

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATOLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP**

Ivone da Silva Barros

A Identidade Física do Juiz no Processo Penal Brasileiro

Mestrado em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Penal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

**São Paulo
2008**

RESUMO

O processo penal, numa visão moderna, não mais pode ser visto como simples concretização do Direito Penal. O processo penal, num Estado Democrático de Direito, constitui instrumento de garantia do acusado, numa limitação ao Poder Punitivo. Embora, por força de preceitos constitucionais, nosso sistema processual penal deva ser acusatório, o Código de Processo Penal, em razão da ideologia da época de sua promulgação, conserva alguns resquícios de inquisitorialidade, a indicar necessidade de reforma para adequação à Constituição Federal de 1.988. O princípio da oralidade, como predominância da forma oral sobre a escrita, é próprio do regime acusatório, e tem como corolários lógicos a concentração, a imediatidade e a identidade física do juiz. Por falta de previsão legal, no sistema processual penal brasileiro não existe a identidade física do juiz. No entanto, essa identidade física do juiz, do qual a doutrina não se ocupa com a atenção devida, se revela da maior importância num processo penal de cunho garantista, como aquele consagrado em nossa Constituição Federal.

O trabalho resgata o instituto da identidade física do juiz no processo penal, conferindo-lhe o valor que merece.

Para isso, partiu-se da análise dos fins do processo penal, passando pelo estudo dos sistemas processuais penais, dos princípios do processo penal ligados ao tema, e das provas. No tocante a estas, mereceu espaço uma análise de um

tema atual, que é o interrogatório por videoconferência. Realizou-se, também, estudo do papel do juiz no processo penal, bem como a análise da identidade física do juiz no processo civil.

A parte final do trabalho é dedicada ao tema central, com análise doutrinária e jurisprudencial no processo penal brasileiro, especialmente com enfoque na importância de um processo penal garantista.

RESUMEN

El proceso penal, en una visión moderna, no puede más ser visto como simple concretización del Derecho Penal. El proceso penal, en un Estado Democrático de Derecho, constituye instrumento de garantía del acusado, en una limitación al Poder Punitivo. Aunque, por fuerza de preceptos constitucionales, nuestro sistema procesal penal deba ser acusatorio, el Código de Proceso Penal, en razón de la ideología de la época de su promulgación, conserva algunos resquicios de inquisición, a indicar necesidad de reforma para adecuación a la Constitución Federal de 1988. El principio de la oralidad, como predominancia de la forma oral sobre la escrita, es propio del régimen acusatorio, y tiene como corolarios lógicos la concentración, la inmediatividad y la identidad del juez.

Entretanto, esa identidad física del juez, al cual la doctrina no se ocupa con la atención debida, se revela como la mayor importancia en un proceso penal de cuño garantizador, como aquel consagrado en nuestra Constitución Federal.

El trabajo rescata el instituto de la identidad física del juez en el proceso penal, confiriéndole el valor que merece.

Para eso, se partió del análisis de los fines del proceso penal, pasando por el estudio de los sistemas procesales penales, de los principios del proceso penal centrados al tema, y de las pruebas. Con relación a esas, mereció espacio un análisis de un tema actual, que es el interrogatorio por videoconferencia. Fue

realizado, también, al estudio del papel del juez en el proceso penal, así como la identidad física del juez en el proceso civil.

La parte final del trabajo es dedicada al tema central, con análisis doctrinaria y jurisprudencial en el proceso brasileño, especialmente con enfoque en la importancia de un proceso penal garantizador.

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA	9
2. FINS DO PROCESSO PENAL	12
3. SISTEMAS PROCESSUAIS	30
3.2. O Sistema Acusatório	34
3.2.1. Sistema processual penal na Grécia	34
3.2.2. Sistema Processual Penal no Direito Romano	37
3.2.2.1. Monarquia	37
3.2.2.2. República	38
3.2.2.3. Império	42
3.3. O sistema inquisitivo	43
3.4. O sistema misto	47
3.5. O Sistema Processual Penal Brasileiro	48
4. RELAÇÃO DO PROCESSO PENAL COM O DIREITO CONSTITUCIONAL	54
5. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL	61
5.1 O princípio da oralidade	63
5.1.1. O princípio da imediação	71
5.1.2. O princípio da concentração	72
5.2. Princípio do juiz natural	73
5.3. Princípio da verdade real ou verdade processual	76
5.4. Princípio da imparcialidade do juiz	82
5.5. Princípio da igualdade das partes	84
5.6. Princípio da persuasão racional ou do livre convencimento	85
5.7. Princípio da publicidade	87
5.8. Princípio do contraditório e da ampla defesa	88
5.9. Princípio do devido processo legal	93
5.10. Princípio da presunção de inocência	96
5.11. Princípio da motivação das decisões judiciais	100
6. A FUNÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL	102
7. AS PROVAS NO PROCESSO PENAL	113
7.1. Introdução	113
7.2. Provas em espécie	116
7.2.1. Confissão	117
7.2.2. Perguntas ao ofendido	119
7.2.3. Testemunhas	120
7.2.4. Acareação	125
7.2.5. Interrogatório do acusado	127
7.2.5.1. Natureza jurídica do interrogatório	127
7.2.5.2. Inovações introduzidas no interrogatório pela Lei 10.792/2003.	131
7.2.5.3. Interrogatório por videoconferência	143

8. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	157
9. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	161
10. CONCLUSÕES.....	172
BIBLIOGRAFIA	177

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

Da premissa fundamental de que não existe processo penal que não seja dentro da Constituição Federal, ou melhor, que o Direito Processual Penal é o Direito Constitucional aplicado, bem assim da consideração no sentido de que é com o Processo Penal Constitucional aplicado que ocorre a efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais, nasceu o interesse pelo tema.

O aprofundamento do estudo do Direito Processual Penal, deixando para trás a instrumentalidade processual como única finalidade do processo, e na esteira do constitucionalismo, tendo o processo penal como garantia do acusado, fez surgir perplexidade diante de um diploma processual arcaico, em franca oposição, em determinados aspectos, com preceitos constitucionais fundamentais. Isso se explica quando se confrontam, no contexto histórico em que nasceram, o Código de Processo Penal de 1941 e a Constituição Federal de 1988.

Durante o estudo do Direito Processual Penal, o que mais causou estranheza foi o desprezo dispensado ao tema identidade física do juiz no processo penal.

A questão ganha relevo quando consideramos a existência da vinculação física do juiz no processo civil, onde estão em jogo interesses individuais, no mais das vezes disponíveis, e a não existência no processo penal, onde se decide sobre bem jurídico de maior importância, como o é a liberdade humana.

Daí a escolha do tema – A Identidade Física do Juiz no Processo Penal Brasileiro, da maior relevância, sem dúvida, quando se vê no processo penal um instrumento garantista – e essa é uma ótica moderna – e a despeito disso muito pouco analisado pelos nossos doutrinadores.

No desenvolvimento do tema, a preocupação primeira foi com o estudo dos fins do Direito Processual Penal, com realce da visão moderna do garantismo, abandonando a linha reducionista da instrumentalidade do processo penal, como concretizador do Direito Penal. Sem dúvida, o entendimento dos fins do processo penal constitui condicionante a qualquer trabalho nessa área, especialmente no momento em que se cuida da identidade física do juiz, que é premissa fundamental para uma efetiva distribuição da Justiça Criminal.

Importante, também, a análise dos sistemas processuais penais, com abordagem específica de nosso sistema processual acusatório, com implicações para o tema central, em especial quando se lembra da excepcional atividade probatória do juiz no processo penal.

O estudo dos princípios processuais penais, em especial o da oralidade, também se mostrou indispensável à perfeita compreensão do tema proposto.

A função do juiz no processo penal constituiu importante preparação para a análise do trabalho. Sem embargo, com a Constituição Federal de 1988, o juiz assume papel de maior relevância no cenário jurídico brasileiro. Somente o julgador quando da prolação de uma decisão em consonância com os preceitos constitucionais estará atribuindo eficácia aos direitos e garantias fundamentais,

zelando pelo Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Somente o juiz pode tornar efetiva a missão do Direito Processual Penal, que é a de punir o culpado e proteger o inocente, ainda norteado pelo princípio constitucional da presunção de inocência.

Igualmente, necessário o estudo de algumas das provas admitidas no processo penal, como a confissão do ofendido, as declarações da vítima, o interrogatório, e a prova testemunhal, essenciais para uma perfeita compreensão da necessidade de se adotar, em nosso sistema processual penal, a identidade física do juiz.

O tópico seguinte foi destinado ao estudo da identidade física do juiz no processo civil brasileiro, até para realçar a necessidade de sua adoção também no processo penal.

Por último, a abordagem central, ou seja, a identidade física do juiz no processo penal brasileiro, com realce para sua importância num processo penal garantista.

2. FINS DO PROCESSO PENAL

O homem é um ser eminentemente social. A vida em sociedade representa para ele uma necessidade imperiosa. Contudo, essa vida em sociedade só é possível com o estabelecimento de regras de conduta, limitando a atividade de cada um em benefício de todos.

José Renato Nalini e José Carlos G. Xavier de Aquino assinalam que

“O homem, animal político por natureza, não vive senão em sociedade. O instinto gregário deu origem à sociedade, que nada mais é do que um agrupamento de seres humanos em busca de um fim comum. Com ela surgem os conflitos de interesse. Por interesse se entende a posição favorável à satisfação de uma necessidade. Enquanto os interesses são de uma só pessoa, resolve-se o conflito com o sacrifício do interesse menor, privilegiando-se aquele mais relevante. Já o conflito entre interesses de pessoas diversas deve ser resolvido pela sociedade dos homens. Seria inviável a subsistência da sociedade se cada qual se propusesse a fazer justiça com as próprias mãos. Portanto, havendo conflito de interesses, ou seja, quando um indivíduo se opõe à pretensão de outro, cabe ao Estado dirimir tal controvérsia”¹.

¹ NALINI, José Renato; AQUINO, José Carlos G. Xavier. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005, 2ª ed., p. 20.

É o Direito que, estabelecendo regras de conduta, obrigatoriamente impostas a todos, permite a convivência social. E isso é feito através do estabelecimento de limites à liberdade de cada um, tendo em conta o respeito devido ao direito de outrem, e aos direitos da coletividade como um todo.

De fato, no dizer de Márcio Franklin Nogueira,

“a vida em sociedade só é possível com o estabelecimento de regras de conduta, a serem obrigatoriamente observadas, permitindo o convívio pacífico de todos. Limita-se a liberdade de cada um em benefício do todo. Esta a tarefa do Direito. A possibilitar a convivência humana, há um conjunto de regras transmitidas pela tradição, cujo conjunto forma a chamada “ordem social”. Fala-se, assim, num sistema geral de “controles sociais”, cujos titulares são instituições de diversa natureza, como a família, a escola, a igreja, as empresas, os sindicatos, as associações, etc. A Justiça Penal é apenas uma parte desse sistema. Mas a ordem social não pode, por si só, assegurar essa convivência humana na comunidade. Completa-se e reforça-se por meio da ordem jurídica. Titular da ordem social é a sociedade. E da ordem jurídica o Estado”².

A violação destas regras de conduta leva à imposição de uma sanção. A inexistência de sanção levaria a um descrédito do Direito, pois as pessoas seriam tentadas a descumprir a regra de conduta. As sanções são de natureza diversa,

² NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação Penal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 29/30.

conforme a gravidade da lesão acarretada ao organismo social. Para violações menores, a sanções administrativas e civis. Para aquelas que ferem, com maior intensidade, o equilíbrio social, a grave sanção da pena criminal. O ilícito, ontologicamente, é um só. A diferença entre suas várias modalidades é de grau.

O ramo do direito que cuida da tipificação das condutas mais graves, que constituem os crimes, e comina as penas, é o Direito Penal. A missão do direito penal é a defesa da sociedade, resguardando-a dos ataques a determinados bens jurídicos, ataques esses que rompem o equilíbrio social.

Contudo, o Direito Penal não é auto-aplicável. Depende, para tornar efetiva a sanção, do Processo Penal.

Realmente, daquela função, que é do direito penal, de proteção da ordem social, surge para o Estado o dever de administrar e realizar a justiça penal. Como salienta Jorge Figueiredo Dias,

“este dever é o correlato da necessidade, pelo Estado sentida, de tomar sobre os seus ombros, de forma exclusiva, a tarefa de investigar, esclarecer, perseguir e sentenciar os crimes cometidos dentro da sua jurisdição; e só, por diferentes palavras, a outra face do “princípio da exclusão da autodefesa ou princípio do monopólio estadual da função jurisdicional”, que constitui uma exigência irrenunciável das sociedades modernas, fundado como é por valores

tão essenciais como os da realização da justiça, da unidade do Estado e da paz jurídica e social”³.

E é com o Processo Penal que o Estado cumpre essa tarefa. Assim, a função do processo penal é tornar efetivo o Direito Penal, *“de modo que la sanción prescrita en la ley pueda alcanzar efectivamente al trasgresor”⁴.*

Há, portanto, entre o direito penal e o direito processual penal *“uma relação mútua de complementaridade funcional”⁵.*

Ou, como diz Eugenio Raul Zaffaroni, o processo penal deve guardar uma vinculação estreita e certo grau de dependência do Direito Penal, dentre outras razões porque não pode ser considerado um fim em si mesmo (tradução)⁶.

Não se pode negar, nos dias de hoje, que quaisquer alterações, por mínimas que sejam, processadas no direito penal, acabam se comunicando, muitas vezes com força potenciada, ao direito processual penal.

O mesmo ocorre na via inversa, como se observa do movimento em favor do direito penal mínimo que não pode deixar de ser visto também como consequência da exigência processual de que os tribunais penais não sejam

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1974, 1º vol., p.24.

⁴ MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**. Bogotá: Editorial Temis, 1.971, vol. 1, p. 44.

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 28, que salienta: *“a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo”*.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios e Realidad”. In El Proceso Penal – Sistema Penal y Derechos Humanos. México: Editorial Porrúa, 2000, p. 5: *“es muy claro que debe guardar una vinculación estrecha y cierto grado de dependência de éste, entre otras razones, porque nunca puede ser considerado un fin en si mismo”*.

submersos por uma multidão de infrações penais de duvidoso relevo ético social⁷.

Há, ainda, a demonstrar aquela relação mútua de complementaridade funcional entre o direito penal e o direito processual penal⁸, a existência de certos institutos que se podem incluir em ambos os ramos do direito. Vejam-se os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95: a transação penal (art. 76), a exigência de representação (art. 78), a suspensão condicional do processo (art. 89) e a composição civil (art. 74). São, inegavelmente, institutos com natureza processual penal. Mas a doutrina, de um modo geral, vê neles também uma certa carga penal, razão pela qual se tem sustentado sua aplicação retroativa (o que não seria possível se fossem considerados exclusivamente de natureza processual penal)⁹.

Não se nega, com isso, a autonomia do direito processual penal em relação ao direito penal, nem tampouco sua instrumentalidade. Da mesma forma como *“qualquer ramo do direito é “instrumental” face ao direito constitucional”*¹⁰.

Assinala Jorge de Figueiredo Dias que *“não se está, no direito penal e no direito processual penal, perante modos diversos de perspectivar o mesmo*

⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 31.

⁸ Maurício Antonio Ribeiro Lopes também fala na existência de uma relação de mútua complementaridade funcional entre Direito Penal e Direito Processual Penal (LOPES, Maurício Antonio Ribeiro et al. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.000, 3ª ed., p. 619/620.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002, 4ª ed., p. 47; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro et al. op. cit., p. 617.

¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 33

*objeto, mas perante regulamentações jurídicas autônomas, justificadas pela “diversidade de objetos” a que se dirigem”*¹¹.

O Estado, portanto, para manter o equilíbrio social, incrimina determinadas condutas que atentam contra bens jurídicos de maior relevo, cominando àqueles que a violam a pena criminal.

Em épocas remotas, o método utilizado para a punição daqueles que cometiam ilícitos ou atentavam contra a ordem era a vingança privada. No instante em que o Estado chama para si a administração da justiça, sendo ele o detentor exclusivo da persecução penal surge, como contraponto, a necessidade de limitação contra o arbítrio do Estado, limitação da intervenção estatal. O Estado deve zelar pela paz social e concomitantemente pela liberdade de seus cidadãos – proteger os inocente e punir os culpados. Portanto, não deve deixar de promover a persecução penal.

Quando há o cometimento de um crime o Estado tem o poder-dever de agir e o faz exercendo o “*jus puniendi*”. O Estado exercita o seu direito de punir através do Estado-juiz e do processo. O processo penal é o instrumento de que se vale o Estado para aplicar pena a quem cometeu um delito. O processo penal nesse momento age como instrumento de realização do direito penal para a aplicação da pena e, ainda, como garantidor dos direitos e garantias do acusado. As garantias do acusado constitucionalmente asseguradas servem como limitação ao poder estatal. O Estado só aplica pena dentro dos ditames do

¹¹ Ibid, p. 34

processo penal constitucional, ou seja, aquele que garante o acusado face ao arbítrio do detentor do “*jus puniendi*”.

O processo penal, no entanto, não pode deixar de ser considerado também como uma forma efetiva de limitação ao poder punitivo do Estado, ao estabelecer regras que garantem os direitos do acusado. Num Estado constitucional não se há falar em supremacia estatal. O Estado é a sociedade politicamente organizada, logo, o Estado sendo a própria sociedade, não se há falar em supremacia de um sobre o outro.

O Direito Penal traz os fatos típicos e suas respectivas sanções. Mas, é cediço que o Direito Penal não é aplicável sem o processo penal, daí o caráter instrumental do direito processual penal. O direito processual penal é instrumento de realização do direito penal.

Segundo Claus Roxin, para que as normas penais possam cumprir sua função de assegurar os pressupostos fundamentais da convivência humana é necessário que não permaneçam apenas no papel, quando se comete um delito. Por isso, é necessário um procedimento através do qual se averigúe a existência de uma ação punível, de forma a que se possa impor a sanção prevista em lei (tradução)¹².

¹² ROXIN, Claus. **Derecho procesal Penal**. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003 – Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, p. 01: “*Para que esas normas puedan cumplir su función de asegurar los presupuestos fundamentales de la convivencia humana es preciso que ellas no permanezcan solo en el papel, em caso de que se cometa um delito. Para ello es necesario un procedimiento regulado jurídicamente com cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista em la ley.*”

Consequentemente, quando alguém pratica um fato que se enquadra em um dos tipos penais surge o “*jus puniendi*” do Estado, que nada mais é que o direito-dever que o Estado tem de punir o violador da lei penal.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, após aludir à solidariedade funcional, no processo, da ação e jurisdição, completa dizendo que “*seu fim comum é a efetividade coativa do Direito que, sendo Direito Penal e, portanto, público, importa o dever da ação pública*”¹³.

Mas, os fins do processo penal se esgotam nessa necessidade de efetivação do direito penal?

A resposta só pode ser negativa.

Ao Estado Democrático de Direito não basta condicionar a efetividade do “*jus puniendi*” à demonstração, em um processo, da culpabilidade do autor do fato. É necessário, também, dotar esse processo de garantias assecuratórias de direitos fundamentais do réu, como pessoa humana e cidadão.

Adverte Eugenio Raúl Zaffaroni que os processos penais se desenvolvem num mundo real, no qual se violam direitos humanos todos os dias, ainda que as leis estabeleçam garantias formais, que na prática não são observadas por diferentes razões (tradução)¹⁴.

¹³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **Processo Penal. Ação e Jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1975, p. 101

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul, Op. Cit., p. 18: “*los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días, aunque las leyes establezcan garantías formales que, en la práctica, se desconocen por diferentes razones*”.

Daí a assertiva de Luigi Ferrajoli:

“O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato que ele persegue, em coerência coma dúplice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que está nas bases de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira. A história do processo penal pode ser lida como a história do conflito entre essa duas finalidades, logicamente complementares, mas na prática contrastantes”¹⁵.

Assim, a finalidade do processo penal não se resume na efetividade do direito penal. Vai além, pois tem a finalidade, também, de garantir o cidadão frente ao arbítrio do poder público. Daí as garantias do devido processo legal, da presunção de inocência, e outras, que têm, inclusive, previsão constitucional.

Rogério Lauria Tucci, fazendo referência a Joaquim Canuto Mendes de Almeida, afirma que a liberdade jurídica do acusado “constituye el fundamento del proceso penal”¹⁶.

Na verdade, a função judicial no processo penal persegue diversos fins. Num primeiro momento, a atividade processual tende a descobrir a verdade real

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 556

¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. “**El Proceso Penal en Brasil**”. In *El Proceso Penal – Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2000, p. 115

do fato impugnado, ou “*a reconstituição histórica do crime, a fim de formar o convencimento do julgador*”¹⁷. Esta a finalidade imediata ou próxima. Mas o processo penal não é um instrumento exclusivo para lograr o castigo do culpado. Constitui, isso sim, um instrumento de que se utiliza o Estado para investigar a verdade do fato e fazer atuar em concreto o direito penal. Mas constitui também um instrumento de tutela do cidadão contra o arbítrio do Estado. Há, pois, a tutela de interesse público, não só na averiguação da verdade, para que a lei penal possa atuar de forma justa, como também pela defesa da liberdade e dos interesses individuais; além dos interesses da vítima, quando sofre dano tutelado pela lei civil¹⁸.

Jorge de Figueiredo Dias, depois de assinalar que não se pode falar de um “*direito subjectivo do Estado à aplicação da pena*” (segundo ele não se pode aceitar a concepção que vê no processo um fim de exercício e execução de direitos subjetivos materiais), assim conclui:

“Afirma-se correntemente que esta questão tem de perspectivar-se relativamente a um fim ideal, perante o qual quaisquer categorias intraprocessuais vêm a revelar-se meros “meios” de o realizar. E assim se criou o consenso, praticamente unânime e de que a nossa jurisprudência se faz eco, de que o verdadeiro fim do processo penal só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça (ou

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal brasileiro**. In Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 2, n. 3 e 4, 1º e 2º sem. de 1.999 – PUC Minas, p. 79

¹⁸ VELEZ MARICONDE, Alfredo. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Lerner Ediciones, 1969, tomo II, p. 97 e segs: “En definitiva, pues, la función judicial tutela, simultaneamente, intereses autónomos por la verdad, la justicia y la defensa de la libertad personal y de los bienes individuales que el derecho protege abstractamente” (p. 100).

mesmo só desta última, já que também perante ela surge a descoberta da verdade como mero pressuposto)”¹⁹.

Não se pode negar, reafirme-se, que o processo penal, em realidade, persegue diversos fins. Pode-se lembrar da busca da verdade ou, como diz Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “*a reconstituição histórica do crime, a fim de formar o convencimento do julgador*”²⁰. Ai a finalidade imediata ou próxima.

Mas não é só isso.

Realmente, como assinala Márcio Franklin Nogueira,

“ao Estado de Direito não basta condicionar a efetividade do “jus puniendi” à demonstração, em um processo, da culpabilidade do autor do fato. É necessário, também, dotar esse processo de garantias assecuratórias de direitos fundamentais do réu, como pessoa humana e cidadão. Assim, a finalidade do processo penal não se resume na efetividade do direito penal. Vai além, pois tem a finalidade, também, de garantir o cidadão frente ao arbítrio do Poder Público”²¹.

O processo penal tutela, assim, um interesse público não só na averiguação da verdade, como igualmente defendendo a liberdade do cidadão. Tutela, mais, interesses da própria vítima.

De fato, na tutela do cidadão, na defesa de sua liberdade contra o arbítrio do poder público, manifesta o legislador constitucional sua preocupação logo no

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 43

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda, Ob. Cit., p. 80

²¹ NOGUEIRA, Márcio Franklin, op. Cit., p. 41.

art. 1º, quando arrola como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a “dignidade da pessoa humana” (inciso III), e daí irradia seu manto para os diversos incisos do art. 5º, que trata, especificamente, dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Marco Antonio Marques da Silva, afirma que:

“a dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos. Desta forma, a concretização e a eficácia jurídica de um direito ocorrem com a manifestação dos órgãos do poder judiciário que lhe dão eficácia”²².

Dentre os direitos individuais insculpidos no texto constitucional, como garantia do cidadão contra o arbítrio do poder público, avulta o da legalidade: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* (inciso II).

Este princípio tem uma significação dúplice. Representa, de um lado, a preocupação em limitar os comportamentos, tanto individuais, como dos órgãos do Estado, à lei, como suprema expressão das normas jurídicas. E de outro uma

²² SILVA, Marco Antonio Marques. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2.001, p. 5

garantia do cidadão contra possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Porque somente a lei pode criar obrigações. No dizer de Celso Ribeiro Bastos, no fundo “*o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei*”²³.

O legislador constituinte, no entanto, preocupou-se também em limitar o poder punitivo do Estado. E o fez, inicialmente, com o princípio da legalidade penal, consagrado no inciso XXXIX, segundo o qual “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Eis aí outra garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado. Somente se pode imputar crime a alguém se a conduta típica estiver definida em lei anteriormente ao fato. A pena também somente poderá ser imposta se sua cominação na lei for anterior ao fato.

Segundo Marco Antonio Marques da Silva, “*a importância do princípio da legalidade, no mundo atual, está nesta visão plural do homem que se divide por interesses, solidariedades e desafios discrepantes e retoma unidade de vida na consciência de sua dignidade. A intervenção do Estado tem como referencial*

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, vol. 1, p.23

essa discrepância e solidariedade, no momento da interpretação da norma, para incriminar”²⁴.

Como corolário desse princípio da legalidade, temos o princípio da “ultima ratio” (direito penal mínimo), relacionado com o momento em que o Estado Democrático de Direito deve intervir, incriminando determinada conduta. Esse princípio da “*ultima ratio*”, portanto, está intimamente ligado à função social do direito penal, que é a proteção de bens jurídicos de maior relevo para a sociedade como um todo.

Logo, no direito moderno que é o direito processual penal constitucional, dizemos que este possui duas funções precípua: 1º) instrumento de realização do direito penal; 2º) instrumento de garantia dos direitos e garantias do acusado contra o arbítrio do poder estatal – limitação do poder intervencionista do Estado.

