inclusive o interrogatório, como vimos.

O parágrafo quarto do artigo 185 estabelece que o interrogado por videoconferência pode acompanhar pelo monitor do computador, a realização das oitivas, o problema, para Lopes Junior (2010, p. 609) é “[...] como efetivar o contraditório e o direito de defesa nessas condições...”.

Sobre a entrevista prévia, prevista no parágrafo 5º do artigo 185, Lopes Junior (2010, p. 609) relata ainda que “[...] ‘reservada’ (?) entre o réu e o seu defensor, também por videoconferência, através de canais telefônicos ‘reservados’ [...]. Como confiar no caráter ‘reservado’ dessa comunicação?”, não como confiar no caráter reservado destas comunicações, segundo escreve o autor, pela atual conjuntura de banalização das escutas telefônicas “[...] não existe a menor possibilidade de confiar na ‘bondade dos bons’. Pensar o contrário é ingenuidade.” (LOPES JUNIOR, 2010, p. 609).

Sobre o paradoxo da presença do advogado do réu, se fica da audiência, ou se fica com o acusado no momento da videoconferência, Lopes Junior (2010, p. 609) ensina que:

Também existe uma duplicidade interessante: há um defensor no presídio e um advogado na sala de audiência no fórum. Mas se o réu tem um advogado, quem será o ‘defensor’ que ficará no presídio, o acompanhando? Um defensor público? Mas isso é um absurdo de impor a presença de um ‘defensor’ quando o imputado já possui um advogado constituído. E, o pior, quem fica no presídio ao lado do preso não é um advogado, mas sim um terceiro, um ‘defensor’. Esse paradoxo absurdo é uma tentativa de contornar um problema insolúvel na videoconferência: onde fica o advogado do réu? Na audiência, com o juiz e o promotor, mas longe de seu constituinte; ou no presídio, ao lado do preso, mas longe (e sem poder acompanhar efetivamente) do juiz, do promotor, enfim, da ‘audiência’? Esse é um paradoxo inerente e insuperável da medida. (LOPES JUNIOR, 2010, p. 609).

Sobre o disposto no parágrafo oitavo do artigo 185 do Código de Processo Penal, que amplia o campo de abrangência da videoconferência abarcando “outros atos processuais que

dependam da participação de pessoa presa, que será ouvida como vítima ou testemunha, bem como participação de acareação, ou mesmo reconhecimento.” (LOPES JUNIOR, 2010, p. 609).

Além da alteração do artigo 185 do Código de Processo Penal a Lei 11.900/09 modificou também o artigo 222 do Código de Processo Penal²⁸ possibilitando também a oitiva de testemunhas residente fora da comarca onde tramita o processo, não mais por carta precatória, mas também por videoconferência.

Em crítica ao interrogatório *on line*, insto é, por videoconferência, Lopes Junior (2010, p. 609) ensina que a adoção deste sistema “é uma decorrência natural do fato de vivermos numa sociedade em que a velocidade, inegavelmente, é um valor. O rito social cada vez mais acelerado impõe uma nova dinâmica na vida de todos nós.”.

A velocidade da informação atualmente é passada em tempo real, pela *internet*, já não havendo mais espaço temporal “[...] entre o fato e a notícia [...]”, nas palavras de Lopes Junior (2010, p. 610), ainda segundo esclarece o autor “O fato, ocorridos do outro lado do mundo pode ser presenciado virtualmente em tempo real.” Este fenômeno moderno elimina, ou ao menos diminui distancias.

Para Lopes Junior, *apud* Virilio (2010, p. 610), “[...] o mundo tornou-se o da presença virtual, da telepresença. [...]. Sob o enfoque econômico, o ‘deus mercado’ também tem muita pressa, pois o chavão popular de que ‘tempo é dinheiro’ nunca esteve tão em voga.”

Nesta perspectiva, da velocidade de informações e comunicações, Lopes Junior (2010, p. 610) esclarece que:

Estabelece-se um grande paradoxo: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo, daí a paixão pelas prisões cautelares e a visibilidade de uma imediata punição. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar, pois está costumada ao instantâneo).

²⁸ 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 A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal. § 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos. § 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.

É neste cenário que surge o interrogatório *on line*, ou por videoconferência que “[...] além de agregar velocidade e imagem, reduz custos e permite um (ainda) maior afastamento dos atos envolvidos no ritual judiciário, especialmente do juiz.” (LOPES JUNIOR, 2010, p. 610), tudo isso sob a argumentação de natureza econômica:

A redução de custos é fruto de uma prevalência da ideologia economicista, em que o Estado vai se afastando de suas funções a ponto de sequer o juiz estar na audiência. Sob o pretexto dos altos custos e riscos (como se não vivêssemos em uma sociedade de risco...) gerado pelo deslocamento de presos “perigosos”, o que estão fazendo é retirar a garantia da jurisdição, a garantia de ter um juiz, contribuindo ainda mais para que eles assumam uma postura burocrática e de assepsia da jurisdição. Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que ele vai julgar. (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 610).

