

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO
CEARÁ

Raynes Viana de Vasconcelos

**O interrogatório por videoconferência analisado sob
o prisma do princípio da proporcionalidade**

Fortaleza

2012

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO
CEARÁ

Raynes Viana de Vasconcelos

**O interrogatório por videoconferência analisado sob o
prisma do princípio da proporcionalidade**

Monografia apresentada ao curso de especialização em Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do diploma de Especialista.

Professor Orientador: Carlos Largura

O interrogatório por videoconferência analisado sob o prisma do princípio da proporcionalidade

Raynes Viana de Vasconcelos

Monografia apresentada ao curso de especialização em Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do diploma de Especialista.

Professor Orientador: Carlos Largura

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Carlos Largura - Orientador
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

Ms. Fabrício Barbosa Barros
Promotor de Justiça do Estado do Ceará

Prof. Daniel Gomes de Miranda
Faculdade 7 de Setembro

Ao Senhor, meu Deus, porque ele é bom e a sua misericórdia dura para sempre. (Salmo, 136, 1-2)

AGRADECIMENTOS

Aos mestres e a todos os funcionários desta Escola da Magistratura, cuja dedicação e competência proporcionam a esta casa de aperfeiçoamento a excelência no ensino que se dispõe a oferecer, colaborando para o desenvolvimento da ciência do Direito, o que culmina, por fim, na melhoria da prestação jurisdicional à sociedade alencarina.

“A força do Direito deve suplantar o direito da força”. (Rui Barbosa)

RESUMO

Analisa a constitucionalidade do interrogatório do acusado preso através da videoconferência. O estudo tem em vista abordar aspectos teóricos do princípio da proporcionalidade, mencionando a sua aplicação pela jurisprudência em casos práticos. Isto para, ao final, aplicar o princípio interpretativo ao caso em análise. Aspectos históricos do desenvolvimento do interrogatório também são explanados, demonstrando o seu desenrolar por vários momentos da história até os dias de hoje, o que também é fundamental para supedanear a conclusão ao fim do trabalho monográfico.

Palavras-chave: Interrogatório. Videoconferência. Proporcionalidade. Constitucionalidade.

ABSTRACT

It analyzes the constitutionality of the interrogation of the imprisoned defendant through the videoconference. The study it has in sight to approach theoretical aspects of the beginning of the proportionality, mentioning its application for the jurisprudence in practical cases. This for, to the end, to apply the interpretative principle to the case in analysis. Historical aspects of the development of the interrogation also are exposed, demonstrating it's to uncurl for some moments of history until the present, what also it is basic to base the conclusion to the end of the monographic work.

Word-key: Interrogation. Videoconference. Proportionality. Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. O INTERROGATÓRIO	3
1.1 Natureza Jurídica.....	3
1.2 Finalidade e características.....	7
1.3 Momento Processual.....	11
1.4 Forma e lugar de realização.....	14
1.5. Interrogatório por meio de videoconferência.....	17
1.5.1. Histórico da utilização da videoconferência.....	18
1.5.2. Argumentos a favor e contra a utilização da videoconferência para a realização do interrogatório.....	24
1.5.3. Imposições da Lei nº 11.900/09.....	25
1.5.4. Interrogatório por videoconferência quando o réu reside em comarca diferente da sede do juízo processante.....	29
2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	31
2.1 Origem e evolução.....	32
2.2 Fundamentação constitucional.....	37
2.3 Subprincípios.....	41
3. COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO E DA SOCIEDADE À SEGURANÇA	44
3.1 Colisão de direitos fundamentais.....	44
3.2 Colisão entre direitos fundamentais no caso do interrogatório por videoconferência.....	46
3.2.1. O interrogatório presencial-físico como um direito fundamental do acusado.....	47
3.2.2. Refutação a argumentos contrários à utilização da videoconferência.....	48
3.2.3. A proporcionalidade do interrogatório por videoconferência.....	49

3.2.3.1. Adequação.....	50
3.2.3.2. Necessidade.....	50
3.2.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito.....	51
4. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 11.900/09.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico, com sua dinamicidade, ocasiona a alteração da rotina das sociedades, na medida em que novos equipamentos com as mais diversas finalidades são postos no mercado. Assim foi com o telefone celular e o computador, na década de 90, o desenvolvimento da *internet* e da câmera fotográfica digital, já no século XXI, etc.

As alterações tecnológicas, sendo absorvidas pelos diversos ramos interdisciplinares, provocam alterações dos mais diversos matizes, gerando, inclusive, marcantes impactos de natureza econômica. Pode-se dizer que as ciências tecnológicas atuam como um meio de desenvolvimento dos demais ramos do conhecimento.

O Direito, como não poderia ser diferente, acaba por ser também fortemente influenciado pelo desenvolvimento tecnológico, seja na produção de provas ou na realização de atos processuais. Nessa esteira, a utilização de exames de DNA e a modernização das perícias criminais servem como importantes meios de prova para a solução de litígios. Assim também, a digitalização de processos e a utilização de petições eletrônicas, gerando a celeridade da tramitação dos feitos judiciais.

Dentre tais tecnologias incorporadas pelo Poder Judiciário, a videoconferência é instrumento que conta com árdios defensores e ferrenhos opositores. De um lado, os que entendem que o processo deve conciliar as garantias individuais do acusado com os interesses da sociedade. De outro, os que têm o acusado como sujeito de direitos quase absolutos, como a máxima expressão de desenvolvimento da democracia.

As páginas que se seguem contêm uma análise da constitucionalidade da realização do interrogatório por videoconferência, utilizando como método interpretativo principal o princípio da proporcionalidade.

A escolha do tema monográfico se justifica pela atualidade do tema e pela ainda, de certo modo, incipiente aplicação do princípio da proporcionalidade, decorrente da teoria dos princípios, na resolução de conflitos entre direitos fundamentais no Brasil. Contribui o estudo para o aprofundamento da discussão doutrinária existente.

O delineamento da pesquisa é do tipo bibliográfico, o qual é desenvolvido por meio de material preteritamente elaborado, máxime em livros e artigos científicos. O articulado também encontra supedâneo em dados de fontes secundárias oficiais.

Além dos elementos pré e pós-textuais, a monografia contêm quatro capítulos, nos quais se delinearão as temáticas a seguir expostas. No primeiro capítulo, faz-se uma análise do desenvolvimento histórico do interrogatório, culminando com a utilização da videoconferência e com a reforma processual penal promovida entre os anos de 2008 e 2009. No segundo capítulo, o intento é expor a aplicação do princípio da proporcionalidade no direito pátrio e alienígena, esmiuçando a origem e o desenvolvimento do corolário, bem como analisando a sua estrutura decomposta. No terceiro e no quarto capítulos, procede-se a uma análise de constitucionalidade da utilização do interrogatório *on line*, tomando a orientação da proporcionalidade, apresentando conclusão lógica. Ademais, é aí que se analisa, também, a constitucionalidade do uso da videoconferência nos moldes pretendidos pelo legislador brasileiro com a edição da Lei n° 11.900/09.

Na conclusão, proceder-se-á a uma exposição sucinta do que compreendemos como constitucionalmente válido no que tange ao uso da videoconferência para o interrogatório.

1. O INTERROGATÓRIO

1.1. Natureza jurídica

Disciplinado no art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório é o ato processual no qual o acusado tem a oportunidade de apresentar, oralmente, sua versão dos fatos que lhe são imputados. Pode o acusado, nessa oportunidade, confessar a prática delituosa, aduzir versão diversa da apresentada pela acusação ou, ainda, silenciar sobre o que lhe for perguntado, sem que isto acarrete prejuízo à sua defesa ou constitua elemento de formação da convicção do juiz.

O desenvolvimento do interrogatório está intimamente ligado aos modelos processuais penais adotados em cada período histórico, que podem ser sintetizados em três matizes: inquisitório, acusatório e misto.

De inicialmente acusatório, em que os sujeitos do processo eram bem delineados, caracterizados por juiz, acusação e acusado, instaurou-se, com maior desenvolvimento na Idade Média, o modelo inquisitório, no qual as figuras da acusação, defesa e julgador se confundiam no mesmo ente. As manifestações contra esse modelo, que constituía sistema extremamente arbitrário, o qual tinha a verdade real por norte absoluto, para cujo atingimento não eram observadas garantias ao acusado, acarretaram a evolução para o padrão misto, no qual os sujeitos processuais tornaram a ser caracterizados por diferentes pessoas, mas no qual o juiz tem poderes instrutórios, podendo, inclusive, determinar a produção das provas que entender relevantes para a formação de sua convicção, desde que observados os direitos fundamentais do processado.

Percebe-se, atualmente, uma forte tendência à configuração de um modelo acusatório puro, no qual o juiz apenas determina a produção das provas indicadas pelas partes, bem como figura na presidência do feito, com

atuação restrita à preservação da regularidade processual e da formação de seu convencimento.

No sistema inquisitório, o interrogatório é inegavelmente meio de prova, o que pode ser depreendido da sua finalidade (busca implacável da verdade real) e das técnicas adotadas em tal modelo, inclusive com a aplicação de tortura para a obtenção da confissão do acusado. Já nos modelos acusatório e misto, há uma forte divisão doutrinária quanto à natureza jurídica do interrogatório, se meio de prova ou de defesa. Quanto à querela, três são as correntes doutrinárias.

Para alguns, como Camargo Aranha, o interrogatório é meio de prova, uma vez que as informações apresentadas pelo réu podem ser consideradas quando da prolação da sentença, podendo fundamentar, inclusive, eventual condenação. Outra consideração aduzida, a qual se considera, neste trabalho monográfico, como de fraquíssimo grau argumentativo, é a inclusão, pelo legislador brasileiro, do interrogatório no capítulo referente à prova. Certo é que o título ou capítulo no qual está inserido determinado tema não é definitivo para a caracterização de sua natureza jurídica. Neste diapasão, o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à previsão de direitos e garantias individuais em vários capítulos da Carta da República, não se restringindo ao seu artigo quinto.

Outros defendem que o interrogatório é precipuamente meio de defesa, sendo a oportunidade concedida ao acusado para apresentar a sua versão dos fatos, tendo a função probatória um caráter meramente subsidiário e superficial. Esta tese é defendida por Ada Pellegrini Grinover, Tourinho Filho e Pimenta Bueno, entre outros.

Uma terceira corrente, por sua vez, concilia as duas anteriores, apresentando o interrogatório, concomitantemente, como meio de prova e de defesa.

A tese mais coerente é a desta última linha doutrinária.

Inegável a natureza defensiva do interrogatório, pois constitui a oportunidade de que dispõe o acusado para, pessoalmente, contestar os fatos imputados ou aduzir causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade.

Entretanto, os argumentos carreados pelo acusado são meios de formação da convicção judicial, podendo servir de prova do evento criminoso. Ademais, não há que se falar em aspecto estritamente defensivo do interrogatório quando o acusado confessa o delito pelo qual fora denunciado, o que poderá ser utilizado como forte argumento para embasar eventual sentença condenatória.

A corrente que advoga pela natureza mista do interrogatório é majoritária na doutrina pátria, contando com expoentes do quilate de Júlio Mirabette, Heráclito Antônio Mossin e Vicente Greco Filho.

Até o ano de 2003, o Código de Processo Penal previa o interrogatório como ato exclusivo do juiz, no qual os únicos sujeitos atuantes eram o magistrado e o interrogando. Não havia a possibilidade de serem formuladas perguntas por parte da defesa ou da acusação, de sorte que aquela nem mesmo necessitava se fazer presente ao ato processual. A alteração, mais que bem vinda, trazida pela Lei nº 10.792/03, possibilitou a elaboração de perguntas pelo *Parquet* e pela defesa, privilegiando, desse modo, a ampla defesa e o contraditório. Tal modificação legislativa reforçou o caráter defensivo do interrogatório, determinando também a obrigatoriedade da presença da defesa técnica ao ato processual.

A Lei nº 11.719/08, que determina a realização do interrogatório somente após a oitiva de todas as testemunhas também atua no mesmo sentido, possibilitando ao acusado uma defesa mais efetiva, pois presta as suas declarações quando já ciente dos argumentos e da linha acusatória adotada pelo órgão do Ministério Público.