Seria demasiado minimalismo dizermos que o processo penal é apenas instrumento de realização do direito penal.

O Estado-Administração, através do Estado-juiz, deve garantir a eficácia dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política. O Estado para exercer o seu “*jus puniendi*” deve observar as regras do jogo, ou seja, obedecer aos ditames constitucionais acerca do processo penal. Tal é a relevância dessas regras de limitação do poder estatal face o direito de liberdade

²⁴ SILVA, Marco Antonio Marques, op. cit., p. 7.

que a Constituição Federal de 1988 traz diversos dispositivos relativos ao direito penal e processual penal.

Assinala Claus Roxin que *“Ainda que a sentença consiga estabelecer a culpabilidade do acusado, o juízo só será adequado ao ordenamento processual (princípio da formalidade), quando nenhuma garantia formal desse procedimento haja sido lesionada em prejuízo do imputado”*²⁵.

Hoje, caminhamos em direção ao garantismo penal, de Luigi Ferrajoli. Temos, ainda, uma Constituição Democrática, que tem como fundamento principal a dignidade da pessoa humana, garantindo, processualmente, a presunção de inocência, consubstanciada na necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Temos que entender o processo penal a partir da constitucionalização do direito. As normas processuais penais devem passar pelo filtro constitucional.

O processo penal deve passar, como assinala Aury Lopes, pela democratização, assim como todo o direito vigente num Estado democrático; o processo penal deve ser lido à luz dos princípios, das garantias constitucionais.

Anota:

“Ao lado dela (da função instrumental), está a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático (e não instrumento de defesa social, por evidente). Nesse viés insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima

²⁵ ROXIN, Claus, op. cit., p.02

eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual.”²⁶

Nosso Código de Processo Penal, datado de 1.941, com caráter nitidamente autoritário, passou a se confrontar, a partir de 1.988, com uma Constituição Democrática, cujo art. 1º, depois de fazer referência ao Estado Democrático de Direito, arrola, como um dos fundamentos do Estado “a dignidade da pessoa humana”.

O operador do Direito constantemente se vê às voltas com conflitos resultantes de disposições legais antagônicas, uma autoritária, do Código de Processo Penal, e outra democrática, da Constituição Federal.

Resulta disso a necessidade de uma releitura do diploma processual penal à luz dos novos preceitos constitucionais.

Faz-se mister uma reforma total do nosso Código de Processo Penal, democratizando assim as nossas normas processuais penais, sempre à luz dos direitos e garantias constitucionais. Entretanto, essa reforma não é objeto do nosso estudo, embora se relacione com os direitos e garantias constitucionais, com a finalidade de efetiva aplicação e concretização das normas constitucionais, sobretudo aquelas de cunho penal.

A principal finalidade do processo penal constitucional, como preferimos chamar, é a de garantia do acusado e a limitação do poder do Estado. Para

²⁶ LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, 4ª ed., p. 8

explicitarmos tal premissa, se faz necessário trazeremos a lembrança de Claus Roxin: *“O fim do processo penal tem, então, natureza complexa: a condenação do culpado, a proteção do inocente, a formalidade do procedimento distante de toda arbitrariedade e a estabilidade jurídica da decisão”*²⁷ (Tradução).

Claus Roxin completa, mais adiante:

*“Por isso, o processo penal tampouco pode alcançar a meta por um caminho reto, como se fosse uma flecha. Devido a que deve satisfazer pretensões opostas, o processo penal está estruturado – já de antemão – dialeticamente e requer seu tempo para a consideração minuciosa das distintas contingências e perspectivas (sobre o problema de uma aceleração do processo penal) (tradução)”*²⁸.

O processo penal constitui uma garantia do acusado. Nesse momento, percebemos a importância da figura do juiz num Estado Democrático de Direito. É o juiz quem democratiza o processo penal, a despeito de normas processuais tão arcaicas.

Alguns poderiam dizer ser essa uma função por demais árdua para lançarmos às costas do magistrado, já que seriam as leis processuais que deveriam ser produzidas com a observância dos ditames constitucionais.

²⁷ ROXIN, Claus, op. Cit., p. 4: *“El fin del proceso penal tiene, entonces, naturaleza compleja: la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión”*.

²⁸ Id: *“Por ello, el proceso penal tampoco puede alcanzar la meta por un camino recto, como si fuera una flecha. Debido a que debe satisfacer pretensiones opuestas, el proceso penal está estructurado- ya de antemano – dialécticamente y requiere su perspectiva (sobre el problema de una aceleración del proceso penal cf., detalladamente, infra § 16,C).*

No entanto, urge que o juiz chame para si essa função. Não se pode permitir que os direitos e garantias do acusado fiquem à mercê da legislação infraconstitucional. O Direito não é estático, é dinâmico, não se pode submeter novas situações jurídicas a normas arcaicas.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS

3.1. Uma introdução ao tema

Sistema, do grego “*systema*”, no dizer de De Plácido e Silva, “*exprime o conjunto de regras e princípios sobre uma matéria, tendo relações entre si, formando um corpo de doutrinas e contribuindo para a realização de um fim. É o regime a que se subordinam as coisas*”²⁹.

Desta forma, um sistema processual é constituído por regras e princípios que estabelecem o regime de processo, com as formas e procedimentos a serem observados.

O Direito Processual Penal, da mesma forma que os demais ramos do Direito, organiza-se a partir de uma idéia básica de sistema: um conjunto de institutos, relacionados entre si por um princípio unificador, que forma um todo orgânico, e destinado a atingir uma finalidade determinada.

Dois os princípios unificadores dos sistemas processuais penais: o inquisitivo e o acusatório. O primeiro dá lugar ao sistema inquisitivo. E o segundo ao sistema acusatório.

²⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 18ª ed., p. 761.

Conforme Gilberto Thums,

“a compreensão dos sistemas processuais é fundamental para o estudo do Direito Processual Penal, eis que traduzem a ideologia política na estrutura da ordem jurídica. O sistema inquisitório é compatível com Estados autoritários, de Direito Penal máximo, enquanto o sistema acusatório (de garantias) preconiza o Direito Penal mínimo e direitos fundamentais maximizados”³⁰.

O sistema inquisitivo tem suas raízes no Direito Romano, onde, por força da influência da organização política do Império, se permitia ao Juiz iniciar o processo de ofício. Revigorou-se na Idade Média, diante da necessidade de se afastar a repressão criminal dos acusadores privados, e se alastrou por todo o continente europeu a partir do século XV, por influência da Igreja. Entrou em declínio com a Revolução Francesa. Nesse sistema, o processo é normalmente escrito e secreto, não há regras de igualdade e liberdade processuais, e seu desenvolvimento se dá em fases, por impulso oficial. Tem como principal característica a concentração, nas mãos de um mesmo órgão, das funções de acusar e julgar. Daí porque a gestão da prova pertence ao Estado.

³⁰ Thums, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Lúmen Júris Editora, 2006, p. 175

No processo inquisitivo, ao contrário do que ocorre no acusatório, o Estado atua com posição proeminente, prescindindo mesmo do interesse do ofendido. O inquisidor atua por vontade própria, com o objetivo de castigar o criminoso. O acusado não é considerado uma pessoa com direitos, convertendo-se em objeto. A tortura é largamente utilizada. A idéia de justiça é substituída por uma concepção autoritária e despótica do Estado de polícia.

Já o sistema acusatório encontra suas raízes na Grécia e em Roma. Estabelece uma relação processual com o “*actum trium personarum*”, com autor e réu em pé de igualdade, sobrepondo-se a eles o juiz, imparcial, equidistante das partes, e incumbido de aplicar a lei. Característica fundamental desse sistema é ser um “processo de partes”, com perfeita distinção entre as funções de acusar e de julgar. Por isso, a gestão da prova é exclusiva das partes.

Luigi Ferrajoli assinala que “*De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre Juiz e acusação*”³¹.

No processo acusatório, há um destaque especial para o indivíduo. A preocupação primeira é com a liberdade e a dignidade do ser humano, que deságuam no direito subjetivo. O papel do Estado, nas origens do regime

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 522.

acusatório, era secundário, pois estava a serviço dos indivíduos. O Juiz atuava como árbitro que se movia somente mediante provocação das partes.

Cada um desses regimes se embasa em diferentes ideologias políticas, e em concepções diversas de Estado e de indivíduo, no que toca à administração da justiça criminal.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho aponta, como diferença fundamental entre os dois sistemas, aqueles princípios unificadores, determinados pelo critério da gestão da prova. Se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução de um fato pretérito (crime) através da instrução probatória, é justamente através da forma pela qual se realiza a instrução que se identifica o princípio unificador³².

Para Ada Pellegrini Grinover, no sistema acusatório

“as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. É no processo acusatório que o júzo penal é o “actum trium personarum”, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da

³² Assinala que “o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido, como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador. Já no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de “judge made law”)” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. In Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, 1º e 2º sem, 1999, p. 67

administração da Justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca um verdadeiro processo”³³.

Com o triunfo das idéias individualistas que desaguaram na Revolução Francesa, o Código francês de 1.808 estabeleceu um sistema misto, com uma justaposição das concepções extremas daqueles outros dois regimes. Busca-se um equilíbrio entre os interesses individuais e os interesses sociais, reconhecendo-se a necessidade de o Estado administrar a justiça criminal com menor sacrifício da liberdade individual. Esse sistema estabeleceu duas etapas no procedimento persecutório: uma preparatória, com observância da forma escrita, e outra definitiva, com prevalência da forma oral³⁴.

3.2. O Sistema Acusatório

3.2.1. Sistema processual penal na Grécia

O processo acusatório foi o adotado na Grécia e na República Romana, sendo o sistema adotado atualmente nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, com aspectos particulares.

³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório”. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXIX, n. 68 – janeiro/junho de 1999, p. 14

³⁴ MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Lerner Ediciones, 2ª ed., tomo I, ps. 19/21.

Em Atenas, o processo penal se caracterizava pela participação direta dos cidadãos, tanto na acusação como na jurisdição, e pela oralidade e publicidade.

Afirma Danielle Souza de Andrade e Silva que *“na Grécia antiga, marcada por um processo penal democrático, a figura do julgador cedia espaço à Assembléia do Povo ou ao Senado, composto de dezenas de juízes”*³⁵.

A **jurisdição** era exercida por diversos Tribunais: a) a Assembléia do Povo, de grau mais elevado, julgava delitos políticos muito graves; b) o Areópago³⁶, o mais antigo e célebre tribunal ateniense, com julgamentos noturnos, limitação das alegações das partes a questões de fato e votação secreta, para os crimes de homicídio premeditado, incêndio e outros crimes passíveis de pena capital; c) os Efetas, Tribunal constituído por 51 juizes, escolhidos anualmente, por sorteio, entre os membros do Senado, competente para julgar homicídios involuntários e não premeditados; d) Tribunal dos Heliastas, incumbidos da jurisdição comum, constituídos por cidadãos comuns, maiores de trinta anos, com boa reputação, e não devedores do tesouro público³⁷.

A ação podia ser exercida por todos os cidadãos, em se tratando de crimes públicos. Relativamente aos crimes privados, que atentavam contra interesses individuais, a ação era exercida pela vítima, ou seus parentes.

³⁵ SILVA, Danielle Souza Andrade. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 42

³⁶ Conforme De Plácido e Silva, *“nome que se dava ao tribunal ateniense fundado por SÓLON”* (op. Cit., p. 77)

³⁷ MARICONDE, Alfredo Vélez, Op. Cit., p. 26.

Alfredo Vélez Mariconde afirma que o acusador assumia uma grave responsabilidade: assim como no caso de condenação recebia uma parte dos bens confiscados do delinqüente, em caso de absolvição estava sujeito a graves penas, cuja magnitude dependia dos votos dos membros do Tribunal. Somente se isentava de pena se a quinta parte dos julgadores estimava que a acusação tinha fundamento (tradução)³⁸.

O procedimento era oral e público. O primeiro ato processual era a acusação. Aí a primeira garantia do acusado, que não podia ser levado a julgamento senão em virtude de uma imputação formal. Ao apresentar a querela, o acusador indicava as provas, prestava juramento e oferecia garantia de que continuaria sua atividade até a sentença. Recebendo a acusação, era designado o Tribunal competente, e convocados os seus membros. O acusado era, então, convocado a apresentar suas exceções ou pedir prazo para apresentar a defesa. Nesse momento também prestava juramento de dizer a verdade. No dia fixado para o julgamento, eram produzidas as provas, realizava-se o debate, e em seguida proferida a sentença, tudo em procedimento público.

A tortura era admitida como meio de prova, num primeiro momento somente relativamente aos escravos; posteriormente, sua aplicação foi estendida aos homens livres. Nos primeiros tempos adotavam-se também as Ordálias.

³⁸ MARICONDE, Alfredo Vélez, Op. Cit., p. 27. : *“el acusador asumía una grave responsabilidad: así como en caso de condena recibía una parte de los bienes que se le confiscaban al delincuente, en caso de absolución era objeto de graves penas, cuya magnitud dependía de los votos emitidos en uno u otro sentido por los miembros del tribunal. Solo quedaba exento de pena si la quinta parte de los jueces estimaba que la acusación tenía fundamento”*.

Era um processo dominado pelas partes, prevalecendo sua concepção individualista. Os juizes ficavam numa posição de passividade, como árbitros de uma luta entre as partes. Votavam, a final, sem deliberar³⁹.

3.2.2. Sistema Processual Penal no Direito Romano

O estudo da evolução do processo penal em Roma nos dá conta da estreita vinculação com o regime político vigente. Foram três os regimes políticos em Roma: Monarquia, República e Império.

Na Monarquia e na República predominou um regime muito próximo do acusatório. Já com o Império ocorreu uma decadência desse regime, e o aparecimento de sementes do processo inquisitivo.

3.2.2.1. Monarquia

Nos primeiros tempos de Roma, a jurisdição criminal constituía ramo da Administração, sendo exercida pelo Rei, ou por funcionários que o representavam (os “*duumviri*”). O procedimento se caracterizava por uma ausência total de forma legal, sem limites ao poder do julgador⁴⁰.

³⁹ Cf. Alfredo Vélez Mariconde, Op. Cit., ps. 28/29.

⁴⁰ Assinala Alfredo Vélez Mariconde que “*la indagatoria constituye el alma del proceso, y la defensa se ejerce en la medida que el magistrado tiene a bien concederla; se practica la citación (vocatío) del acusado, el que subsidiariamente puede ser detenido (prehensio), y su prisión preventiva constituye un médio común que siempre depende del arbitrio del magistrado*” (Op. Cit., p. 35)

Conforme Geraldo Prado,

“em Roma, o mais antigo dos sistemas procedimentais penais conhecidos dessa civilização surgiu com a denominação de “cognitio”, baseado na “inquisitio”, tratando-se de procedimento de natureza pública, porquanto realizado em nome e pela intervenção do Estado Romano, e porque deixava ao magistrado, como representante do rei, amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades que se saiba e mesmo sem partes, conforme as concebemos atualmente”⁴¹.

3.2.2.2. República

Com a implantação da República, estabeleceu-se uma organização judicial, com um procedimento oral, público e contraditório.

Criadas pelas Leis “*Valeriae*”, as Centúrias, assembléias populares mistas (formadas por patrícios e plebeus), passaram a administrar a justiça criminal.

Mas a jurisdição podia ser exercida, excepcionalmente, também pelo Senado. O procedimento das Centúrias constitui um momento de transição, sendo o sistema posteriormente aperfeiçoado com a “*accusatio*”.

⁴¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 4ª ed., 2006, p. 74.

Nos últimos tempos da República, as “*quaestiones perpetuae*” se transformaram no procedimento dominante, período que o processo acusatório experimentou o seu esplendor.

Ainda segundo Geraldo Prado,

“o procedimento, que carecia da figura do acusador particular, ora na condição de ofendido, ora representante o interesse público da sociedade, surgia como manifestação da adaptação do antigo processo penal às novas exigências sociais, sendo em muitos aspectos semelhante à forma grega. A “accusatio” pode ser conceituada como a “prerrogativa concedida a qualquer cidadão e, especialmente ao ofendido, de, munido de provas, deduzir, perante o povo, a imputação, à margem, ou não, da “inquisitio”, e assim, mover a ação penal”, e tinha, pois, por pressuposto, a exigência de que ninguém podia ser levado a juízo sem uma acusação: “nemo in iudicium tradetur sine accusatione””⁴².

A justiça passou a ser ministrada por um júri popular, cuja presidência competia ao “*quaesitor*”. No início, os jurados eram eleitos entre os Senadores. Mais tarde, adquirem esse direito os demais cidadãos. Eram formadas listas anuais de jurados, que deviam ter mais de trinta anos de idade, e boa reputação. O júri era formado por cidadãos ilustres.

⁴² PRADO, Geraldo, Op. Cit., p. 75.

A ação era exercida por qualquer cidadão, com exceção dos magistrados, das mulheres, dos menores e das pessoas de honorabilidade duvidosa. Excepcionalmente, se admitia a atuação de um magistrado, para não deixar impune infração que assumia caráter alarmante. Quando vários cidadãos se apresentavam para exercer a acusação, era realizado um processo seletivo, chamado “*divinatio*”. O “*quaesitor*” designava, então, aquele que oferecia maiores garantias para a justiça. Os preteridos podiam atuar como adjuntos ou auxiliares.

O acusador assumia responsabilidade, moral ante a sociedade, e jurídica diante do réu. Em caso de êxito, recebia recompensa. Mas em caso de resultado adverso, devia pagar uma multa ou podia ser processado por calúnia.

O sistema tinha como base a consideração de que o delito representava um ataque à coletividade como um todo. Daí a legitimidade de qualquer cidadão para exercer a acusação. O sistema, no entanto, acabou por perder sua importância, com o passar do tempo, tendo em vista o desinteresse dos particulares, o que implicava na paralisação da atividade jurisdicional, com a consequente impunidade dos delitos praticados.

Os sujeitos processuais eram colocados em situação de igualdade. O juiz era um verdadeiro árbitro de um combate entre o acusador e o acusado,

equidistante das partes. Não intervêm na produção da prova. O seu ônus era do acusador⁴³.

O principal meio de prova era a testemunhal. A tortura se aplicava somente os escravos. Porém, durante o Império estendeu-se também aos homens livres.

O primeiro ato do processo era a postulação, formulada por um cidadão, dirigida ao “*quaesitor*”. Admitida a acusação, o acusador se obriga a sustentá-la até o final. A acusação era registrada no Tribunal. O acusador era, em consequência, autorizado a investigar o fato, podendo realizar inspeções, seqüestrar documentos, citar e interrogar testemunhas. Havia, pois, uma verdadeira instrução de parte, preliminar, preparatória do julgamento.

Em seguida, o Tribunal era constituído, com a escolha dos juizes, e fixado o dia para o julgamento. O acusado era citado (“*diei dictio*”), e na data designada havia o julgamento, oral, público e contraditório. O Tribunal era presidido por um “*quaesitor*”.

Tanto o presidente, como os jurados, eram meros espectadores da luta que travavam acusador e acusado.

⁴³ Informa Alfredo Vélez Mariconde, que “el “*quaesitor*”, desde el comienzo hasta el fin, y los “*iudices*”, durante el debate, son verdaderos árbitros de un combate que se libra entre acusador y acusado: no deciden sobre la introducción de la prueba ni intervienen activamente en su recepción. La carga de la prueba recae sobre el actor, quien interroga a los testigos que ofrece y pide la lectura de los documentos que él mismo há presentado. El “*quaestor*” preside el debate solo para mantener el orden. El jurado resuelve un litigio, y aquele magistrado dispone la ejecución del veredicto. Prevalece también una concepción individualista del proceso” (Op. Cit., p. 40).

Nos primeiros tempos da República, os juízes proferiam suas decisões oralmente. Num momento posterior, no entanto, esse julgamento passou a ser secreto. Os votos eram lidos por um dos juízes, e o “*quaesitor*” pronunciava a sentença correspondente. A condenação exigia maioria simples. Em caso de embate, o acusado era absolvido.

3.2.2.3. Império

O grande prestígio experimentado pelo regime anterior (“*quaestio*”) se deveu, sem dúvida, não só à participação popular no julgamento, como à sua publicidade. No entanto, a implantação de um novo regime, o Império, fez nascer um procedimento extraordinário, mais próximo das necessidades desse novo regime. Ao lado do princípio centralizador e autoritário do novo regime do Império, predominava, no seio do povo, um renovado espírito humanitário.

Anota Geraldo Prado: “*a nova “cognitio”, diferentemente da primeira, conferia amplos poderes ao magistrado, não somente para investigar as infrações penais, recolhendo provas, como, ainda, para julgar a causa, podendo valer-se mesmo da tortura*”⁴⁴.

⁴⁴ PRADO, Geraldo, Op. Cit., p. 77

A transformação não ocorreu desde logo, tendo sido lenta e paulatina.

Ao lado de uma jurisdição ordinária, exercida por um Tribunal Popular, constituiu-se uma Jurisdição Extraordinária do Senado, e uma outra exercida pelo próprio Imperador, com o auxílio de assessores.

O triunfo definitivo da “*cognitio extra-ordinem*” deu-se com a supressão do elemento popular na administração da Justiça.

O magistrado, nesse novo regime, assumiu uma posição ativa, do princípio ao fim do procedimento. Era ele próprio quem realizava a investigação preliminar, numa soma de poderes própria do sistema inquisitivo.

O acusado perdeu terreno, sendo destituído de direitos que antes lhe eram deferidos.

3.3. O sistema inquisitivo

É no Império Romano que vamos encontrar a semente do processo inquisitivo. Na “*cognitio extra ordinem*”, por força do regime governamental então vigente (Império), com marcante despotismo, restringiu-se o direito de acusação e se estabeleceu um procedimento de ofício, prevendo também uma investigação preliminar escrita, secreta e não contraditória, com prevalência absoluta da atividade do juiz.

Essa herança, no dizer de Alfredo Vélez Mariconde, adquiriu tonalidades funestas muito tempo depois, quando o direito canônico estabeleceu o sistema inquisitivo, que mais tarde ingressou no Direito Laico, servindo para sustentar uma concepção unilateral do processo (tradução)⁴⁵.

Foi no processo penal canônico que o sistema inquisitório atingiu seu apogeu. A jurisdição eclesiástica constituiu instrumento de defesa dos interesses da Igreja, com verdadeiro menoscabo até mesmo à própria autoridade do Rei.

A preocupação marcante da justiça eclesiástica era castigar enérgica e eficazmente o pecado, de forma a não permitir que a fé se perdesse na borrasca de costumes dissolutos⁴⁶.

Assim, num primeiro momento, o que o sustentou foi o fundamento religioso, fortificando-se, depois, com um fundamento político⁴⁷.

Assinala Franco Cordero que a revolução inquisitorial satisfaz exigências comuns a dois mundos: o eclesiástico, assolado com as heresias, e o civil, no qual a expansão econômica origina criminalidade (tradução)⁴⁸.

⁴⁵ MARICONDE, Alfredo Vélez, Op Cit., p. 94“*esa herencia, no siempre absolutamente deleznable, adquirió tonalidades funestas mucho tiempo después, cuando el derecho canónico estableció el sistema inquisitivo que más tarde ingresó al derecho laico y que sustento una concepción unilateral del proceso*”.

⁴⁶ Alfredo Veles Mariconde: “Y asi como el crimen majestatis dio vida em Roma al procedimiento extraordinário, el crimen majestatis divina, determino la inquisitio que se convirtió después em instrumento de dominación política” (op. Cit., p. 97)

⁴⁷ Como assinala Vélez Mariconde, “*es cierto que, em el primer momento, el próprio Monarca fomentó el poder de la Iglesia (como hizo com los Municipios) com la esperanza de que las armas espirituales del Papa sujetaram a lo nobles y favorecieran así suestabilidad o predominio; pero mas tarde se observa, ante da desmedida ingferencia de aquéllos, una verdadera lucha entre los três poderes que se distuan la preeminência: real, señorial y eclesiástico*” (op. Cit., p. 94/95).

⁴⁸ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Bogotá: Editorial Temis S/A, 2000, p. 16 (Tradução do italiano por Jorge Guerrero): “*la revolución inquisitorial satisface exigências comunes a dos mundos: el eclesiástico, asechado por las herejias, y el civil, em el cual la expansión econômica origina criminalidad*”.

No princípio, a jurisdição era exercida pelos Bispos e Arcebispos. Num momento posterior, por Oficiais designados de modo permanente. A sentença era apelável para as Cortes da Igreja.

No século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição, ou Santo Ofício, para reprimir determinados delitos, como a heresia e o sortilégio. Esse Tribunal era muito temido em razão das penas graves que impunha, e também pelo fato de ser secreto o procedimento, sem qualquer garantia para o acusado⁴⁹.

O abandono do princípio básico de que não há processo sem acusação foi o primeiro passo na evolução para o sistema inquisitório. Desaparece a garantia que constitui a acusação formal. O segundo passo foi a investigação secreta, com o processo de ofício. Abolida a acusação e desaparecida a publicidade, o juiz passou a atuar de forma secreta e de ofício, ocultando-se, inclusive, do réu, o nome das testemunhas ouvidas.

Nesse sistema, além da reunião das funções de persecução e julgamento num só órgão, o acusado passa a ser visto como mero objeto da persecução, sem quaisquer direitos e garantias. Prova por ser obtida por qualquer meio, até mesmo cruel. Seu objetivo é a busca da verdade a qualquer custo.

⁴⁹ Assinala Gilberto Thums que “a instituição conhecida por “Inquisição do Santo Ofício”, ou somente Inquisição, está ligada a um período de brutalidade humana, identificado como idade das trevas (ou medievo). Apresenta-se como uma das maiores chagas da cultura ocidental” (op. Cit., p. 213).

José Frederico Marques afirma que “*no sistema inquisitivo não existe processo penal, mas tão-só procedimento de autotutela penal do Estado*”⁵⁰.

