

Diogo Malan: Advocacia criminal e julgamento por videoconferência

Spacca



As Leis nº. 11.690/08 e 11.719/08 fizeram profundas alterações nos

procedimentos comuns ordinário e sumário da codificação processual penal.

Dentre essas alterações, houve nítida preocupação do legislador com o reforço do princípio da *oralidade*. Trata-se de modelo processual penal que adota a prevalência das formas *presencial* e *verbal* de interação entre Juiz, partes e fontes pessoais de prova, devendo a sentença ser baseada na prova oral produzida durante a audiência de instrução e julgamento.

Nesse sentido, a oralidade não é um fim em si mesma, tendo natureza jurídica de garantia constitucional de segundo grau. Vale dizer: somente quando a audiência se desenvolve de forma *oral* e *concentrada*, há alguma segurança quanto ao cumprimento das garantias constitucionais de primeiro grau, ou epistemológicas: (i) formulação da imputação (*nullum iudicium sine accusatione*); (ii) ônus da prova da parte acusadora (*nulla accusatio sine probatione*); (iii) direito de defesa do acusado (*nulla probatio sine defensione*). [1](#)

A oralidade possui os seguintes corolários lógicos: (i) imediação; (ii) concentração dos atos processuais penais; (iii) identidade física do Juiz.

Por *imediação* se entende a interação comunicativa de cariz contemporâneo e contínuo entre Juiz, partes e fontes pessoais de prova, para que o julgador possa conhecer as alegações das partes e provas orais de modo *direto* e *pessoal* (sem delegações ou mediações). [2](#)

A *concentração* significa a reunião de todos os atos processuais de instrução, debates das partes e adjudicação do caso penal na menor quantidade possível de audiências, preferencialmente em audiência única de instrução e julgamento.

Já a *identidade física do Juiz* implica vinculação legal do julgador que preside a fase de instrução para prolatar a sentença.

Ademais disso, reitere-se que a oralidade assegura importantes garantias processuais, notadamente o contraditório, o direito ao confronto e o direito de presença do acusado.

O contraditório é a *ciência bilateral dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los*, na clássica lição do Professor Canuto. [3](#) Durante a audiência de instrução e julgamento, a garantia em digressão exige a presença simultânea e a participação ativa do julgador e das partes, como condição de *validade* da prova penal. [4](#)

O direito ao confronto, por sua vez, impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração judicial seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Assim, a estrutura normativa do *right of confrontation* inclui os direitos: (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador; (iv) à imposição do compromisso legal de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção dessa prova. [5](#) A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado a se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas.

Por fim, o direito do acusado a estar presente nos atos processuais penais, ainda que esteja respondendo ao processo preso, é consectário da cláusula da ampla defesa. Essa vertente é consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. [6](#)

A oralidade encontra previsão no artigo 299 do Código Modelo de Processo Penal para Ibero América [7](#), no artigo 98, I do texto magno, no regime e princípios adotados pela Carta Cidadã e em tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados por nosso País.

Com efeito, o artigo 14.1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos assegura o direito do acusado a ser ouvido *publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei*. Em sentido semelhante, o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos garante o direito do acusado a ser ouvido, *com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei*.

Os sobreditos dispositivos convencionais asseguram audiência pública, oral e contraditória, durante a qual há interação comunicativa *direta e pessoal* entre julgador e acusado. A versão em língua inglesa do Pacto de San José da Costa Rica faz referência expressa ao *direito a uma audiência (right to a hearing)*. [8](#)

Nesse sentido, a oralidade é característica estrutural e constitutiva do processo penal democratizado, deslegitimando práticas judiciárias autoritárias. Por exemplo: (i) julgamentos criminais por *escrito* e em *segredo*, sem controle popular; (ii) *coações* físicas e psicológicas de fontes de prova oral; (iii) produção de prova oral sem presença nem participação do Juiz e das partes, havendo recepção *indireta* da prova

por interpostas pessoas (v.g. órgãos auxiliares da justiça etc.); (iv) grandes lapsos temporais entre a produção da prova, as alegações das partes e a prolação da sentença, que *prejudicam* a capacidade do julgador de memorizar elementos de prova; (v) valoração *precária* da prova, via registros escritos de depoimentos feitos por órgãos auxiliares da justiça etc. [9](#)