A jurisprudência do Pretório Excelso ainda é vacilante quanto à definição da natureza jurídica do interrogatório, contendo arestos em todos os sentidos. Senão, vejamos:

EMENTA: HABEAS-CORPUS. LATROCÍNIO. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. NULIDADES ALEGADAS: NÃO REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO PACIENTE, INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, FALTA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA AO PACIENTE E AO SEU DEFENSOR E DE DUAS PROVAS PRODUZIDAS (RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E TESTEMUNHA MENDAZ). 1. O interrogatório do réu (CPP, art. 185), meio de prova que é, se não realizado implica em nulidade (CPP, art. 564, III, e), mas apenas durante o curso do processo-crime, até o julgamento de segunda instância; entretanto, não mais é exigível após o trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedente. (...).¹ (grifado)

EMENTA: Habeas Corpus. (...) 4. Não se verificando a regular cientificação do acusado, com uso de todos os meios ao alcance do Juízo para que fosse localizado, negou-se-lhe o direito ao interrogatório, ato classificado pela melhor doutrina, ao mesmo tempo, como meio de prova e de defesa, e, em acréscimo, lhe foi retirada a prerrogativa de, livremente, escolher o advogado incumbido de sua defesa, elegendo, junto com este, as testemunhas que caberia arrolar e as demais provas que poderia produzir. Precedentes. 5. Patente situação de constrangimento ilegal. 6. Ordem deferida para anular o processo a partir da citação editalícia levada a efeito pelo Juízo do 2º Tribunal do Júri da Capital de São Paulo, daí renovando-se o feito em todos os seus demais termos, devendo o Paciente ser colocado em liberdade se, por outro motivo, não estiver preso.² (grifado)

E M E N T A: "(...) O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU. - Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes (...).³ (grifado)

¹ HC 77226/PR, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, Julgado em 03/06/1998, DJ 11/09/1998.

² HC 88548/SP, STF, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, Julgado em 18/03/2008, DJ 26/09/2008.

³ HC 94601/CE, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 04/08/2009, DJ 1/09/2009.

1.2. Finalidade e Características

O interrogatório do acusado tem por finalidade precípua garantir a ampla defesa e o contraditório àquele, sendo o momento adequado para que possa apresentar ao julgador a sua versão dos fatos, podendo negar ou admitir os termos da acusação ou, ainda, apresentar versão diversa para o narrado na denúncia. É em tal ato processual, também, que o juiz experimenta um contato pessoal com o acusado, podendo aferir o grau de veracidade das informações por ele prestadas, bem como a sua conduta e postura, além de avaliar o seu arrependimento quanto aos fatos.

Sabido é que a sentença condenatória ou absolutória deve ser fundamentada em elementos objetivos e não em meras suposições, sendo necessária prova indubitável para a condenação do acusado. Todavia, a credibilidade que o juiz dará ao depoimento das testemunhas, o juízo íntimo de convicção e o resultado do confronto entre as alegações do acusado e os outros elementos carreados aos autos dependem, sobremaneira, da impressão pessoal que o julgador tem do acusado. Vale, ainda, ressaltar que tal impressão também surte efeitos sobre o órgão da acusação, o qual muitas vezes é influenciado a pleitear pela improcedência da denúncia em suas alegações finais.

Entende-se, neste trabalho, como mais correta a corrente que firma o interrogatório como de natureza mista, constituindo, ao mesmo tempo, meio de defesa e de prova, não podendo deixar de referir à sua finalidade probatória, de onde podem exsurgir elementos aptos a embasar a condenação do acusado. Tal aspecto é tão relevante que ao réu que confessa a autoria é garantido, inclusive, o benefício da redução de pena.

No sentido do que se espousa, o magistério de Espínola Filho, referido por Djalma Eutímio de Carvalho em seu Curso de Processo Penal, o qual assim explana o tema:

A finalidade do interrogatório é tríplice: a) facultar ao magistrado o conhecimento do caráter, da índole, dos sentimentos do acusado: em suma, compreender-lhe a personalidade; b) transmitir ao julgador a versão, que, do acontecimento, dá, sincera ou tendenciosamente o inculpado, com a menção dos elementos, de que o último dispõe, ou pretende dispor, para convencer da idoneidade de sua versão; c) verificar as reações do acusado, ao lhe ser dada diretamente, pelo juiz, a ciência do que os autos encerram contra ele.⁴

Importa salientar que o interrogatório é, acima de tudo, um direito do acusado, o qual pode dele abdicar, calando-se às perguntas feitas pelo julgador, ou, ainda, respondendo apenas àquelas que julgar convenientes. Em virtude de seu silêncio ou de suas declarações, não pode o acusado responder por falso testemunho ou sofrer qualquer prejuízo, ressalvando-se que o direito ao silêncio se restringe às perguntas referentes ao fato criminoso, não abrangendo aquelas que atinem à sua qualificação.

Entende-se, aqui, que a renúncia ao direito de se manifestar perante o juiz, por se cuidar de direito personalíssimo, não pode se dar por petição nos autos, devendo ser designada audiência para tanto, intimando-se pessoalmente o acusado para o ato, o qual estará precluso caso deixe o acusado de a ele comparecer injustificadamente. Frise-se que a não realização do interrogatório constitui causa de nulidade absoluta nos termos do art. 564, III, e, do CPP.

Ha na doutrina quem entenda possível, inclusive, a condução coercitiva do acusado para a audiência de interrogatório, dada a obrigatoriedade do ato, com lastro no art. 260 do CPP. Senão, vejamos:

Para a doutrina, conquanto o réu não seja obrigado a pronunciar-se, será obrigado a comparecer, sendo admissível, inclusive, sua condução coercitiva ao interrogatório, em virtude da obrigatoriedade do ato.⁵

⁴ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Anotado. Campinas: Bookseller, 2000, v.III, p. 61, apud EUTÍMIO DE CARVALHO, Djalma. curso de Processo Penal, Rio de Janeiro, ed. 1, Ed. Forense, 2007, p. 282.

⁵ EUTÍMIO DE CARVALHO, Djalma.op. cit., p. 343.

O posicionamento predominante, contudo, é o que admite a ausência do acusado ao interrogatório, uma vez que este é um direito seu, e não uma obrigação. Assim, os seguintes arestos:

EMENTA - HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. REQUISITOS - DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO RECONHECIMENTO. NÃO COMPARECIMENTO DO RÉU - FACULDADE E NÃO OBRIGATORIEDADE - MANDADO DE CONDUÇÃO COERCITIVA DO RÉU - ILEGALIDADE - "(...) 5. A produção antecipada de provas não autoriza a condução coercitiva do réu para comparecer a juízo para ser interrogado porquanto não está ele obrigado a comparecer e ainda que o faça pode permanecer em silêncio, situação inteiramente distinta da prova testemunhal. 6. Ordem conhecida e parcialmente concedida para obstar a condução coercitiva do réu.⁶ (grifado)

RESP. PROCESSUAL PENAL. ATOS PROCESSUAIS. PRESENÇA DO ACUSADO. 1. O comparecimento do réu aos atos processuais, em princípio, é um direito e não um dever, sem embargo da possibilidade de sua condução coercitiva, caso necessário, por exemplo, para audiência de reconhecimento. Nem mesmo ao interrogatório estará obrigado a comparecer, mesmo porque as respostas às perguntas formuladas fica ao seu alvedrio. 2. Já a presença do defensor à audiência de instrução é necessária e obrigatória, seja defensor constituído, defensor público, dativo ou nomeado para o ato. 3. Recurso especial não conhecido.⁷ (grifado)

Há que se ressaltar a possibilidade de condução coercitiva do acusado para reconhecimento pelas vítimas e testemunhas do fato, bem como poder que assiste ao juiz para revogar a liberdade provisória concedida mediante compromisso de comparecimento aos atos judiciais, preservando-se, aí, a autoridade das decisões judiciais.

No que tange às características do interrogatório, duas principais são tidas como inequívocas pela doutrina, a saber, o caráter personalíssimo do ato e a sua oralidade.

⁶ HBC 20060020129829, Relator JOÃO EGMONT, 1ª Turma Criminal, julgado em 23/11/2006, DJ 11/04/2007 p. 114.

⁷ Resp. 346677/RJ, STJ, 6ª turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Julgado em 10/09/2002, DJ em 30/09/2002, p. 297.

Quanto ao primeiro aspecto, importa na impossibilidade de que outra pessoa seja interrogada no lugar do acusado, por ele se manifestando, ainda que por meio de procuração, sendo a pessoa do acusado a única a quem cabe responder o que é perguntado no interrogatório, não sendo possível, nem mesmo, a orientação do defensor no momento das perguntas. Apenas é admitida a interferência de terceiros nas perguntas e respostas quando se tratar de intérprete, em casos de interrogado surdo e mudo, que não saiba ler e escrever ou que não fale a língua nacional (inteligência dos arts. 192 e 193 do CPP).

A segunda característica do interrogatório é a oralidade, pela qual as perguntas e respostas são expressas na forma oral, ressalvadas as hipóteses dos arts. 192 e 193 do CPP.

A privatividade do juiz era uma característica do interrogatório até o advento da Lei nº 10.792/03, marco até o qual somente ao magistrado era lícito formular perguntas, sendo dispensável, inclusive, a presença de defensor técnico ao ato. Com a edição da referida lei, tal característica restou sobejamente mitigada, uma vez que às partes é admitido requerer esclarecimentos, não obstante destine-se o interrogatório à formação da convicção do magistrado.

Aspecto controverso na doutrina é a preclusividade da oportunidade de interrogatório do acusado. Há os que entendem que, até o trânsito em julgado, comparecendo o acusado ao processo, poderá ser interrogado, independentemente da instância na qual tramitar o feito. Assim, assevera Eltímio de Carvalho:

Se, no curso do processo, o acusado não foi interrogado, uma vez comparecendo, se ainda não transitou em julgado a sentença penal condenatória, deverá sê-lo, sob pena de nulidade absoluta.⁸

Em sentido diverso, há os que sustentam ser o interrogatório ato

⁸ EUTÍMIO DE CARVALHO, Djalma.op. cit., p. 282.

sujeito à preclusão, de sorte que, em caso de ausência do acusado ao ato, sem motivo justificado, o interrogatório não teria de ser novamente designado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embasada em *decisuns* do Pretório Excelso, é neste sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). INTERROGATÓRIO JUDICIAL NÃO-REALIZAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECLUSÃO. I - Na linha do magistério jurisprudencial da Suprema Corte: "A falta do ato de interrogatório em juízo constitui nulidade meramente relativa, suscetível de convalidação, desde que não alegada na oportunidade indicada pela lei processual penal." (HC 68.490/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 09/08/1991). II - No caso, muito embora tardiamente determinada a realização do interrogatório, tal ato não se realizou devido somente ao não comparecimento deliberado do acusado que, por duas vezes, foi procurado e não localizado, mesmo ciente da imputação já que regularmente citado e devidamente constituído advogado para atuar em sua defesa. Ordem denegada. (HC 89646/RR, STJ, 5ª Turma, Rel. Min Felix Fischer, Julgado em 04/12/2008, DJe em 02/02/2009)

1.3. Momento processual

Nos termos originários do Código de Processo Penal, deveria o acusado ser interrogado na primeira oportunidade em que fosse levado à presença do juiz. Assim, o que ocorria era a citação do réu, após o recebimento da denúncia, com a intimação para comparecer à audiência de interrogatório, ao final da qual era intimado para apresentar defesa prévia no prazo de três dias. A oitiva de testemunhas, normalmente, apenas ocorria após a realização do interrogatório do acusado. Em consonância com a lei então vigente, dispunha Hélio Tornaghi:

Em princípio o réu é interrogado na primeira vez em que comparece pessoalmente diante do juiz.⁹

Essa era a disciplina processual para os crimes sujeitos ao procedimento ordinário. Em casos especiais, a lei dispunha diversamente. Assim, nos crimes sujeitos a julgamento pelo Tribunal do Júri, o juiz deveria

⁹ Instituições de Processo Penal, v. IV, ed. 1, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959

interrogar o acusado após a formação do conselho de sentença e o compromisso dos jurados. Já nos crimes sujeitos ao procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.099/95), o interrogatório ocorre após a oitiva das testemunhas de Defesa.

Embora, via de regra, o interrogatório constituísse o primeiro ato da instrução processual, nada obstava a que, se não fosse interrogado logo após a citação, no curso da instrução fosse interrogado, quer em virtude de intimação ou de apresentação espontânea. Isso em conformidade com a disciplina do art. 185 do CPP. Como já exposto, há os que entendem que, até mesmo em fase recursal, teria o acusado direito a ser ouvido pela autoridade judicial.