Neste prisma conclui-se que a distancia da virtualidade contribui, e muito, para a desumanização do processo penal, na visão de Lopes Junior (2010, p. 611) “É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao *outro* aumentam muito quando existe uma distancia física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário”. Vale a transcrição das palavras de Lopes Junior sobre a desumanização do processo penal:

Acrescentando-se a distância e a “assepsia” gerada pela virtualidade, teremos a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Se uma das maiores preocupações que temos hoje é com o resgate da subjetividade e do próprio sentimento no julgador (sentenciar – sentenciado = *sentire*), combatendo o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do eu, o interrogatório on-line é um imenso retrocesso civilizatório (na razão inversa do avanço tecnológico). Tudo isso pode ser evitado (e os custos reduzidos), se, ao invés do interrogatório *on line*, partirmos para o outro extremo: o juiz e as partes indo até o presídio para realização do(s) interrogatório(s). *One Day in jail...* diria GERALDO PRADO! O único argumento contrário a isso não seria, acreditamos, publicamente admitido: assepsia jurisdicional...

Para Lopes Junior (2010, p. 611) a lei 11.900 “não foi capaz de superar os graves obstáculos expostos nas decisões do STF e STJ anteriormente referidas, e, quando aplicada no caso concreto pode se revelar substancialmente inconstitucional”.

Essa inconstitucionalidade estaria ligada à incompatibilidade do interrogatório por videoconferência com os princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal, bem como com as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, que em seu artigo 7.5, assevera que “[...] toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz. Por mais esforço que se faça, existe um limite semântico que não

permite uma interpretação tal que equipare ‘presença’ com ‘ausência’...” (LOPES JUNIOR, 2010, p. 611).

O interrogatório por videoconferência mataria “[...] o mínimo de humanidade que o processo deve guardar, também viola direitos e garantias fundamentais. E, como em processo penal forma é garantia, sua realização conduziria a uma nulidade absoluta.” (LOPES JUNIOR, 2010, p. 611).

Sobre o direito de defesa quando da realização do interrogatório *on line*, Lopes Junior (2010, p. 612) diz que foi ferido de morte “A começar pela pergunta: onde fica o advogado? E os autos? Se o advogado está ao lado do réu (de onde nunca deve sair), o processo está com o juiz. Neste caso, o defensor está impedido de consultar os autos para perguntar [...]”. Ainda sobre o direito de defesa do acusado vale a transcrição das palavras de Lopes Junior (2010, p. 612) “Evidencia-se que o sistema *on line* foi pensado para que a defesa seja meramente simbólica, assumindo o advogado uma postura burocrática, como convidado de pedra. Elementar que matamos a defesa técnica e a autodefesa.” Dentre os inconvenientes da utilização da videoconferência, estaria também o excesso de confiança na tecnologia, nesta senda vale a transcrição das palavras de Lopes Junior (2010. 612):

Imaginemos que no meio de um longínquo interrogatório tenha que se fazer *control+alta+Del* porque o computador do fórum ou do presídio travou! É até previsível diante do inequívoco sucateamento dos órgãos públicos, imaginar os computadores que serão utilizados... Sem falar que, daqui alguns anos, continuarão os mesmos equipamentos, pois somente se vivêssemos num mundo onírico, iríamos acreditar que o Estado faria atualizações e substituições com a periodicidade necessária. Mas não basta a tecnologia. Teríamos de ter uma equipe de técnicos de plantão, prontos para resolver qualquer dos inúmeros problemas que costumam surgir nessas operações. E, é claro, eles teriam condições de atender a todas as casas prisionais e delegacias [...]... Para quem conhece a pobreza e a selvageria do sistema carcerário brasileiro, a piada é ainda mais engraçada.

A realidade carcerária no Brasil, para Lopes Junior (2010, p. 213) não é compatível com a promessa de tecnologia, o autor menciona que “O contraste entre a (promessa de) tecnologia e a cruel realidade carcerária brasileira chega a ser patético.”