A oralidade possui as seguintes dimensões: (i) *processual*: previne práticas judiciárias autoritárias, consistentes na interposição de intermediários entre julgador, partes e fontes pessoais de prova; (ii) *probatória*: aumenta a confiabilidade dos elementos de prova e a potencial correção da sua valoração judicial; (iii) *simbólica*: denota respeito à dignidade do acusado, ao permitir sua participação direta, pessoal e igualitária na audiência de instrução e julgamento.

De uma forma geral, o Estatuto Processual Penal pátrio contempla procedimento oral, ao prever: (i) o comparecimento *pessoal* do acusado perante a autoridade judiciária (artigo 186); (ii) os depoimentos *orais e presenciais* do ofendido e testemunhas de acusação (artigos 201, § 1º, 204 e 218); (iii) os exames direto e cruzado das testemunhas pelas partes (artigo 212); (iv) a *identidade física do Juiz* (artigo 399, § 2º); (v) a *concentração* dos atos de instrução e julgamento em audiência única (artigo 400); (vi) a *imedição* entre Juiz, partes e fontes de prova oral; (vii) as alegações finais *orais* e a prolação *oral* de sentença em audiência (artigo 403); (ix) a regra das audiências *públicas, nas sedes dos juízos e tribunais* (artigo 792).

Além disso, há regramentos instituindo a *incomunicabilidade* de interrogandos e testemunhas, para evitar coações, concertos de versões, sugestões etc. (artigo 191 e 210 do Código de Processo Penal).

Decisivo salientar que o interrogatório do acusado e o depoimento de testemunhas por meio de videoconferência são *excepcionais*, circunscritos às hipóteses legais *taxativas* dos artigos 185, §§ 2º e 8º, e 222, § 3º da codificação processual penal.

Não obstante, no atual contexto de crise pandêmica o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu editar atos normativos estimulando a realização de audiências criminais por videoconferência. [10](#)

Aqui não se trata de audiências nas quais Juiz, partes, a maioria das fontes pessoais de prova e os órgãos auxiliares da Justiça estão reunidos na sede do juízo, havendo eventual depoimento por videoconferência. Ao contrário, se cuida de audiências 100% virtuais, com todos os sobreditos participantes em suas respectivas residências.

A primeira questão diz respeito à discutível *constitucionalidade formal* desses atos normativos, considerando que só o Poder Legislativo da União possui competência legislativa para legislar sobre matéria processual penal.

A segunda questão versa sobre a *constitucionalidade material* dos sobreditos atos, à luz das precitadas garantias processuais do acusado.

A audiência de instrução e julgamento por videoconferência é *complexa*, em razão: (i) da grande quantidade de participantes (v.g. Juiz, acusador, ofendido, testemunhas, peritos, assistente de acusação, corréus com defensores distintos; jurados etc.); (ii) da produção de prova oral, exibição de documentos, reconhecimento de pessoas etc.; (iii) da problemática da comunicação Advogado-cliente quando eles estão em locais distintos; (iv) do maior grau de interação entre Juiz e partes; (v) da complexidade dos

exames direto e cruzado de testemunhas e peritos, notadamente quando há objeções às perguntas da parte adversa; (vi) da relevância e consequências da decisão de mérito; (vii) da maior extensão temporal da audiência etc. [11](#)

Não resta dúvida que a audiência de instrução e julgamento virtual causa *consideráveis* restrições às garantias do procedimento probatório, notadamente à imediação, contraditório, direito ao confronto e direito de presença.

Por limitações de espaço e tempo, focaremos neste último.

O acusado tem o direito fundamental a estar presente em seu próprio julgamento, conforme norma *supralegal* (artigo 14.3.d do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), portanto de hierarquia *superior* às Resoluções do CNJ.

No caso *Maleki vs. Itália* (nº. 699/96), o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu que o julgamento criminal *in absentia* viola o sobredito preceito convencional. [12](#)

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por sua vez, consagra os direitos do acusado ao processo justo e equitativo, notadamente a: (i) defender-se a si próprio, ou ter a assistência de defensor da sua escolha (artigo 6.3.c); (ii) interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa, nas mesmas condições que as testemunhas de acusação (artigo 6.3.d).