A Lei nº 11.719/2008 provocou alterações substanciais nos procedimentos processuais penais, modificando vários artigos do Código de Processo Penal, dentre eles o art. 400, que passou a dispor que:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Destarte, a nova disciplina estabeleceu uma audiência una de instrução e julgamento para o processo ordinário, na qual devem ser ouvidas, sequencialmente a vítima, as testemunhas arroladas pelas partes (primeiro acusação e, após, defesa), tomados esclarecimentos dos peritos, se o caso, realizadas acareações e reconhecimentos e, por último, interrogado o acusado, após o que passar-se-á às fases de diligências complementares, alegações finais e prolação da sentença.

O interrogatório deixou, então, de ser o ato inaugural, via de regra, da instrução processual penal para se transformar em seu ato encerrador. Tal alteração veio a privilegiar sobremaneira a ampla defesa e o contraditório, uma

vez que o acusado manifesta as suas alegações ao magistrado após se inteirar de todas as provas produzidas no processo, podendo contradizer a versão apresentada por vítimas e testemunhas, apresentar explicações quanto ao que foi colhido, enfim, pode defender-se de forma realmente efetiva e completa dos fatos que lhe são imputados.

Ademais, importa ressaltar o preceito insculpido no parágrafo segundo do art. 399, que prediz que *"o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença"*, inserindo, no processo penal, o princípio da identidade física do juiz, tão antigo na lei adjetiva civil (art. 132 do CPC) e tão importante mecanismo formação da convicção judicial e de individualização da pena. A prova documentada, com a redução a termo do que fora produzido nas audiências, é carregada de frieza e não deixa transparecer as questões subjetivas, como a atitude do acusado no ato processual, a demonstração de honradez e arrependimento, o seu desejo de se reintegrar a sociedade, o que apenas se torna de mais aguçada percepção no momento da oitiva direta, quando o magistrado pode ver as feições do réu ao responder o que lhe é perguntado e analisar a o que expressa a sua linguagem corporal. Além de tudo, a redução a termo do que é dito pelo imputado - na maioria das vezes pessoa de baixa escolaridade, que não se expressa de forma tão clara e em linguagem por vezes inadequada a constar nos autos - pode provocar distorções e dubiedades, sendo de difícil compreensão fora do contexto da oitiva, onde os ânimos podem ser aferidos de maneira mais clara. A prolação da sentença pelo mesmo magistrado que presidiu a instrução processual possibilita a amenização de tais problemas, pois o que lê no papel para reforçar o seu convencimento é ilustrado pelas lembranças que tem do ato processual.

A regra do parágrafo segundo do art. 399 do CPP, entretanto, não é absoluta, havendo exceções em que pode o feito ser julgado por outro juiz senão o que presidiu a instrução processual. Isto se dá em caso de afastamento do magistrado que realizou a instrução, bem como de convocação, licença, promoção ou aposentadoria, hipóteses em que a função de julgamento será cometida a seu sucessor - aplicação analógica do art. 132

do CPC. Nessa situação, o juiz que vier a receber o processo para prolação da sentença, pode, caso entenda necessário, realizar novamente os atos instrutórios, tudo com vistas à melhor apreensão dos fatos em apuração pelo magistrado que prolatará a sentença.

O princípio da identidade física do juiz já era alardeado por importantes vozes da doutrina, entretanto não tinha significativo reconhecimento por parte da jurisprudência. Isso se demonstra pelo seguinte julgado do superior Tribunal de Justiça, anterior à alteração legislativa:

(...) 1- O princípio da identidade física do Juiz não foi consagrado pelo nosso Direito Processual Penal. (...) ¹⁰

Importa a este estudo a seguinte transcrição, referente à instituição da audiência una e do princípio da identidade física do juiz, que corrobora o que aqui foi esposado:

A prova ao vivo, colhida em princípio numa única audiência pelo juiz que vai julgar a causa, na presença animada e vivente da acusação e da defesa é a máxima garantia da Justiça, afastando-se peremptoriamente a colheita fragmentária da prova, por juízes diversos, e o regime do papelório, que nem sempre retratam o que na realidade aconteceu. ¹¹

1. 4. Forma e lugar de realização

O parágrafo primeiro, do art. 185, do CPP determina que *"o interrogatório do réu preso será realizado, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido, desde que estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato."*

¹⁰ HC 91176/RJ, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, Julgado em 11/12/2007, DJ em 07/02/2008.

¹¹ CLÁUDIO TOVO, Paulo. Brevíssimas anotações aos anteprojetos do Código de Processo Penal, Estudos de direito processual penal, p. 118, apud BROGES DE MENDONÇA, Andrey. Nova Reforma do Código de Processo Penal, ed. 2, editora Método, 2009, São Paulo, p. 276.

Nos termos acima expostos, a regra é que, estando o acusado submetido a regime de reclusão, o juiz e seus auxiliares, membro do Ministério Público e defensor se desloquem até o estabelecimento prisional para que se proceda à sua oitiva. Para tanto, o dispositivo legal determina que sejam observadas três garantias: a segurança do juiz, do membro do *Parquet* e dos auxiliares; a presença de defensor e a publicidade do ato. Embora expressamente só se refira à preservação da segurança do juiz, do órgão da acusação e dos auxiliares, obviamente tal garantia deve ser estendida aos advogados e àqueles que quiserem assistir ao ato, isto em privilégio ao princípio da publicidade.

A garantia da presença do defensor do acusado ao interrogatório é consectário dos princípios da ampla defesa e do contraditório, sendo certo que a realização da oitiva sem a presença da defesa técnica é causa de nulidade absoluta. Para a garantia da publicidade, imanente, via de regra, a todos os atos processuais, faz-se necessário que o estabelecimento prisional possua estrutura adequada para receber populares que desejem acompanhar o interrogatório.

A determinação do supracitado dispositivo legal apresenta dois sérios problemas de ordem prática, um fático e o outro jurídico. O primeiro problema refere-se à dificuldade de deslocamento do juiz, auxiliares, órgão da acusação e defensor ao presídio, os quais na maioria das vezes são afastados dos centros urbanos, além de não contarem com estrutura apta à garantir absolutamente a segurança dos visitantes. Tal deslocamento, que nos casos do juiz, membro do *Parquet* e defensor público, realizar-se-ia em veículo oficial, geraria despesas enormes com transporte (nisto englobado combustível, custo com motorista, manutenção de veículo, etc). Gastos de relevante monta também teriam de ser feitos para adequar a estrutura dos presídios à realização do interrogatório com garantia de publicidade. Haveria, ainda, a necessidade de se construir várias salas especiais (dada a quantidade de presos), com espaço suficiente para as partes e os ouvintes, além de espaços reservados para a conversa do acusado com seu defensor. Garantir a

segurança dos presentes ao ato também é missão que acarreta sérias dificuldades financeiras e de ordem prática, considerando-se que a presença constante de autoridades públicas nos centros de detenção incitaria ainda mais a prática de rebeliões e motins.

O segundo problema, este de ordem jurídica, refere-se à conciliação do parágrafo primeiro do art. 185 com a disposição do art. 400, ambos do CPP, que determina a realização da instrução processual em um único ato, no qual devem ser ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, tomados eventuais esclarecimentos dos peritos, procedidas as acareações e reconhecimentos, apresentados os pedidos de diligências complementares - se houver, expostas as alegações finais das partes e proferida a sentença. Para atender-se ao disposto art. 400, a audiência una deveria ocorrer por completo no presídio, o que, por si só, já agravaria as problemáticas expostas no parágrafo anterior. Ocorre, ainda, que a lei apenas se refere à realização do interrogatório no presídio e, em regra, os atos processuais devem ser realizados na sede dos juízos ou tribunais (art. 798, CPP). Dessarte, caso realizada a instrução na sede do juízo e o interrogatório no presídio, a audiência teria de ser cindida. Ademais, o réu preso deve ser requisitado para comparecer à instrução processual e, já estando presente, não há porque deixar de realizar o seu interrogatório.

Dados os problemas práticos explanados, que se referem tanto a dificuldades materiais quanto jurídicas, não é comum a realização do interrogatório no estabelecimento prisional, tornando-se o parágrafo 1º do art. 185 do CPP letra praticamente morta no ordenamento jurídico. O entendimento que aqui se adota, através de uma interpretação sistemática das normas processuais penas existentes sobre o tema, é o de que a instrução processual deve ser realizada na sede do juízo ou tribunal e, presente o acusado para ao ato, sendo este concluído, deve-se proceder imediatamente ao interrogatório. Dessa forma, vislumbra-se que a realização do interrogatório no presídio deve cingir-se aos casos em que, por motivos excepcionais, seja designada audiência apenas de interrogatório.

O parágrafo segundo do art. 185 do CPP, a seu turno, estabelece hipóteses nas quais o juiz, por decisão fundamentada, pode determinar que o interrogatório seja realizado através de sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. Por ser este o objeto principal deste estudo, será tratado mais detalhadamente no tópico seguinte.

Por fim, o parágrafo sétimo do art. 185 do CPP prediz que, nos casos em que a audiência não se der no presídio ou através de videoconferência, deverá o imputado ser requisitado para que seja apresentado à sede do Juízo, onde ocorrerá o ato. Interessante o fato de o legislador disciplinar como exceção o interrogatório na sede do juízo, o que sabidamente é o que ocorre como regra, dada a sua maior praticidade e preservação das garantias do acusado.

1.5. Interrogatório por videoconferência

Com o advento de novas tecnologias, alguns órgãos judiciais passaram a delas se utilizar para a modernização da instrução processual, e isto tanto no âmbito cível quanto no criminal. Nessa esteira, tem-se a digitalização de processos, a possibilidade de protocolização de petições eletrônicas e o encaminhamento de peças processuais via fac-símile.

Dentre as novas tecnologias aplicadas pelo Estado para a agilização dos processos judiciais, está a videoconferência, meio de transmissão de sons e imagens em tempo real, que permite a comunicação instantânea de duas ou mais pessoas que se encontram em locais distintos.

Ocorre que a possibilidade do uso do sistema de videoconferência para a realização do interrogatório do acusado ocasionou a edição de leis sobre o tema, bem como a prolação de decisões contraditórias sobre a querela, além da exposição de teses doutrinárias nos sentidos mais adversos, algumas na defesa aguerrida do uso da nova tecnologia e outras em oposição ferrenha

a tal possibilidade, o que se passa a explicar.

1.5.1. Histórico da utilização da videoconferência.

A apresentação de acusados presos para a participação de atos processuais apresenta uma série de problemas práticos que dificultam a sua viabilidade em todos os casos.

A primeira das dificuldades suportadas pelos órgãos estatais se refere à indisponibilidade de recursos materiais e humanos para a realização de escoltas, que despendem quantias financeiras de elevada monta, com veículos, combustível, remuneração de agentes, além de gerar a utilização de policiais que poderiam estar a servir no combate ostensivo ou repressivo à violência.

Aduz-se que tais recursos materiais e humanos poderiam ser empregados de forma a promover mais segurança à sociedade ou, ainda, ser aplicados para a consecução de outras necessidades básicas da população, tratando-se de um "dinheiro mal-empregado". A falta de efetivo para a apresentação dos presos aos juízos processantes acarreta, também, o adiamento de audiências, com a maior demora no trâmite processual, o que ocasiona a consumação de excessos de prazos em prisões, tornando-as ilegais, bem como de prescrições.

Neste sentido, a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo estima que, com a possibilidade de uso de videoconferência, economizaria R\$ 6 milhões (seis milhões de reais) ao ano - aí não contabilizados os gastos com a remuneração de policiais, além da liberação de 700 (setecentos) policiais, utilizados exclusivamente no serviço de escolta, para incrementar o policiamento ostensivo¹². Já no Distrito Federal, a Subsecretaria do Sistema Penitenciário informou ter realizado, no ano de 2008, 13.453 (treze

¹² JUNQUEIRA PRADO, Wagner. Palestra proferida no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Brasília/DF, 2009.

mil, quatrocentos e cinquenta e três) escoltas para o Poder Judiciário, com custo total de R\$ 6.700.000,00 (seis milhões e setecentos mil reais), aí computados os salários pagos aos integrantes da escolta¹³.

Outro problema de extrema relevância, talvez maior do que o dispêndio financeiro, é a alta possibilidade de fuga de alguns prisioneiros durante o deslocamento entre a unidade prisional e a sede do juízo, principalmente quando são aqueles integrantes de facções criminosas organizadas. Não raro, o noticiário apresenta casos de fugas ou tentativas de fugas empreendidas por criminosos em trânsito de/para audiências ou em deslocamento entre presídios. Tais ocorrências colocam em risco iminente a segurança da sociedade, bem como prejudicam sobremaneira a aplicação da lei penal.