Antes de ser promulgada a Lei 11.900 de 2009 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 88.914 – 0/SP trouxe à baila varias lições sobre o tema, que não foram superadas com o advento da legislação (LOPES JUNIOR, 2010, p. 613), vale a transcrição da decisão referida:

EMENTA: 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. (HC 88914 / SP - SÃO PAULO, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 14/08/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Nesta senda também já havia se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, em decisão igualmente anterior ao advento da Lei 11.900 de 2009:

INTERROGATÓRIO JUDICIAL. VIDEOCONFERÊNCIA. NULIDADE. A Turma, alterando sua jurisprudência, concedeu o writ, ao entendimento de que o interrogatório realizado por videoconferência, em tempo real, viola o princípio do devido processo legal, em que pese o papel da informatização moderna do Judiciário (Lei n. 11.419/2006). Outrossim, o interrogatório judicial por videoconferência pode gerar nulidade devido às carências até então insanáveis, a exemplo da falta de controle nacional dos presidiários, de modo a dispensar a presença do réu perante o julgador. Ademais, por ser peça imprescindível no processo penal, o interrogatório é o momento em que, de viva voz e pessoalmente, o acusado, confrontado frente ao julgador, relata sua versão dos fatos, para que se determine sua culpabilidade ou inocência (art. 185, § 2º, do CPP). HC 98.422-SP, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 20/5/2008.

Para Lopes Junior (2010, p. 614) a questão que se impõe sobre a utilização do interrogatório *on line* é que “[...] a nova lei não resolveu os problemas apontados nas decisões do STJ e STF. E, mais do que isso, quando aplicada ao caso concreto, pode se revelar substancialmente inconstitucional, por violar diversos princípios constitucionais”.

Ainda que a Lei 11.900 de 2009 tenha retirado da videoconferência a inconstitucionalidade formal que a impingia, continuam as inconstitucionalidades materiais, para Lopes Junior (2010, p. 614).

Para D’Urso e Costa (2009, p. 33) com o uso da videoconferência “[...] o exercício do direito de defesa sofre comprometimentos [...]”. O principal problema estaria, para os autores, na localização do advogado, que não conseguirá “[...] ao mesmo tempo, prestar assistência ao

réu preso e estar com o juiz no local da audiência, para verificar se os ritos processuais estão sendo cumpridos”.

Isso não será problema para os acusados abastados e com condições financeiras para contratar uma equipe de advogados, contudo para os réus pobres e sem condições de contratar dois advogados as coisas ficam um pouco piores. Segundo informação de D’Urso e Costa (2009, p. 33) “[...] 90% dos réus presos não possuem recursos e são atendidos por advogados da assistência judiciária. A comunicação advogado-cliente também fica prejudicada, mesmo havendo um canal de áudio reservado [...]”, isto tendo em vista a “[...] insegurança natural em saber se realmente é totalmente imune a escutas e gravações [...]”.

O prejuízo maior da utilização da videoconferência estaria, para D’Urso e Costa (2009, p. 33), na comunicação:

[...] o prejuízo maior residiria, porém, na comunicação do réu com o próprio magistrado. Falas diante de uma câmera já é um fator inibidor para a maioria das pessoas, mas a capacidade de expressão sofrerá ainda com o fato de se encontrar o réu dentro do sistema carcerário, local naturalmente hostil. Isso sem falar na possibilidade do preso estar sofrendo coação de vários matizes, seja de maus tratos ou tortura, sem que tenha garantias mínimas para a livre manifestação, que ocorreria se estivesse na presença do magistrado.

Para D’Urso e Costa (2009, p. 33), além da falta efetiva de livre manifestação e da possibilidade de coação do acusado poderia também ocorrer a possibilidade de “queda do *link* no momento em que alguém [...] estiver falando não é remota. Imagine o prejuízo que haverá para o desenvolvimento do raciocínio lógico”, se no meio da fala a audiência tiver que ser suspensa para o restabelecimento da conexão.

A possibilidade de coação do acusado e falta de estrutura física dos fóruns são preocupantes e pontos controversos quanto a utilização do interrogatório *on line*.

Ainda de acordo com D’Urso e Costa (2009, p. 33):

Os argumentos utilizados pelo Estado para apoiar a aprovação da videoconferência não se sustentam. A afirmativa de que evitaria fuga de presos durante o transporte ao foro representa uma tentativa de convencer pelo medo da população. Mas a pior das técnicas de convencimento não é compatível com o número de presos que efetivamente conseguiu fugir nesse momento, além do que seria anulada a ida do magistrado ao recinto prisional.

É falho também o argumento da economia processual e da celeridade para D’Urso e Costa (2009, p. 33):

Também não é efetiva a afirmação de que haveria redução de custos com escolta de presos, decorrentes do emprego de policiais, carros, gasolina etc., seja porque é da natureza do poder estatal fazer frente a despesas dessa natureza, como também com o próprio aparato segregador do réu-presos, seja porque esse problema também seria equacionado com a ida dos juízes às unidades prisionais, seja ainda porque a videoconferência, nos termos da lei, só poderá ocorrer excepcionalmente, sendo marginal qualquer benefício financeiro que pudesse trazer.