O espírito e a letra desses dispositivos convencionais levam à conclusão de que a presença do acusado no julgamento é componente indissociável da cláusula do *fair trial*, conforme já decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos nos casos *Colozza vs. Itália*, *Somogyi vs. Itália* e *Hermi vs. Itália*. [13](#)

O Tribunal Supremo espanhol decidiu que, malgrado os testemunhos e perícias só ofereçam uma posição passiva, que permite sua correta percepção apesar da distância, o acusado não pode ser considerado mero *objeto* da prova, com base no teor do seu interrogatório.

Ao contrário, o acusado também possui condição jurídica de sujeito processual ativo, praticando atos durante a dinâmica do seu julgamento. Para tanto, adquirem grande relevância tanto sua presença física na sala de audiência, quanto a possibilidade de comunicação direta com o defensor técnico que, de outra forma, teria sua função de assistência jurídica consideravelmente limitada. [14](#)

Importante pesquisa de M. Cherif Bassiouni no campo de Direito Constitucional Comparado revela que o direito de presença do acusado hoje é conquista profundamente arraigada na cultura jurídica democrática dos povos civilizados. [15](#)

Assim, é lícito concluir que a audiência de instrução e julgamento virtual causa restrições *excessivas* ao direito de presença e a outras garantias processuais do acusado, devendo sofrer oposição do Advogado.

-
- 1 FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale**, pp. 632 e ss. 7. ed. Bari: Laterza, 2002.
- 2 GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**, p. 56. Salvador: JusPodivm, 2016.
- 3 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**, p. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- 4 GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório, **In: Novas tendências do direito processual**, pp. 17-44. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- 5 MAFFEI, Stefano. **The European right of confrontation in criminal proceedings: Absent, anonymous and vulnerable witnesses**, pp. 23 e ss. Groningen: Europa Law Publishing, 2006.
- 6 STF, 2ª Turma, HC 111.567 AgR-AM, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 30.10.2014.
- 7 Art. 299. **Oralidad**. El debate será oral; de esa forma se producirán las declaraciones del imputado, de los órganos de prueba y las intervenciones de todas las personas que participan en él. Las resoluciones fundadas del tribunal se dictarán verbalmente, quedando notificados todos por su emisión, pero constarán en el acta del debate.
- 8 VILLADIEGO BURBANO, Carolina. La oralidad en la justicia civil como elemento del debido proceso: Un enfoque de derechos humanos, **In: Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas**, México, n. 10, pp. 15-26, ene./jun. 2010.
- 9 GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, **In: Revista de Ciencias Penales**, San Jose, n. 11, v. 08, pp. 60-81, 1996.
- 10 Veja-se o artigo 6º, §§ 2º e 3º da Resolução nº. 314/20 do CNJ, que permite a realização de audiências em primeiro grau de jurisdição por videoconferência, considerando as dificuldades de notificação das partes e testemunhas, realizando-se esses atos só quando a sua participação for possível. É proibida a atribuição aos Advogados da responsabilidade pelo comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário, para participação em atos por videoconferência. Já o artigo 5º, IV da Resolução nº. 322/20 do CNJ dispõe que as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência, sendo possível a realização de ato processual *híbrido* (com a presença *física* de alguns participantes, e participação *virtual* dos demais).
- 11 CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMERICAS (CEJA). **Tecnología, proceso penal, audiencias y juicio oral** (2020). Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5654>
- 12 JOSEPH, Sarah; CASTAN, Melissa. **The International Covenant on Civil and Political Rights**, p. 490. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

[13](#) BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada**, pp. 175-176. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

[14](#) STS 678/2005, 16 de Mayo de 2005.

[15](#) BASSIOUNI, M. Cherif. Human rights in the context of criminal justice: Identifying international procedural protections and equivalent protections in national constitutions, **In: Duke Journal of Comparative & International Law**, n. 03, pp. 235-297, 1993.

Date Created

15/07/2020