Assinala Alfredo Vélez Mariconde que com a inquisição o processo muda fundamentalmente de fisionomia: o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com iguais poderes, se torna uma luta desigual entre juiz e acusado. O primeiro abandona sua função de árbitro e assume a posição de inquisidor, atuando desde o primeiro momento também como acusador, confundem-se em sua pessoa as funções de juiz e acusador. De outra parte o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte no objeto de dura persecução⁵¹. (tradução).

A confissão do acusado era o ponto alto do processo inquisitório, em razão do que se admitiam quaisquer procedimentos tendentes a ela, em especial a tortura. Os interrogatórios eram capciosos. Tudo era lícito para arrancar a confissão do acusado. A defesa do réu era considerada um obstáculo ao descobrimento da verdade.

O Direito Canônico exerceu muita influência nas legislações laicas da Europa Continental, desde o século XIII até o século XVIII.

⁵⁰ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1980, vol. 1, p. 81

⁵¹ MARICONDE, Alfredo Vélez, Op. Cit., p. 99: “*desde entonces (inquisitio significa pesquisa que se cumple por escrito y secretamente, y al término de la cual se dicta la sentencia), el proceso cambia fundamentalmente de fisionomia: lo que era un duelo leal y franco entre acusador y acusado, armados de iguales poderes, se torna em lucha desigual entre juez y acusado. El primero abandona su posición de árbitro y asume la activa de inquisidor, actuando desde el primer momento también como acusador, es decir, se confunden las actividades del juez y del acusador; por sua parte, el acusado pierde la condición de verdadero sujeto processal y se convierte em objeto de uma dura persecución*”

Entre os fatores políticos, econômicos e sociais que favorecem a transformação para o processo inquisitório, conforme Alfredo Vélez Mariconde, destaca-se, como o mais importante, o fato de que nessa época se formaram e consolidaram os Estados de Polícia, não só porque o processo canônico respondia perfeitamente aos seus fins e necessidades, mas também porque o exercício direto ou indireto da jurisdição é um sinal da soberania que o Príncipe queria guardar zelosamente (tradução)⁵².

Além disso, havia um sentimento de necessidade de substituir o processo germânico, que até então imperava, cada dia mais desacreditado.

Gilberto Thums afirma que *“o sistema inquisitório constituiu-se em 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 da humanidade, de ignominiosa lembrança”*⁵³.

3.4. O sistema misto

No século XVII o sistema inquisitivo era aceito como forma de garantir o rigor necessário para repressão dos delitos e defesa da sociedade.

⁵² MARICONDE, Alfredo Vélez, Op. Cit., p. 102: *“entre los factores políticos, económicos y sociales que favorecen la transformación, como el más importante se destaca el hecho de que en esa época se formaron y consolidaron los Estados de policia, no solo porque el proceso canónico respondia perfectamente a los fines y necesidades de aquéllos – como senala Longhi – sino también porque el ejercicio directo o indirecto de la jurisdicción es un signo de la soberania que el Príncipe queria guardar celosamente.”*

⁵³ Op. Cit., p. 202

Mas começaram a surgir, na França, vozes contra a utilização da tortura, a instituição própria do sistema inquisitório que mais agredia o sentimento humanitário.

Foi no século seguinte, no entanto, que surgiu um movimento filosófico que acarretou profundas modificações na ordem social e política da Europa. Surgiram, em consequência, as primeiras reformas com importantes modificações no sistema inquisitivo.

Algumas legislações passaram a adotar, assim, um sistema processual misto, com institutos típicos dos dois sistemas, acusatório e inquisitório.

3.5. O Sistema Processual Penal Brasileiro

Na análise do sistema processual brasileiro, é preciso salientar, de início, as características do sistema acusatório de Júlio Maior, citado por Gilberto Thums:

“1) Exercício da jurisdição penal por um órgão estatal – juiz ou tribunal, como árbitro entre as partes em litígio, a quem incumbe decidir sobre o embate travado entre acusador e acusado; 2) persecução penal a cargo de uma instituição estatal, o acusador; 3) acusado, colocado em posição de igualdade com o acusador, dotado de direitos e garantias fundamentais; 4) procedimento ou rito processual, constituído pelo debate público, oral e contínuo e contraditório; 5) valoração da prova baseada no sistema da íntima

convicção, sem vinculação à prova legal, e sem necessidade de fundamentar o voto; 6) sentença colegiada proferida por maioria de votos”⁵⁴.

Por sua vez, como já referido anteriormente, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sustenta que a diferença fundamental entre os sistemas acusatório e inquisitório reside na gestão da prova. É através da forma como se realiza a instrução que se identifica o princípio unificador, sendo certo que o sistema processual penal brasileiro é *“na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil*”⁵⁵.

Ada Pellegrini Grinover, no entanto, em estudo sobre o tema, salienta que existe uma diferença fundamental entre processo acusatório versus inquisitório e os “inquisitorial system” e “adversarial system”, dos países anglo-saxônicos. Segundo ela, um sistema acusatório pode adotar o “inquisitorial system” no que toca ao gerenciamento da prova, sem descaracterizar-se como tal⁵⁶.

⁵⁴ THUMS, Gilberto, Op. Cit., p. 233

⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro.** In Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, 1º e 2º sem, 1999, p. 67

⁵⁶ Após se referir à função social do processo, que depende de sua efetividade, salienta Ada Pellegrini Grinover que *“nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para atingir a paz social o juiz deve desenvolver todos os seus esforços. Somente assim a jurisdição alcançará o seu escopo social.”* Mais adiante, depois de salientar que a iniciativa oficial no campo da prova não embaça a imparcialidade, completa ela: *“o*

Diverge desse posicionamento, no entanto, Gilberto Thums:

“A iniciativa de produção de prova por parte do juiz quebra o sistema, que perde sua autenticidade, porque pode gerar diferentes “outputs” a despeito de semelhantes “inputs”, na visão de Luhmann. A combinação de um sistema acusatório com o “inquisitorial system” revelaria um sistema misto informado por um princípio inquisitivo, ou seja, seria nitidamente um sistema inquisitório. É a ditadura dentro da democracia, ou seja, é um sistema nitidamente autoritário”⁵⁷.

Alguns doutrinadores dizem que o nosso sistema é misto, com predominância do acusatório. Recorremos, no particular, uma vez mais a Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por causa dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, de o processo comportar a existência de parte, o que para muitos, entre nós, faz o sistema tornar-se acusatório. No entanto,

modelo acusatório do processo penal não interfere nos poderes instrutórios do juiz” (“A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório”, in Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXIX, janeiro/junho de 1999, os. 13 e segs.)

⁵⁷ THUMS, Gilberto, Op. Cit., p. 283

o argumento não é feliz, o que se percebe por uma breve avaliação histórica; quiçá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as “Ordonance Criminelle (1670), de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava parte.”⁵⁸.

Por sua vez, Gilberto Thums salienta que *“o poder de gerenciamento da prova é de matriz inquisitorial e é a espinha dorsal do sistema processual penal brasileiro. É uma afronta à Constituição Federal, de princípio acusatório e garantista”⁵⁹.*

É preciso considerar que o Código de Processo Penal de 1.941 teve inspiração nada liberal, muito preocupado com a *“maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem”* (Exposição de Motivos)⁶⁰.

Sempre se considerou, como assinala Danielle Souza de Andrade e Silva, que o sistema do Código de Processo Penal de 1.941 era misto, especialmente porque composto de duas fases, uma policial (inquisitória) e outra judicial. Mas também porque consagra por vezes o sigilo (arts. 486, 745 e 792, § 1º), e a iniciativa probatória do juiz (arts. 156, parte final, 176 e 209)⁶¹.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, op. cit., p. 67/68

⁵⁹ THUMS, Gilberto, Op. Cit., p. 289

⁶⁰ A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal dispõe: *“As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”*.

⁶¹ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Op. Cit., p 63.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, que separou claramente as funções de julgar, acusar e defender, previu o contraditório, a ampla defesa, e a presunção de inocência, deixou claro o legislador constituinte sua opção pelo processo acusatório.

De fato, como assinala Danielle Souza de Andrade e Silva,

“o verdadeiro processo de partes estaria denunciado em regras como a da titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I, da CF), que se desvincula do Poder Executivo (cap. IV do Título IC da Constituição), a constitucionalização da função do advogado (art. 133 da CF) e a instituição das defensorias públicas (art. 134). O papel de acusar tocará unicamente ao Ministério Público, ou ao querelante, nas ações penais de iniciativa privada, ao passo que o juiz decidirá a imputação formulada, descabendo falar quer em julgamento por parte do acusador, quer em acusação de ofício”⁶².

Porém, não se pode negar que nosso sistema processual penal não é acusatório puro, embora a Constituição Federal, em diversos dispositivos, consagre tal sistema que, aliás, é mesmo o mais adequado a um Estado Democrático de Direito.

⁶² SILVA, Danielle Souza de Andrade e, Op. Cit., p. 64.

É preciso salientar, com José Antonio Mouraz Lopes, que

“na assumpção de um modelo legitimador onde a imparcialidade do juiz como fundamento de toda decisão – no sentido de não comprometimento absoluto com fase ou intervenções anteriores ao julgamento – radica na compreensibilidade de um processo penal adequado ao “instrumentarium” supra constitucional aceite e subjacente ao sistema constitucional de um Estado de Direito”⁶³.

Necessária se faz, pois, uma reforma de nossa legislação processual penal, eliminando-se os resquícios inquisitórios.

⁶³ LOPES, José Antonio Mouraz. **A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 42/43.

4. RELAÇÃO DO PROCESSO PENAL COM O DIREITO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 1º, assenta as premissas básicas de um regime político e institucional com proeminência para os direitos e garantias individuais. Assim é que aponta, como fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre outros, a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV).

Isso demonstra, que no Estado Democrático de Direito Brasileiro, por força da Constituição Federal de 1988, há uma supremacia dos valores humanos diante do conflito com os interesses do Estado.

Como salienta René Ariel Dotti,

“as relações entre o indivíduo e o poder e a sociedade e o governo, sofreram nas décadas de 60 e 70, os mais graves e trágicos desvios nos países da América Latina, quando os regimes autoritários, liderados pelas forças militares – com a cumplicidade de pessoas e grupos civis – sacrificaram os mais generosos princípios do processo penal”⁶⁴.

⁶⁴ DOTTI, René Ariel. **Princípios do Processo Penal**. in Revista dos Tribunais, vol. 687, p. 253

E prossegue, mais adiante:

“Os princípios gerais do processo penal assumem nos dias presentes e muito especialmente na América Latina uma importância relevantíssima não apenas sob a ótica dos direitos e garantias individuais, mas principalmente sob a perspectiva abrangente das exigências do próprio Estado Democrático de Direito e das instâncias formais e materiais que se devem integrar para a prevenção e a repressão da criminalidade como objetivos para a melhor qualidade de vida social”⁶⁵.

Da leitura dos diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal, que consagram princípios específicos de natureza processual penal (XXXVII, XXXVIII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LVIII, LX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, LXVIII, LXIX, LXXIV, LXXV, LXXVII), percebe-se que nosso ordenamento jurídico é pródigo na tutela de direitos humanos em todo o transcorrer do processo penal.

Daí a observação de Rogério Lauria Tucci:

“Arelaram-se, nesse particular, tanto o legislador constituinte brasileiro, como, prevalentemente, o ordinário, a liberal ideário haurido do Iluminismo e das concepções humanísticas que inspiraram a Revolução Francesa, determinante do benfazejo entendimento, segundo o qual a liberdade jurídica do acusado (“prerrogativa do ser humano enquanto racional e livre, não só poupada pela lei, se e

⁶⁵ Id., ob. cit. p. 255

enquanto esta não restringe, mas também enquanto tutelada, especificamente, pelo processo judiciário (jurisdição em ação), isto é, pelo processo de verificação, declaração e fixação dos termos da incidência concreta da lei, e seus efeitos”) constitui o fundamento do processo penal. Por isso que, indubitavelmente, se tem asseverado que este – processo penal – dada a impessoalidade dos interesses em conflito, e, do mesmo modo, o caráter público que eles ostentam, rege-se pelo princípio publicístico, que existe com duas diferentes finalidades, por se apresentarem diversificados os valores que os inspiram. Como tivemos, já, oportunidade de expressar, a esse propósito, o “primeiro desses valores diz com a natureza pública do direito à jurisdição (=pretensão à tutela jurídica estatal), correlatamente ao dever de jurisdição. O segundo é que, instrumental o Estado – meio, e não fim, como precedentemente apregoado-, nas causas penais se faz mister atender à liberdade jurídica do ser humano”⁶⁶.

Completa, em seguida:

“É que, como também já asseverado precedentemente, “o poder-dever de punir encontra-se, sempre, estreitamente relacionado com a realização do bem comum, que se traduz, em sua mais simples expressão, no convívio dos indivíduos, membros da comunhão social, em paz e liberdade. O respeito à liberdade, destarte, integra a própria essencialidade do poder-dever de punir, que se faz exclusivo do

⁶⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **“Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil”**. In Revista dos Tribunais, vol. 755, p. 464.

*Estado, justamente por dever ser ele o guardião mor das garantias individuais”*⁶⁷.

O direito processual penal encontra na Constituição Federal o seu fundamento, a sua base.

Como assinala Marco Antônio Marques da Silva,

*“toda ordem constitucional que venha a vigor num determinado Estado, num ou noutro tempo da História, fruto da ampla discussão pela sociedade, ou em decorrência da vontade daquele que detenha o poder constituinte, é baseada em princípios, que, erigidos em normas constitucionais, vão modelar um dado tipo de Estado, uma sociedade mais ou menos aberta à participação do povo na definição de seu próprio destino”*⁶⁸.

Outrossim, não mais podemos tratar a Constituição Federal somente no campo da hierarquia em relação às normas infraconstitucionais, mas sim de supremacia efetiva. De fato, como afirma Athaulpa Fernandez Neto, *“a Constituição desempenha função de irradiação sobre o resto do ordenamento jurídico.”*⁶⁹

⁶⁷ Id., Op. cit., p. 465

⁶⁸ SILVA, Marco Antônio Marques da. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.997, p. 43.

⁶⁹ FERNANDEZ NETO, Athaulpa. **“A Constituição, a Lei e o Jurista: Considerações acerca de uma vinculação necessária”**. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA. Belém, v.3, .10, jan/jun.1999, p.19

Quando se fala no direito processual penal não se pode olvidar de premissa fundamental, qual seja, a de que a Constituição Federal traz em seu artigo primeiro que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa a premissa fundamental para a construção do processo penal efetivo e justo. É o Direito Constitucional que deve dirigir, permear, qualquer interpretação e aplicação das normas processuais penais. O processo penal deve fundar-se nos princípios constitucionais.

Muitos são os dispositivos constitucionais relacionados com o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Temos o princípio do juiz natural (incisos XXXVII e LIII), a instituição do Tribunal do Júri (inciso XXXVIII), do devido processo legal (inciso LIV), da presunção de inocência (inciso LVII), da ampla defesa e do contraditório (inciso LV), da inadmissibilidade das provas ilícitas (inciso LVI), do exercício da ação penal privada subsidiária da pública (inciso LIX), da garantia de que ninguém será preso sem ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária e a sua regulamentação (incisos LXI e seguintes), da concessão de “hábeas corpus” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (inciso LXVIII), da garantia da duração razoável do processo, recentemente inserida no

texto constitucional pela emenda 45, da necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais (art.93).

O Código de Processo Penal, promulgado que foi em 1.942, necessita de uma verdadeira filtragem constitucional quando da sua aplicação.

Notadamente quando se pensa na eficácia das garantias constitucionais e a dificuldade de aplicação das normas infraconstitucionais ao caso concreto.

O Processo Penal Brasileiro efetivamente está inserido no contexto garantista. Temos uma Carta Política que traz em seu artigo primeiro o princípio da dignidade da pessoa humana, que veda expressamente o tratamento desumano ou degradante, a tortura, que preceitua a duração razoável do processo sem dilações indevidas, mas como que na contra mão da história ainda temos um Código de Processo Penal carecedor de reforma emergencial.

Adverte José Joaquim Gomes Canotilho, no que toca à aplicação dos direitos fundamentais constitucionais, que *“aplicação direta não significa apenas que os direitos fundamentais se aplicam independente da intervenção legislativa. Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a constituição.”*⁷⁰

O Constitucionalismo, efetivamente é uma realidade no sistema jurídico brasileiro, mas ainda nos falta a efetividade, sobretudo quando trazemos a lume o Código de Processo Penal, que é essencialmente fascista, arcaico. O aplicador

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p.192.

do direito deve se adaptar a duas realidades: de um lado a Constituição de um Estado Democrático, com fundamento na dignidade da pessoa humana, e de outro lado leis arcaicas, anacrônicas, que estabelecem o procedimento.

Há que se realizar verdadeiras manobras contorcionistas para a adequação, mas há como adequar-se? Afinal são normas histórica e sistematicamente diversas! Com conteúdos axiológicos diversos! E não podemos deixar de zelar pela unidade axiológica do ordenamento jurídico como um todo.

Trataremos dessas indagações mais à frente, quando do estudo da importância do aplicador do direito, especificamente a figura do juiz, sua importância, poder criativo e sua missão primordial, a de realização do direito, da eficácia e concretização da Constituição, de verdadeiro guardião (talvez simplista demais, pois o guardião apenas guarda – etimologicamente vigia, o juiz é muito mais do que isso, sua função vai muito além de guardião, é sim de realizador, quase que messiânico das promessas que acompanham o **Estado Democrático de Direito**.

5. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

Reveste-se de inegável importância o estudo dos princípios gerais do processo penal porque eles *“dão sentido à multidão das normas, orientação ao legislador e permitem à dogmática não apenas explicar, mas verdadeiramente compreender os problemas do direito processual penal e caminhar com segurança ao encontro da sua solução”*⁷¹.

Realmente, a ciência processual moderna fixou certos preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns deles são comuns a todos os sistemas. Outros vigem somente em certos ordenamentos jurídicos. Desta forma, cada sistema processual se calca em determinados princípios, o que os particulariza⁷².

O processo penal, da mesma forma que o civil, é eminentemente dialético. Através dele se procura chegar à verdade, por uma série de atos processuais. O debate que nele se instaura deve ser necessariamente um debate ordenado e com igualdade de oportunidades entre as partes. Esta circunstância leva a assinalar uma série de princípios que o regulam⁷³.

⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, 1º vol., pg. 113

⁷² Antonio Carlos Araújo Cintra et al salientam que “Através de uma operação de síntese crítica, a ciência processual moderna fixou os preceitos fundamentais que dão forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns desses princípios são comuns a todos os sistemas; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos, e em outros que lhe são próprios e específicos” (CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1976, p. 23)

⁷³ COUTURE, Eduardo J.. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1.977, p. 181.

O próprio texto constitucional começa por impor ao legislador ordinário alguns destes princípios. Assim, ninguém pode ser condenado sem o devido processo (CF, art. 5º, LIV); a todos os acusados são assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); presume-se a inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 5º, LVII). São princípios processuais constitucionais, a serem obrigatoriamente seguidos pelo legislador ordinário.

Os princípios gerais do processo penal são agrupados, por Jorge de Figueiredo Dias, em quatro espécies: a) princípios relativos à promoção processual; b) princípios relativos à prossecução processual; c) princípios relativos à prova; e d) princípios relativos à forma. Dentre os primeiros (promoção processual) aponta os princípios da oficialidade, da legalidade e da acusação. Dentre os segundos (prossecução processual), os princípios da investigação, do contraditório e audiência, da suficiência e as questões prejudiciais, e o da concentração. Dentre os terceiros (prova), os princípios da investigação ou da verdade material, da livre apreciação da prova, e o do “*in dubio pro reo*”. Por último, dentre os quartos (forma), os princípios da forma, da publicidade e da oralidade e imediação⁷⁴.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho os agrupa em: a) princípios relativos aos sistemas processuais (inquisitivo e dispositivo); b) princípios relativos à jurisdição (da imparcialidade, do juiz natural, da indeclinabilidade e da inércia da jurisdição); c) princípios relativos à ação (da oficialidade, e da

⁷⁴ DIAS, Jorge Figueiredo, Op. Cit., p. 115 e segs.

obrigatoriedade ou legalidade); d) princípios relativos ao processo (do contraditório, da verdade material e do livre convencimento)⁷⁵.

Júlio Fabbrini Mirabete faz alusão aos princípios do estado de inocência, do contraditório, da verdade real, da oralidade, da publicidade, da obrigatoriedade, da oficialidade, da indisponibilidade do processo, do juiz natural, da iniciativa das partes e do impulso oficial⁷⁶.

Marco Antonio Marques da Silva aponta os seguintes princípios constitucionais do processo penal: a) do devido processo legal; b) do contraditório e da ampla defesa; c) princípio acusatório e juiz natural; d) da publicidade; e) da obrigatoriedade; f) da presunção de inocência; g) do “*in dubio pro reo*”; h) da verdade⁷⁷.

Vejamos, a seguir, os princípios que mais se relacionam com o tema.

5.1 O princípio da oralidade

Oralidade, “*derivado de oral, significa o procedimento verbal, ou seja, tudo que se faz verbalmente*”⁷⁸.

⁷⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Op. Cit., p. 65 e segs.

⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas Editora, 1998, p. 41 e segs.

⁷⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da, Op. Cit., p. 15 e segs.

⁷⁸ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Editora Forense, 18ª ed., p. 575

Conforme Júlio Fabbrini Mirabete,

*“pelo princípio da oralidade as declarações perante os juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através da palavra oral, ao contrário do procedimento escrito. Como consequência desse princípio se compreende a necessidade da **concentração**, que consiste em realizar todo o julgamento em uma ou poucas audiências a curtos intervalos, como ocorre, por exemplo, em parte, no julgamento perante o Tribunal do Júri ou nas Cortes de 2º e 3º grau. Outro corolário da oralidade é a **imediatez** (ou imediação), consistente na obrigação de o juiz ficar em contato direto com as partes e as provas, recebendo assim, também de maneira direta, o material e elementos de convicção em que se baseará o julgamento. Por fim, para que se estabeleça o que se denomina genericamente de “procedimento oral”, requer-se a **identidade física do juiz**, que é a vinculação do magistrado aos processos cuja instrução iniciou”⁷⁹.*

Jorge de Figueiredo Dias, por sua vez, depois de dizer não bastar, ao princípio da oralidade, que ocorram atos que se processem sob a forma oral, bem assim que oralidade não significa ausência total da escrita, completa:

“Quando se fala da “oralidade” como princípio geral do processo penal tem-se pois em vista, como já atrás se disse, a forma oral de atingir a decisão: o processo será dominado pelo princípio da escrita quando o juiz profere a decisão na base de actos processuais que

⁷⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini, Op. Cit., p. 25/26

foram produzidos por escrito (actas, protocolos, etc.); será pelo contrário dominado pelo princípio da oralidade quando a decisão é proferida com base em uma audiência de discussão oral da matéria a considerar. É exactamente isto – mas só isto – que com o princípio da oralidade se quer significar”⁸⁰.

No mesmo sentido a lição de Joel Dias Figueiredo Júnior e Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

“o princípio enfocado nada mais significa do que a exigência precípua da forma oral no tratamento da causa, sem que com isso se exclua por completo a utilização da escrita, o que, aliás, é praticamente impossível, tendo em vista a imprescindibilidade na documentação de todo o processado e a conversão em termos, no mínimo, de suas fases e atos principais, sempre ao estritamente indispensável. Ademais, processo oral não é sinônimo de processo verbal”⁸¹.

Os mesmos autores, em outra passagem de sua obra, lembram que o princípio da oralidade traz em seu bojo também o princípio da imutabilidade do juiz⁸².

⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, Op. Cit., p. 231

⁸¹ FIGUEIREDO JÚNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Ribeiro, Op. Cit., p. 67.

⁸² Id., p. 69.

Hernando Devis Echandia, analisando o princípio da oralidade em relação com a prova, assinala que no processo penal prevalece a forma oral, e no civil a escrita, com algumas exceções nos Códigos mais modernos e nos sistemas norte americano e inglês. Mas, o ideal é a oralidade em ambos⁸³ (tradução).

É preciso lembrar, nesse passo, que a publicidade e a oralidade foram os responsáveis pela transformação do processo inquisitório na Europa Continental.

Além disso, não se pode deixar de considerar que a oralidade nos julgamentos é aspecto importante no processo penal acusatório⁸⁴.

Giuseppe Chiovenda, referido por José Laurindo de Souza Neto, anota que o princípio da oralidade resulta de um conjunto de outros princípios, associados entre si. O insigne processualista, a seguir, enumera em que consistem tais princípios: 1) prevalência da palavra falada sobre a escrita; 2) imediatidade da pessoa física do juiz; 3) identidade da pessoa física do juiz; 4) concentração da coleta da prova, discussão da causa e julgamento em uma só audiência; 5) irrecorribilidade das decisões interlocutórias⁸⁵.

⁸³ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. Buenos Aires: Victor de Zavalla Editor, 3ª ed., p. 139: “*en el proceso penal prevalece la forma oral y en el civil la escrita, con algunas excepciones en los códigos más modernos y en los sistemas norteamericano e inglés. Pero lo ideal es la oralidad en ambos, ...*”

⁸⁴ Afirma René Ariel Dotti que “*a técnica processual do sistema da oralidade consiste na soma de atos praticados “boca a boca” e que se converte em termo escrito no interesse do registro e da documentação de atos e termos*” (“Princípios do Processo Penal”, Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 67, p. 87, jul/set 1992).

⁸⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal. Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá Editora, 1999, p. 105

Conforme Luigi Ferrajoli,

“O oralidade, de fato, vale tanto para garantir a autenticidade das provas e o controle pelo público e pelo imputado da sua formação, como comporta, em primeiro lugar, o tratamento da causa em uma só audiência ou em mais audiências aproximadas, de qualquer modo sem solução de continuidade; em segundo lugar, a identidade das presenças físicas dos juízes do início da causa até a decisão e, em terceiro lugar, e conseqüentemente, o diálogo direto das partes entre si e com o juiz, de modo que este conheça a causa “não com base em escrituras mortas, mas com base na impressão recebida”. É claro que a divisão do processo em duas fases, desenvolvidas perante juízes diversos e talvez com distância de meses ou anos entre uma e outra, é exatamente o oposto de tudo isso: de um lado exige a escritura; de outro permite o segredo”⁸⁶.