Ademais, tem-se ainda a falta de confiança na real aplicação do que está prescrito na Lei 11.900/09, pois tem sempre a possibilidade de a exceção se tornar a regra:

Aliás, ocorrerá o contrário, porque o Estado precisará investir em todas as Varas Criminas e em todas as dependências onde houver réus presos, com equipamentos, sistema, treinamento, links de comunicação, etc., para deles fazer uso de forma esporádica, ou seja, os réus precisarão continuar a ser transportados, uma vez que apenas excepcionalmente as audiências serão feitas por videoconferência, nos três casos previsto em lei. A não ser que, graças ao jeitinho brasileiro, as exceções acabem se tornando regra. (D'URSO E COSTA 2009, p. 33)

Nesta senda Costa (2009, p. 34) menciona que:

Em casos excepcionais o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, em decisão fundamentada [...] autorizará o interrogatório por videoconferência, desde que necessário para atender às seguintes finalidades: (i) quando existir fundada suspeita de que o preso integra organização criminosa ou que poderá empreender fuga durante o deslocamento; (ii) viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para o seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (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 do CPP; (iv) responder a gravíssima questão de ordem pública.

Dotti (1997, p. 271), pontua que “Nem o cérebro pelo computador e, muito menos, o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação”:

É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinquente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o Senhor da Justiça e o homem do crime, num gesto de alegoria que imita o toque dos dedos, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão.

Como viu-se o tema está longe de ser pacífico entre a doutrina e a jurisprudência pátria. O interrogatório visto como, tem natureza dúplice, isto é, primeiramente como meio de defesa e secundariamente como meio de prova, é parte indispensável no processo penal, é o momento em que o acusado pode se dirigir pessoalmente ao seu julgador, dar a sua versão dos

fatos, ou se preferir pode inclusive permanecer calado.

Tem um peso importantíssimo como prova, e é por ele, muitas vezes, que o magistrado forma sua convicção sobre a culpa ou não do réu. A utilização da videoconferência, para o interrogatório do acusado gera divergências na doutrina devido as dúvidas existentes quanto ao procedimento, pois, alguns doutrinadores, entendem que muitos pontos não foram esclarecidos pela Lei 11.900/09.

A corrente que alega a inconstitucionalidade do interrogatório *on line*, entende que embora o Supremo Tribunal Federal tenha julgado o tema e decidido pela inconstitucionalidade do interrogatório *on line* a decisão ficou-se a análise da inconstitucionalidade formal de lei estadual que tratava do tema. Com o advento de lei federal regulamentando a matéria esperava-se a pacificação do tema, o que não ocorreu, entende-se que a inconstitucionalidade que permeava e permeia o interrogatório *on line* não é de ordem somente formal, quanto a competência do órgão que editou a norma. Pelo contrário a inconstitucionalidade do interrogatório por videoconferência é também de ordem material, visto que fere vários princípios constitucionais e processuais penais de defesa do estado democrático de direito.

Para esta corrente, a videoconferência, além de tornar o processo penal ainda mais doloroso e mecânico em relação ao acusado, pois seu interrogatório será tomado dentro do presídio, local hostil por natureza, questões como a presença do advogado e a possibilidade de coação não foram esclarecidas pela lei. Muito embora a previsão legal seja de sua utilização apenas em casos excepcionais, o medo é que a exceção vire regra, e o comodismo se sobressaia.

Por outro norte, outros doutrinadores entendem que a videoconferência é um avanço no Processo Penal brasileiro, já vinha sendo usada em vários países desenvolvidos. Os principais argumentos são a economia processual, a diminuição do risco de fugas, a economia de orçamento público. Dizem ainda que a videoconferência é uma nova forma de contato físico entre réu e julgador, e que os juízes não levam em consideração na hora de elaborar a sentença as expressões do acusado ou suas reações durante o interrogatório.

Alega-se ainda que o interrogatório *on line* somente poderia ser utilizado em situações excepcionais por meio de decisão fundamentada do magistrado. Com esses argumentos refutam a tese de inconstitucionalidade, pelo contrário, o interrogatório por videoconferência

do réu preso seria um grande avanço.

Com a utilização da videoconferência teria a desoneração do contribuinte, o aumento da segurança dos profissionais da área jurídica, bem como a redução dos riscos de fuga.

Neste sentido, analisar-se-á em seguida a tendência do processo penal eletrônico e sua compatibilidade com as garantias individuais estabelecidas tanto na Constituição Federal de 1988, quanto em tratados internacionais de direitos humanos, bem como no Código de Processo Penal brasileiro.