Os problemas expostos acima se tornam ainda mais evidentes nos casos de presos que respondem a processos em mais de uma unidade da Federação ou que estão presos em Estados diferentes de onde estão sendo processados, situação muito comum no caso de presos custodiados em presídios federais.

Não obstante a inexistência de legislação federal sobre o tema, alguns Estados-membros passaram a utilizar o recurso da videoconferência para a concretização dos atos processuais, dentre eles o interrogatório. No Distrito Federal, desde 2001 o procedimento de videoconferência é utilizado pela Vara de Execuções Penais. Os Estados de São Paulo (Lei nº 11.819/05) e do Rio de Janeiro (Lei nº 4554/05), considerando-se no exercício da competência concorrente esculpida no art. 24, XI, do Texto de Outubro, chegaram a editar leis autorizando o uso do sistema de videoconferência.

Instado a se manifestar sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, na sua primeira decisão acerca da questão, entendeu que o interrogatório realizado por videoconferência não deveria ser anulado, ante a

¹³ Idem.

não demonstração de prejuízo ao acusado, tratando-se de causa de nulidade relativa. Assim vejamos:

RECURSO DE "HABEAS-CORPUS". PROCESSUAL PENAL. INTERROGATORIO FEITO VIA SISTEMA CONFERENCIA EM "REAL TIME". INEXISTINDO A DEMONSTRAÇÃO DE PREJUIZO, O ATO REPROCHADO NÃO PODE SER ANULADO, "EX VI" ART. 563 DO CPP. RECURSO DESPROVIDO.¹⁴

Até o julgamento do AgRg no HC 90603, o STJ manteve o entendimento acima exposto:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR DO WRIT. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU O PEDIDO DE TUTELA LIMINAR. SÚMULA 691/STF. AUSÊNCIA DE INEQUÍVOCA DE ILEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. (...) 2. Sobre o tema em questão, esta Corte já decidiu, em casos análogos, que o interrogatório realizado via videoconferência não viola o princípio do devido processo legal, e seus consectários. 3. Destarte, o entendimento proferido pelo Juízo de primeiro grau, e pelo Tribunal a quo não se mostra, de forma alguma, flagrantemente ilegal, abusivo ou teratológico, a ponto de autorizar a mitigação da orientação já sumulada pelo Pretório Excelso de que não cabe Habeas Corpus contra decisão que indefere pedido liminar. 4. Agravo Regimental a que se nega provimento.¹⁵

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em 14/08/2007, por meio de sua Segunda Turma, ao julgar o HC 88914-0/SP, decidiu em sentido oposto ao que havia se consolidado no STJ e decretou a nulidade de processo criminal, a partir do interrogatório, porque este ato havia se concretizado por intermédio de videoconferência. A decisão, tomada por unanimidade pela Turma, partiu da relatoria do Min. Cezar Peluso. Vários foram os argumentos apresentados pelo relator para a concessão do *writ*, os quais merecem delineamento, como se passa a proceder.

Primeiramente, o Ministro relator reconheceu a ilegalidade do interrogatório por videoconferência, entendendo que o tema, por se tratar de

¹⁴ RHC 6272/SP, STJ, 5ª Turma, Rel. Min Felix Fischer, Julgado em 03/04/1997, DJ em 05/05/1997

¹⁵ STJ, 5ª Turma, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em 28/11/2007, DJ em 17/12/2007

matéria de natureza processual se enquadraria nas hipóteses de competência legislativa privativa da União, apresentando a Lei nº 11.819/05-SP vício de constitucionalidade formal, por ter invadido competência privativa da União. Sustentou a ilegalidade do ato, também, em virtude da ausência de norma federal regulamentando o uso da videoconferência no processo criminal. Aduzia, ainda, o ministro relator, em seu voto, que o Código de Processo Penal disciplinava como lugar para realização do interrogatório a sede do juízo, de modo que o interrogatório realizado por videoconferência, ocorrendo com o preso em lugar diverso do fórum, contrariava determinação legal.

A decisão do STF firmou que a falta de disciplina legal para o caso não permitiria a observância de formalidades essenciais à manutenção da regularidade do interrogatório, não aclarando, por exemplo, onde deveria permanecer, durante o ato, o defensor do acusado, se na sede do juízo ou na unidade de custódia.

Seguindo em sua explanação, o relator entendeu que a realização do ato por meio da videoconferência atentaria contra o direito de audiência do acusado, inerente à autodefesa.

Aduziu, ademais, que o acusado, prestando informações no próprio estabelecimento prisional, sentir-se-ia acuado e constrangido em apontar ao juiz ilegalidades em sua prisão, maus-tratos sofridos no cárcere, etc., pois temeria sofrer represálias por parte dos agentes policiais. Entendeu o Min. Peluso que o interrogatório não se daria de forma plena realizando-se na unidade prisional, não se sentindo o acusado à vontade da maneira como seria necessária para exercer, efetivamente, o seu direito de autodefesa.

Continuou o Min. César Peluso, em seu voto, afirmando que a virtualidade do interrogatório acarretaria uma diminuição da percepção do juiz com relação às expressões corporais do acusado, pois o que se poderia apreender quando de um encontro presencial ficaria deveras reduzido com o ato virtual, embora com som e imagem.

Outro argumento exposto no voto do relator foi com relação ao prejuízo para a publicidade do ato, quando da sua realização por meio de videoconferência.

A seu turno, a violação a dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, também embasou o voto do relator, na medida em que o art. 7º, n. 5 deste tratado prevê que *“toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais.”* No mesmo sentido é o art. 9º, n. 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

O Min. Peluso considerou, no voto, que o prejuízo advindo da realização do interrogatório virtual é presumido, vez que não há como saber se, diante da presença física do juiz, o acusado teria se portado de forma diferente de como procedeu no ato virtual. Assim, a realização do interrogatório por videoconferência constituiria causa de nulidade absoluta.

No julgamento pela Turma, o Min. Eros Grau acompanhou na íntegra o voto do relator, enquanto que o Min. Gilmar Mendes opinou pela inconstitucionalidade em virtude de ausência de lei a regular o tema, abstendo-se de adentrar os outros pontos abordados pelo Min. Peluso, por entender desnecessário para o julgamento do caso. Em seu voto, o Min. Mendes, inclusive, referiu à possibilidade de se discutir as outras questões caso editada lei federal disciplinando o interrogatório virtual.

Após o julgamento do paradigma acima referido, o Superior Tribunal de Justiça aderiu ao entendimento firmado pela Suprema Corte e a videoconferência deixou de ser utilizada pelo Poder Judiciário para a realização do interrogatório, com vistas a evitar eventuais nulidades processuais.

No início do ano de 2009, foi publicada a Lei nº 11.900, que alterando dispositivos do Código de Processo Penal, passou a prever várias

hipóteses autorizadoras do interrogatório por videoconferência. A partir daí, alguns Estados-membros voltaram ou passaram a utilizar a tecnologia na realização dos atos processuais.

Não há, até o momento da conclusão deste estudo, julgados do STF ou do STJ analisando a possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência após a edição da aludida norma, de modo que tais tribunais, em decisões posteriores à Lei n° 11.900/09, firmam ser nulos os atos assim praticados antes do advento de tal lei, sem, contudo, aprofundar-se no tema. Confira-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VÍDEOCONFERÊNCIA. LEI PAULISTA 11.819/2005. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL JÁ RECONHECIDA POR ESTA CORTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. PRECEDENTES. (...) No julgamento do HC 90.900, rel. para o acórdão min. Menezes Direito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria, a inconstitucionalidade formal da Lei 11.819/2005, do Estado de São Paulo, por entender que tal diploma legal ofende o art. 22, I, da Constituição federal, na medida em que disciplina matéria eminentemente processual. Ordem concedida, de ofício, para decretar a nulidade do interrogatório realizado por meio de sistema de videoconferência, com base na Lei paulista 11.819/2005, e dos atos a ele subseqüentes, à exceção das oitivas das testemunhas. Agravo regimental a que se nega provimento. Concessão de habeas corpus de ofício.¹⁶

(...) 1. Esta Corte de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, antes da edição da Lei 11.900/2009, não admitiam o interrogatório virtual à míngua de previsão legal que garantisse os direitos constitucionais referentes ao devido processo legal e à ampla defesa e ao fundamento de que todo denunciado tem o direito de ser ouvido na presença do juiz, sob pena de macular a autodefesa e a defesa técnica albergadas pela Carta Política Federal. (...)¹⁷

1.5.2. Argumentos a favor e contra a utilização da

¹⁶ STF, AI 820070 AgR / SP, 2ª turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgado em 07/12/2010, Publicado em 01/02/2011

¹⁷ STJ, HC 193.025/SP, 5ª turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Julgado em 06/09/2011, DJe 26/09/2011

videoconferência para a realização do interrogatório.

Os que defendem a realização dos atos processuais através de sistemas de comunicação *on line*, trazem dois pontos principais de defesa: a celeridade processual e a economia para os cofres públicos advindas com o uso da tecnologia. Costuma-se afirmar que, por não depender da disponibilidade de policiais para realização de escoltas de réus presos, bem como por evitar dispêndio de tempo no transporte de acusados, o trâmite processual seria acelerado com a concretização de atos *on line*, em privilégio ao princípio da razoável duração do processo, insculpido no Texto de Outubro pela Emenda Constitucional n° 45.

No que tange aos valores a serem economizados pelo Estado, os defensores da videoconferência costumam expor as somas vultosas gastas para a realização de escoltas, pregando que tais quantias poderiam ser melhor investidas em outros aspectos da segurança pública, além do fato de que a diminuição substantiva nas escoltas propiciaria a liberação de vários policiais para a efetivação do policiamento ostensivo.

Argumentam, também, os defensores do sistema de videoconferência que o direito de presença do acusado não fica tolhido com a realização dos atos processuais por meios eletrônicos, uma vez que os dispositivos proporcionariam a fiel percepção de som e imagem pelo magistrado.

A segurança da sociedade, que fica resguardada com a redução do transporte de presos, principalmente daqueles de alta periculosidade, e a consequente diminuição no risco de fugas, também é ponto primordial na defesa da admissibilidade da videoconferência.

De outro lado, os que são contrários ao interrogatório por videoconferência aduzem que o direito de ampla defesa do réu, no seu aspecto da autodefesa, restaria deveras prejudicado com a adoção da tecnologia,

asseverando que o acusado não se sentiria à vontade para expressar os fatos da maneira clara, bem como o juiz não teria a adequada percepção das suas reações através do aparelho mecânico.

Entendem, ainda, que o interrogatório por videoconferência violaria tratado internacional referente a direitos humanos ao qual o Brasil aderiu (Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica), que garante ao imputado o direito de ser apresentado ao juiz para responder à acusação, considerando, assim, que a presença deve ser física.

Outra adução constantemente exposta era a contrariedade ao princípio da legalidade, uma vez que não havia lei federal a disciplinar a questão. Tal problema foi resolvido pelo legislador com a edição da Lei nº 11.900/09.

Importa menção, também, ao argumento utilizado pelo Min. Cezar Peluso, no HC 88.914/SP, no sentido de que o interrogatório por videoconferência iria de encontro ao princípio da publicidade dos atos processuais.

Interessante observar os grupos majoritários que defendem cada tese. A procedência do interrogatório *on line* é laureada normalmente por magistrados, órgãos do Ministério Público e membros do Poder Executivo, vislumbrando a celeridade do trâmite processual e economias para o Estado. No lado oposto, normalmente doutrinadores e advogados (aí incluídos defensores públicos), tendentes a resguardar de forma absoluta as garantias individuais do acusado.

1.5.3. Imposições da Lei nº 11.900/09

O art. 185 do CPP, no seu parágrafo segundo, prevê que *“excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por*

sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I- Prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integra organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II- viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III- impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV- responder à gravíssima questão de ordem pública”.

Percebe-se que o primeiro requisito para a realização da audiência de interrogatório por videoconferência é a decisão **fundamentada** do magistrado, embasada na verificação de uma ou mais das quatro hipóteses previstas no parágrafo segundo do art. 185, as quais consistem em *numerus clausus*, não podendo ser ampliadas por qualquer método interpretativo, por serem prejudiciais ao réu, com observância da reserva legal.