Recorremos, uma vez mais, a Jorge Figueiredo Dias:

“Por toda a parte se considera hoje a aceitação dos princípios da oralidade e da imediação como um dos progressos mais efetivos e estáveis da história do direito processual penal. Já de há muito, na realidade, que em definitivo se reconheciam os defeitos de um processo penal submetido predominantemente ao princípio da escrita, desde a sua falta de flexibilidade até à vasta possibilidade de erros

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit., ps. 570 e 571.

que nele se continha, e que derivava sobretudo de com ele se tornar absolutamente impossível avaliar da credibilidade de um depoimento”⁸⁷.

A Lei n. 9099/95 consagra, nos Juizados Especiais Criminais, o procedimento oral.

Assim é que, nos termos de seu art. 59, *“a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e da vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”*.

Como salienta Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *“esse termo circunstanciado, que conterà breve resumo dos fatos e de seu desenrolar, segundo as partes envolvidas já implica, na verdade, na primeira externalização do novo sistema da oralidade, pois substitui o auto de prisão em flagrante (que pode ser tudo, menos expressão da oralidade), ou dos termos de interrogatório e declaração da vítima”⁸⁸.*

O art. 72, por seu turno, estabelece que *“na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da*

⁸⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, Op. Cit., p. 233

⁸⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, Op. Cit., p. 520.

proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade”. Pois bem, esse ato de esclarecimento judicial não será objeto de registro escrito.

De fato, como esclarecem Ada Pellegrini Grinover et al, “*a audiência preliminar, conduzida por quem estiver imbuído da adequada mentalidade de mediador, deverá ser o mais informal possível, atendendo aos critérios do art. 62*”⁸⁹.

Anota Mauricio Antonio Ribeiro Lopes que “*a conciliação quanto aos danos resultantes da infração, que será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação (art. 73), também é ato exclusivamente oral, reduzindo-se a escrito apenas o termo final do acordo a que chegaram autor e vítima (art. 74)*”⁹⁰.

Também na hipótese de instrução, no procedimento sumaríssimo do art. 77, por não ter sido possível a transação, encontramos a adoção da oralidade. Assim é que o Promotor oferece denúncia oral (art. 77). Uma vez aberta a audiência de instrução, debates e julgamento, o defensor responderá oralmente à acusação, após o que o Juiz decide se recebe ou não a denúncia. Sendo recebida, ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa, o acusado será interrogado, se presente (art. 81). A seguir, realizam-se os debates orais. Por último, a sentença. Como anota Maurício Antonio Ribeiro Lopes, “*esses atos ocorridos em audiência de instrução, debates e julgamento poderão ser gravados em fita*

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al, Op. Cit. p. 104.

⁹⁰ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, Op. Cit., p. 520

magnética ou equivalente, o que demonstra a desnecessidade de sua redução a termo, salvo no que se refere a um breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência (art. 81, § 2º)”⁹¹.

Ada Pellegrini Grinover, depois de assinalar que representa o Juizado Especial manifestação ampla da oralidade no processo criminal, completa, mais adiante:

“O modelo traçado pela lei privilegia sobretudo a oralidade, com os seus corolários da imediação, concentração e identidade física do juiz (esta, embora não obrigatória, acaba resultando da própria técnica) e procura atender, ainda, aos critérios informalidade, economia processual e celeridade, fixados no art. 72, viabilizando sobretudo um contacto direto e informal do juiz com as partes e os fatos, sem que isso signifique, em absoluto, o abandono das garantias maiores, fixadas pelo texto constitucional, especialmente a do contraditório”⁹².

Do que se expôs, resulta que o princípio da oralidade não significa que todos os atos processuais devam ter a forma oral, mas sim o predomínio dos atos orais. Como assinala Pedro Henrique Demercian, *“é possível definir esse sistema como sendo o predomínio da palavra falada sobre a escrita”⁹³*. Além

⁹¹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, op. Cit., p. 521.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini et al, op. Cit., p. 137.

⁹³ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A Oralidade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 50.

disso, são corolários desse princípio da oralidade os princípios da imediação, da concentração e da identidade física do juiz.

5.1.1. O princípio da imediação

O princípio da imediação exige um contato direto do juiz com as partes e com as provas, de forma a receber, sem intermediários, a prova de que necessita para o julgamento. Isso somente se faz possível nos regimes que adotam a oralidade.

Como assinala Enrique Bacigalupo, o princípio da imediação significa que o juiz deve formar seu juízo com base na impressão pessoal que obtém do acusado e dos meios de prova; nesse sentido, não está autorizado a substituir o interrogatório pela leitura de um termo, confeccionado por outro juiz (tradução)⁹⁴.

Esse princípio constituiu importante reação contra o formalismo do sistema processual dominante no regime absolutista na França⁹⁵.

Para Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *“o princípio da imediatidade exige o contato direto do Juiz com as partes e as provas, a fim de que receba ele, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar. A*

⁹⁴ BACIGALUPO, Enrique. **El debido proceso penal**. Buenos Aires: Jorge Luis Depalma Editor, 1ª ed., p.98: *“El principio de inmediación significa que el juez debe configurar su juicio sobre la base de la impresión personal que há obtenido del acusado y de los médios de prueba; en este sentido no está básicamente autorizado a remplazar el interrogatorio de testigos por la lectura de un acta, confeccionada por un juez comisionado”*

⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. a respeito, assim se manifesta: *“Por todo ello, el principio de inmediación no es sólo un médio técnico. Tiene, además, una fuerte carga histórica político-institucional. Constituye una clara reacción contra el formalismo de la cultura procesal própria de la justicia del antiguo régimen, respecto del cual habia dicho Voltaire: “Lês formes en France on été inventées pour perdre les innocents”. Con el principio de inmediación y la decisión según la íntima consciência del juez sobre la prueba se dio por concluído el período histórico de la justicia del absolutismo”* (op. Cit., p. 99).

imediatidade não está necessariamente ligada à oralidade, mas, historicamente, os dois princípios sempre andaram consideravelmente acompanhados”⁹⁶.

5.1.2. O princípio da concentração

Implica o princípio da concentração na reunião de todos os atos processuais em uma só audiência. Essa reunião assume importância especial ao lembrarmos que a concentração impede que as impressões colhidas pelo magistrado na colheita das provas se esvaíam com o tempo.

Nosso sistema processual penal apresenta, na segunda fase do procedimento do júri, a consagração máxima da concentração. Todos os atos (interrogatório, oitiva de testemunhas, debates e julgamento) são reunidos em uma só ocasião. O não cumprimento dessa concentração implica em novo julgamento, com a formação de outro Conselho de Sentença. De fato, como assinala Júlio Fabbrini Mirabete, comentando o art. 477 do Código de Processo Penal:

“pedindo uma das partes ou jurado a verificação de qualquer fato reputado indispensável para o julgamento, o juiz deve envidar esforços para que a diligência seja efetuada ainda durante o julgamento, suspendendo os trabalhos, se necessário, pelo tempo indispensável a sua realização. Como o sistema abraçado pela lei brasileira não admite solução de continuidade dos trabalhos nem a

⁹⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, op. Cit., p. 517

quebra da incomunicabilidade, sendo impossível a realização imediata da diligência não haverá outro remédio para o juiz senão dissolver o conselho, mandando efetuar a diligência, já com os quesitos fixados, e realizar o julgamento em outro dia, com outro conselho”⁹⁷.

O princípio da concentração, no entanto, não pode ser levado a extremos, de forma a levar a indeferimento de provas essenciais que não possam ser realizadas na audiência de instrução e julgamento.

Realmente, como leciona Pedro Henrique Demercian,

“nessa ordem de idéias, salta aos olhos que não seria razoável – e constituiria, antes, um despautério, em obediência exclusivamente à regra da concentração (que não é um fim em si mesma) – o juiz indeferir a produção de uma determinada prova lícita, sem a perquirição de sua efetiva adequação e importância para a solução da controvérsia”⁹⁸.

5.2. Princípio do juiz natural

Essa garantia nasce do pensamento iluminista com a Revolução Francesa, e tem como objetivo abolir o foro privilegiado.

⁹⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Editora Altas, 9ª ed., p. 1220.

⁹⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique, Op. Cit., p. 55.

Esse princípio está consubstanciado na garantia de que se possa saber, antes do fato típico, quem é o juiz que tem competência preestabelecida, garantindo a imparcialidade, e impedindo a possibilidade de pressões políticas, jurídicas ou de qualquer natureza. Essa garantia afasta, ainda, a possibilidade da criação de Tribunais de exceção ou pós fato.

Franco Cordero, depois de dizer que juiz natural, num primeiro momento, teve o significado de juiz “*legalmente estabelecido*”, faz referência ao art. 25, parágrafo 1º, da Constituição Italiana, que lhe deu o significado de “*preconstituído, respecto al “dies delicti”*”. Assinala, ainda, que “*al imponer este limite, excluye variantes “post factum” a la competência*”⁹⁹.

Segundo Marco Antonio Marques da Silva, “*juiz natural é o órgão previsto, explícita ou implicitamente, pela Constituição, como aquele de competência genérica para espécie de infração penal que se apresenta*”¹⁰⁰.

Jorge Figueiredo Dias:

“Daí que desde há muito se tenha considerado, com inteira razão, como puro corolário daquela exigência de legalidade a afirmação do princípio do “juiz natural” ou do “juiz legal”, através do qual se procura sancionar, de forma expressa, o direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como

⁹⁹ CORDERO, Franco, Op. Cit., p. 97.

¹⁰⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 22

competente por lei anterior, e não “ad hoc” criado ou tido como competente.”¹⁰¹

E completa, mais adiante: *“O que o princípio quer proibir é apenas, como atrás dissemos, a criação “post factum” de um juiz, ou a possibilidade arbitrária ou discricionária de se determinar o juiz competente.”¹⁰²*

Erígida em garantia constitucional, também chamada de juiz competente, juiz legal, sendo mais utilizada a de juiz natural. Esse princípio assegura a imparcialidade do julgador, que não é considerado atributo deste, mas inerente à atividade jurisdicional. Sua origem remonta à Carta Magna de 1215.

Na nossa Constituição, esse princípio encontra-se no art. 5º, incisos XXXVII, que veda a criação de juízo ou tribunal de exceção, e LIII, que assegura que ninguém será processado ou sentenciado senão por autoridade competente.

Adverte Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

*“É preciso ressaltar, ainda, que o princípio da identidade física do juiz não se confunde com o princípio do **Juiz Natural**. Como se sabe, por este, ninguém poderá ser processado ou sentenciado por um juiz incompetente, ou seja, o juiz natural é o **juiz competente**, aquele que tem sua competência legalmente preestabelecida para julgar determinado caso concreto. Já por aquele (o princípio da **identidade***

¹⁰¹ DIAS, Jorge Figueiredo, Op.cit. p. 322

¹⁰² Id, Op.Cit. p326.

física) assegura-se aos jurisdicionados a vinculação da pessoa do juiz ao processo”¹⁰³. (grifos nosso).

5.3. Princípio da verdade real ou verdade processual

Quando há o cometimento de um ilícito penal, o Estado é instado a agir, se o crime for de ação penal pública. O Estado exerce o seu poder punitivo através de órgão estatal que é o Ministério Público. A atividade persecutória do Estado se inicia com a fase preliminar, ou de investigação, que é feita pela Polícia Judiciária, através de uma peça administrativa que é o inquérito policial. Essa fase é dita inquisitorial. A autoridade policial dispõe de liberdade ampla para a produção de provas nessa fase investigatória. Findo o inquérito policial, que será encaminhado ao Promotor de Justiça, esse formará ou não a sua “*opinio delicti*”, com o oferecimento ou não da denúncia, e o seu recebimento pela autoridade judicial, iniciando assim a da ação penal. Temos, nesse interregno, investigação, oferecimento e recebimento da denúncia, um lapso considerável de **tempo** entre o acontecimento do fato e a persecução penal propriamente dita.

O processo penal tem como missão reconstruir aqueles fatos pretéritos, de tal forma a restabelecê-los de maneira mais próxima possível da verdade contextual quando da ocorrência do delito. Há que se ponderar, no entanto, a impossibilidade do estabelecimento da verdade absoluta. Ademais, o tempo possui a propriedade de deteriorar até mesmo a memória humana. Ada Pellegrini

¹⁰³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “**Introdução aos princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**”. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. a.30,n.30, 1998, p.176

Grinover assinala que “*verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis*”¹⁰⁴.

Assevera, ainda, Luigi Ferrajoli: “*Se uma justiça penal integralmente “com verdade” constitui uma utopia, uma justiça penal completamente “sem verdade” equivale a um sistema de arbitrariedade*”¹⁰⁵.

Merece menção, nesse passo, a posição de Francesco Carrara:

*“Denomina-se prova, em geral, tudo aquilo que serve pra nos tornar certos da verdade de uma proposição. A certeza encontra-se em nós: a verdade, nos fatos. Aquela nasce da crença do conhecimento desta; mas, pela falibilidade humana, pode-se ter aquela onde esta não existe, e vice-versa. Somente em Deus é que verdade e certeza se unificam, deixando de ser uma delas inteiramente objetiva, e a outra toda subjetiva”*¹⁰⁶.

A promoção da justiça está ancorada na busca da verdade. O processo penal deve restabelecer os fatos pretéritos, através das provas, com a finalidade de buscar a verdade, e assim promover a tão sonhada Justiça, mas não obstante a busca da verdade ser fundamental, não pode ela ser o fundamento do processo penal, como se verificava no processo penal inquisitivo. Há que considerar que os direitos fundamentais constituem óbices à busca desenfreada da verdade.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista Forense, Rio de Janeiro, volume 347, p. 03-09, 1999.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit., p.48

¹⁰⁶ CARRARA, Francesco. “A prova segundo Carrara”. In Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, ano IV, nº 20 –Jun-Jul-2003, p. 47

O processo penal tem como finalidade reconstruir o fato, buscando a verdade processual, ou seja, aquela trazida ao processo através dos meios das provas legitimamente obtidas.

O tema reacende, de tempos em tempos, discussões acaloradas quanto à função instrutória do juiz no processo. Para alguns, essa faculdade conferida ao juiz, amparada no convencimento e na busca da verdade, fere o princípio acusatório, e traz à baila a figura do juiz inquisidor.

Como exemplo dessa atividade instrutória do juiz, o artigo 156 do Código de Processo Penal, estabelece: “*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; **mas o juiz poderá**, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante*”. (grifo nosso)

Para Ada Pellegrini Grinover, no entanto, a atividade instrutória do juiz, notadamente no art. 156 do Código de Processo Penal, não constitui afronta ao princípio do processo acusatório, pois considera que “*o conceito de processo penal acusatório não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo*”¹⁰⁷.

Complementa, mais adiante: “*Trata-se de função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz*

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, “**A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**”, p. 8

inerte, passivo, refém das partes. No processo publicista, o papel do juiz é necessariamente ativo”¹⁰⁸.

Discorda, de maneira peremptória, Aury Lopes Junior, para quem *“Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo”¹⁰⁹.*

Mais adiante, prossegue:

“Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador”¹¹⁰.

Obviamente, essa atividade instrutória do juiz deve ser norteada pelo princípio da presunção de inocência e observância absoluta das garantias constitucionais, a impossibilidade de vulneração de qualquer direito fundamental, a necessidade de fundamentação tanto no momento da produção

¹⁰⁸ Id., p. 8

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury, Op. Cit., p. 177

¹¹⁰ Id., Op.Cit., p. 180.

da prova como no momento da sua valoração, sob pena de legitimarmos a busca inquisitorial da “verdade”.

Nesse sentido Marco Antonio de Barros:

“Com efeito, a investigação da verdade não pode invadir a órbita da imoralidade a pretexto de transformar-se ela própria, no objetivo supremo do processo penal. Isso é inaceitável porque, em primeiro lugar, o objetivo maior do processo é produzir a verdadeira justiça, ou seja, todos os atos que o compõe se dirigem à concretização desta. E, em segundo lugar, na realização da justiça não se compreende a subversão de preceitos morais condizentes com os direitos e garantias individuais nomeados pelo Direito Constitucional”¹¹¹.

Se considerarmos o sistema brasileiro como acusatório puro, esse dispositivo afronta esse princípio, que separa sistematicamente quem acusa, quem defende e quem julga. Para outros, como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, essa possibilidade do juiz de produzir prova é inquisitorial e em nada se coaduna com o sistema acusatório¹¹².

¹¹¹ BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no Processo Penal** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37

¹¹² COOUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Op. Cit., p 74

Pondera Aury Lopes Júnior, depois de dizer que o sistema processual brasileiro é (neo)inquisitório, quanto à iniciativa probatória do juiz:

*“Classificamos de **neoinquisitorial**, pois é uma inquisição reformada, na medida em que ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste em algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc.”¹¹³.*

No entanto, para outros, a produção de provas pelo julgador apenas demonstra a relevância do princípio da verdade processual que é uma das finalidades do processo penal. Certo seria dizermos que estamos diante de duas correntes doutrinárias distintas, no que tange à participação do juiz na produção da prova: uma delas defende que o juiz deve quedar-se inerte e somente as partes podem produzir provas; outra corrente acredita na supremacia da busca da verdade material¹¹⁴.

¹¹³ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol.I.Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. p. 512.

¹¹⁴ Conforme justifica Marco Antonio de Barros: “Seguindo ainda o desenho traçado por tal princípio e tendo em vista que o estado reservou para si o soberano poder-dever e aplicar as sanções previstas em lei, incumbe a seus órgãos a obrigação de investigar a verdade do fato para que se possa exercitar, com absoluta isenção e correção, o jus puniendi, pois é na órbita do Direito Penal que se podem vulnerar inestimáveis direitos e interesses individuais, dos quais a liberdade da pessoa é a sua maior expressão. Explica-se, sob essa ótica, o entendimento daqueles que sustentam a supremacia do princípio da verdade material no processo penal, como sendo determinada pelo interesse público.” (Op. Cit. p.29).

O importante é que o dispositivo está em pleno vigor, e ele efetivamente atribui, mesmo que subsidiariamente, a gestão da prova ao julgador.

Há que considerarmos, ainda, que essa atividade probatória subsidiária do julgador, uma vez exercida, demonstra a necessidade de vinculação do magistrado, já que a produção daquela prova servirá como elemento de sua convicção. Inócua seria essa atividade se outro fosse o julgador.

Podemos dizer, com Marco Antonio Marques da Silva, que:

“a busca da verdade no processo penal deve ser feita com cautela, pois não se admite qualquer meio de prova, mas somente aqueles processualmente admitidos, ainda que desta limitação resulte um sacrifício à verdade material. Estes os princípios que orientam o direito penal e o processo penal, no Estado Democrático de Direito”¹¹⁵.

5.4. Princípio da imparcialidade do juiz

Para discorrermos acerca dessa **garantia** nos socorremos da semântica da palavra imparcialidade: “**imparcial**: 1. que julga desapaixonadamente; reto, justo; 2. que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem”¹¹⁶.

¹¹⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da, Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. S. Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 35.

¹¹⁶ Dicionário eletrônico Aurélio.

Muito mais que a garantia da jurisdição, do juiz natural, é fundamental que ele seja dotado de imparcialidade. Para tanto, a nossa constituição prevê expressamente garantias aos juizes, quais sejam, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

O julgador precisa desempenhar a sua função da maneira mais livre possível, livre de pressões de qualquer natureza, de tal forma a realizar a construção do seu convencimento ao longo do processo de maneira mais ampla, livre, comprometido apenas com a concretização das garantias constitucionais e a efetiva aplicação da justiça.

Luigi Ferrajoli anota que *“O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral, nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa”*¹¹⁷.

Para Aury Lopes Junior, a atividade probatória do julgador fere substancialmente a sua imparcialidade, *“a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim supra-partes e preservando sua imparcialidade”*¹¹⁸.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, Op.Cit. p. 534

¹¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. p.186

Completa ainda: “a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória”¹¹⁹.

Já para Ada Pellegrini Grinover, “A iniciativa oficial no campo da prova não embaça a imparcialidade do juiz”¹²⁰.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, o Ministro Francisco Campos atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, tendo como limite somente a prolação da sentença. Deixou claro, com isso, que o processo penal deve ter um julgador atuante, que não seja um mero espectador, isso até no sentido de impulsionar o processo, dirigir a marcha processual.

5.5. Princípio da igualdade das partes

Como consequência de um sistema acusatório, as partes envolvidas na lide penal devem estar em “*par conditio*”, ou seja, devem possuir igualdade de direitos, de deveres, faculdades, ônus; devem estar, enfim, em equilíbrio processual.

¹¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury, Op.Cit.89.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, Op. Cit. p. 09.

O nosso sistema processual basicamente divide a estrutura dialética em quem acusa, quem se defende, e quem julga, pilares do modelo acusatório, muito embora, como já visto, confere ao julgador função precipuamente das partes, como o é a probatória, ainda que em caráter excepcional.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 127, indica como essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público, e no artigo 133, a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça. Como garantia da igualdade, portanto, a defesa e a acusação serão sempre formuladas por pessoas tecnicamente preparadas.

Essa igualdade de partes é mitigada, em nosso diploma processual penal, na fase investigatória, embora não possamos mais conceber, e seria um retrocesso, que na fase de investigação preliminar não seja dado ao investigado o direito de defesa.

5.6. Princípio da persuasão racional ou do livre convencimento

O processo penal tem como função a reconstrução dos fatos pretéritos para a busca da verdade processual. A reconstrução desses fatos só se torna possível através do conjunto probatório, ou seja, das provas produzidas no processo. O sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico é o do livre convencimento do juiz quando da apreciação das provas.

Dispõe o artigo 157 do Código de Processo Penal: “*o juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas*”.

Cumprido lembrar que essa liberdade de apreciação não importa em apreciação arbitrária, segundo Jorge Figueiredo Dias: “*O princípio não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida.*”¹²¹.

Livre apreciação da prova não significa arbítrio, mas sim discricionariedade, ou seja, liberdade dentro dos limites fixados em lei.

O livre convencimento está ancorado na livre apreciação da prova pelo julgador, o que não significa liberdade absoluta. A liberdade apreciativa do julgador encontra limitação nos direitos e garantias individuais, nos princípios norteadores do processo penal, como a presunção de inocência, a imparcialidade etc.

Ademais, cumpre observar, ainda, o dispositivo constitucional que prevê a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade.

A respeito do tema, salienta Marco Antonio de Barros: “*Sem dúvida, o sistema em tela está cercado de algumas garantias que dão esteio à imparcialidade do juízo. Disso resulta concluir que a convicção do juiz é livre,*

¹²¹ DIAS, Jorge Figueiredo, Op.Cit. p. 202.

submete-se à sua própria consciência; porém, a sua decisão deve ser fundamentada nas provas colhidas no curso do processo”¹²².

5.7. Princípio da publicidade

Dispõe a constituição federal em seu artigo 5º, inciso LX: *“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem”*. Completa o artigo 93, inciso 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”*.

Essa garantia é de fundamental importância, sobretudo num Estado Democrático, já que confere transparência a todos os atos jurisdicionais. Essa deve ser a regra no Estado Constitucional. Ela assegura que qualquer pessoa tem o direito de assistir às audiências e julgamentos, e confere ainda, transparência acerca dos atos judiciários.

A exceção infra-constitucional a esse princípio basilar do processo democrático encontra-se no artigo 792, do Código de Processo Penal, que permite que o juiz limite o número de pessoas em razão de escândalos,

¹²² Op.Cit. p. 130.

inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem. Essa limitação, no entanto, entra amparo na parte final do inciso IX do art. 93 da Carta Magna.

A publicidade dos atos judiciais atende, ainda, a uma concepção democrática do processo, ou seja, a possibilidade de acesso à administração da justiça, ao julgamento de questões atinentes à sociedade da qual todos fazem parte.

A regra é a publicidade, que só encontra limitação na própria Constituição Federal, ou seja, só sofrerá restrições quando o interesse social e a defesa da intimidade o exigirem.

5.8. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Conforme Marco Antonio Marques da Silva,

“o princípio do contraditório consiste na regra segundo a qual, sendo formulado o pedido ou oposto um argumento a ser culpada certa pessoa, deve-se dar a esta a oportunidade de se pronunciar sobre o pedido ou argumento, não se decidindo antes de tal oportunidade. O contraditório impõe a conduta dialética do processo”¹²³.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988: *“aos litigantes, em processo*

¹²³ SILVA, Marco Antonio Marques, **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 46.

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerente”.

Diferentemente das Constituições anteriores, a Carta atual estende as garantias do contraditório e da ampla defesa também aos processos administrativos.

No entanto, essa garantia não se encontra expressa apenas na Constituição, mas também, na esteira da internacionalização dos direitos e garantias fundamentais, em Tratados e Convenções Internacionais, tais como na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, no seu artigo 8º.

Salienta Marco Antonio Marques da Silva que:

“o contraditório – proclama a melhor doutrina – se confunde com a ampla defesa; é mesmo a sua exteriorização, e formam os dois um dos alicerces do devido processo legal, que, por sua vez, exige a estrutura dialética como meio necessário para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”¹²⁴.

Na fase inicial do processo penal, quando do chamamento do imputado à lide penal, o princípio do contraditório e da ampla defesa está consubstanciado

¹²⁴ SILVA, Marco Antonio Marques da, Op. Cit., p. 46.

na necessidade de clareza, completude, efetividade, que deverá revestir o ato citatório¹²⁵.

O réu deve ser informado da maneira mais clara, completa, explícita, de tal forma a possibilitar o efetivo exercício dessa garantia, sob pena de nulidade absoluta do processo. Inclusive, essa informação deve ser trazida ao acusado em prazo razoável para a formulação da sua defesa.