3.3 A inconstitucionalidade do interrogatório do réu preso realizado pelo sistema da videoconferência

No primeiro capítulo viu-se que o Estado Democrático de Direito é uma construção e uma conquista histórica. Estudou-se o Estado Democrático de Direito e o processo penal constitucional como instrumento de garantia dos direitos fundamentais.

Assim como o homem, o Estado, sociedade política organizada, evoluiu, e muito. Em princípio vivia-se em um Estado chamado de Estado de Natureza, como este modelo não supria as necessidades do povo criou-se o Estado Civil, com a assinatura ficta do ‘contrato social’, onde cada cidadão abriu mão de parcela de sua liberdade em prol do bem comum.

Após o Estado Civil constituiu-se o Estado Medieval superado, posteriormente pelo Estado Moderno que concentrava o poder nas mãos do monarca, ou seja, o Estado era personificado na pessoa do rei. Obviamente que este modelo não contentava a burguesia nascente, surgindo então o Estado Liberal que concentrava o poder também nas mãos da burguesia.

Após o Estado Liberal nasceu o Estado de Direito sob a perspectiva de submissão do governo às leis, é o governo das leis, onde não apenas os cidadãos devem obedecer aos ditames legais, mas também o Poder político institucionalizado, o que se perfaz por meio da instituição de normas, ou direitos negativos (onde se pressupõe um não fazer estatal) nos textos constitucionais.

Após o advento do Estado de Direito, tendo em vista algumas deficiências deste modelo, visto que o Estado de Direito nem sempre podia ser visto como estado democrático que surge então o Estado Democrático de Direito, que consagra a constitucionalidade, isto é a vinculação do Estado a uma constituição, a organização democrática da sociedade, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, a justiça social, a igualdade, a divisão de poderes ou de funções, a legalidade, a segurança e a certeza jurídica.

Vê-se que o modelo de Estado Democrático de direito é extremamente garantidor, pois busca fundamentalmente o estabelecimento, na Constituição Federal, de direitos e garantias fundamentais.

Como estudado a evolução do Estado está intimamente ligada com a evolução do constitucionalismo, os movimentos constitucionais, também são uma forma de limitação do poder do Estado e garantia de direitos fundamentais.

Na mesma linha o Processo Penal surge como instrumento de garantia e efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo importante instrumento na defesa de garantias mínimas, pois o Processo Penal não deve ser pena, deve sim ser um instrumento para que, se necessário e socialmente relevando, se aplique uma pena justa e nos limites da legalidade e dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Analisou-se no capítulo dois os princípios processuais penais e constitucionais, os sistemas processuais penais, e a teoria da prova, além do interrogatório.

Os princípios são base, são alicerce de todo o ordenamento jurídico e de indispensável análise no presente estudo. Viu-se o princípio da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da verdade real, da igualdade das partes ou paridade de armas, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência, do livre convencimento motivado e da identidade física do juiz.

Ofender um princípio mostra-se, no atual sistema, muito mais grave do que ofender uma norma.

O interrogatório realizado pelo sistema da videoconferência fere vários dos princípios estudados. Fere o princípio do contraditório e da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana, e a paridade de armas.

O interrogatório *on line* contribui para o afastamento dos atores envolvidos no processo penal, é fruto de uma tendência economicista no processo, os gastos devem ser cortados a qualquer custo, o que não é saudável para o desenvolvimento de um processo penal democrático.

A comunicação virtual desumaniza o processo e fere a dignidade humana do acusado, quando, aumenta os níveis de indiferença e insensibilidade do julgador e do processo penal frente ao crime supostamente praticado.

Lembra-se que sentença deriva do verbo sentir, e a morfologia da palavra muito diz sobre o que significa, sentenciar significa sentir, sentir o que o processo e os elementos de prova que foram trazidos aos autos exprimem, e logicamente que com a distancia e a virtualidade tudo fica mais mecânico e invencível.

Os pactos internacionais de direitos humanos mencionados dizem claramente que o acusado deve ser levado à presença de um juiz quando de seu interrogatório, e presença significa presença física, não como admitirmos que presença física seja propiciada pela videoconferência, pois presença física e virtual não são a mesma coisa. A presença física pressupõe contato físico, e não se consegue vislumbrar o que seja um contato físico virtual! É uma contradição em termos.

Se for exigida a presença física para o interrogatório, essa presença não pode ser substituída pela presença de uma tela de computador.