O parágrafo terceiro, do art. 185, dispõe que as partes devem ser intimadas da decisão que determinou a realização do interrogatório por videoconferência com a antecedência mínima de 10 (dez) dias da realização do ato. Trata-se de outro requisito imposto pelo diploma processual para a concretização do interrogatório *on line*.

O parágrafo quinto, por sua vez, impõe a presença de dois defensores ao ato processual, devendo um deles permanecer no fórum com o magistrado e o membro do Parquet e outro, na unidade prisional, na companhia do acusado. Há, ainda, a garantia de existência de linha telefônica privativa para comunicação entre o acusado e o defensor alocado no presídio e o advogado presente na sede do Juízo. Deve, ademais, sempre ser observado o direito de entrevista prévia entre o acusado e seus defensores.

Por fim, devem ser atendidas a todas as formalidades atinentes ao ato do interrogatório, ato formal que é.

Observa-se, dos preceitos legais mencionados, que o legislador pátrio, ao editar a Lei nº 11.900/09, adotou postura intermediária, nem inviabilizando o interrogatório *on line*, nem possibilitando a sua adoção arbitrária.

Claramente pode ser aferir ter o legislador se portado em atendimento aos parâmetros de proporcionalidade, o qual mitiga o direito de presença física do acusado quando necessário o resguardo da segurança da sociedade ou para responder a gravíssima questão de ordem pública ou, ainda, por impossibilidade de comparecimento do acusado por motivo pessoal.

No dizer de Andrey Borges de Mendonça:

Verifica-se que o legislador adotou posição intermediária, ou seja, somente é possível o interrogatório por videoconferência em situações excepcionais, em que haja demonstração da necessidade da medida. Busca-se um equilíbrio entre os direitos do acusado e o interesse da sociedade.¹⁸

A preservação da segurança pública é privilegiada quando há fundadas suspeitas (que devem ser expostas na decisão que determina o interrogatório por videoconferência) de que o preso integre organização ou de que possa fugir durante o seu deslocamento à sede do juízo. A Convenção de Palermo, da qual o Brasil é signatário, em seu art. 2º, define grupo criminoso organizado como sendo aquele estruturado por três ou mais pessoas, existente há algum tempo e que atue com o propósito de cometimento de um ou mais delitos grave ou que estejam enunciados na convenção, com intenção de obtenção direta ou indireta de proveito econômico ou material.

A hipótese do inciso I deve ser aplicada no caso de preso integrante de quadrilha que se repute de periculosidade elevada, o que pode ser aferido

¹⁸ Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada por Artigo, ed. 2, Editora Método, 2009, São Paulo, página 307

pelo histórico de crimes cometidos, bem como pelo nível de organização estrutural e material do grupo. Aplicável, ainda, o dispositivo em casos nos quais o risco de fuga seja fundamentado em elementos concretos colhidos em investigações policiais ou no curso do próprio processo.

O inciso II tem por escopo viabilizar a participação do réu na instrução processual nos casos em que, por motivo pessoal, seu comparecimento se torne impossibilitado. Normalmente, o que justificará a aplicação do preceito será enfermidade de relativa gravidade.

A hipótese do inciso III ocorre quando a presença do acusado ao fórum possa constranger a vítima ou testemunhas de tal modo que acarrete prejuízo à contribuição dos seus depoimentos para a elucidação do caso *sub oculi*.

O inciso IV trata de causas de caso fortuito ou força maior. Deve ser aplicado nas situações em que a apresentação do acusado ao fórum esteja impossibilitada em razão de causas excepcionais, como greve de policiais, casos de calamidade pública, etc. Consigna-se, neste trabalho, que a situação deve ser de longa ou indeterminada duração, uma vez que, caso saiba o juiz de sua cessação e não sendo de longa espera, é mais benéfico para o acusado que a audiência seja designada para data futura, em que o imputado possa ser apresentado.

Importa salientar que o juiz, como presidente da instrução processual que é, pode determinar *ex officio* a realização do ato por videoconferência ou por requerimento das partes, que devem atuar de forma a resguardar os interesses do acusado e da sociedade.

1.5.4. Interrogatório por videoconferência quando o réu reside

em comarca diferente da sede do juízo processante

Embora disso não trate a lei processual, conclui-se, neste estudo monográfico, que é possível, ainda, a realização do interrogatório *on line* quando o acusado residir em comarca diversa de onde o feito é processado.

Neste caso, o procedimento comum seria a expedição de carta precatória para o juízo da comarca onde reside o imputado, para que procedesse à realização do interrogatório. Ora, muito mais benéfico pode ser para o acusado que o seu interrogatório se realize mediante videoconferência do que através de carta precatória, uma vez que, por meio virtual, terá contato – ainda que não físico – com o juiz que o julgará, em vez de prestar suas declarações a juiz diverso do magistrado sentenciante.

Importa esclarecer que o juízo de conveniência com relação ao meio pelo qual será interrogado cabe ao acusado e a seu defensor, podendo ser utilizada a videoconferência em tais casos apenas a requerimento da defesa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

Os princípios informadores do direito penal e processual penal atuam, preferencialmente, com vistas ao resguardo das garantias individuais do acusado, podendo ser mitigados quando em benefício deste próprio. Nesse sentido, reconhece a doutrina majoritária a utilização de prova ilícita pelo acusado para comprovar a sua inocência, desde que não haja outro meio lícito apto para tanto.

Assim, a analogia pode ser aplicada em benefício do acusado, sem prejuízo, também, para a acusação. Ora, reputando o acusado e sua defesa que a realização do interrogatório por videoconferência, perante o juiz da causa, lhe será mais benéfica do que o processamento da deprecata, não há porque lhe negar tal possibilidade.

Importa ressaltar que tal possibilidade não se trata de direito público

subjetivo do acusado, somente podendo ser aplicada caso as comarcas processante e onde reside o acusado sejam dotadas de tecnologia suficiente para tanto, de tal sorte que não o Estado obrigado a implantar a tecnologia em benefício do acusado.

2. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é uma norma de direito fundamental de cunho essencialmente hermenêutico, não havendo que se falar em um direito fundamental do cidadão a algo propriamente dito. É um postulado orientador, que deve ser observado nos âmbitos legislativo, executivo e judiciário.

Quanto ao aspecto legislativo, o editor de normas deve observar a medida de proporcionalidade na sua elaboração, e, aí, o postulado da proporcionalidade se apresenta com duas facetas. De um lado, verifica-se a proibição de excesso, devendo as normas previrem uma intervenção do Estado de modo a não invadir as liberdades individuais mais do que o estritamente necessário. De outro lado, a proibição de deficiência impõe ao legislador a obrigatoriedade de legislar de modo a proteger os interesses individuais e sociais no máximo grau possível.

Quanto ao administrador, os seus atos devem, além de respeitar a legalidade, também se abster de adentrar de modo abusivo os direitos individuais dos cidadãos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Poder Judiciário se mostra de forma mais complexa. Normalmente, o caso levado ao pretor apresenta uma colisão de princípios, quando será avaliado, no *leading case*, qual princípio deverá prevalecer, com a aplicação do postulado da proporcionalidade.

Não seria errado afirmar, então, que o princípio da proporcionalidade atua como princípio informador direcionado ao legislador e ao administrador e como princípio interpretativo quando aplicado pelo magistrado.

2.1. Origem e evolução

Desde sua formação, o Estado, tido como essencial à manutenção da vida em sociedade, apresentou características de forte intervenção nas liberdades individuais. Imposição de tributos, possibilidade de desapropriação de propriedades privadas, exercício do poder punitivo são algumas demonstrações da ingerência do Estado na vida cotidiana de seus cidadãos.

Até o final do absolutismo monárquico, o Estado, na pessoa de seus mandatários, tinha poderes irrestritos sobre a coletividade, podendo criar e aplicar as normas ao seu alvedrio. Correto afirmar que o monarca tinha poder de vida e morte sobre seus súditos. A falta de limites aos poderes estatais se justificou pelas mais diversas teorias e filósofos; por vezes atribuindo ao rei uma função de representação divina, outras tendo o monarca como a própria divindade ou, ainda, atrelando o Estado a uma condição de gestor da sociedade para evitar que esta se autodestruísse.

Com o surgimento dos primeiros embriões do Estado Liberal, a autoridade absoluta do Estado e do monarca passou a ser questionada, com a afirmação por vários teóricos de que o homem possui direitos e liberdades naturais, anteriores e independentes ao direito positivo, as quais seriam inafastáveis, ainda que pela vontade estatal.

Com efeito, pode-se afirmar que o reconhecimento de algumas liberdades individuais encontra respaldo na filosofia clássica, bem como em ensinamentos religiosos. Não se olvida que na democracia ateniense, por exemplo, o homem era reconhecido como livre e possuidor de individualidade, bem como lhe era assegurada a participação direta nas decisões políticas do Estado, ainda que com ressalvas à classe a que pertencesse. Do Antigo e do Novo Testamento se verifica o homem como sendo a criação máxima divina, com claras referências à igualdade de todos. Vale a transcrição da doutrina de Ingo Sarlet:

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia,

legou-nos algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltada, de 'pré-história' dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Saliente-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade. Do antigo testamento, herdamos a idéia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estóica greco-romana e do cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus)¹⁹

A doutrina jusnaturalista também se apresentou como de fundamental importância para a construção da aceitação da existência de direitos naturais, inerentes à condição humana, de modo especial a partir do século XVI. Santo Tomás de Aquino é expoente do pensamento jusnatural como reconhecedor de direitos fundamentais, professando a existência de duas ordens jurídicas, sendo uma formada pelo direito natural e outra pelo direito positivo, asseverando que o desrespeito pelos governantes ao direito natural justificaria, inclusive, o exercício de resistência por parte da população. Nos séculos XVII e XVIII, a doutrina jusnaturalista atinge seu ápice, com a teoria contratual, que reconhecia que a ingerência do Estado sobre a população se devia a um contrato social, onde o homem abria mão de parte de suas liberdades e se submetia a um conjunto de regras para a preservação da sociedade. Dessarte, sendo a submissão do homem ao Estado fruto de sua própria vontade, haveria de existir limites à atuação estatal, e tais limites eram afirmados, muitas vezes, com o controle de proporcionalidade dos atos estatais, principalmente administrativos.

Importante ressaltar que as tentativas de limitação do poder estatal já datam de antes mesmo do estabelecimento do Estado Absolutista e se apresentaram em várias oportunidades, dentre elas a edição da Magna Carta

¹⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, Livraria do Advogado editora, ed. 10. Porto Alegre, 2009, p. 38.

(1225), da *Petition of Rights* (1628), do *Hábeas Corpus Amendment Act* (1679) e do *Bill of Rights* (1688).

Como leciona a professora Suzana de Toledo Barros, “o germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia a liberdade individual em face dos interesses da administração.”²⁰ Inicialmente, o corolário da proporcionalidade aplicava-se basicamente à restrição ao poder de polícia do Estado, evitando excessos no poder disciplinador e principalmente fiscalizador.

No que toca à aplicação do princípio da proporcionalidade como limitador do poder de polícia, FRITZ FLEINER²¹ assinala que “a polícia é um setor determinado da atividade da Administração Pública, a saber, a atividade da autoridade no terreno da Administração interior, que impõe coativamente, à liberdade natural da pessoa e à propriedade do cidadão, as restrições necessárias para a manutenção do Direito, da segurança e da ordem pública”, afirmando que “a limitação da liberdade individual não deva exceder jamais a medida absolutamente necessária...o remédio mais enérgico há que ser sempre a *ultima ratio*”.

Na França, devido a um estrito apego à legalidade no período pós-revolucionário, o controle dos atos administrativos passou a ser exercido pelo *Conseil D'état*, órgão desvinculado do Poder Judiciário, pertencente ao próprio Executivo, hoje existente. Embora o princípio da proporcionalidade não tenha sido adotado explicitamente pela legislação, doutrina ou jurisprudência francesa, pode-se observar, por vários arestos do Conselho de Estado, que este órgão prima pela adequação e proporcionalidade das medidas administrativas. Neste sentido, Guy Braibant²²:

²⁰ TOLEDO BARROS, Suzana de, O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Ed. Brasília Jurídica, ed.3, Brasília, 2003, p 37.