Essa garantia constitucional não pode de maneira alguma ficar apenas no campo formal, e deve ser amplamente exercitada. O juiz tem função fundamental no campo da garantia efetiva do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, a garantia do contraditório e da ampla defesa constitui corolário do princípio do devido processo legal, também consagrado no artigo 5º, inciso LIV da Carta Magna.

No momento do exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa se estabelece, se reafirma, a “*par conditio*”, ou seja, a acusação e defesa estarão no mesmo plano, com os mesmos direitos e deveres, sendo que o nosso processo penal contempla, ainda, recursos exclusivos da defesa, e nos parece o mais correto, já que devemos considerar que o acusação tem ao seu lado o membro do Ministério Público e a Polícia Judiciária e do outro apenas o imputado. Isso sem considerarmos o maniqueísmo ainda imperante de Estado *versus* réu.

¹²⁵ Assim, Marco Antonio Marques da Silva afirma que “a acusação deverá ser certa, portanto, não pode ser implícita ou presumida. Deve, ainda, ser clara, expressa e completa, ilustrada com todos os fatos históricos em que se fundamenta a acusação. Deverá conter a qualificação jurídica dos fatos, já que esta terminará de limitar o âmbito da vinculação judicial” (Acesso à Justiça e Estado Democrático de Direito, p. 18).

O Código de Processo Penal, no seu artigo 261, reforça a importância da observância dessa garantia, dispondo que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

A questão de maior indagação é quanto ao exercício dessas garantias, do contraditório e da ampla defesa, na fase preliminar da persecução penal, a fase investigatória.

Alguns doutrinadores defendem que o legislador constituinte, quando expressamente assegura o contraditório e a ampla defesa, no artigo 5º, “aos litigantes” em “processo judicial e administrativo”, o faz de maneira restrita, ou seja, somente aos litigantes em processo (judicial e administrativo), o que não ocorre na fase preliminar investigatória, em que não se há falar em litigantes, nem em processo, mas sim em indiciado, investigado e procedimento. Nesse sentido o professor Fernando da Costa Tourinho entende: “*Já em se tratando de inquérito policial, não nos parece que a Constituição se tenha referido a ele, mesmo porque, de acordo com o nosso ordenamento, nenhuma pena pode ser imposta ao indiciado*”¹²⁶.

Discordamos do pensamento do jurista citado, principalmente no que tange ao alcance da interpretação dos direitos e garantias fundamentais trazidos no artigo 5º. Ademais, há que se considerar a intenção do legislador constituinte originário, que nos parece ser a de tutela de qualquer pessoa que esteja em

¹²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa – **Processo Penal**, volume 1 – São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47

processo ou procedimento judicial ou administrativo e que possa ter qualquer dos seus direitos fundamentais ameaçados, tais como a liberdade, a propriedade etc. Nesse sentido, a nossa discordância quanto à ausência de ampla defesa é peremptória, e discutirmos terminologias ao invés de espírito legislativo parece descabido.

Impõe-se a discussão acerca de garantias na fase de inquérito policial. Faz-se mister repensar esse instituto à luz dos direitos e garantias fundamentais da pessoa. Não podemos conceber a restrição de garantias constitucionais, sobretudo sob o manto de procedimento administrativo, com características juridicamente estranhas, contraditórias, e capazes de privar o investigado de bens e de sua liberdade, sem a qual não se há falar em dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Seria afirmar que as garantias só se aplicam efetivamente quando da aplicação de pena? ou quando estiver diante de um juiz? Parece-nos absurda essa premissa num Estado Democrático de Direito que tem como baluarte a dignidade da pessoa humana.

Ademais, o que se pretende não é o contraditório e a ampla defesa, embora alguns defendam que não há como dissociá-los, mas sim o direito de defesa, o sagrado direito de defesa do acusado, evitando que a pessoa seja privada de seus bens ou sua liberdade.

Não obstante, ainda que de maneira sensível, notamos o direito de defesa na fase preliminar da persecução, a investigatória. Notadamente a forma conferida ao interrogatório com o advento da lei 10.259/2001, que dispõe acerca do interrogatório, seja ele judicial ou na polícia judiciária. Há que se observar a necessidade da presença do advogado. Outra clara manifestação da ampla defesa é no tocante a necessidade de comunicação da prisão em flagrante à defensoria pública no prazo de 24 horas, bem como à autoridade judiciária.

Há que se registrar, também, que o tema além de fascinante, é ainda, timidamente abordado e merece estudo mais aprofundado.

5.9. Princípio do devido processo legal

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu art. 8º, já previa uma garantia fundamental relacionada com o processo justo¹²⁷.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio, ainda que de uma forma indeterminada, de onde emanam vários outros, em seu art. 5º, inciso LIV: *“Ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

¹²⁷ “Toda pessoa tem recurso perante os tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem os seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Como assinala Celso Ribeiro Bastos, “o processo, no mundo moderno, é manifestação de um direito da pessoa humana”¹²⁸.

A sua origem histórica é encontrada na Magna Carta, que garantia que ninguém seria despojado de sua vida, de sua liberdade ou propriedade senão em virtude do devido processo legal (art. 39).

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci anotam:

*“O devido processo legal consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, uma garantia conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais, através da efetivação do direito ao processo, com imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num prazo razoável”*¹²⁹.

Na atualidade, os tratadistas modernos vêm no princípio mais do que uma garantia subjetiva do cidadão, uma verdadeira tutela do processo. Predomina a idéia de que sobre os interesses unilaterais das partes, embora respeitáveis, sobreleva um de maior amplitude, qual seja a tutela do próprio processo.

¹²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro, Op. Cit., p 260.

¹²⁹ TUCCI, Rogério Lauria e CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 19.

E, como assinala Ada Pellegrini Grinover:

“Garantias das partes, do processo e da jurisdição. Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da chamada cláusula do ‘devido processo legal’, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque, se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente na sua formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, justiça das boas decisões”¹³⁰.

O princípio do devido processo legal deve ser analisado sob uma visão instrumental do processo, considerado hoje um “bem de utilidade social”¹³¹.

¹³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha** – Contraditório e ampla defesa em Cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 07.

¹³¹ Conforme assinala Afrânio Silva Jardim, “a cláusula ‘devido processo legal’ deve significar hoje mais do que significava em épocas passadas. Assim, a questão não mais pode se restringir à consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação. O ‘devido processo legal’ não pode ser resumido à consagração do princípio do ‘juiz natural’, à vedação de provas ilícitas, ou mesmo à impropriamente chamada presunção de inocência. Tudo isso é muito importante, mais já foi conquistado, restando tão somente consolidar. Agora, queremos mais do ‘devido processo legal’, até mesmo porque aquelas matérias mereceram consagração específica na Constituição de 1988, o que denota que o princípio que ora nos ocupa tem campo de incidência mais abrangente, campo mais fértil” (JARDIM, Afrânio Silva, Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 318).

Mais ainda. Como salienta Marco Antonio Marques da Silva,

“o devido processo legal não se destina tão somente ao intérprete da lei, mas já informa a atuação do legislador, impondo-lhe a correta a regular elaboração da lei processual penal. Em outras palavras, o juiz está submetido e deve submeter as partes à norma processual penal vigente, o que caracteriza a garantia constitucional. Por outro lado, obedecido o devido processo legal, além de assegurar-se a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo. Desse modo, em uma outra instância, é o próprio processo que fica garantido”¹³².

5.10. Princípio da presunção de inocência

Luigi Ferrajoli, cuidando da presunção de inocência, associa-a ao princípio da submissão à jurisdição, ou seja, como consequência desta:

“Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena”¹³³.

¹³² SILVA, Marco Antonio Marques da, Op. Cit., p. 17

¹³³ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit. pg. 505

E prossegue, mais adiante:

*“Sendo assim, o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo, e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação – postula a presunção de inocência do imputado até a prova em contrário decretada pela sentença definitiva de condenação”*¹³⁴
(grifo nosso).

O princípio foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, em seu artigo 11. Mas, voltou a ser fortemente combatido no fim do século XIX e início do século XX por Vincenzo Manzini, que dizia ser a presunção de inocência *“estranho absurdo excogitado pelo empirismo francês”*, *“grosseiramente paradoxal e irracional”*¹³⁵.

No direito brasileiro, o princípio da presunção de inocência está consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, portanto, no núcleo essencial da constituição, sendo cláusula pétrea, não podendo sofrer alterações do Poder Constituinte reformador, senão pela revolução, ou seja, ausência do direito.

¹³⁴ Ibid

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit., pg. 507

Luigi Ferrajoli, quando discorre acerca do princípio, o chama de princípio fundamental da civilidade¹³⁶. Significa dizer que um ordenamento jurídico de um País civilizado deve dar o máximo de eficácia a esse princípio, e em todo o “*iter*” do processo, leia-se processo no sentido de seguimento, curso, marcha da persecução penal.

Para tanto, o princípio da presunção de inocência, princípio este que deve ser reitor do processo penal constitucional, deve ser elevado à sua máxima potência, desde o momento preliminar da persecução penal, com a investigação, notadamente quanto às prisões cautelares, quanto à publicidade excessiva (que leva ao estigma da condenação pública), quando da produção de provas, da postura do julgador, no sentido de se colocar de maneira negativa (sempre colocando o sujeito passivo como efetivamente presumido inocente).

Podemos, assim, afirmar que essa garantia constitucional de tratamento do sujeito passivo deve ser interna e externa ao processo, que envolve a persecução penal. Dizemos interna, na medida em que cabe ao juiz garanti-la, efetivamente, quando do momento da produção de provas, das medidas cautelares, a garantia de que na dúvida o juiz conduzirá a absolvição; externa é quanto à aplicação do princípio fora do processo, ou seja, inadmissibilidade de publicidade excessiva, levando a qualquer tipo de mitigação das garantias da inviolabilidade, bem como o resultado da publicidade excessiva que culmina

¹³⁶ Para Luigi Ferrajoli, “*Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado*” (op. Cit., p. 506)

com a condenação prematura pela sociedade e meio social (núcleo menor) em que vive o acusado.

Essa estigmatização precoce do sujeito passivo é condenável, e deve ser evitada ao máximo, já que importa, muitas vezes, na mais absoluta “condenação à morte social” sem precedentes.

O que se assiste, sobretudo nos dias atuais, são verdadeiros espetáculos midiáticos em torno de crimes que envolvem pessoas relativamente conhecidas, ou crimes de grande repercussão.

A análise da presunção de inocência não pode prescindir do repúdio à publicidade excessiva, à estigmatização do sujeito passivo, à contaminação da convicção do julgador, que inconscientemente poderá deixar de aplicar o “*in dubio pro reo*”, aplicando o “*in dubio pro societate*”.

Infelizmente, tudo seria muito melhor enfrentado se todo aplicador do direito (fase preliminar até processual) tornasse eficaz as garantias constitucionais, de forma a não transformá-las em engodos jurídicos.

A Constituição Federal preconiza que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*”. Esse é o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo dessa premissa constitucional, aliada ao direito ao silêncio, também consagrado pela Constituição Federal, pode-se afirmar que ao sujeito passivo, no processo penal acusatório, não cabe provar absolutamente nada. O ônus da prova é do

Estado, que através do processo perseguirá a condenação, podendo o acusado quedar-se inerte. A contra prova, a refutação, é direito do acusado e não dever. Apesar do disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal, em que a prova da alegação caberá a quem a fizer, é importante lembrar que quem primeiro alega é a acusação através da denúncia; logo, cabe ao acusador reunir os elementos de prova que levem à condenação ou à absolvição, considerando que a acusação é exercida por um Promotor de Justiça, ou seja, cuja função primordial é promover a Justiça; assim, ausentes os elementos de convicção para uma condenação, deve o Promotor de Justiça pleitear decreto absolutório.

5.11. Princípio da motivação das decisões judiciais

Essa garantia constitucional era vista de uma maneira bastante minimalista. A motivação das decisões judiciais era somente processual, ou seja, que só interessava às partes como forma de conhecimento da fundamentação para o exercício do duplo grau de jurisdição e, para permitir o reexame pelos Tribunais Superiores.

Hoje, a motivação das decisões foi elevada a garantia política, garantia da jurisdição. Como salienta Antonio Scarance Fernandes, “*É através da motivação que se avalia o exercício da atividade jurisdicional*”¹³⁷.

¹³⁷ FERNANDES, Antonio Scarance, **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição, 2002, p. 12.

Consagrada expressamente no artigo 93, IX, da Constituição Federal de 1988, alcança as decisões judiciais de qualquer natureza.

6. A FUNÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Nos termos do art. 251 do Código de Processo Penal, “*ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública*”.

Ai as duas funções formais do juiz no processo penal.

A primeira é de cunho nitidamente jurisdicional. A segunda de cunho administrativo, pois implica em atos de polícia, com o objetivo de assegurar a ordem no curso dos atos processuais.

O processo é uma relação jurídico-processual em que intervêm três pessoas (“*actum trium personarum*”), a saber, o juiz e as duas partes (autor e réu). Esses os sujeitos processuais principais, ou essenciais, do processo.

O juiz, como detentor do poder jurisdicional, assume a presidência do processo. Para tal, deve ter capacidade subjetiva e objetiva. A subjetiva se relaciona com sua imparcialidade, e a objetiva com a competência para o processo¹³⁸.

Prover à regularidade do processo, no entanto, não significa apenas zelar pela observância das regras processuais, mas, como prevê a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, “*intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade*”.

¹³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. Ed. Atlas, 9ª ed, p. 631/632.

Em realidade, a função primordial do juiz no processo penal é o julgamento, a aplicação do direito ao caso concreto, sendo de se destacar, pela importância, no julgamento, a fixação da pena criminal na hipótese de sentença condenatória.

Neste particular, é preciso lembrar que o Direito Penal foi marcado, durante algum tempo, pelas penas desumanas e, sobretudo, pelo arbítrio judicial na fixação da pena. O Iluminismo, reagindo contra esse estado de coisas, chegou ao extremo oposto, transformando o juiz num verdadeiro autômato, sem qualquer discricionariedade no exercício dessa importante atividade jurisdicional.

Mas o Código Penal de 1.940 rompeu com essa tradição, conferindo ao juiz certa discricionariedade na fixação da pena criminal.

Conhecido o debate filosófico a respeito da finalidade da pena criminal. Para as teorias absolutas, o fundamento da pena criminal é encontrado nela mesma, caracterizando-se como uma justa retribuição ao injusto praticado pelo infrator da lei penal¹³⁹.

Para estas teorias absolutas, só é legítima a pena justa, ainda que não seja útil; a pena útil, embora injusta, não é legítima¹⁴⁰.

¹³⁹ Gustavo Octaviano Diniz Junqueira: *“é certamente a mais antiga idéia de justiça, uma vez que busca de alguma forma reequilibrar a situação, ou seja, com os mais diversos fundamentos compensar a lesão anterior”* (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano. **Finalidades da Pena**. São Paulo: Manole Editora, 2.004, p. 29)

¹⁴⁰ Queiroz, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2.001, p. 19

As teorias relativas, por sua vez, vêm na pena criminal um fim para atingir determinados objetivos. Trata-se de uma concepção utilitária da pena criminal.

Como a pena representa um bem ou uma utilidade para a sociedade e para o indivíduo, seu fundamento está fora dela. A imposição da pena criminal serviria, pois, para impedir a prática de novas infrações penais: "*punitur ne peccetur*" - pune-se alguém para que não volte a pecar. Contrariamente ao que sustentam as teorias absolutas, que consideram a pena justa em si, as teorias relativas sustentam que apenas a idéia de prevenção é que serve de fundamento filosófico da pena criminal¹⁴¹.

Finalmente, as teorias mistas, igualmente conhecidas como unificadoras, que levam em conta, como finalidade da pena criminal, tanto a retribuição como a prevenção.

O sistema penal brasileiro acolheu o modelo eclético ou misto, como se vê da redação do art. 59: "*O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**: I-*".

¹⁴¹ Gustavo Octaviano Diniz Junqueira anota que para as teorias relativas "*a pena deve ter sentido positivo, base teleológica da política criminal: a prevenção do crime*" (Op. Cit., p. 56)

Depois de fazer referência às circunstâncias que devem orientar o juiz na fixação pena (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime), o legislador conclui, de forma taxativa, determinando que o juiz procure uma pena que seja **necessária e suficiente** para a **reprovação** e para a **prevenção** do crime.

O juiz, pois, nessa importantíssima função de fixar o “quantum” da pena criminal, deve basear-se no binômio necessidade-suficiência. E para isso, como já visto, deve levar em conta determinadas circunstâncias, umas subjetivas, outras objetivas.

Pois bem, é na consideração dessas circunstâncias subjetivas que cresce a importância da imediatidade, e da **identidade física do juiz**.

Como assinala Marco Antonio Marques da Silva,

“o magistrado, que manteve contato com o acusado, vítima, testemunhas e demais participantes do processo, e teve a oportunidade de colher a prova diretamente, estará sempre em melhores condições, fática e jurídica, inclusive pessoal, de decidir, impondo uma pena que não seja mera medida aritmética, mas espelhe a realidade do que presenciou, vivenciou e depreendeu de todo o feito”¹⁴².

¹⁴² SILVA, Marco Antonio Marques. **A Vinculação do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.993, p. 9/10.

Não resta dúvida que o magistrado que colheu diretamente as provas, e interrogou o réu, tem melhores condições de avaliar aquelas circunstâncias essenciais para a fixação da pena.

Recorremos, uma vez mais, à posição de Marco Antonio Marques da Silva a respeito do tema:

“Para a análise do comportamento, personalidade do criminoso, bem como sinais reveladores de sua conduta, maneira de ser, agir e sentir, é de suma importância que o julgador tenha contato físico com o réu, o que acontecerá por ocasião do interrogatório e nas audiências de oitiva das testemunhas, de acusação e da defesa. A investigação do juiz não deve estar restrita apenas aos antecedentes e tipo de delito praticado pelo agente criminoso, como se a aplicação do direito no caso concreto fosse uma operação matemática, mas deve compreender todo o comportamento, as reações, costumes e sua forma de encarar o mundo circundante permanente e o ocasional, para buscar o entendimento que fez eclodir o episódio criminoso”¹⁴³.

Cresce sobremaneira a função do juiz criminal se levarmos em conta que num Estado democrático de direito não se há falar em privação de bens ou de liberdade sem ordem fundamentada de um juiz, salvo para os casos de flagrante, prevendo nosso ordenamento jurídico expressamente a possibilidade de prisão por qualquer do povo. Tirante essa hipótese, somente o juiz poderá decretar a

¹⁴³ Op. Cit., p. 10

prisão de alguém, e sempre fundamentadamente. O juiz é garantia do cidadão no Estado Democrático.

A cada avanço no estudo, sobretudo no que tange à eficácia das garantias constitucionais em todos os níveis processuais penais percebemos nitidamente a importância da figura do juiz.

Suas funções vão muito além do ato de dizer o direito, de julgar, o que já não é tarefa fácil, muito ao contrário, constitui tarefa árdua. Acreditamos que o juiz é o guardião da democracia e do processo democrático.

J.S. Fagundes Cunha e José Jairo Baluta, realçando a importância do juiz como guardião, não só da Democracia, como também e principalmente dos direitos e garantias individuais:

“carência de postura ideológica, fragilidade, dependência e temeridade, certamente que não se encontram entre os predicados a habilitar um juiz, à categoria de juiz afiançador das liberdades daqueles pertencentes à classes sociais bem identificadas pelo “jus puniendi”, pois se o sistema é altamente seletivo (revelando os “métodos mais perversos de controle social”), para compensar, necessita-se, ao menos, de que seja dado um nivelamento, no sentido de exigir (deste mesmo sistema), que se respeite (e defenda) as garantias constitucionais daqueles previamente mirados pelo atual modelo repressivo, e que, via de regra, são esquecidas pelas normas infraconstitucionais, as quais vêm – quase em sempre – com finalidades previamente direcionadas a concretas situações de

*descontrole social, oprimindo garantias pessoais e atropelando a vocação acusatória de nosso processo penal*¹⁴⁴.

Somente se há falar em efetividade dos direitos e garantias no processo penal com a efetiva atuação do julgador nesse sentido; do contrário, mais espinhosa se torna a passagem do processo penal “autoritário” para um processo penal realmente democrático.

Nossa Constituição Federal dispõe, no artigo 5º, inciso LIII, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Trata-se de cláusula pétrea, sendo que essa autoridade é justamente o juiz criminal.

No estudo da função do juiz no processo criminal, não se pode olvidar do princípio constitucional do juiz natural, que preconiza que só poderá haver o julgamento por autoridade competente, ou seja, somente poderá ser exercida a jurisdição por um juiz, e um juiz competente. De se lembrar, ainda, a vedação constitucional no tocante aos juízos ou tribunais de exceção, no inciso XXXVII, do artigo 5º.

A garantia do juiz natural jamais deve ser confundida com o princípio da identidade física do juiz, já que esta se refere à vinculação do juiz ao processo, ou seja, do início ao final; enquanto a garantia do juiz natural importa em saber

¹⁴⁴ CUNHA, J.S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. **O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Juruá Editora, 1997, p. 130.

qual será a autoridade competente para o julgamento de antemão. Essa garantia é essencial ao processo democrático, pois constitui óbice a manipulações de interesses quanto à competência por esse ou aquele julgador.

O julgador, no processo penal democrático, tem como missão dar eficácia às garantias constitucionais do acusado. Para tanto, é fundamental que o juiz possua garantias para exercer suas funções, sem que sofra pressões externas.

Dentre as garantias do magistrado, importa, nesse passo, a da independência. A independência é essencial à formação da convicção do julgador.

Importante ressaltar que: 1) o juiz julga de maneira livre, pois vige no nosso processo penal o princípio do livre convencimento; 2) o juiz julga norteado pelo princípio da presunção de inocência, buscando a verdade, e tendo como fim a justiça efetiva; 3) o Juiz julga de acordo com as provas trazidas aos autos pelas, podendo valer-se da iniciativa probatória que lhe é assegurada por lei ; 4) O Juiz julga sempre de maneira fundamentada, com observância ao disposto no artigo 93 da Constituição Federal.

Aury Lopes Júnior assinala que “*A função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal*”¹⁴⁵.

¹⁴⁵ **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, pág.119

O juiz pode exercer o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Essa, sem dúvida, uma de suas principais função. Nesse mister, o Juiz é guardião da Democracia, ao tornar eficazes direitos fundamentais, não admitindo sua violação. Todos os envolvidos na lide penal possuem, evidentemente, importância, mas é a figura do Juiz que se destaca, não só porque a ele é atribuída a decisão, mas também e principalmente porque a ele cabe a concretização, e efetivação, dos direitos e garantias fundamentais, que transcendem ao ordenamento jurídico.

O respeito ao constitucionalismo passa pela mudança de postura do Julgador. A transição para um processo penal democrático, garantista, depende, em elevado grau, do julgador.

Nesse passo, importante transcrever a posição de José Renato Nalini:

“Espera-se do juiz uma atuação criativa, aperfeiçoando posturas antigas, atualizando-as frente à realidade. A jurisprudência é dinâmica e, produto da consciência de seres humanos no rumo da perfectibilidade, é também suscetível de aprimoramento. A inércia intelectual desserve ao compromisso de realizar justiça. Fulmina a feição criadora do direito, ínsita à construção jurisprudencial. Reduz a dignidade a missão de administrar o justo concreto.”¹⁴⁶

¹⁴⁶ NALINI, José Renato. – “A formação da vontade judicial: fatores legais, sociais e psicológicos”. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - nº 219, Março de 1997, p. 7.

Corroborando a idéia de guardião atribuída ao julgador, as palavras de Antoine Garapone:

“o Juiz seja ele de Nuremberg ou, mais modestamente, os nossos “petits juges” da periferia – permanece aqui para lembrar à humanidade, à nação ou ao simples cidadão, as promessas feitas, começando pela primeira delas, a promessa de vida e de dignidade. Essas promessas, os juízes as preservam, mas não as têm atadas: eles são delas testemunha, garante e guardião”¹⁴⁷.

A importância do juiz criminal é ressaltada por José Renato Nalini e José Carlos G. Xavier de Aquino:

“É no processo criminal que o juiz se vê mais exigido em sua postura ética. Em outras áreas, notadamente as patrimoniais, interesses diversos avultam. A excelência dos defensores é proporcional à relevância dos valores postos em jogo, daí a possibilidade de o juiz ater-se mais à mais fria e rigorosa técnica processual. Diversamente, no crime, valores de outra ordem se debatem: vida, liberdade, honra. Bens indisponíveis, vulnerados pela patologia da conduta humana, exigindo do julgador uma dose adicional de compreensão e tolerância. Nem sempre a hediondez da criminalidade deve impressionar o julgador, de molde a torná-lo um inveterado condenador. Por outro lado, não se pode transigir com a necessidade de tornar efetiva a aplicação da lei penal. Se ao juiz não é dado ser

¹⁴⁷ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o Guardião das Promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2ª Edição, 2001. p. 270. (tradução Maria Luiza de Carvalho).

*sistemático aplicador de penas, também não pode ser um juízo sociólogo, o contumaz absolvedor de todos os réus*¹⁴⁸.

¹⁴⁸ NALINI, José Renato; AQUINO, José Carlos G. Xavier e, Op. Cit., p. 246.

7. AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

7.1. Introdução

Esse capítulo é de essencial importância para o desenvolvimento do tema **identidade física do juiz no processo penal brasileiro**. Julgamos premissas básicas para efetiva adoção da identidade física do juiz: o princípio da oralidade no processo e o conjunto probatório. Não há como conceber, num sistema processual que tem como alicerce a busca pela Justiça, juízes distintos nas diferentes fases processuais. Há que ser o mesmo juiz, desde a início do processo até sentença, que é o ato final.