Viu-se que o Estado Democrático de Direito surge na perspectiva de assegurar ao cidadão direitos básicos contra o arbítrio estatal, e na perspectiva de garantia de direitos básicos e princípios fundamentais, o interrogatório *on line* não se mostra compatível com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Viu-se ainda que a Constituição Federal possui força normativa e eficácia, todos os princípios contidos nela devem ser respeitados e promovidos, se o interrogatório *on line* fere preceitos constitucionais e limita a efetividade da Constituição deve ser extinto da legislação pátria, pois muitos meios outros existem de tornar o processo mais econômico e célere, que a supressão de um direito fundamental do acusado.

Fere o contraditório e a ampla defesa a começar pela indecisão acerca da presença do advogado do réu e dos autos, onde ficam? Se o advogado está com o réu, os autos estão com o

juiz, como poderá analisar o processo? Se o advogado ficar como juiz o réu ficará desamparado, além da distancia física que não permite que o defensor fiscalize possível coação exercida sob o acusado, as inconveniências do interrogatório *on line* são muitas e severas.

Além disso, há o evidente sucateamento dos aparelhos do judiciário, o que garante que durante o interrogatório o *link* não vai cair, ou as máquinas não vão travarem, é típico e normal tendo em vista os aparelhos de que são munidos os fóruns, há uma confiança demasiada na tecnologia.

É um contraste o que se quer que seja a Justiça brasileira e a realidade tanto dos fóruns como das penitenciárias e presídios.

É fato, a videoconferência fere o contraditório e ampla defesa além de ir de encontro aos ditames da dignidade da pessoa humana.

Estudou-se que as novas tecnologias são bem vindas para aprimorar e tornar o processo em geral mais célere e efetivo, pois é obvio também que justiça tardia não é senão injustiça qualificada, como dizia Rui Barbosa. Contudo, muito embora as novas tecnologias sejam bem vistas elas não devem suprimir ou ir de encontro a direitos e garantias fundamentais conquistados a duras penas e consagrados tanto na Constituição Federal quando no Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO

Para se chegar ao Estado Democrático de Direito passou-se por fases obscuras na história da evolução do Estado. Contudo, hoje em dia vive-se em um Estado Democrático de Direito, onde a Constituição Federal possui força normativa e é vértice de todo o ordenamento jurídico emanando seus princípios e garantias sobre todas as demais normas existentes.

A evolução do Estado está intimamente ligada a evolução do Direito Constitucional e do Constitucionalismo, partindo da ideia de que todo o Estado deve ter uma Constituição, e os textos constitucionais devem conter regras de limitação ao poder autoritário e de prevalência dos direitos fundamentais. Nesta senda, o Processo Penal dentro de uma interpretação conforme a Constituição, visto que deve ser interpretado sempre de acordo com os preceitos constitucionais, seja pela hierarquia, seja pela força normativa da Constituição, deve também, ser garantidor de garantias mínimas aos processados, sob pena de retrocesso social.

Os princípios processuais penais e constitucionais estabelecidos no Código de Processo Penal Brasileiro e na Constituição da República Federativa do Brasil, respectivamente, servem de base e alicerce para todo o ordenamento jurídico, e mais especificamente para todas as normas sobre processo penal editadas no Brasil. Assim como os sistemas processuais penais refletem a ideologia adotada pelos Códigos de Processo Penal, visto sua estreita ligação com as provas no processo penal. Neste sentido, o interrogatório do réu preso constitui elemento de prova no Processo Penal e deve seguir os princípios norteadores do processo e da constituição.

Foram estudados os seguintes princípios constitucionais e processuais penais: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, verdade processual, igualdade das partes, ou, paridade de armas, livre

convencimento motivado, e finalmente o princípio da presunção de inocência e o princípio da identidade física do juiz.

O interrogatório em sua natureza dúplice, isto é, primeiramente como meio de defesa e secundariamente como meio de prova, sendo parte importantíssima no processo penal, pois fundamental para que o magistrado forme a convicção sobre sua culpa ou não pelo crime investigado. Por outro lado o interrogatório por videoconferência, regulado pela Lei 11.900 de 2009, gera muitas divergência doutrinárias, pois que alguns entendem ofender princípios constitucionais e processuais de defesa do Estado Democrático de Direito, enquanto outros o entendem como plenamente constitucional.

A corrente que alega a inconstitucionalidade do interrogatório *on line*, entende que embora o Supremo Tribunal Federal tenha julgado o tema e decidido pela inconstitucionalidade do interrogatório *on line* a decisão quedou-se a análise da inconstitucionalidade formal de lei estadual que tratava do tema. Com o advento de lei federal regulamentando a matéria esperava-se a pacificação do tema, o que não ocorreu, entende-se que a inconstitucionalidade que permeava e permeia o interrogatório *on line* não é de ordem somente formal, quanto a competência do órgão que editou a norma. Pelo contrário a inconstitucionalidade do interrogatório por videoconferência é também de ordem material, visto que fere vários princípios constitucionais e processuais penais de defesa do estado democrático de direito.