²¹ FLEINER, Fritz, Intituciones de Derecho Administrativo, trad. Da 8. Ed. Alemã por Sabino A. Gendin, Barcelona, Labor, 1933, PP. 312-324, *apud*, TOLEDO BARROS, Suzana de, *op.cit.* p. 46

²² Le Principe de la Proporcionalite, in: Melanges a Marcel Walline, Paris, 1974, pp. 298-299, *apud* BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 1993,

Até o presente, o princípio da proporcionalidade não foi reconhecido no sistema francês; não tem sido afirmado como tal nem na jurisprudência, nem na doutrina – mas isso não quer dizer que ele não desempenha nenhum papel. O termo ‘proporção’ ha sido empregado reiteradas vezes nos arestos do Conselho de Estado, nas conclusões dos delegados de governo e nos comentários da doutrina. E mesmo quando não aparece expressamente, a idéia se acha subjacente. O juiz administrativo tem, em suma, aplicado o princípio da proporcionalidade sem saber o que faz ou mais exatamente sem dizer.

Na Alemanha, o corolário da proporcionalidade ganhou maior visibilidade com a sua elevação a nível constitucional, com o *Bunderverfassungsgericht*, que, após a Segunda Guerra Mundial, construiu sua jurisprudência com o reconhecimento de que o legislador deve atuar em conformidade com os direitos fundamentais. Nesse país Europeu, o cânone da proporcionalidade saiu de uma dimensão de aplicação adstrita ao Direito Administrativo para ganhar aspectos constitucionais, apto a obrar efeitos em todas as áreas do Direito.

O desenvolvimento da proporcionalidade no direito germânico se deve em grande parte à conjuntura sócio-política do pós-guerra. Em verdade, na Alemanha nazista, os direitos humanos de enorme parcela da população foram lançados por terra, aplacados de forma absoluta por uma política de purificação racial. Milhões foram mortos das maneiras mais desumanas imagináveis, outros tantos foram utilizados como experiência científica, bens foram confiscados, pessoas foram banidas, enfim, sendo interessante notar que todas essas atrocidades foram cometidas dentro da mais rígida legalidade. Tais desmandos culminaram com a Segunda Guerra mundial, da qual a Alemanha saiu arrasada e dividida. Isso mostrou que a obediência ao direito positivo não basta para preservar a ordem social e, ao contrário, pode, inclusive, gerar situações desastrosas.

A nova Constituição alemã, a Lei Fundamental de 23 de maio de 1949, assinalou profundas mudanças na ordem jurídica supralegal, com um direcionamento à garantia dos direitos fundamentais. Como dito por Jorge Miranda, a Constituição de Bonn “*como era de se esperar depois do nacional-*

*socialismo e da guerra, faz uma clara profissão de fé na dignidade da pessoa humana e admite, implícita ou explicitamente, que o direito natural limita o poder do Estado.*²³

Importante a assimilação dada pelo Tribunal Constitucional Alemão aos direitos fundamentais esculpido na Lei Fundamental.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade se desenvolve de forma ainda incipiente, uma vez que, em nosso país, ainda há forte apego pelo Direito positivo, bem como se procura fazer restrições apenas extremamente necessárias na independência dos poderes. Não obstante, não se pode deixar de afirmar que a doutrina pátria sobre o tema é bastante farta e a jurisprudência já começa a aplicar o princípio, principalmente em ações que envolvem a colisão entre direito à liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Há, ainda, os casos em que o cânone da proporcionalidade é aplicado pelo pretor, mas sob o manto de outros argumentos e sem menção explícita.

O próprio Supremo Tribunal Federal já possui diversos julgados em que o princípio da proporcionalidade é aplicado na resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Citam-se como emblemas dois casos importantes.

O primeiro foi tratado na Reclamação n° 1067, em que a Fazenda Pública buscava a reforma de decisão de juiz que concedera antecipação de tutela à autora da ação, determinando o imediato pagamento de prestações relativas à pensão devida a uma viúva idosa. A concessão da tutela ia de encontro ao decidido pelo STF na ADC n° 4, que proibira tais antecipações. Nessa Reclamação, o STF se viu frente ao dilema de assegurar a autoridade do que decidido em Ação Direta de Constitucionalidade ou de priorizar a efetividade da prestação jurisdicional, tendo escolhido essa última opção. O Pretório Excelso fez um juízo de proporcionalidade entre a manutenção da autoridade do julgado anterior e a garantia da efetividade jurisdicional a

²³ Manual de Direito Constitucional, Tomo I, 4. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 209.

senhora idosa, a quem o julgamento definitivo da lide talvez sequer pudesse aproveitar em razão de sua idade já avançada.

O segundo emblema foi discutido no Recurso Extraordinário nº 511.961, em que foi resolvida a questão da necessidade de diplomação em curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. Nesse aresto, colidindo o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito da sociedade a uma informação de qualidade, a Corte Constitucional entendeu por bem privilegiar aquele, com os fundamentos de que a formação em nível superior não era indispensável ao bom exercício da profissão, bem como que o Decreto-lei nº 972-69, que estabelecia regras para o exercício da profissão, iria de encontro à liberdade de expressão.

Dos arestos supracitados, pode-se aferir que o princípio da proporcionalidade é aplicado pelo juiz pátrio, embora ainda de forma incipiente e muitas vezes de maneira velada.

2.2. Fundamentação constitucional.

Segundo Robert Alexy, normas de direitos fundamentais seriam somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da Constituição de determinada nação²⁴. A doutrina do eminente jurista alemão se fundamenta no critério semântico de norma, segundo o qual norma é aquilo que está expresso em um enunciado positivado.

Por esse critério de definição de normas, aquilo que não se encontra expresso no Texto Maior, ou que dele não se possa inferir de modo claro, não poderia ser considerado como norma constitucional, ou norma de direito fundamental.

²⁴ ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, trad. da 5 ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

Esse conceito positivista de norma é falho, pois deixa lacunas com relação a temas não regulados expressamente na Carta Política. Ora, grande parte das normas constitucionais se apresenta com caráter principiológico, com um grau de abstração relativamente alto. Princípios, devido à sua generalidade e abstração, disciplinam não somente aquilo de que neles expressamente se trata, mas permitem inferir, utilizando-se de critérios hermenêuticos de interpretação, um conteúdo normativo implícito.

Para Friedrich Müller, não haveria uma identidade necessária entre norma e texto normativo, afirmando ele *“que uma norma jurídica é mais que o texto”*²⁵, entendendo que *“a norma jurídica é determinada também pela realidade social, pelo âmbito da norma.”*²⁶

Müller doutrina que o comando jurídico expresso apenas integraria o âmbito normativo, não sendo um pressuposto da norma, sendo cabível que o âmbito de materialidade normativo possa se aferir do contexto do que se regula.

Se adotar-se o entendimento de Alexy, o princípio da proporcionalidade é decorrência do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Se, por outro lado, filiamos-nos ao pregado por Müller, pode-se afirmar o princípio da proporcionalidade como implícito no texto constitucional brasileiro, em decorrência do conjunto normativo expresso no Texto de Outubro.

Em verdade, a proporcionalidade é princípio informador e de interpretação dos direitos fundamentais, tendo, nesse último aspecto, a atribuição de resolução de colisões de princípios, sob a lei de ponderação. Ocorre que, em não sendo norma, a proporcionalidade não necessariamente teria de ser aplicada na resolução de colisões de direitos fundamentais. Poder-

²⁵ MÜLLER, Friedrich, *Juristische Methodik*, p. 117; do mesmo autor, *Normstruktur und Normativität*, Berlin: Duncker & Humblot, 1966, pp. 147 e ss. Apud ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 77.

²⁶ *Idem, ibidem*

se-ia entender, então, que, havendo colisões entre princípios, deveria prevalecer aquele ao qual o legislador constitucional ou infraconstitucional disciplinou de forma mais minimalista, ou, ainda, que preponderaria a regulamentação infraconstitucional dada aos princípios, resolvendo-se a colisão como se resolve o conflito entre regras.

Não obstante a inexistência de preceito expresso na Constituição brasileira acerca do princípio da proporcionalidade, tal cânone, até mesmo por sua natureza informativa e interpretativa, está implícito no Texto Constitucional. Na doutrina do eminente jurista Roberto Alexy, *“princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”*²⁷, devendo, destarte, ser privilegiados da melhor forma possível – observadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Várias situações há em que um princípio entra em colisão com outro, o que se resolve com a aplicação da lei de ponderação e, por conseguinte, do princípio da proporcionalidade. Assim, sendo necessária para garantir a máxima efetivação dos princípios constitucionais, de modo a efetivar da melhor forma possível os direitos fundamentais, a proporcionalidade decorre da própria Carta Constitucional. Sendo um meio de realização das normas constitucionais, não pode ter outro status, senão o de norma constitucional de natureza informativo-interpretativa.

Quando a Constituição de 1988 reconhece a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado (art. 1º), assim como quando confere aplicabilidade imediata aos princípios e garantias fundamentais (art. 5º, parágrafo primeiro), reconhece todos os meios aptos à realização de tais preceitos, elevando o princípio da proporcionalidade a um nível constitucional.

Pode-se afirmar, inclusive, que o princípio da proporcionalidade é inerente ao Estado de Direito, reconhecido este como um Estado de liberdades, repelindo intervenções desnecessárias do Poder Público nos

²⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 90.

direitos fundamentais dos cidadãos, atentado, inclusive, para a origem histórica da proporcionalidade como meio de repressão a intervenções absurdas do Estado. Sendo o Estado Brasileiro expressamente um Estado de Direito (preâmbulo constitucional), o corolário da proporcionalidade integra a sua formação e essência jurídica. Corroborar o entendimento esposado, o ensinamento da professora Suzana de Toledo Barros:

Sob este enfoque, é deveras claro que o princípio da proporcionalidade decorre do Estado de Direito, ou do Estado Democrático de Direito, ou da ideia mesma de direitos fundamentais²⁸.

Magistral a lição do eminente constitucionalista Paulo Bonavides, ao doutrinar:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional, embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o par. 2 do art. 5, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.²⁹

Vale aduzir que o reconhecimento da natureza constitucional do princípio da proporcionalidade não se trata de mera firula acadêmica e se apresenta com extrema relevância prática. Depende disso, por exemplo, avaliar se a infringência à proporcionalidade pode dar ensejo ao recurso extraordinário, assim como se pode servir de fundamento à declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos. É que uma das possibilidades de interposição de recurso extraordinário se dá quando a decisão recorrida contraria dispositivo da Constituição (art. 102, III, a, da CF-88) e a declaração de inconstitucionalidade também ocorre quando a norma questionada infringe preceito constitucional.

²⁸ TOLEDO BARROS, Suzana de op. cit., p. 100.

²⁹ BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p.36.

2.3. Subprincípios

O cânone da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios, que são requisitos para a realização do princípio da proporcionalidade. Assim, no exame de proporcionalidade de uma norma ou medida, deve ser observado se tal ato é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

Adequado é aquilo que é apto a realizar o fim pretendido, é a medida coerente para atingir o que se pretende. Quando se avalia a adequação de um ato, deve-se ter em vista a finalidade a que se visa, para, então, aferir-se se as possibilidades fáticas e jurídicas levarão à sua concretização através do ato emanado. Com relação à adequação, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que *“o meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado”*³⁰.

Na análise de necessidade, observar-se-á se não há outro meio, que menos interferência e restrições provoque nas liberdades individuais, apto a realizar o fim almejado de forma tão satisfatória quanto a medida adotada. Se a resposta a isso foi positiva, não foi atendido o subprincípio da necessidade e, por conseguinte, o cânone da proporcionalidade. No que atine a tal subprincípio, a Corte Constitucional da Alemanha referiu que o meio *“é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais”*.³¹

A verificação de proporcionalidade em sentido estrito é o momento de aplicação da lei de ponderação. Deve-se observar, no caso *sub oculi*, se o que motiva o ato estatal se apresenta com importância suficiente a justificar a interferência em direitos fundamentais. É feito, exatamente, um juízo de valoração, com observância das condições do caso concreto, o que leva à

³⁰ FERREIRA MENDES, Gilmar, MÁRTIRES COELHO, Inocêncio, GONET BRANCO, Paulo Gustavo, Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 330

³¹ Idem, ibidem.

conclusão de que o princípio que prepondera em determinada ocasião pode ser preterido em outra.

A avaliação do ato com relação à proporcionalidade deve ocorrer com observância de uma ordem lógica, não tendo os subprincípios da adequação e necessidade a mesma relevância no exame de ponderação. Isto porque *“apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”*³².