Conforme Fernando Pinto Colmenero:

“Se a ação é meio pelo qual se presta a jurisdição, sendo o processo o caminho que tem que ser percorrido para esta prestação, as provas (fatos comprovados, relevantes para o processo) são os componentes desse caminho, que darão aos viajantes (sujeitos processuais) e máxima clareza possível da paisagem (verdade material) que deve ser entendida e assimilada (inclusive pela sociedade), para que seu condutor (o juiz) possa chegar ao destino (sentença justa)”¹⁴⁹.

O processo penal tem a dura missão de reconstruir o fato pretérito, trazendo à lume o que de fato ocorreu, com todas as suas circunstâncias. Para

¹⁴⁹ COLMENERO, Fernando Pinto – “Princípio da livre apreciação da prova e prova pericial, uma questão de ângulo (Brasil e Portugal)” – Revista dos Tribunais, ano 89, volume 780, outubro de 2000. p.441.

tanto se vale da prova, o pilar fundamental, estrutural, para a busca da verdade processual.

De fato, a reconstrução do fato pretérito só se torna possível através das provas produzidas na fase de instrução processual.

Segundo Claus Roxin, “*Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho*”¹⁵⁰.

Para Francesco Carrara, “*Denomina-se prova, em geral, tudo aquilo que serve para nos tornar certos da verdade de uma proposição. A certeza em nós: a verdade nos fatos*”¹⁵¹.

Hernando Devis Echandia entende por provas judiciais o conjunto de regras que regulam a admissão, produção e valoração dos diversos meios que podem ser empregados para levar ao juiz a convicção dos fatos que interessam ao processo (tradução)¹⁵².

O nosso sistema contempla uma liberdade bastante ampla para a produção dessas provas, mas limitada, objetivamente com base nos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente asseguradas, por derivação na vedação do uso da prova obtida ilicitamente.

¹⁵⁰ ROXIN, Claus, Op. Cit. p. 185.

¹⁵¹ CARRARA, Francesco, Op.Cit. p.47

¹⁵² ECHANDIA, Hernando Devis, Op. Cit., p.15: “*Entendemos por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplear-se para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso*”

No que tange à gestão da prova, o nosso sistema atribui o ônus da prova às partes, mas subsidiariamente faculta ao julgador a sua produção, de ofício. Essa atividade instrutória do juiz estaria sob o manto dos princípios do livre convencimento e da busca da verdade.

Observa Claus Roxin que a não sujeição do esclarecimento de fatos puníveis a limites, levaria ao perigo de destruição de muitos valores coletivos e individuais. Por isso, a averiguação da verdade não constitui valor absoluto no processo penal. Antes disso, o próprio processo penal está impregnado de hierarquias éticas e jurídicas do Estado (tradução)¹⁵³.

É importante salientar que no processo penal, o acusado tem o direito de defesa e não a obrigatoriedade de se defender, podendo até quedar-se inerte, já que é presumidamente inocente, e o ônus da prova fica a cargo do órgão acusador, o Ministério Público. Cumpre lembrar que o “parquet” é parte instrumental no processo penal, tendo como função primordial a promoção da justiça, a aplicação justa e na medida da lei penal.

A própria estrutura dialética do processo penal contempla amplo exercício na produção de provas pelas partes. A liberdade de prova encontra limitação no texto constitucional, ou seja, nas garantias constitucionais, nas inviolabilidades de domicílio, intimidade, vida privada, honra e imagem das

¹⁵³ ROXIN, Claus, Op. Cit., p.191: “El esclarecimiento de hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado”

pessoas, sigilo das correspondências e comunicação. Destacamos, ainda, o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”.

Entendem-se como provas ilícitas todas aquelas que ferem direito material ou constitucional no momento da sua produção, ou seja, todas aquelas produzidas sem a observância das garantias constitucionais.

7.2. Provas em espécie

Na instrução processual é que se constrói o convencimento do julgador. O processo se reveste de rituais para isso, todos os procedimentos no tocante à prova são revestidos de ritualísticas próprias do processo penal, e não poderia ser diferente, já que temos em questão o direito de liberdade e o processo penal como instrumento garantista de um processo justo. É arcaico pensarmos no processo penal como instrumento de realização do direito penal; isso é por demais primário e minimalista. O processo penal deve representar uma garantia de processo democrático justo, e que efetive as garantias constitucionais.

Entendemos que somente o julgador poderá tornar eficaz esse processo democrático e justo, sem desprezar a importância dos demais envolvidos na lide penal.

As espécies de provas estão elencadas expressamente no Código de Processo Penal e legislação específica. São as chamadas provas nominadas. No

tocante às provas inominadas, pondera Aury Lopes Jr.: “*Entendemos que excepcionalmente e com determinados cuidados, podem ser admitidos outros meios de prova não previstos no CPP. Mas, atente-se: com todo o cuidado necessário para não violar os limites constitucionais e processuais da prova, sob pena de ilicitude ou ilegitimidade dessa prova...*”¹⁵⁴.

As espécies de provas previstas no Código de Processo Penal são: exame do corpo de delito, perícias em geral, interrogatório do acusado, confissão, perguntas ao ofendido, testemunhas, reconhecimento das coisas e pessoas, acareação, documentos.

O nosso ordenamento processual não atribui valor absoluto a nenhuma espécie de prova, todas possuem valor relativo e devem ser apreciadas de forma conjunta, nunca isoladamente. O legislador, na Exposição de Motivos do Código de 1941, fala da relatividade das provas: “*Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vis legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra.*”¹⁵⁵.

7.2.1. Confissão

Essa prova já foi considerada a rainha das provas. Hoje, tem seu valor relativizado, como ocorre com as demais espécies de provas. Ademais, depois

¹⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional** p. 550.

¹⁵⁵ Exposição de motivos do Código de Processo Penal

de Albert Einstein não se há mais falar em absoluto. Nenhuma prova tem valor absoluto, nem mesmo a confissão do acusado.

Para Francesco Carrara, “*diz-se confissão do réu qualquer afirmação por ele emitida em prejuízo próprio*”¹⁵⁶.

A confissão deve ser realizada em Juízo, e o acusado deve estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, devendo ter, ainda, conhecimento amplo de seus direitos constitucionalmente assegurados; também deve estar assistido por advogado. O artigo 199 do Código de Processo Penal trata da figura da confissão realizada extrajudicialmente, ou seja, fora do interrogatório. Entendemos que essa possibilidade não mais subsiste já que a confissão só poderá ser judicial.

No tocante à confissão, o dispositivo que mais nos chama a atenção é o artigo 198 do Código de Processo Penal: “*o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz*”.

Esse dispositivo, como tantos outros, é reflexo da concepção do Código de Processo Penal Brasileiro, autoritária, fascista. A parte final do dispositivo soa como uma “ameaça” velada ao acusado, como no ditado popular, “quem cala consente”.

¹⁵⁶ Op. Cit., p. 56

A democratização do processo penal exige a leitura desse dispositivo à luz das regras constitucionais trazidas pelo Constituinte de 1.988.

De fato, como a Constituição Federal consagra, como cláusula pétrea, o direito constitucional ao silêncio, não se pode admitir a persistência da parte final desse dispositivo. Não se há falar, pois, diante de preceitos constitucionais, possa o silêncio do acusado constituir elemento de prova para a convicção do julgador.

Essa parte final do art. 198 é de manifesta inconstitucionalidade.

O estudo do Código de Processo Penal nos mostra vários outros dispositivos em franca contradição com os preceitos constitucionais. Daí a necessidade de uma reforma total de nossa legislação processual penal. Porém, enquanto essa reforma não é feita, cabe aos aplicadores do direito a filtragem constitucional dos dispositivos do diploma processual penal.

7.2.2. Perguntas ao ofendido

A nenhuma prova se atribui valor absoluto. O julgador tem todo o contexto probatório para prolação da sua decisão. Com essa modalidade probatória, perguntas ao ofendido, não é diferente, e nem poderia ser, já que a vítima está ligada direta e emocionalmente ao caso penal. Ademais, o ofendido poderá ser influenciado de maneira a proteger (em caso de ameaça) ou de incriminar (vingança) o acusado, já que não presta compromisso de dizer a

verdade, nem tampouco pode ser processado pelo crime de falso testemunho, já que não é testemunha. No entanto, o ofendido tem conhecimentos de grande relevância para o processo; por isso, deve ser ouvido. De acordo com o disposto no artigo 201, parágrafo único, se o ofendido intimado deixar de comparecer poderá ser conduzido coercitivamente.

Outrossim, há tipos penais em que as perguntas ao ofendido são fundamentais, como por exemplo nos crimes sexuais, que são crimes cometidos, no mais das vezes, às escondidas, o mais distante possível de outras pessoas, de forma a dificultar a produção probatória.

7.2.3. Testemunhas

Conforme Francesco Carrara, *“denomina-se testemunha qualquer pessoa de que nos servimos para dar fé sobre algo duvidoso”*¹⁵⁷.

Por sua vez, Antonio Scarance Fernandes assinala que *“Testemunha é pessoa que presta declarações a respeito de um fato de que tem conhecimento, ou ainda, sobre aspectos ligados a determinada pessoa. Por meio dela produz-se prova relevante no processo penal, pois na maioria das vezes, a verificação do crime e da autoria depende de depoimentos testemunhais”*¹⁵⁸.

¹⁵⁷ CARRARA, Francesco, Op. Cit., p. 60.

¹⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance, Op. Cit., p. 76

Constitui o mais comum meio de prova no processo penal brasileiro. No entanto, da mesma forma que os outros meios de prova, seu valor probatório é relativo, e deve ser analisado como parte de um contexto, incapaz de isoladamente levar à condenação ou à absolvição.

No que tange às testemunhas, nosso sistema adota o chamado presidencialista, consubstanciado na mediação através do juiz. Nesse sentido, observe-se o disposto no artigo 212, do Código de Processo Penal, através do qual as perguntas serão dirigidas ao **juiz** que as fará ao depoente. Não se permite às partes façam perguntas diretamente à testemunha.

A prova testemunhal tem como características: a) oralidade – é vedado o depoimento por escrito. A testemunha dará seu depoimento sempre de forma oral e este será reduzido a termo; b) objetividade – o depoimento deve ser objetivo, não podendo a testemunha emitir sua opinião pessoal acerca do imputado ou do fato, apenas narrar de maneira objetiva o que viu, ouviu ou presenciou; c) retrospectividade – serão objeto do depoimento os fatos passados dos quais se tem conhecimento.

De acordo com o 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa poderá ser testemunha, sendo certo ainda, que a testemunha não poderá se recusar a depor sobre fatos dos quais tenha conhecimento, sendo passível de condução coercitiva. Há exceções, no entanto, expressamente previstas no diploma processual, que indica aquelas pessoas que podem se recusar a dar seu

depoimento (artigo 206), tais como ascendente, descendente, cônjuge, dentre outros. Trata-se de pessoas que em razão do parentesco não podem ser obrigadas a testemunhar. Essa medida constitui até forma de proteção à família. Ademais, o depoimento dessas pessoas, via de regra, estará contaminado pela parcialidade, ou então, se o inverso, trará sérias discórdias familiares.

Por sua vez, artigo 207 do Código de Processo Penal elenca as pessoas proibidas de depor: *“são proibidas de depor quem, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devem guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”*. O dispositivo refere-se ao sigilo profissional, como no caso de psiquiatras, padres, advogados, terapeutas.

Outrossim, uma vez desobrigado pela parte, deverá depor da mesma forma que as outras testemunhas, podendo ser conduzido coercitivamente, sendo passível do crime de falso, multa etc. Quando arrolada pela parte interessada, essa desobrigação de que trata o artigo 207 será considerada tácita. Do contrário, a autorização deverá ser expressa.

Todas as testemunhas arroladas terão que prestar o compromisso de dizer a verdade sobre os fatos de que tenha conhecimento, sob pena de incorrerem no crime de falso testemunho. O depoimento das testemunhas será sempre oral, jamais por escrito. Conforme Fernando Costa Tourinho Filho *“o compromisso que a testemunha assume de dizer a verdade do que souber e lhe*

for perguntado representa, apenas, um estímulo moral, pois se ela afirmar uma falsidade, negar a verdade, ou calar o que souber, responderá pelo crime de falso testemunho”¹⁵⁹.

Cabe ao juiz fazer a advertência à testemunha quanto ao compromisso de dizer a verdade.

A respeito, assinala Marco Antonio de Barros: “

Na realidade, o objetivo principal do legislador não é o de punir o autor do depoimento cujo conteúdo seja inverídico, mas sim o de fazer prevalecer a verdadeira reprodução dos fatos, pois se o depoente – autor do crime de falso testemunho – se retratar ou declarar a verdade antes da sentença, o fato em si deixar de ser punível (art.342,§ 3º, do CP).”¹⁶⁰

As pessoas elencadas nos artigos 208 do Código de Processo Penal não prestam compromisso de dizer a verdade; portanto, não responderão pelo crime de falso testemunho; são consideradas informantes do juízo e não testemunhas propriamente ditas. Contudo, nada impede que o juiz queira ouvi-las, mas o fará como informantes. As partes poderão, ainda, exercer o direito à contradita, significa dizer que as partes poderão rejeitar determinadas testemunhas, claro que de maneira motivada, funcionando ainda, como mecanismo de controle daquelas impedidos de depor, ou por serem suspeitos ou impedidos.

¹⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando Costa, Op. Cit., p. 516

¹⁶⁰ BARROS, Marco Antonio, Op. Cit. p. 195

O sistema de inquirição das testemunhas é o presidencialista, ou seja, todas as perguntas serão formuladas ao juiz que as fará ao depoente.

O momento da inquirição das testemunhas é de fundamental importância para o julgador dada sua característica de oralidade e imediação. A relevância da busca da verdade processual é uma vez mais evidenciada em se tratando de prova testemunhal, no instante em que o juiz poderá, ainda, promover a acareação das testemunhas quando as declarações forem contraditórias ou julgar necessário para o esclarecimento de pontos controvertidos.

Ainda segundo Marco Antonio de Barros:

“Assim em virtude de divergências ou contradições encontradas nas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes, pode o juiz, ex officio ou a requerimento das partes, determinar que uma testemunha se coloque em presença da outra, a fim de se chegar á verdade e desse modo concluir pela exata afirmativa ou negativa dos depoimentos contraditórios”¹⁶¹.

Quando do depoimento de forma oral, e posteriormente reduzido a termo, se estabelece dialeticamente a busca da verdade em concomitância com o convencimento do juiz. Sobretudo, considerando que a inquirição se dará sempre com a presença do imputado.

Por isso, salienta Marco Antonio de Barros: *“no momento em que o juiz dialoga com a testemunha, é mister colher o depoimento com cautela redobrada*

¹⁶¹ BARROS, Marco Antonio, Op. cit. p. 197

para que possa extrair desse contato tudo aquilo que facilite o descobrimento da verdade, cabendo-lhe, inclusive, proceder a inquirição de maneira que as indagações possam ser compreendidas pelo depoente”¹⁶².

A prova testemunhal é, ainda, a de mais difícil valoração, na medida em que sua produção traz consigo a necessidade da confiança, além da possibilidade de manipulação da “verdade”, falsa percepção, bem como as conseqüências daí advindas. Uma testemunha com dons cênicos facilmente consegue manipular fatos e versões. É de considerar, ainda, a dificuldade de reconstrução de fatos ocorridos no passado, no tocante à capacidade de memória cognoscitiva, muitas vezes de longo tempo, com toda a riqueza de detalhes que se faz necessário em alguns crimes.

Isso reafirma a importância da adoção da identidade física do juiz também no processo penal, de forma a permitir ao julgador a formação de um efetivo convencimento.

7.2.4. Acareação

A acareação está prevista no art. 229 do Código de Processo Penal: “*a acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as*

¹⁶² Id, p. 196

peçoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes”.

É requisito fundamental para a produção dessa prova que já tenha havido a oitiva das pessoas elencadas no artigo 229, e que haja pontos controvertidos ou divergentes, a serem esclarecidos, com relevância processual. O valor probatório da acareação é, como todas as outras provas, relativo, devendo ela ser analisada no contexto probatório.

Note-se que essa modalidade probatória também é de fundamental importância para o julgador, quando da construção do seu convencimento para condenação ou absolvição do acusado.

Por outro lado, se o julgador, constatando a controvérsia ou divergência entre declarações ou depoimentos, e considerando relevante a circunstância para a decisão da causa, determina a acareação, como forma de averiguar, pela reação das pessoas postas em confronto, qual delas está com a verdade, a decorrência lógica é que seja este juiz o julgador do feito. De nada adiantaria a acareação se o julgador for outro juiz, que não aquele que realizou a acareação. Não resta dúvida que é diferente para o juiz assistir pessoalmente a acareação, sentido as reações dos partícipes, e ler a fria descrição, em um auto, do que ocorreu por ocasião desse ato processual.

7.2.5. Interrogatório do acusado

7.2.5.1. Natureza jurídica do interrogatório

O interrogatório do acusado é, dentre as espécies de prova, a mais rica, e aquela que serve para demonstração da necessidade da vinculação do juiz ao processo.

Segundo Antonio Scarance Fernandes, *“Além da defesa técnica, decorre da ampla defesa constitucional a garantia de autodefesa. A autodefesa, de que aqui se cuida, é aquela exercida pelo próprio acusado.”*

Mais adiante, completa: *“O direito à autodefesa, embora não possa ser desprezado pelo juiz, é renunciável, não podendo o acusado ser obrigado a comparecer para o interrogatório ou para a realização de atos processuais”¹⁶³.*

O direito á autodefesa pode ser exercido em diversos momentos processuais, através do direito de petição (de postular pessoalmente), ou por ocasião da audiência. Segundo Antonio Scarance Fernandes, *“O direito de audiência consiste no direito que tem o acusado de pessoalmente, apresentar ao juiz da causa a sua defesa. Isso se manifesta por meio do interrogatório”¹⁶⁴.*

É nesse ato que o imputado terá a oportunidade primeira de estar frente a frente com o julgador, poderá olhá-lo nos olhos, dar a sua verdade, a sua versão acerca do fato; poderá, ainda, demonstrar a ausência de sua culpa ou até mesmo,

¹⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance, Op. Cit., ps. 279 e 280.

¹⁶⁴ Id, Ob. cit. p. 280

o seu grau de culpa. O interrogatório é o momento inicial da formação do convencimento do julgador. Por isso, é fundamental que o julgador seja o mesmo no transcorrer de todo o processo, até a sentença final.

Discute-se se o interrogatório é meio de prova ou meio de defesa.

Prova, conforme De Plácido e Silva, *“entende-se, assim, no sentido jurídico, a denominação que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência do fato ou do ato demonstrado”*. E prossegue: *“A prova consiste, pois, na demonstração de existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta”*¹⁶⁵.

Ainda segundo De Plácido e Silva, *“na técnica processual, por defesa entende-se toda produção de fatos ou dedução de argumentos apresentada por uma pessoa em oposição ao pedido ou alegado por outrem, numa causa ou acusação”*¹⁶⁶.

A Constituição Federal consagra o princípio da ampla defesa em seu art. 5º, LV, prescrevendo que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Essa ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, compreende tanto a autodefesa, como a defesa técnica.

¹⁶⁵ SILVA, De Plácido e, Op. cit., p. 656

¹⁶⁶ Id., p. 245.

A Autodefesa se dá com o interrogatório do acusado, oportunidade em que pode manifestar, de viva voz, ao juiz do feito, sua versão dos fatos. Compreende, também, a ciência de todos os atos do processo.

Já a defesa técnica é aquela desenvolvida por um profissional habilitado para tal.

O Código de Processo Penal de 1.941, de tendência autoritária, classificou o interrogatório como meio de prova, incluindo sua disciplina no Título VII do Livro I, intitulado “Da Prova” (capítulo III).

Por força disso, a doutrina processual sustentou, num primeiro momento, que o interrogatório constituía meio de prova.

Hélio Tornaghi afirma que “*o interrogatório, pois, na lei em vigor, é meio de prova*”. E, depois de dizer que isso não significa que dele não se possa valer o réu para se defender, completa que “*o objetivo do interrogatório é provar, a favor ou contra*”¹⁶⁷.

José Frederico Marques, ao dizer que se trata de fonte de convicção das mais relevantes, refere-se a ele como meio de prova¹⁶⁸.

Outros vêem no interrogatório, a despeito de sua colocação no Título relativo às provas, um meio de defesa.

¹⁶⁷ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.997, 10ª ed., p. 359.

¹⁶⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Ed. Bookseller, 1.997, p. 299

Inocência Borges da Rosa sustenta que o interrogatório tem o caráter de meio de defesa¹⁶⁹.

Anota Luigi Ferrajoli: “*No modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar*”¹⁷⁰.

Fernando Capez, por seu turno, salienta que:

*“ao contar a sua versão do ocorrido o réu poderá fornecer ao juízo elementos de instrução probatória, funcionando o ato, assim, como meio de instrução da causa. Todavia, essa não é a finalidade à qual se predispõe, constitucionalmente, o interrogatório, sendo a sua qualificação como meio de prova meramente eventual, insuficiente, portanto, para conferir-lhe a natureza vislumbrada pelo Código de Processo Penal”*¹⁷¹.

A Constituição Federal de 1.988, ao tutelar o direito ao silêncio na categoria dos direitos e garantias fundamentais, reforçou, sem dúvida, a natureza jurídica do interrogatório como sendo meio de defesa.

¹⁶⁹ ROSA, Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1.982, 3ª ed., p. 296.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit. pág. 560

¹⁷¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1.999, 3ª ed., p. 260

José Renato Nalini e José Carlos G. Xavier de Aquino, depois de dizerem que o interrogatório, no processo penal brasileiro, é meio de prova, com citação de Giovanni Leone, salientam que “*considerado modernamente como meio de defesa, o interrogatório é a oportunidade para o réu esclarecer o juízo sobre os motivos ensejadores do processo-crime É lhe facultado fazer quaisquer declarações, verbalmente ou por escrito*¹⁷².”

Júlio Fabbrini Mirabete assinala que, “*inserido no Título VII (Da Prova), deve-se considerar que, perante nossa legislação, o interrogatório do acusado é meio de prova. Mas, como se observa agudamente na doutrina, não se pode ignorar que ele é, também, ato de defesa, pois não há dúvida que o réu pode dele valer-se para se defender da acusação, apresentando álibi, dando a sua versão dos fatos, etc.*”¹⁷³.

Como quer que seja, não se pode negar a natureza dúplice do interrogatório: constitui tanto meio de prova, como meio de defesa.

7.2.5.2. Inovações introduzidas no interrogatório pela Lei 10.792/2003.

A Lei 10.792/2003, de índole nitidamente garantista, trouxe profundas modificações à disciplina do interrogatório, alterando toda a sua estrutura, e

¹⁷² NALINI, José Renato e AQUINO, José Carlos G. Xavier, Op. Cit., p. 244.

¹⁷³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 18ª ed., 2007, p. 272 (Revista e atualizada por Renato N. Fabbrini)

estabelecendo maiores garantias ao imputado. Deu nova redação aos arts. 185 a 196, e revogou expressamente o art. 194.

Essas modificações objetivaram aperfeiçoar o ato do interrogatório em sua dúplici natureza, embora com maior ênfase na perspectiva de defesa¹⁷⁴.

Cinco as alterações mais significativas introduzidas por esse diploma legal em nossa sistemática processual penal: a) necessidade de citação pessoal do réu preso; b) local da realização do interrogatório; c) adequação constitucional quanto ao direito ao silêncio; d) presença do advogado, com possibilidade de entrevista prévia e reperguntas pelas partes; e) extinção da figura do curador ao réu menor de 21 anos.

O art. 360 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 10.792, passou a estabelecer que *“se o réu estiver preso, será pessoalmente citado”*. A redação originária estabelecia que *“se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo no dia e hora designados”*.

Essa redação anterior gerou inúmeros equívocos, havendo quem sustentasse, de forma equivocada, a desnecessidade de citação do réu preso. O correto entendimento não era esse, mas sim que o dispositivo apenas e tão somente se referia à necessidade de requisitar o seu comparecimento à autoridade competente.

¹⁷⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini, Op. Cit., p. 272.

A nova redação explicitou a necessidade da citação do réu preso por Oficial de Justiça.

O art. 185, “caput”, do Código de Processo Penal, com a modificação introduzida pela Lei n. 10.792, ficou com a seguinte redação: “*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*”.

O § 1º deste artigo 185, assim dispõe: “*O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal*”.

Antes da Lei 10.792, prevalecia a regra do art. 792, no sentido de que as audiências, sessões e atos processuais deviam, em regra, ser realizados nas sedes dos juízos e tribunais.

A nova redação decorreu da necessidade de redução de custos com o transporte de presos até o local da audiência, bem assim os riscos de fuga durante esse transporte.

Contudo, não se pode negar que a alteração também trará custos, com a necessidade de deslocamento dos juízes, servidores da justiça, promotores de justiça, advogados. Também o objetivo de obstar a fuga acaba perdendo a razão

de ser no momento em que se lembra da necessidade de presença do preso também nas demais audiências.

São inúmeras as desvantagens da realização do interrogatório no estabelecimento carcerário: ausência de local adequado em nossos estabelecimentos prisionais; instabilidade carcerária; estímulo a rebeliões, dada a ciência dos presos da presença de autoridades no local.

A regra deve ser interpretada, pois, como possibilidade, em casos especiais, de ser o interrogatório realizado no estabelecimento prisional.

O Código de Processo Penal, em sua redação originária estabelecia, no art. 186: *“Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”*.

Com a Constituição Federal de 1.988, que prevê, em seu art. 5º, LXIII, o direito do réu de permanecer calado, sem qualquer restrição, a ressalva da parte final do art. 186 foi dada como derogada.

Como salienta Celso Ribeiro Bastos,

“a Constituição tornou sem efeito o Código de Processo Penal, bastando, para confirmar tal assertiva, verificar-se que este último ordenamento determina: o réu não está obrigado a responder, mas será advertido de que seu silêncio pode ser interpretado em prejuízo da própria defesa; durante o interrogatório, consignar-se-ão as

perguntas que o acusado deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo, e o silêncio do acusado não importará em confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz (Cf. CPP, arts. 1186, 191 e 198). É de se observar, ainda, que o inc. LXIII significa um retorno à tradição de máximo respeito à inviolabilidade do direito de defesa do ordenamento processual brasileiro (cf. Código Processual do Distrito Federal, art. 296), descaracterizado pelo cunho autoritário que foi impresso ao Decreto-Lei n. 3.689/41 (Código de Processo Penal)”¹⁷⁵.