Para esta corrente, a videoconferência, além de tornar o processo penal ainda mais doloroso e mecânico em relação ao acusado, pois seu interrogatório será tomado dentro do presídio, local hostil por natureza, questões como a presença do advogado e a possibilidade de coação não foram esclarecidas pela lei. Muito embora a previsão legal seja de sua utilização apenas em casos excepcionais, o medo é que a exceção vire regra, e o comodismo se sobressaia.

Por outro norte, outros doutrinadores entendem que a videoconferência é um avanço no Processo Penal brasileiro, já vinha sendo usada em vários países desenvolvidos. Os principais argumentos são a economia processual, a diminuição do risco de fugas, a economia de orçamento público. Dizem ainda que a videoconferência é uma nova forma de contato físico entre réu e julgador, e que os juízes não levam em consideração na hora de elaborar a sentença as expressões do acusado ou suas reações durante o interrogatório.

Alega-se ainda que o interrogatório *on line* somente poderia ser utilizado em situações excepcionais por meio de decisão fundamentada do magistrado. Com esses argumentos refutam a tese de inconstitucionalidade, pelo contrário, o interrogatório por videoconferência do réu preso seria um grande avanço.

Conclui-se que o interrogatório realizado pelo sistema da videoconferência é inconstitucional, pois incompatível com os princípios constitucionais e processuais penais de garantias do Estado Democrático de Direito, ofende os princípios do contraditório substantivo, bem como a ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.

Além de ser inconstitucional é também inconveniente, pois incompatível com dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, §2º, d e f) e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, n.º 3, d), considerando que o interrogatório *on line* fere direitos e garantias fundamentais a interpretação analógica dada por alguns doutrinadores ao disposto nos tratados não deve ser aceita, pois prejudica direitos e garantias do acusado, somente se pode fazer analogia em benefício do réu, e não em seu desfavor.

A videoconferência pode ser utilizada em outros procedimentos do processo penal que não no interrogatório, momento tão importante para ao acusado, existem outras formas de modernização da justiça criminal. Não há o que justifique tirar do acusado a chance de se defender pessoalmente com seu julgador, sem mencionar todas as demais esquisitices deste modelo de interrogatório, como o problema da presença do advogado de defesa, fica ao lado do juiz, ou ao lado de seu cliente? Sem falar na comunicação entre advogado e cliente, que também fica prejudicada, acredito que serão poucos os advogados que acreditarão realmente no caráter reservado da linha para comunicação com seu cliente.

Em sendo o interrogatório parte importantíssima no processo penal e constituindo muitas vezes elemento fundamental à convicção do magistrado, parece-nos mais coerente a corrente que defende a inconstitucionalidade do interrogatório *on line*, pois, muito embora tenha havido a promulgação de lei para a regulamentação do sistema de interrogatório por videoconferência, esta lei não supriu a inconstitucionalidade material do interrogatório *on line*.

Neste sentido, verifica-se que o interrogatório realizado por videoconferência além de ferir frontalmente a Constituição Federal de 1988, fere dispositivos de tratados internacionais,

portanto além de ser inconstitucional é inconveniente, ou seja, incompatível com os princípios processuais penais adotados internacionalmente.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto Q. T. de Camargo. **Da prova no Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ARAS, Vladimir. **Sociedade digital - teleinterrogatório não elimina nenhuma garantia processual**. Revista Consultor Jurídico, 28.09.2004.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 39. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Marco Antônio de. **Teleaudiência criminal: primeiros registros de sua realização no judiciário paulista**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 48, p. 52-59, jan./mar. 2010
- BARROS, Marco Antonio de. **Teleaudiência, interrogatório on-line, videoconferência e o princípio da liberdade da prova**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 92, n. 818, p. 424-434, dezembro 2003, p. 429.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- BRANDÃO, Edison Aparecido. **Videoconferência garante cidadania à população e aos réus**. Revista consultor jurídico. 6 de outubro de 2004.
- BRASIL. Constituição da Republica Federativa (1988). Atualizada até a Emenda Constitucional n° 67. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 12 de maio de 2011.
- BRASIL. Decreto – Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Dispõe sobre o Código de Processo Penal**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>> Acesso em 12 de maio de 2011.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 12 de maio de 2011.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 12 de maio de 2011.