Primeiramente, observa-se se atendido o subprincípio da adequação. A medida estatal, para estar em conformidade com a máxima da proporcionalidade deve ser apta a realizar o fim a que se destina. Dessarte, se o ato for incompatível com o atingimento da finalidade pretendida, se apresentando como inábil para concretizar tal objetivo, o corolário da proporcionalidade está de plano desatendido, não havendo mais que se analisar os outros subprincípios, vez que a adequação do ato é o pressuposto inicial para o atendimento à proporcionalidade. Na análise da adequação, o Bundesverfassungsgericht examina se o meio é “simplesmente inadequado”, “manifestamente inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado” ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado”.

Somente se passa a uma análise de necessidade caso tenha-se considerado o ato normativo ou executivo (aplicativo da norma) como adequado. Nesse momento, busca-se examinar se o Estado não dispunha de outro meio também adequado à consecução do evento almejado, mas que interfira de modo menos gravoso nas liberdades individuais. Consonante com o exposto, a doutrina do eminente jurista Willis Santiago Guerra Filho, ao afirmar que o meio *“deve se mostrar ‘exigível’, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais”*³³. No que tange à necessidade, interessante a referência exposta por Paulo Bonavides ao

³² FERREIRA MENDES, Gilmar, op. cit. p. 332

³³ SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis, Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, Editora SRS, Ed. 5, São Paulo, p. 89.

publicista francês Xavier Philippe, que aduz que “de dois males, faz-se mister escolher o menor”.³⁴

No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, segundo Pierre Müller, esta gera, simultaneamente, a obrigação de fazer uso de meios adequados e a interdição quanto ao uso de meios desproporcionais.³⁵

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, observa-se, após tido o ato como adequado e necessário, a justificação da interferência nos direitos fundamentais provocadas pelo meio em relação ao fim escolhido. Cumpre aduzir que um direito fundamental somente pode ser restringido para garantir e/ou salvaguardar direito também supedaneado em outra norma de direito fundamental. Assim, na análise de proporcionalidade, estarão em colisão dois princípios, a qual será resolvida com a aplicação da lei de colisão ou ponderação. A medida é proporcional em sentido estrito se o princípio que se visa a privilegiar se apresenta, *in casu*, com maior peso do que o princípio por ela mitigado.

Diferentemente do que ocorre no conflito de regras, quando ou adiciona-se uma cláusula de exceção ou uma das regras deve ser tida por inválida, a colisão de princípios não implica a total observância de uma norma em detrimento da outra. O que a resolução da colisão implica é o privilégio de determinado princípio no caso concreto, não implicando no reconhecimento da invalidade do outro. Ademais, o princípio preterido em determinada situação, pode-se apresentar com peso maior do que o privilegiado em colisão referente a outra situação fática.

3. COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO E DA SOCIEDADE À SEGURANÇA.

³⁴ BONAVIDES, Paulo, *op.cit.*, p. 397.

³⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 398.

3.1. Colisão entre direitos fundamentais

Regras e princípios são espécies do gênero norma. Guardam entre si profundas diferenças de natureza qualitativa. São diferenciados pela doutrina, principalmente, em virtude do diferente grau de abstração e generalidade de cada um. Enquanto as regras são normas mais específicas, com baixo grau de abstração, os princípios apresentam grau de abstração elevado, com preceitos de alta generalidade.

Outro modo que demonstra de forma extremamente clara a diferença qualitativa entre as regras e princípios atine à forma de resolução dos conflitos entre as primeiras e da colisão entre os últimos. *“Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida”*³⁶. De outro lado, *“se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”*³⁷.

Quando dois princípios se encontram em colisão, no caso concreto, deve ser avaliado qual deles deverá prevalecer, devendo o outro ceder. Isso não significa que o princípio prevalente, no caso, não possa ser preterido pelo outro, em colisão que envolva situação diferenciada.

Um caso decidido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão serve de emblema para a resolução da colisão entre princípios. Trata-se da incapacidade de réu para participar de audiência processual, em virtude de risco de derrame cerebral, devido à tensão inerente ao tipo de audiência.

³⁶ ALEXY, Robert. op. cit., p. 92.

³⁷ Idem, ibidem, p. 93.

No caso, o Tribunal observou haver “*uma relação de tensão entre o dever estatal de garantir uma aplicação adequada do direito penal e o interesse do acusado na garantia de seus direitos constitucionalmente consagrados, para cuja proteção a Constituição também obriga o Estado*”.³⁸ Tal tensão não pode ser resolvida com a predominância absoluta de um dos interesses envolvidos. Deve-se avaliar qual bem jurídico se apresenta com maior relevância e peso, no caso em análise. Deve ser feito um sopesamento entre os interesses em conflito.

No *leading case*, o Tribunal Constitucional considerou que os interesses do acusado se apresentavam com peso superior ao dever-poder do Estado de realizar a audiência criminal.³⁹

O eminente Ministro Gilmar Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional, ensina que existem colisões de direitos fundamentais em decorrência do exercício de direitos individuais por diferentes titulares ou, ainda, do conflito entre direitos individuais e bens jurídicos da comunidade.⁴⁰ Cita como típico exemplo de colisão entre direitos fundamentais, referindo a Edilson Farias, o conflito entre a liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação e o direito à intimidade e à vida privada.⁴¹ Continua a sua doutrina, afirmando que se depreende que a colisão de direitos fundamentais resolve-se através de um processo de ponderação, tendo em vista os aspectos inerentes ao caso concreto.

O caso da “*farra do boi*” de Santa Catarina, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, demonstra a aplicação, pela Corte, do princípio da proporcionalidade, com um exercício de ponderação para a resolução de

³⁸ BVerfGE 51, 324 (345).

³⁹ BVerfGE 51, 324 (346).

⁴⁰ FERREIA MENDES, Gilmar, op. cit., p. 331.

⁴¹ PEREIRA DE FARIAS, Edilson, Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1996, p.94 e s, *apud* FERREIRA MENDES, Gilmar, op. cit. p. 332.

conflito entre o direito às manifestações culturais e os direitos dos animais. Recurso interposto por associação de defesa dos direitos dos animais em face do Estado de Santa Catarina requeria a proibição da farra do boi, tendo em vista os notórios maus-tratos a que eram submetidos os animais na realização do evento. Na oportunidade, o Tribunal entendeu por bem proibir o evento cultural, por concluir que o direito à manifestação cultural se apresentava, no caso, com peso menor que o direito à integridade dos animais, aos quais a violência era aplicada de forma abusiva.⁴²

Em suma, colisões entre direitos fundamentais são resolvidas com a aplicação da lei de colisão, analisando-se, no caso *sub oculi*, qual princípio colidente se apresenta com grau de prioridade mais elevado, devendo prevalecer, e qual se mostra com prioridade menor, devendo ser mitigado, não importando tanto no seu afastamento do ordenamento jurídico.

3.2. Colisão entre direitos fundamentais no caso do interrogatório por videoconferência

Já nesta fase adiantada de presente estudo, conclui-se que a questão da realização do interrogatório do acusado preso através de meio de reprodução de sons e imagens *on line* configura um típico caso de colisão entre direitos fundamentais. Para chegar-se a esta conclusão, outros pontos devem ser explicitados, como se passará a fazer.

III.2.10 interrogatório presencial-físico como um direito fundamental do acusado

É o interrogatório presencial-físico a forma que melhor efetiva o direito de defesa do acusado. Com contato físico, sendo levado o imputado à presença do juiz na sala de audiências do juízo, proporciona-se uma maior integração entre os sujeitos do processo, ficando o acusado mais à vontade

⁴² RE 153.531, Rel Min. Marco Aurélio, Lex-STF, 239/192 (208).

para expressar a sua versão dos fatos em apuração, bem como tendo o julgador maior aptidão para a percepção das suas reações.

Tal percepção é importante, inclusive, para a formação do convencimento do órgão da acusação, do qual também não se pode retirar certa aura de imparcialidade, ao qual incumbe officiar pela absolvição do acusado, caso se convença de sua inocência.

O contato físico do acusado com o seu defensor presente ao juízo também influencia na maior efetividade da defesa, pois com o contato mais íntimo, sem o intermédio de meios eletrônicos ou mecânicos, possibilita-se uma melhor explanação dos fatos, levando o acusado e o seu advogado a melhor interagirem.

Indubitável que o intermédio de uma conversa, seja por outras pessoas, seja por equipamentos, torna mais frio e impessoal o tema do qual se trata, afastando a percepção das emoções geradas. Isso se faz claro pelo desejo do ser humano de estar presente, fisicamente, aos momentos mais importantes de sua vida. Assim, qual homem pede uma mulher em casamento em uma conversa através da internet, com uso de web cam? Qual o pai que teria a mesma emoção de presenciar o parto pessoalmente ao assisti-lo em vídeo gravado?

O contato físico entre acusado e magistrado pode influir de forma decisiva no convencimento do pretor, que – embora muitas vezes o faça veladamente – considera o tempo gasto pelo acusado para responder ao que lhe foi perguntado, a sua expressão facial ao ouvir a pergunta que lhe é formulada, etc. A percepção das emoções se faz ainda mais primordial para o entendimento dos motivos que levaram ao cometimento do delito.

Destarte, tem-se que a regra a ser aplicada é a realização do interrogatório presencial-físico, sendo o acusado levado à presença física do julgador para que exponha a sua versão do ocorrido.

III.2.2 Refutação a argumentos contrários à utilização da videoconferência

Vislumbra-se que alguns argumentos citados pelos que condenam o interrogatório virtual se mostram insubsistentes, muitas vezes sem demonstração lógica.

Assim, não se vê como o princípio da publicidade pode ser prejudicado com a realização do ato por videoconferência, quando a presença de populares à sala de audiência, mesmo local onde se encontrarão juiz, membro do *Parquet*, defensor, auxiliares, pode e deve ser permitida, salvo em casos que tramitem sob o manto o sigilo judicial. A transmissão de sons e imagens será observada por todos os presentes, não havendo, de forma alguma, que se falar em prejuízo da publicidade.

O direito à apresentação física do acusado perante o juiz é consectário de princípios de direito penal, como a ampla defesa e o contraditório, que devem ser realizados no grau máximo permitido pelas possibilidades fáticas e jurídicas, e não de regras de direito positivo como o Pacto de San José da Costa Rica ou o Código de Processo Penal. Certo é que o art. 7º, 5, da Convenção Interamericana de Direitos Civis e Políticos, assim como o art. 185 do CPP preveem que o interrogatório será realizado com a apresentação do acusado à presença do juiz. Ocorre que não há disposição legal obrigando a que tal presença deverá ser física ou impossibilitando a sua concretização por outros meios.

O acusado que é posto em ato de interrogatório perante o juiz, respeitadas todas as garantias e formalidades legais, foi levado à presença deste último, ainda que virtualmente, respeitadas, assim, as regras incorporadas ao direito brasileiro. Não há, nos dispositivos incorporados ao direito positivo pátrio, nenhum mandamento que obrigue à presença física.

Dito isto, conclui-se que o interrogatório realizado com a presença física do juiz e do acusado no mesmo local é um direito fundamental do acusado, consectário dos princípios da ampla defesa e do contraditório como integrantes do *due process of Law*. Assim, como norma de natureza principiológica, não se trata de direito absoluto, mas sim de mandamento de otimização⁴³, que deve ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

III.2.3A proporcionalidade do interrogatório por videoconferência

A realização do interrogatório por videoconferência provoca uma mitigação do direito do acusado à presença física, somente sendo cabível quando fundamentado por algum princípio que, no caso concreto, se apresente com peso superior aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Três são os principais benefícios visados por aqueles que defendem a realização do interrogatório *on line*, a saber, a economia de recursos despendidos pelo Estado com os procedimentos de escolta; maior celeridade processual; resguardo da segurança da sociedade.

Consideradas as finalidades citadas, passa-se a analisar a proporcionalidade do interrogatório virtual com os valores objetivados, assim decompondo o corolário nos seus três subprincípios que serão meios de análise lógica.

3.2.3.1 Adequação

Inicialmente cabe perguntar acerca da adequação da medida aos fins visados. É o interrogatório por videoconferência meio apto a alcançar a

⁴³ ALEXY, Robert, op. cit. p. 90.

economia de recursos, a celeridade processual e a segurança coletiva? É positiva a resposta para tanto.

Certo é que são vultosas as somas gastas com a realização de escoltas de transportes de presos para audiência e que a realização de tal ato por videoconferência em muito diminuiria tais custos.

Quanto à celeridade processual, também poderia haver algum benefício, uma vez que não se teria que redesignar audiências por falta de efetivo da escolta para apresentar presos.