Aliás, essa ressalva implicava em ofensa aos princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

Com a nova redação dada pela Lei 10.792/2003, o texto ficou com a seguinte redação: “*Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas*”. Completa o parágrafo único: “*O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*”.

¹⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, vol. 2, p. 296.

Em contradição com o espírito que norteou a modificação legislativa, o art. 198 estabelece que “*o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz*”.

Ora, se constitui direito constitucional do réu permanecer calado, se o seu silêncio não implica em confissão, nem pode ser interpretado em prejuízo da defesa, como poderá ele constituir elemento para a formação do convencimento do juiz?

Servindo de elemento para a formação do convencimento do juiz, tudo o mais será jogado por terra, de vez que o silêncio poderá, a critério do julgador, ser interpretado em prejuízo da defesa.

Júlio Fabbrini Mirabete sustenta que esse dispositivo foi derogado pelo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal¹⁷⁶.

Outra, aliás, não poderia ser a conclusão, em respeito aos preceitos constitucionais já referidos.

Relativamente à participação do advogado no ato, dispõe o art. 185, em sua nova redação: “*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*”.

¹⁷⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Ed. Atlas, 2002. 9ª ed., p. 543.

Completa o § 2º: *“Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”*.

A redação anterior, como já visto, não fazia qualquer referência à presença do defensor, constituído ou nomeado.

Embora o entendimento dominante anteriormente já fosse esse, o certo é que o preceito deixa claro, agora, a necessidade de comparecimento do defensor ao interrogatório, não podendo o juiz realizar o ato sem que o réu esteja acompanhado de sua defesa técnica, sob pena de nulidade.

Recomendável, por questões práticas, que do mandado de citação conste que o réu deverá comparecer acompanhado de advogado de sua preferência, sem o que o ato será realizado com defensor dativo.

O novo texto assegura ao réu, também, a possibilidade de entrevista reservada com seu defensor. Veja-se que o texto legal usa a expressão *“assegurar”*, no sentido de se tratar de um direito do réu, e não um dever. Desta forma, se o réu já tiver conversado, em data anterior, com o seu defensor, poderá dispensar essa entrevista prévia.

O Juiz, se o réu manifestar desejo dessa entrevista prévia com seu defensor, deverá providenciar local adequado, tomando-se cautelas, em caso de réu preso, contra eventual fuga. Tais cautelas, que poderão abranger ser o réu algemado, devem ser devidamente justificadas pelo magistrado.

Como a regra se localiza em dispositivo que trata do interrogatório em geral, aplica-se tanto ao réu solto como ao réu preso.

Outra inovação de grande importância para a efetivação da amplitude do direito de defesa, é a nova redação dada ao art. 188: *“Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”*.

Anteriormente, vigorava o disposto no art. 187: *“O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”*.

Não mais vigora, portanto, a impossibilidade de reperguntas ao réu. Poderão as partes, agora, formular as perguntas que entenderem necessário, se entenderem haver algum fato para ser esclarecido.

Antes desse dispositivo, o interrogatório era ato dirigido exclusivamente ao juiz. Agora, atento ao crivo do contraditório a que toda espécie de prova deve ser submetida, as partes podem também formular perguntas que objetivem aclarar ainda mais o fato ocorrido.

Isso revela a intenção do legislador de dar ao interrogatório a natureza não só de meio de defesa, mas também de meio de prova, reforçando sua natureza mista.

Outra modificação importante trazida pela Lei 10.972 foi a extinção da figura do curador do réu menor, como previa o art. 194 do Código de Processo Penal, em sua redação originária: “*se o acusado for menor, proceder-se-á ao interrogatório na presença de curador*”.

Esse dispositivo foi expressamente revogado pela Lei 10.972.

Até a vigência do Código Civil de 1.916, entendia-se menor, para os fins deste dispositivo, o réu penalmente capaz (maior de 18 anos) e civilmente capaz apenas parcialmente (até os 21 anos).

Com a vigência do Código Civil de 2.002 (Lei n. 10.406/02), passou-se a considerar a capacidade plena aos 18 anos, coincidindo com a maioridade penal. Consequentemente, perdia razão de ser aquela regra.

Durante a vigência da exigência de curador, a Súmula n. 352 do Supremo Tribunal Federal estabelecia não ser nulo o processo penal por falta de nomeação de curador ao réu menor que teve a assistência de defensor dativo. Considerava-se que a assistência do defensor supria a ausência do curador.

Tal é a relevância do interrogatório que o legislador prevê, expressamente, a sua realização a qualquer tempo, e repetidas vezes se necessário for.

O art. 196, em sua redação originária, previa que “*a todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório*”. Com a nova redação, esse dispositivo

ficou assim redigido: “*A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes*”.

Deu-se mais ênfase a essa possibilidade, agora com previsão expressa de requerimento fundamentado por qualquer das partes.

Esse dispositivo tem o condão de garantir o direito de defesa de maneira mais efetiva, sendo que a necessidade de fundamentação do pedido pelas partes não constitui nenhum óbice, já que o juiz é o destinatário da prova e pode indeferir qualquer delas. Ademais, as partes poderão, se entender indevido o indeferimento, fazer uso do duplo grau de jurisdição, com base no cerceamento de defesa.

Esse é outro dispositivo a indicar a intenção do legislador de considerar o interrogatório como ato de natureza mista: meio de defesa e meio de prova.

O art. 187, em sua nova redação, disciplina a dinâmica do interrogatório: “*O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos*”.

O § 1º cuida da primeira parte, sobre a pessoa do acusado: “*Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou*

condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais”.

O § 2º trata da segunda parte do interrogatório, relativa aos fatos:

“Na segunda parte será perguntado sobre:

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita;

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela;

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta;

IV - as provas já apuradas;

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido;

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração;

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.”

Embora não se trate de questão pacífica, não se pode negar, sobretudo face aos princípios constitucionais que impregnam o processo penal, que todas as regras previstas para o interrogatório judicial são plenamente aplicáveis ao interrogatório na fase do inquérito policial.

No tocante a esse direito tão relevante para o imputado, mais uma vez trazemos à colação Luigi Ferrajoli:

“Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessário, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações”.

Continua, mais adiante: *“A primeira dessas duas condições exige que o imputado seja assistido por um defensor, de modo a competir com o Ministério Público”¹⁷⁷.*

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit. pág. 565.

7.2.5.3. Interrogatório por videoconferência

O Conselho Superior da Magistratura no Estado de São Paulo, com o Provimento CXCI, de 19 de novembro de 1.984, previu a possibilidade de realização do interrogatório através de carta precatória.

A medida, no entanto, foi objeto de inúmeras críticas.

Em 1.996, Luiz Flávio Gomes, na ocasião Juiz de Direito da 26ª Vara Criminal de São Paulo - SP, realizou experiência de interrogatório à distância, valendo-se da informatização, estando o interrogado na Casa de Detenção, e o Magistrado em sua sala de audiências.

O evento é referido por José Renato Nalini e José Carlos Xavier G. de Aquino:

“O experimento foi assistido pelo Corregedor Geral da Justiça, o desembargador Márcio Martins Bonilha, que reconheceu os méritos da iniciativa e as vantagens daí resultantes: a desnecessidade do deslocamento físico do réu até o centro da megalópole, atendendo-se à economia processual e de recursos materiais, a par da preservação da segurança. Com a implantação de rede informatizada com tecnologia de ponta em unidades federadas como São Paulo, a providência poderá ser aperfeiçoada. Pois melhor conviria que o Juiz tivesse condições de visualizar o interrogando no momento mesmo do interrogatório, apreendendo sua expressões faciais, o termos por ele utilizados e a sua segurança ou hesitação, daí extraíndo – de sua

postura e de suas respostas – o fato de convencimento sempre necessário à mais adequada realização do justo concreto”¹⁷⁸.

Em 5 de janeiro de 2.005, foi promulgada, no Estado de São Paulo, a Lei n. 11.819, autorizando o interrogatório e a audiência de presos por videoconferência. Eis o teor de seu art. 1º: “*Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais*”.

Quanto à Constitucionalidade da lei paulista, é preciso lembrar que nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, compete **privativamente** à União legislar sobre direito processual, enquanto que o art. 24, inciso XI, estabelece que os Estados podem legislar **concorrentemente** sobre procedimento.

Procedimento, para Antonio Carlos de Araújo Cintra et al, é “*apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível*”, enquanto que a noção de processo “*é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional)*. A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal

¹⁷⁸ NALINI, José Renato e AQUINO, José Carlos G. Xavier, Op. Cit., p. 250;

do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”¹⁷⁹.

Ora, a lei paulista, ao disciplinar ato processual da importância do interrogatório, não legislou sobre procedimento, mas sim sobre processo.

Logo, a lei paulista se reveste mesmo de manifesta inconstitucionalidade.

É grande a polêmica que o tema tem suscitado.

São dois os principais argumentos utilizados em defesa do interrogatório por videoconferência: um de natureza econômica e outro relacionado com a segurança.

Como são grandes os dispêndios com o deslocamento de presos, com as respectivas escoltas, até o Foro, costuma-se apontar a economia como uma das vantagens da desnecessidade de apresentação do réu preso no edifício do Fórum. A videoconferência, portanto, implica em generosa economia aos cofres públicos.

Além disso, tais deslocamentos constituem oportunidade de fugas, gerando insegurança geral.

Os adversários do sistema arrolam diversos argumentos. O principal deles é retirar do preso a oportunidade de ver-se frente a frente com o magistrado. É no interrogatório que o réu preso tem a oportunidade de um

¹⁷⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 23ª ed., 2007, p. 295.

contato *pessoal* com o juiz em nosso sistema processual, e assim conhecer o seu julgador e ser por ele conhecido, falando-lhe diretamente.

Costuma-se dizer, também, que o interrogatório por videoconferência elimina a publicidade do ato. O inciso LX do art. 5º da Constituição Federal estabelece que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem”. Ora, a restrição à publicidade do interrogatório nesse caso não se fará nem em defesa da intimidade de quem quer que seja, como também por interesse social.

Mais ainda, não se garante nem a integridade física nem a liberdade de expressão do preso, porque o carcereiro, ao contrário do juiz, é quem estará ao lado.

Além disso, essa forma de interrogatório, por não haver previsão legal, violaria o devido processo legal.

Também restaria violado o princípio da ampla defesa, que compreende não só a defesa técnica, a cargo de um profissional do Direito devidamente habilitado (art. 261, parágrafo único, do CPP), como a autodefesa ou defesa pessoal, exercitada esta pelo próprio acusado, ao longo do processo, e especialmente no momento do interrogatório.

Vivemos em uma sociedade do imediatismo, da velocidade. Recebemos informações imediatas sobre todos os assuntos através dos meios de comunicações, notadamente através da rede mundial de computadores. Hoje, assistimos em tempo real até julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores.

Há uma busca pela imediatidade incansável, tudo deve ser muito rápido. É esse o principal anseio da sociedade moderna, a rapidez, o imediato.

François Ost, citando P. Virilio, teórico da velocidade, diz:

“o nosso mundo tornou-se o da presença virtual, da telepresença: não apenas telecomunicação mas também tele-ação (trabalho e compra a distância, por exemplo) e logo, tele-sensação (graças a data suit, combinação interativa de dados que permite sentir e tocar a distância) (28.000 km/h, velocidade necessária para nos tirar da gravidade terrestre): o mundo deixa de nos opor qualquer resistência; os intervalos de tempo e de espaço remetem-se de zero ou quase; o tempo ultracurto, o instante de razão da conexão eletrônica. Um “muro do tempo” é assim ultrapassado, transformando nossos tempo de referência: escalas, grandezas, horizontes, duração, tudo é rebaixado no espaço-mundo da comunicação planetária em tempo real”¹⁸⁰.

O direito não pode e nem deve obedecer a essas imediatidades. O direito tem o seu tempo, sobretudo quando falamos do direito processual penal. Não se defende um direito inerte, imóvel, mas sim que se movimente em direção a dar maior eficácia aos direitos fundamentais.

¹⁸⁰ OST, François, Op. Cit., p. 328.

É claro que o Judiciário deve se posicionar de maneira mais célere e efetiva possível, mas é preciso que tenhamos cautela com a cultura da urgência, como salienta François Ost:

“ao prometer o imediato, imediatamente”, a urgência nutre a cultura da impaciência que transforma qualquer prazo em prorrogação insuportável e qualquer transição por um bloqueio institucional, criticável. O sentido da expectativa sai disso profundamente alterado, longe de ser, como “o horizonte de expectativa” de que falavam Koselleck e Rococur, um tempo de preparação e uma fonte de esperança, ela é, doravante, entendida como fonte de retardamento e frustração. É a idéia de percurso que não é mais integrada: o caminho que se faz e o tempo que leva para atingir um objetivo determinado, a maturação das coisas e idéias que resulta nas realizações bem sucedidas.”¹⁸¹.

No entanto, não pode o Direito ficar alheio aos avanços tecnológicos.

José Renato Nalini e José Carlos G. Xavier de Aquino manifestam-se favoravelmente à adoção da videoconferência para o interrogatório do réu:

“Mais do que nunca, nos dias de hoje, diante da insegurança pública existente nos institutos prisionais, o que, com frequência tem ensejado constantes fugas, seja pela deficiência do organismo, seja pela corrupção que campeia solta no meio, força convir que a melhor solução, para não só minimizar os gastos diários que o Estado dispõe

¹⁸¹ Ibid, p. 334 e 335

nos transportes dos presos, como sobretudo para assegurar a integridade física das pessoas envolvidas com o sistema, é a adoção da video-conferência, modo seguro de cumprir com os ditames da lei, sem correr riscos com eventual fuga dos segregados”¹⁸².

Segundo Flávio Augusto Maretti Siqueira e Rafael Damaceno de Assis:

*"a idéia do interrogatório exploratório **on-line**, ao nosso ver, é uma experiência que está fadada ao insucesso porque peca por ignorar a malícia humana que se apresenta das mais diversas formas, visando sempre obter as vantagens e escusas para suas condutas erradas, que por estarem sem a presença física do juiz, abertas estarão as oportunidades a deturpação da verdade. Entendemos, ainda, que facilmente poderá ser burlada a ampla defesa e o contraditório, com a violação da Constituição pela insegurança na transmissão dos dados que poderão ser alterados por **rackers** hábeis na arte de destruir e manipular a realidade virtual. Pelo menos, por ora, entendemos inviável a criação dos interrogatórios virtuais, pela insegurança jurídica que revestiria o ato, pela falta de proteção eficaz nas transmissões de dados **on-line**.”¹⁸³.*

Leandro Nalini informa que na Itália, “*esse recurso tecnológico começou a ser utilizado, com grande sucesso, no combate ao crime organizado. O*

¹⁸² NALINI, José Renato. AQUINO, José Carlos G. Xavier, Op. Cit., p. 250.

¹⁸³ SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti; ASSIS, Rafael Damasceno. "Interrogatório on-line: Justiça virtual e insegurança processual" - www.ultimainstancia.com.br (06/03/07).

objetivo do “collegamento audivisivo a distanza”, assim denominado naquele país, foi proteger as testemunhas da indústria mafiosa que ali se instalara”, o mesmo tendo ocorrido também nos EUA, nos idos de 1983, quando “o sistema da videoconferência entrou em operação nos processos de crimes de abuso de menores, permitindo-se a audiência à distância para que a vítima não sofresse intimidação e traumas psicológicos diante de um reencontro com o autor do crime, o denominado face to face”¹⁸⁴.

Costuma-se objetar relativamente à adoção desse recurso tecnológico dizendo que ele cerceia o princípio da imediação, impossibilitando o contato físico do julgador com o réu, e impedindo a formação de melhor convicção do magistrado, além de configurar obstáculo ao contato do acusado com seu defensor, a macular o princípio da ampla defesa.

Não é exato, de início, que o interrogatório por vídeo-conferência implique em ofensa ao princípio da imediatidade, de vez que o preso não estará frente a frente com o juiz, impedindo-o da possibilidade de inferir suas reações, *“pois tendo em vista o avanço tecnológico a parafernália eletrônica empregada não se consubstancia em óbice para alcançar esse desideratum”¹⁸⁵.*

A tecnologia moderna permite a aproximação da imagem de forma a captar todos os detalhes do rosto do depoente, bem assim o controle de 360 graus do ambiente. É possível não só captar, como também gravar, todas as

¹⁸⁴ NALINI, Leandro. Com boa vontade. **Visão provinciana impede a evolução da videoconferência**. Revista Consultor Jurídico, 16 de agosto de 2.005.

¹⁸⁵ NALINI, José Renato. AQUINO, José Carlos G. Xavier. Op. Cit., p. 250.

expressões corporais e faciais do réu, o que possibilita rever o ato quantas vezes forem necessárias.

O procedimento também não implica, em absoluto, em obstáculo ao contato do acusado com seu defensor.

É possível, também, garantir a possibilidade do advogado conversar e orientar o réu, através de linha telefônica digital direta e exclusiva, o que garante o sigilo das informações. Pode o defensor, ao utilizar essa linha, pedir que o microfone da sala do réu permaneça desligado, garantindo a privacidade da conversa.

O Superior Tribunal de Justiça, no RHC 6.272-SP, rel. Min. Felix Fischer, julgado em 3/4/97, não anulou interrogatório “em tempo real”, porque não se demonstrou a existência de prejuízo para o réu. Deixou-se claro, no entanto, a excepcionalidade do método. Em outra decisão, RHC 15.558-SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu no mesmo sentido.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 88.914, relator o Min. Cezar Peluso, em sessão realizada no dia 14 de Agosto de 2007, anulou processo criminal em razão de haver sido o interrogatório realizado por videoconferência.

Apesar do Ministro Relator haver afirmado que *“a adoção da videoconferência leva à perda de substância do próprio fundamento do*

processo penal” e torna a atividade judiciária “*mecânica e insensível*”, o certo é que a decisão baseou-se muito mais na inexistência de lei regulamentando o interrogatório por videoconferência. Deixou expresso o Ministro Peluso, depois de fazer referência à ausência de lei regulamentadora: “*E, suposto a houvesse, a decisão de fazê-lo não poderia deixar de ser suficientemente motivada, com demonstração plena da sua excepcional necessidade no caso concreto*”.

No caso concreto, o acusado sequer foi citado com antecedência para o interrogatório, apenas intimado a comparecer, sendo certo ainda, que o juiz não fundamentou o motivo de o interrogatório ser realizado por meio de videoconferência.

Assim, a decisão em causa sinaliza pela possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência desde que haja lei regulamentando o ato, sejam preservados todos os direitos constitucionais do réu, e o magistrado justifique convenientemente a sua necessidade.

Percebe-se que o Ministro Cezar Peluso não repudia o interrogatório por videoconferência, mas sim a falta de previsão legal, e sua adoção sem as mínimas garantias dos direitos do acusado.

Em 24/10/07, o Plenário do Senado aprovou substitutivo da Câmara a Projeto de Lei do Senado (PLS 139/06) prevendo, como regra, a realização de interrogatórios e audiências judiciais de acusado preso por meio de videoconferência.

Em 31 de outubro de 2.007, a Comissão Diretora do Senado Federal, através do Parecer n. 995, de 2.007, apresentou a redação final do Projeto de Lei do Senado de n. 139, de 2.006, alterando o Código de Processo Penal para prever a videoconferência como regra no interrogatório judicial.

De acordo com esse projeto, deu-se nova redação aos dois parágrafos do art. 185, acrescentando-se também outros dois:

"Art. 185.

§ 1º Os interrogatórios e as audiências judiciais serão realizadas por meio de videoconferência, ou outro recurso tecnológico de presença virtual em tempo real, assegurados canais telefônicos reservados para a comunicação entre o defensor que permanecer no presídio e os advogados presentes nas salas de audiência dos Fóruns, e entre estes e o preso; nos presídios, as salas reservadas para esses atos serão fiscalizadas por oficial de justiça, funcionários do Ministério Público e advogado designado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º Não havendo condições de realização do interrogatório ou audiência nos moldes do § 1º deste artigo, estes serão realizados no estabelecimento prisional em que se encontrar o preso, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato.

§ 3º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.

§ 4º Será requisitada a apresentação do réu em juízo nas hipóteses em que não for possível a realização do interrogatório nas formas previstas nos §§ 1º e 2º deste artigo."

O substitutivo aprovado prevê também a possibilidade do juiz recorrer à videoconferência, ou a outro recurso tecnológico de presença virtual para ouvir testemunha presa, permitindo-se a presença de defensor.

Há dispositivo também no sentido de que as salas destinadas a videoconferência no interrogatório ou na audiência de presos tenham linhas telefônicas reservadas para a comunicação entre o defensor que permanecer no presídio e os advogados presentes na sala de audiência do fórum, e entre estes e o preso.

Há previsão, igualmente, na hipótese do depoimento do preso não puder ser colhido por meio de videoconferência, de sua realização no próprio estabelecimento em que o acusado estiver preso, desde que sejam garantidas a segurança do juiz e seus auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Estabelece ainda que, antes do início do interrogatório, o juiz permitirá ao acusado entrevista reservada com seu defensor.

Percebe-se, do exposto, que há clara preocupação do legislador com a preservação dos direitos do acusado.

Como salienta Luiz Flávio Gomes:

“Se todas suas garantias são observadas, não há como refutar o uso das novas tecnologias no âmbito da Justiça criminal. A medicina delas já faz uso abundantemente (até cirurgias delicadas são feitas on line). O bem jurídico liberdade merece respeito tanto quanto a vida. A tecnologia, por si só, não é nefasta. O uso dela pode ser. A questão, então, é como não utilizá-la nazistamente. Saiba como e use bem (do contrário, o ato será anulado prontamente)”¹⁸⁶.

A questão essencial reside na observância dos direitos e garantias fundamentais do acusado. Essa a premissa fundamental. Os direitos e garantias fundamentais transcendem a qualquer norma ou mesmo a todo o ordenamento jurídico.

Ademais, um povo civilizado e avançado não se mede pelo grau do avanço tecnológico, e sim pelo respeito à dignidade da pessoa humana e a todos os seus direitos e garantias fundamentais, próprios de um Estado Democrático de Direito.

Permitir o interrogatório por videoconferência, da maneira simplista proposta pela lei paulista, é minimizar um ato complexo, como o interrogatório, e reduzi-lo a ato processual a serviço de políticas criminais, que atendam a interesses financeiros do Estado.

¹⁸⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Senado aprova interrogatório por videoconferência*. Disponível em: <http://www.blogdofg.com.br> .31 outubro. 2007.

No entanto, com a regulamentação em lei federal, com a observância de todos os direitos e garantias fundamentais do réu, e sobretudo com a motivação da necessidade do ato, nada impede que o Poder Judiciário se modernize, agilizando o andamento do processo.

É preciso conciliar a modernidade com a amplitude de defesa. Isso poderá ser feito com a observância irrestrita de todos os princípios constitucionais, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, sob pena de nulidade do ato.

Assim, em havendo necessidade, poderá o interrogatório ocorrer por videoconferência, sem que isso influa na percepção do ato por parte do juiz.

8. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O art. 120 do Código de Processo Civil de 1.939 estabelecia que “*o juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentadoria houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o cargo*”. E completava o parágrafo único: “*se iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário*”.

Estava consagrado, neste texto legal, como regra geral, o princípio da identidade física do juiz, conseqüência do princípio da oralidade¹⁸⁷. E também do princípio da imediação.

Segundo Hernando Devis Echandia, a imediação aconselha que seja o juiz da instrução, civil ou penal, aquele que profere a sentença, como observou, há mais de um século, Jeremias Bentham, porque a reunião das provas se

¹⁸⁷ Conforme Celso Agrícola Barbi, citando a lição de Chiovenda, “*a oralidade consiste em um conjunto de princípios distintos, embora intimamente associados entre si*”. Tais princípios são, de forma resumida, prossegue o ilustre processualista, “*a) a prevalência da palavra falada sobre a escrita; b) imediação entre o juiz e as pessoas cujas declarações ele deva apreciar; c) identidade das pessoa física do juiz, isto é, o juiz que colher a prova é que deve julgar a causa; d) concentração dos trabalhos de colheita da prova, discussão da causa e seu julgamento em uma só audiência, ou em poucas audiências próximas no tempo; para que as impressões do julgador se mantenham frescas; e) inapelabilidade das interlocutórias para não suspender o curso da causa*” (Comentários ao Código de Processo Civil, 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, vol. 1, p. 536/537)

relaciona intimamente com a decisão, já que aquela é meio para chegar a esta, e sua correta apreciação é melhor assegurada por quem interveio em sua recepção (tradução)¹⁸⁸.

Assim, como regra, o juiz que realiza a instrução em audiência deveria julgar a causa. Mesmo na hipótese de transferência, promoção ou aposentadoria. Em caso de impossibilidade, em razão de falecimento ou moléstia, o juiz substituto deveria mandar repetir as provas produzidas oralmente.

Isso porque o juiz que preside a instrução, colhendo as provas, está em melhores condições de julgamento. A proximidade com a colheita das provas representava, no entender do Legislador de 1.939, para o magistrado, melhores condições de análise sobre a credibilidade dos depoimentos colhidos.

Além do mais, a decisão deve estar mais próxima possível da colheita das provas, porque isso ocorrendo estarão elas mais vivas no espírito do julgador.

Se a aceitação da regra, no sentido de que o juiz substituto que houvesse iniciado a instrução da causa em audiência, devesse concluir o julgamento, ainda que o efetivo assumisse o cargo, o certo é que nas outras hipóteses, em que essa obrigação continuava mesmo na hipótese de transferência, promoção ou aposentadoria, as críticas foram muitas.