BRASIL. Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm>. Acesso em 12 de maio de 2011

SÃO PAULO. Lei nº 11.819, de 5 de janeiro de 2005. **Dispõe sobre a implantação de aparelhos de videoconferência para interrogatório e audiências de presos à distância.** Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei%20n.11.819,%20de%2005.01.2005.htm>>. Acesso em 12 de maio de 2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 123.218.** Relator (a) Ministro (a) O. G. Fernandes, julgado em 10 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6948801&sReg=200802717721&sData=20091130&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 05 de maio de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 98422.** Relator (a) Ministro (a) Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 20 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>. Acesso em: 05 de abril de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Em seminário, presidente do STF defende adoção de novas tecnologias para colheita e gestão de provas.** 10 de dezembro de 2010. disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=167823>>, acesso em 12 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 88914.** São Paulo. Relator (a): Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=489888>>. Acesso em: 05 de abril de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466343.** São Paulo. Relator (a): Ministro Cezar Peluso. Julgamento em 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almeida, 1997.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

2003.

CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias. **Interrogatório por videoconferência e devido processo legal**. Revista Direito e Política, São Paulo, v. 5, p. 97-100, p. 99, abr.-jun. 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. rev. ampl. e a Bahia: JusPodivm, 2009.

DMITRUK ORTIZ, Hilda Beatriz. **Cadernos metodológicos: diretrizes do trabalho científico**. 7. ed. rev. e atual. Chapecó: Argos, 2004.

DOTTI, Renê Ariel. **O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 34, n. 134, p. 269-273, abr.-jun. 1997.

ESPOSITO, I. et al. O Interrogatório a Distância. **Revista Jurídica: Consulex**. Brasília: Consulex, 1997. Quinzenal. Absorvido Consulex: Leis e Decisões. p. 28 – 35, v.13, n. 292, mar. 2009.

ESPOSITO, I. et al. Videoconferência no judiciário criminal. **Revista Jurídica: Consulex**. Brasília: Consulex, 1997. Quinzenal. Absorvido Consulex: Leis e Decisões. p. 23, n. 29, maio 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Garantismo à paulista (a propósito da videoconferência)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 12, n. 147, p. 6, fev. 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Consagração da Videoconferência**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. 8 de março de 2010. Acesso em 23 de março de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito de presença nas audiências: STF Viola CADH**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. 04 dezembro. 2009. Acesso em 23 de março de 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Interrogatório por videoconferência: Ato anterior à Lei 11.900/2009. STJ. Nulidade**. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. 30 novembro 2009. Acesso em 23 de março de 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual do Processo Penal**. 6ª Ed. Saraiva, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus,

2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; FILHO, Antônio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. 34 p.

JARDIM, Afrânio Silva, **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de processo penal anotado**. 23. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

KHALED JR., Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal - Desconstrução Hermêutica do Mito da Verdade Real**. Editora Juspodivm.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Antônio Sebastião de. **Teoria do Estado e da Constituição: fundamentos do direito positivo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

LOPES JR., Aury. **O interrogatório on fine no processo penal: entre a assepsia judiciária e o sexo virtual**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 13, n. 154, p. 6 - 7, set. 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MAULAZ, Ralph Batista. **Os paradigmas do Estado de Direito – O Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito**. Disponível em: < <http://www.atame-df.com.br/material/doc/mat06032401.doc>>. Acesso em: 08 de maio de 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORAES FILHO, Rodolfo Araújo de; PEREZ, Carlos Alexandre Dias. **Teoria e prática da videoconferência**. Recife: Cepe, 2003.

- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição federal**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PIMENTEL, Anna Maria. **Interrogatório por sistema de videoconferência**. Revista TRF - 3a Região. São Paulo, n. 68, p. 13-23, nov.-dez. 2004.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 3. ed. rev. São Paulo. Saraiva. 2010.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Interrogatório à distância**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, ano 8, n. 93, p. 1-2, ago. 2000.
- PRADO, Geraldo Luiz M.. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo penal: parte geral**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 22ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal: sistemas e princípios**. 1. ed. (ano 2003), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política & teoria do Estado**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado 2006.
- THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 3 v.

WEISS, Carlos. **Manifestação do conselheiro referente à realização de interrogatório on-line para presos perigosos**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 10, n. 120, p. 4-5, nov. 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

APÊNDICES

APÊNDICE A

Atestado de Autenticidade da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, Pricila Luana Bertozzo, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200522575, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento.

Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções nas esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 16 de maio de 2011.

Assinatura do(a) Estudante

APÊNDICE B

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do(a) estudante Pricila Luana Bertozzo, cujo título é o interrogatório realizado por videoconferência e sua compatibilidade com os princípios processuais penais e constitucionais de garantia do estado democrático de direito, realizado sob minha orientação.

Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie.

Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: _____

_____, telefone para contato _____.

Chapecó (SC), 16 de maio de 2011.

Assinatura do(a) Orientador(a)