No que tange à segurança da sociedade, esta evidentemente resta preservada com o interrogatório virtual, visto que a desnecessidade de transporte de presos reduziria o risco de fugas, evitando que criminosos perigosos se reintegrassem ao seio social em desconformidade com o direito.

3.2.3.2. Necessidade

Verificado que o interrogatório *on line* se adéqua aos fins expostos, passa-se à segunda fase de verificação da proporcionalidade, com a resposta à seguinte pergunta: existe outro meio tão apto à consecução dos objetivos pretendidos, mas que provoque interferências de menor gravidade nos direitos individuais do acusado?

A resposta a tal questionamento é negativa para o primeiro e o terceiro fim almejado. Realmente, nenhum outro meio é tão eficaz para alcançar redução de custos para o Estado com o deslocamento de presos, bem como para preservar a segurança da sociedade do que a realização de atos processuais virtuais, sem a necessidade de deslocamento dos presos da unidade prisional até o fórum. Assim, deve-se passar à análise do terceiro elemento da proporcionalidade com relação a tais fins, a proporcionalidade em sentido estrito.

Entretanto, a resposta é positiva com relação à segunda finalidade. A celeridade processual poderia ser garantida com o fortalecimento da estrutura de segurança pública, havendo outro meio idôneo ao alcance das autoridades e que interfere de forma infinitamente menos restritiva ou nada restritiva aos direitos fundamentais do acusado. Assim, o critério da necessidade da medida está desatendido quanto a este fim, considerando-se desproporcional a realização de interrogatório por videoconferência para garantir a celeridade processual.

3.2.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Primeiro, a análise de proporcionalidade em sentido estrito entre o meio da videoconferência e o objetivo de economia para os cofres públicos. Aí, encontram-se em choque o direito fundamental do acusado à ampla defesa e ao contraditório e o direito da sociedade de ter seus recursos aplicados da melhor forma possível. Há colisão entre os princípios da ampla defesa e do contraditório e o princípio da eficiência. Resta verificar qual dos princípios constitucionais deve prevalecer e qual deve ceder, *in casu*.

Está em jogo, de um lado, o direito da sociedade a ter seus recursos financeiros aplicados pelo Estado de forma a proporcionar-lhe o maior bem-estar possível, com investimentos em saúde, em educação, em segurança. Para a coletividade, interessa que o dinheiro que é despendido com a realização de escoltas para transporte de presos à sede do juízo seja gasto em políticas públicas que promovam a efetividade dos direitos sociais. E aqui se está a analisar o interesse da sociedade de um ponto de vista objetivo-material.

Ao acusado, interessa poder exercer o seu direito de defesa, na hipótese, de autodefesa, da maneira mais efetiva possível, de modo que possa buscar a não restrição à sua liberdade ou a seus bens. Interessa ao acusado que o juiz tenha contato consigo, que possa ouvir a sua versão dos fatos em apuração. Interessa, ademais, poder negar a acusação ou apresentar

justificativas para os seus atos, utilizando-se de todos os meios para que convença ao magistrado, dentre eles, as emoções que deixará transparecer.

No caso, reputa-se o direito fundamental à ampla defesa do acusado com um peso muito superior ao desejo da sociedade de aplicação diversa de recursos públicos. Isto porque a liberdade é talvez o mais importante bem do ser humano, pois indispensável à efetiva fruição de todos os outros direitos. O que fazer com a saúde, educação de que dispõe aquele que está preso? Como ter lazer de fato estando encarcerado? Cabe, inclusive, a dúvida sobre se realmente vive – aí no escopo da dignidade da pessoa humana – aquele que está no cárcere.

Noutro sentido, os recursos economizados com o transporte de presos e que seriam utilizados pelo Estado com a aplicação em outros setores ou mesmo na segurança pública devem ser buscados de outra maneira, com a racionalização dos gastos públicos, o combate à corrupção, etc.

Destarte, é a medida da realização do interrogatório por videoconferência desproporcional à finalidade relativa à economia de recursos financeiros, estando o ato, caso utilizado com tal objetivo, eivado do vício de inconstitucionalidade, sujeitando o processo penal a nulidade absoluta.

Resta avaliar a proporcionalidade em sentido estrito do interrogatório virtual para a consecução da segurança da sociedade. Estão em colisão, aí, os direitos fundamentais do acusado à ampla defesa e ao contraditório e da sociedade à segurança e à paz coletiva. Ambos são direitos assegurados constitucionalmente e com natureza principiológica.

O direito de defesa do acusado não será afastado por completo caso seja realizado o interrogatório através de videoconferência; o que se configurará é uma mitigação na sua defesa, que não obstante será preservada em seus dois aspectos: autodefesa, mitigada, e defesa técnica, a qual se realizará por completo.

A seu turno, o transporte de presos perigosos, que justifiquem receio de fuga, gera na população um temor extremo, tendo em vista o nível de violência alarmante existente na sociedade brasileira. Afora o temor, o prejuízo maior ocorrerá se a fuga do preso se concretizar, voltando o mesmo para o seio da sociedade sem ter pago por seus atos e com a possibilidade real do cometimento de novos delitos.

No sopesamento entre o direito de presença física do acusado perante o juiz de sua causa para o seu interrogatório quando se trate de acusado integrante de organização criminosa ou de periculosidade elevada, havendo receio fundado de fuga, e o direito de segurança da sociedade, este último merece ser privilegiado, sendo mitigada a ampla defesa do réu, que, não obstante, não será eliminada.

Não se pode olvidar-se, jamais, da inexistência de direitos absolutos, principalmente quando se está a tratar de direitos de natureza principiológica. Se assim não o fosse, não seria possível a existência da figura da prisão preventiva, uma vez que tal instituto configura nítida mitigação do princípio da não culpabilidade.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 11.900/09

A Lei n° 11.900 disciplinou a realização de interrogatórios por sistemas de videoconferência, garantindo a sua possibilidade, por decisão fundamentada do juiz da causa, de ofício ou a requerimento das partes para “*I- Prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integra organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II- viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III- impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV- responder à gravíssima questão de ordem pública*”.

Percebe-se comedimento por parte do legislador ao editar o diploma legal, somente restringindo o direito de presença do acusado em situações nas quais seja imperioso o uso do interrogatório *on line*, seja para preservar a segurança da sociedade, seja em virtude de condição pessoal excepcional do réu, seja, ainda, para evitar a protelação indefinida da realização do ato em virtude de caso fortuito ou motivo de força maior.

A lei impõe, ainda, que o acusado esteja assistido por defensor na sala de audiências e no presídio, além de garantir comunicação entre os defensores e entre o acusado e o advogado presente ao Juízo por linha segura e privativa.

Determina, ademais, a lei adjetiva a intimação da decisão que determinou a realização do interrogatório *on line* com pelo menos dez dias de antecedência à realização do ato, objetivando a preparação do réu e seus defensores para o mais pleno exercício da defesa.

A alteração processual guarda profunda consonância com a ordem constitucional, na medida em que visa a resguardar os direitos do acusado, conciliando-os com interesses de elevada importância da sociedade, na mais perfeita aplicação do princípio da proporcionalidade, de tal sorte que não há que se falar em inconstitucionalidade da realização do interrogatório do preso por videoconferência, desde que atendidas as exigências legais, uma vez que, repise-se, o direito à ampla defesa não é absoluto, podendo ser mitigado, no caso, pelo interesse social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, foi proposta a análise da constitucionalidade do interrogatório do acusado por meio do recurso da videoconferência. Teve-se o intuito de avaliar se e em quais situações seria possível o recurso a tal tecnologia, bem como os requisitos básicos para a sua aplicação, se cabível.

Discorreu-se acerca da origem, natureza jurídica, momento processual, forma e local de realização do interrogatório, quando se pôde observar o enquadramento processual de tal ato como meio de defesa ou de prova.

Visualizou-se, ainda, a variação de entendimentos jurisprudenciais quanto à possibilidade ou não de seu uso, além das edições legislativas que trataram do tema.

Quanto ao princípio da proporcionalidade, buscou-se esmiuçá-lo no que importava para o presente trabalho, referindo à sua origem histórica, desenvolvimento no direito comparado e pátrio, além de sua aplicação pela jurisprudência alienígena e brasileira. O cânone foi decomposto em seus três subprincípios, com a explanação atinente a cada um deles.

No capítulo terceiro, procedeu-se a uma avaliação interpretativa, à luz do princípio da proporcionalidade, no que tange à constitucionalidade do uso da videoconferência para a realização do interrogatório.

O parágrafo último se ateve à constitucionalidade específica da disciplina imposta pela Lei 11.900/09.

Ao fim do estudo, conclui-se pela constitucionalidade da realização do interrogatório por videoconferência, atendidos os seguintes requisitos:

- 1- Observância das hipóteses previstas na legislação processual penal, as quais podem ser ampliadas por opção legislativa, sempre com observância do princípio da proporcionalidade. Verificada a existência de lei atinente ao tema, o legislador tratou de explicitar as hipóteses nas quais considerou cabível a realização do ato virtual, não cabendo

ao intérprete a sua ampliação arbitrária, uma vez que, referindo-se a mitigação a direito fundamental, não cabe interpretação analítica ou extensiva.

2- A decisão que determina a realização do ato *on line* deve ser fundamentada exaustivamente, baseada em critérios objetivos e não em meras suposições. O risco de fuga, na hipótese do inciso I, deve ser fundado, provindo de elementos concretos que permitam tal temor. Não pode se basear em risco subjetivo, inerente ao deslocamento de todo e qualquer preso. Já as condições pessoais e a gravíssima questão de ordem pública, hipóteses dos incisos II e IV, devem ser explicitadas com clareza, valendo reafirmar que a questão de ordem pública deve ter fim indefinido ou demasiadamente longo que não justifique o aguardo da volta à normalidade.

Considera-se, ademais, a possibilidade de utilização da videoconferência para substituir os casos de interrogatório através de carta precatória. Neste caso, somente pode ser determinada pelo juiz da causa, mediante petição da defesa, vez que cabe ao acusado a definição de qual forma de realização do ato melhor atende os seus interesses. Tal possibilidade também depende de existência de estrutura e canal de comunicação entre o juízo do processamento da causa e o juízo da localidade onde reside o acusado.

O estudo se encerra com a afirmação de que as inovações tecnológicas devem ser aproveitadas da forma mais abrangente possível pelo direito, entretanto, sem esquecer que o processo é o meio do qual se vale a jurisdição para a pacificação social, e não um fim em si mesmo. Assim, as garantias inerentes à pessoa humana devem ser observadas em sua plenitude, não obstante a possibilidade de sua restrição quando em colisão com outro princípio constitucional que se apresente, no caso concreto, com peso superior.

Dessa forma, por tudo o que foi exposto, conclui-se pela constitucionalidade do interrogatório do acusado por videoconferência nos moldes da Lei nº 11.900/09.

REFERÊNCIAS

Obras

ALEXY, Robert, *Constitucionalismo Discursivo*, trad. por Luís Afonso Heck, Editora Livraria do Advogado, Porto alegre, 2007.

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, trad. da 5 ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, São Paulo, 2008

BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, 4.ed., São Paulo, Malheiros, 1993

BORGES DE MENDONÇA, Andrey, Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada por Artigo, ed. 2, Editora Método, São Paulo, 2009

DIAS FERNANDES, André, Eficácia das Decisões do STF em ADIN e ADC – Efeito Vinculante, Coisa Julgada *erga omnes* e Eficácia *erga omnes*, editora Podium, Salvador, 2009

FERREIRA MENDES, Gilmar, MÁRTIRES COELHO, Inocêncio, GONET BRANCO, Paulo Gustavo, Curso de Direito Constitucional, editora Saraiva, São Paulo, 2007

MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo I, 4. Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1990

SANTIAGO GUERRA FILHO, Willis, Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, Editora SRS, Ed. 5, São Paulo

SOUZA NUCCI, Guilherme de, Manual de Processo Penal e Execução Penal, Ed. 5, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008

TOLEDO BARROS, Suzana de, O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Ed. Brasília Jurídica, ed.3, Brasília, 2003

TORNAGHI, Hélio, Instituições de Processo Penal, v. IV, ed. 1, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959

WOLFGANG SARLET, Ingo, A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, Livraria do Advogado editora, ed. 10. Porto Alegre, 2009

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique, Manual de Direito Penal Brasileiro, v.1, Ed.7, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007

Sites

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

www.tjrs.jus.br

www.tjdft.jus.br