¹⁸⁸ HECHANDIA, Hernando Devis, Op. Cit., p. 129: “*la inmediación hace aconsejable que el juez instructor, civil o penal, sea quien diete la sentencia de fondo, como lo observo hace más de un siglo Jeremías Bentham, porque la reunión de las pruebas se relaciona intimamente con la decisión, ya que aquélla es el medio para llegar a esta y su apreciación correcta es más posible por quien há intervenido en sua recepción*”.

Assinala Celso Agrícola Barbi:

“nessa parte, o excesso era evidente; em Estados de grande extensão territorial era inexecutável o preceito, porque o juiz não podia voltar à comarca anterior, para completar instrução de causas, ou para julgá-las. No caso de promoção, além desse mesmo inconveniente, havia outros, como o do juiz elevado a Desembargador, com funções já bem diversas e superiores, e que não podia receber facilmente o encargo de voltar aos trabalhos da instância inferior, prejudicando sua atividade no Tribunal”¹⁸⁹.

Como conseqüência de tais dificuldades, a jurisprudência acabou por afastar o cumprimento dessas disposições legais, apesar de sua taxatividade. O texto acabou se tornando letra morta.

O Código de Processo Civil de 1.973 procurou corrigir aqueles excessos, mantendo, no entanto, o princípio da identidade física do juiz no art. 132, nos seguintes termos: *“O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-lo, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas”*.

¹⁸⁹ BARBI, Celso Agrícola, Op. Cit., p. 538.

Como se observa, afastou-se a identidade física nas hipóteses de transferência, promoção ou aposentadoria do juiz que inicia a audiência. Manteve-se, no entanto, a possibilidade do juiz que assumir a condução do feito, mandar repetir as provas já produzidas¹⁹⁰.

A regra é aplicável tanto ao titular como ao substituto, mas a expressão audiência deve ser entendida, atendendo-se à finalidade do instituto, como aquela em que se colheu depoimento pessoal ou de testemunhas¹⁹¹.

¹⁹⁰ No particular, assinala Celso Agrícola Barbi: “Ao deixar a critério do novo juiz repetir, ou não, a prova, a lei atenua o rigor do princípio da imediação e o faz bem. Realmente, ao examinar os autos, poderá o julgador verificar que os depoimentos foram prestados em forma clara, demonstrando exato conhecimento dos fatos pelos declarantes, e que a inquirição correu sem incidentes. Tudo isto leva a crer que a repetição será supérflua. Mas se houve contradita de testemunhas, vacilações, imprecisões ou outros incidentes que aconselhem ao juiz formam uma impressão pessoal das testemunhas, ou partes, aí deve o juiz repetir a prova, para melhor poder avaliá-la” (Op. Cit., p. 539).

¹⁹¹ Cf. Celso Agrícola Barbi, Op. Cit., p. 538/539.

9. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inexiste, no sistema processual penal brasileiro, a exigência da identidade física do juiz.

Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais de Alçada Criminal e de Justiça de São Paulo:

“AÇÃO PENAL - Inobservância do princípio da identidade física do Juiz - Nulidade - Inocorrência: - Inteligência: art. 31 da Lei das Contravenções Penais.

5(a) - Incorre nulidade da Ação Penal se não foi observado o princípio da identidade física do Juiz , uma vez que o mesmo não vigora no Processo Criminal , mas, apenas, em sede Processual Civil. (Apelação nº 1.313.315/9, Julgado em 16/07/2.002, 12ª Câmara, Relator: Antonio Manssur (Presidente), RJTACRIM 62/34)”

“HABEAS CORPUS - Paciente condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor - Sentença prolatada por Juíza Substituta que não presidiu a instrução - Nulidade - Inocorrência - Princípio da identidade física do Juiz que não tem vigência no Código de Processo Penal - Ademais, inexistência de impedimento, nas Leis de

*Organização Judiciária, para proferir a decisão - Ordem denegada.
(Habeas Corpus n. 303.756-3 - Cardoso - 6ª Câmara Criminal -
Relator: Debatin Cardoso - 10.02.00 - V. U.)”*

*“JUIZ - Identidade física - Inexistência - Magistrado que não
presidiu os atos instrutórios e proferiu sentença. Nosso Código de
Processo Penal não adota o princípio da identidade física do juiz .
Assim, o juiz que não presidiu a realização dos atos processuais não
esta impedido de preferir sentença, julgado o mérito. (Apelação Cível
n. 226.258-3 - São José do Rio Preto - 4ª Câmara Criminal de
Julho/97 - Relator: Bittencourt Rodrigues - 18.11.97 - V. U.)”*

*“JUIZ - Identidade física - Inexistência - Magistrado que não
presidiu os atos instrutórios e proferiu sentença. Nosso Código de
Processo Penal não adota o princípio da identidade física do juiz .
Assim, o juiz que não presidiu a realização dos atos processuais não
esta impedido de preferir sentença, julgado o mérito. (Apelação Cível
n. 226.258-3 - São José do Rio Preto - 4ª Câmara Criminal de
Julho/97 - Relator: Bittencourt Rodrigues - 18.11.97 - V. U.)”*

*“LATROCÍNIO - Preliminar de inépcia da denúncia repelida, vez,
que descreveu o subscritor os fatos com perfeição, permitindo o*

exercício de ampla defesa, não sendo, aliás, depois da sentença, o momento próprio para argüí-la - Preliminar de infração ao princípio de identidade física do juiz não acolhida, a teor de não vigorar no processo penal - Preliminar de incompetência do juízo que se entrosa com o mérito - Condenação que tem amplo respaldo na prova, consubstanciada na confissão e delação dos réus na fase inquisitiva e depoimentos testemunhais prestados em juízo, além da apreensão do veículo subtraído da vítima na posse de um dos co-réus - Prova suficiente de que o móvel do crime foi a referida subtração, tendo os homicídios sido perpetrados para a consecução desse objetivo - Demonstrada ficou a co-autoria, e não a participação de menor importância de algum dos co-réus ou que algum deles quisesse participar de crime menos grave, ou mesmo que um deles tenha praticado outro crime (receptação) que não o latrocínio - Penas exacerbadas com acerto, sobretudo porque duas foram as vítimas, uma delas, a namorada do proprietário do auto, que somente foi morta porque estava junto com este, e não seria exagero se houvesse a MMª Juíza procedido o aumento maior das sanções, raiando o limite máximo - Recursos não providos. (Apelação Criminal n. 242.360-3 - São Paulo - 3ª Câmara Criminal - Relator: Walter Guilherme - 18.08.98 - V. U.)”

“TRÁFICO - Caracterização - Possibilidade de nomeação de curador, no auto de prisão em flagrante, ao réu menor de 21 anos, na pessoa de funcionário público, mesmo que integrante da polícia - Inexistência de impedimento legal - Inaplicabilidade do princípio da identidade física do Juiz ao processo penal - Confissão extrajudicial corroborada pela prova produzida no contraditório - Validade dos testemunhos policiais - Ausência de flagrante forjado - Recurso não provido. (Apelação Criminal n. 271.012-3 - Diadema - 3ª Câmara Criminal - Relator: Walter Guilherme - 29.06.99 - V.U.)”

Do Superior Tribunal de Justiça;

“AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO PENAL. INTERROGATÓRIO. DELEGAÇÃO DE SUA REALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA .

- 1. O interrogatório, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, é meio de prova e de defesa.*
- 2. Pode sua realização, a teor da letra do § 1º, do art. 9º, da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, ser delegada a juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem, dispondo, em idêntico sentido, o Regimento Interno do STF - art. 239, § 1º - e, também, o Regimento Interno do STJ - art. 225, § 1º.*
- 3. O princípio da vinculação do Juiz não vigora no processo criminal brasileiro, ausente prejuízo para a defesa, dado que a letra do art. 196 do Código de Processo Penal, admite a possibilidade de nova inquirição, caso necessário.*

4. *Agravo regimental desprovido.*

(AGRAPN 224/SP (200201188409), CORTE ESPECIAL, RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, DATA DA DECISÃO: 18/08/2004, FONTE: DJ DATA: 20/09/2004 PG: 00172)”

“AR (AI) - PROCESSUAL PENAL - JUIZ CRIMINAL - IDENTIDADE FISICA - O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO NÃO ABRIGA A IDENTIDADE FISICA DO JUIZ . A MATERIA, POR ORA, E DE ALÇADA LITERARIA. (AGA 70353/DF (199500165350), SEXTA TURMA, RELATOR: MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DATA DA DECISÃO: 11/09/1995, FONTE: DJ DATA: 26/02/1996 PG: 04118)”

e do Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS - SENTENÇA CRIMINAL . NO PROCESSO PENAL NÃO VIGORA O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ . E NULA A SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ APÓS DEIXAR O EXERCÍCIO DA VARA CRIMINAL . RECURSO DE HABEAS CORPUS PROVIDO. (RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 42387, RELATOR: EVANDRO LINS, SESSÃO: TP - TRIBUNAL PLENO, JULGAMENTO: 16/06/1965, PUBLICAÇÃO: DJ 18-08-1965)”

Porém, não se pode olvidar de sua enorme importância para um procedimento penal mais justo, mais garantista, e mais adequado ao Estado Democrático de Direito.

Discorrendo sobre os princípios da oralidade e da imediação, dos quais o princípio da identidade física do juiz é corolário, diz Jorge Figueiredo Dias:

“Só esses princípios, com efeito, permitem o indispensável contacto vivo e imediato com o argüido, a recolha da impressão deixada pela sua personalidade. Só eles permitem, por outro lado, avaliar o mais correctamente possível da credibilidade das declarações prestadas pelos participantes processuais. E só eles permite, por último, uma plena audiência desses mesmos participantes, possibilitando-lhes da melhor forma que tomem posição perante o material do facto recolhido e participem na declaração do direito ao caso¹⁹²,”

Realmente, aqueles benefícios decorrentes da percepção efetiva dos fatos, através do contato vivo e imediato com o argüido, de forma a permitir uma impressão mais real de sua personalidade, e conseqüentemente a maior ou menor credibilidade das declarações prestadas pelos participantes, somente se concretizarão se o juiz que for julgar for o mesmo que colheu tais provas.

A importância do princípio da identidade física do juiz no processo penal transparece clara na posição de Altavilla, citado por Marco Antonio Marques da Silva:

“O importante é que quem julga compreenda aquilo que o acusado diz, e saiba apreciar as suas mudanças de cor, as suas perplexidades, as suas contradições, sem preconceitos, sem leis fixas, mas caso por caso, com o auxílio de uma cultura psicológica que lhe torne possível,

¹⁹² DIAS, Jorge Figueiredo, **Direito Processual Penal**. Coimbra Editora, 2004, p. 233/234

*em cada delito, estudar um homem como se fosse um caso clínico digno de ser atentamente examinado*¹⁹³.

Conforme assinala Pedro Henrique Demerciam:

*“a vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado. Para todo e qualquer juízo de mérito e, principalmente, para a plena satisfação do princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), é indispensável a prolação da sentença pelo juiz que manteve contato direto com os protagonistas do processo”*¹⁹⁴.

Mas nosso sistema processual penal já conheceu uma hipótese de identidade física do juiz.

O Código penal de 1.942, em sua redação originária, estabelecia, no art. 77: *“Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e os antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir”*. Posteriormente, a Lei n. 6.416/77 deu nova redação a esse dispositivo legal: *“Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente: I- se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou grau da culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir; II- se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral”*.

¹⁹³ SILVA, Marco Antonio Marques da, Op. Cit., p. 18.

¹⁹⁴ Demerciam, Pedro Henrique. **A Oralidade no Processo Penal Brasileiro**. Editora Atlas, 1999, p. 59.

O § 1º desse art. 77, também incluído pela Lei n. 6.416/77, por sua vez, estabelecia: “*compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5º do art. 30, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências*”.

Como se percebe, em nossa legislação pretérita havia a consagração, nesse caso, do princípio da identidade física do juiz.

De fato, somente poderia declarar a periculosidade real do acusado, para os fins do § 5º do art. 30, o juiz que houvesse presidido a instrução.

Não se permitia que outro magistrado, que não aquele que presidira a instrução, declarasse a periculosidade real do acusado.

Relativamente ao processo sumário, houve quem sustentasse, por força do disposto no art. 538, § 2º, do diploma processual penal, a existência da vinculação física do juiz ao processo.

Estabelece o art. 538, § 2º, do diploma processual penal: “*Na audiência, após a inquirição das testemunhas de defesa, será dada a palavra, sucessivamente, ao órgão do Ministério Público e ao defensor do réu ou a este, quando tiver sido admitido a defender-se, pelo tempo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério do juiz, que em seguida proferirá sentença*”.

Marco Antonio Marques da Silva refere-se às posições de Espínola Filho e Edgard Magalhães Noronha no sentido da existência, nesse dispositivo legal, da vinculação física do juiz que presidiu a instrução ao processo. Edgard Magalhães Noronha chega mesmo a dizer que “*o juiz prolator há de ser o mesmo que presidiu à audiência, sob pena de nulidade da sentença*”. Transcreve, também, decisões do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, relator o Desembargador Roberto Medeiros, e do Supremo Tribunal Federal, relator o Min. Evandro Lins e Silva, no sentido de que, no processo sumário, deve ser obedecido o princípio da identidade física do juiz¹⁹⁵.

Porém, com o devido respeito que merecem tais opiniões, a situação é diversa daquela do art. 77, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei 6.416/77, que à semelhança do que ocorre no processo civil, consagra, para os fins de reconhecimento da periculosidade real, a identidade física do juiz como regra.

Aqui, no art. 538, § 2º, não existe previsão expressa de obediência do princípio da identidade física do juiz. O Texto Legal apenas e tão somente diz que o juiz, depois da colheita das provas e dos debates deve proferir a sentença. Mas não estabelece, de forma expressa, a obrigatoriedade de ser a sentença prolatada pelo mesmo juiz que realizou a instrução. É certo que o § 3º estabelece que “*se o juiz não se julgar habilitado a proferir decisão, ordenará que os autos lhe sejam imediatamente conclusos e, no prazo de 5 (cinco) dias, dará a*

¹⁹⁵ SILVA, Marco Antonio Marques da, Op. Cit., p. 30/31.

sentença”. Também aqui não se diz que o juiz que “dará a sentença” deve ser o mesmo que presidiu a audiência anterior.

Neste passo, realçada a importância da observância da identidade física do juiz também no processo penal, é preciso fazer referência às principais objeções a que isso ocorra.

Costuma-se apontar as dificuldades de retorno à comarca do juiz promovido; ou do juiz aposentado; ou então do juiz promovido para a Instância Superior.

Essas dificuldades, no entanto, são superadas com o estabelecimento de exceções ao princípio, como ocorre no processo civil.

O Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal relativo ao procedimento, elaborado por Comissão composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauri Tucci e Sidney Beneti, ressalta, na justificativa, a adoção de técnicas novas que garantem o cumprimento de seu objetivo, e destaca o “*procedimento oral, realizado em uma só audiência, ocasião em que serão ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, interrogado o acusado, produzidas as alegações finais das partes e*

prolatada a sentença”. No § 2º do art. 399 estabelece, de forma expressa: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Esse dispositivo está inserido no Título I – Das formas procedimentais, do Livro II – Do Procedimento, capítulo I – Das Disposições Aplicáveis às Formas Procedimentais.

Trata-se, assim, de regra aplicável a todas as formas procedimentais.

Esse Anteprojeto transformou-se no Projeto de Lei nº. 4.207/01, estando prestes a ser apreciado pelo Congresso Nacional.

É extremamente salutar a adoção dessa regra no processo penal brasileiro, *“pois a ausência, no processo penal, do aludido e generoso princípio permite que o julgador condene, com lamentável freqüência, seres humanos que desconhece”*¹⁹⁶.

José Renato Nalini e José Carlos G. Xavier de Aquino também são favoráveis à adoção da identidade física do juiz no processo penal brasileiro¹⁹⁷.

Um processo penal mais justo, mais garantista, mais adequado a um regime democrático, não pode prescindir da identidade física do juiz.

¹⁹⁶ Dotti, René Ariel. “O Interrogatório à Distância”. Brasília: Revista Consulex, n. 29, p. 23.

¹⁹⁷ Segundo eles, *“seria recomendável a instituição do princípio, para conferir à justiça criminal condições cabais de se aperfeiçoar como instituição humana, pois o interesse do Judiciário é a realização do justo concreto mais adequado possível”* (Op. Cit., p. 248)

10. CONCLUSÕES

10.1. Numa visão moderna, o processo penal não pode mais ser visto como simples concretização do Direito Penal. Na instrumentalização do processo penal não se esgotam os seus fins. O Processo Penal, sobretudo num Estado Democrático de Direito, não pode deixar de ser visto também como instrumento de garantia do acusado, numa clara limitação ao Poder Punitivo do Estado. Visão garantista do processo penal moderno.

10.2. O processo penal brasileiro deve ser considerado acusatório em sua essência, mas não puro, a despeito de nossa Constituição Federal consagrar, em diversos princípios constitucionais, o sistema acusatório puro. No entanto, por força da legislação processual em vigor, arcaica, nosso sistema apresenta alguns resquícios de inquisitorialidade, sobretudo na gestão da prova.

10.3. O princípio da oralidade representa a predominância da forma oral sobre a escrita no processo penal. Tem como corolários, o princípio da concentração, que consiste, como o próprio nome indica, na realização de todos os atos processuais numa só oportunidade, o princípio da imediação, que coloca o juiz em contacto direto com a prova, e o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o juiz que colhe a prova deve ser o que julga o feito. Ademais,

com a oralidade alcançamos a celeridade processual que hoje é um dos pontos nevrálgicos do processo penal. Saliente-se, celeridade respeitando o tempo do direito que não importa em imediatidade.

10.4. O princípio do juiz natural, que permite saber, desde logo, qual o juiz competente para o processo, e que garante a imparcialidade do juiz, impedindo que pressões externas influenciem o seu julgamento, ainda que não se confunda com o princípio da identidade física do juiz, não pode deixar de ser considerado como um reforço para a necessidade de que o julgamento seja proferido por quem colheu a prova. Assim ocorrendo haverá, sem dúvida, um reforço ao princípio do juiz natural.

10.5. Ainda que a descoberta da verdade possa ser considerada uma utopia, não se pode deixar de reconhecer que o processo penal busca a reconstrução do fato pretérito, de forma a permitir ao juiz, uma decisão condenatória ou absolutória. Fala-se, assim, numa verdade processual. Assim, o processo penal brasileiro permite ao juiz, de forma expressa, em dispositivo polêmico, atividade instrutora. Para uns, isso significa que nosso sistema não é acusatório. No entanto, é inegável que essa atividade probatória, permitida em caráter excepcional ao juiz criminal, é outro elemento de reforço à necessidade de ser o juiz instrutor o juiz julgador. Ademais, a busca da verdade num Estado

Democrático de Direito deve ser sempre norteada pelo princípio da presunção de inocência e demais garantias individuais.

10.6. O juiz criminal desempenha importantes funções no processo penal. A primeira delas, relaciona-se com a regularidade do processo, de caráter jurisdicional, e à manutenção da ordem durante a realização dos atos processuais, de caráter administrativo. Outra, primordial, é a decisão do caso submetido seu julgamento, quando avulta, em caso de condenação, a fixação da pena. Nessa tarefa precisa o juiz levar em conta algumas circunstâncias expressamente referidas na lei penal, o que indica, uma vez mais, a necessidade de ser ele o mesmo que colheu a prova da qual vai extrair essas circunstâncias, de forma a chegar à pena que seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Mas não se esgotam aí as funções do juiz no processo penal. Numa visão moderna do processo penal, o juiz constitui também verdadeiro guardião das garantias constitucionais do cidadão.

10.7. A confissão, que já foi considerada a rainha das provas, não tem mais caráter absoluto, devendo ser analisada em conjunto com as demais provas. Além disso, deve provir de pessoa no pleno gozo de suas faculdades mentais, e plenamente consciente do ato. Por outro lado, o silêncio do acusado não pode ser visto, em face de preceitos constitucionais, como confissão ficta.

10.8. As declarações da vítima e a prova testemunhal, também têm valor relativo, devendo ser analisadas em conjunto com as demais provas. O juiz criminal deve ter condições de averiguar, pelas reações da vítima, e das testemunhas, se estão mentindo ou dizendo a verdade. Daí a importância que o juiz sentenciante seja o mesmo que colheu a prova oral.

10.9. O interrogatório do acusado, meio de prova e de defesa, também caracteriza, de forma mais marcante, a necessidade da identidade física do juiz no processo penal. É nesse momento que o acusado, frente a frente com o juiz, poderá convencê-lo de sua inocência. Por essa razão a necessidade de cuidado na adoção do interrogatório por videoconferência, para que não haja sacrifício de direitos e garantias constitucionais.

10.10. O interrogatório por videoconferência ainda não tem previsão legal em nosso ordenamento jurídico. O tema tem gerado muita controvérsia. Os principais argumentos a favor são a economia e segurança. Os que o combatem invocam a necessidade de garantia aos direitos dos réus, que restariam solapados nessa forma de interrogatório. Como quer que seja, sua introdução à nossa legislação processual penal já foi aprovada pelo Congresso Nacional, estando prestes a entrar em vigor.

10.11. A identidade física do juiz constitui conseqüência irrefutável da adoção do princípio da oralidade. A Constituição Federal de 1988 deixa claro, em vários de seus dispositivos, a opção pelo princípio acusatório, do que decorre a oralidade, um de seus característicos marcantes. Assim, embora doutrina e jurisprudência, de forma pacífica, informem inexistir essa identidade física do juiz no processo penal brasileiro, não resta dúvida que sua implantação constitui uma necessidade. E o legislador pátrio já se apercebeu disso fazendo constar, em projeto de reforma do Código de Processo Penal a sua adoção. E nem poderia ser de outra forma, de vez que a identidade física do juiz constitui imperativo de um processo penal garantista.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Processo Penal. Ação e Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1975.

BACIGALUPO, Enrique. *El debido proceso penal*. 1ª ed. Buenos Aires: Jorge Luis Depalma Editor, 2005.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, volume 1.

BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no Processo Penal* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. vol. 1 São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARRARA, Francesco. “A prova segundo Carrara”. In Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, ano IV, nº 20 –Jun-Jul-2003

CARVALHO, Luis Gustavo Castanho de. *Processo Penal e Constituição*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini;
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora
Revista dos Tribunais Ltda., 23ª ed., 2007.

COLMENERO, Fernando Pinto. “*Princípio da Livre Avaliação da Prova
e Prova Pericial, uma Questão de Ângulo (Brasil E Portugal)*”. Revista dos
Tribunais, Ano 89. vol. 780, Outubro de 2000.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Bogotá: Editorial Temis S/A,
2000. Tomo I. Tradução do italiano por Jorge Guerrero

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Introdução aos princípios gerais do
processo penal brasileiro*. In Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 2, n. 3
e 4, 1º e 2º sem. de 1.999 – PUC Minas.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*. Buenos
Aires: Ediciones Depalma, 1.977.

CUNHA, J.S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O Processo Penal à Luz do
Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Juruá Editora, 1997

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A Oralidade no Processo Penal
Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1º vol., - Coimbra:
Coimbra Editora Ltda., 1974.

DOTTI, René Ariel. “*Princípios do Processo Penal*”. In Revista dos
Tribunais volume 687.

_____ “*O Interrogatório à Distância*”. Brasília: Revista Consulex, n. 29.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de La Prueba Judicial*. Tercera edicion. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1976.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDEZ NETO, Athaulpa. ‘*A Constituição, a lei e o jurista: considerações acerca de uma “vinculação necessária”*’. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da UFPA. Belém, v.3,n.10, jan/jun.1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: O Guardião Das Promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Senado aprova interrogatório por videoconferência*. Disponível em: <http://www.blogdolfg.com.br> .31 outubro. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª Edição - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002.

_____ “*A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*”. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXIX, n. 68 – janeiro/junho de 1999.

_____ *O processo constitucional em marcha. Contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.* São Paulo: Max Limonad, 1985.

JARDIM, Afrânio Silva. *Princípio da obrigatoriedade.* 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da Pena.* São Paulo: Manole Editora, 2004.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro et al. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.* 3ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.000.

LOPES, José Antonio Mouraz. *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português.* Coimbra: Coimbra Editora, 2005

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal - Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional.* 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____ *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.* Vol. I, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal.* vol. 1- Bogotá: Editorial Temis, 1.971.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal.* vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1980.

_____ *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Ed. Bookseller, 1.997

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas Editora, 1998.

_____ *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas. 9ª edição, 2002.

NALINI, José Renato e AQUINO, José Carlos G. Xavier. *Manual de Processo Penal*. 2ª Edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____ “A formação da vontade judicial: fatores legais, sociais e psicológicos” - Lex Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ano 19, nº 219, Março de 1997.

NALINI, Leandro. *Com boa vontade. Visão provinciana impede a evolução da videoconferência*. Revista Consultor Jurídico, 16 de agosto de 2.005.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação Penal*. 1ª Edição – São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

OST, François, *O Tempo do Direito*, Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração- EDUSC, 2005. Tradução de Elcio Fernandes, revisão técnica Carlos Aurélio Motta de Souza.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2.001.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1.982, 3ª ed.,

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2003 – Traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda., 2.001.

_____. *Juizados Especiais Criminais*. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

_____. *A Vinculação do Juiz no Processo Penal*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

SILVA, Danielle Souza Andrade e. *A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti; ASSIS, Rafael Damasceno. *"Interrogatório on-line: Justiça virtual e insegurança processual"* - www.ultimainstancia.com.br (06/03/07).

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo Penal. Modificações da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Lúmen Júris Editora, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1.997, 10ª ed.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. “*Processo Penal e Direitos Humanos no Brasil*”. In *Revista dos Tribunais*, volume 755.

_____ “*El Proceso Penal em Brasil*”. In *El Proceso Penal – Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2000.

_____ e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Devido processo legal e tutela jurisdiccional*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993.

VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Lerner Ediciones, 1969, tomo II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “*Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, Principios e Realidad*”. In *El Proceso Penal – Sistema Penal y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2000.