**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

Décio Luiz Alonso Gomes

**IMEDIAÇÃO PROCESSUAL PENAL:
DEFINIÇÃO DO CONCEITO, INCIDÊNCIA
E REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

São Paulo/SP

2013

Décio Luiz Alonso Gomes

**IMEDIAÇÃO PROCESSUAL PENAL:
DEFINIÇÃO DO CONCEITO, INCIDÊNCIA
E REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO**

**Tese de Doutorado apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo como
um dos pré-requisitos para a obtenção do
título de Doutor em Direito**

**Orientador: Professor Doutor Gustavo
Henrique Righi Ivahy Badaró**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo/SP

2013

DÉCIO LUIZ ALONSO GOMES

IMEDIAÇÃO PROCESSUAL PENAL:

DEFINIÇÃO DO CONCEITO, INCIDÊNCIA E REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Universidade de São Paulo, para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual.

Banca Examinadora:

1) Prof. Dr. _____

Titulação: _____

Julgamento _____ Assinatura _____

2) Prof. Dr. _____

Titulação: _____

Julgamento _____ Assinatura _____

3) Prof. Dr. _____

Titulação: _____

Julgamento _____ Assinatura _____

4) Prof. Dr. _____

Titulação: _____

Julgamento _____ Assinatura _____

5) Prof. Dr. _____

Titulação: _____

Julgamento _____ Assinatura _____

São Paulo, de de 2013.

A Bárbara, pelo amor e cumplicidade, nesta e em outras jornadas.

AGRADECIMENTOS

O período do Doutorado (entre preparação para ingresso e depósito da tese), coincidiu com os quatro anos passei na estrutura da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, onde, tal qual nos bancos acadêmicos, tive inúmeras oportunidades de aprendizado e de contatos profissionais.

Logo, os primeiros agradecimentos são dirigidos justamente a alguns integrantes do *Parquet* fluminense.

Aos procuradores de Justiça *Celso Fernando de Barros* e *Sergio Demoro Hamilton*, agradeço as orientações acadêmicas e relacionadas ao mister que nos escolheu e o carinho com que sempre me acolheram nas diversas conversas, na sala da Revista do MP ou nos encontros forçados e voluntários que a vida nos proporciona. Apesar de nunca ter sido oficialmente aluno deles, tive o privilégio de aprender com eles as questões mais importantes que um jovem promotor de Justiça deve saber: honradez e retidão.

Ao procurador de Justiça *Antonio José Campos Moreira*, pela generosidade do convite para integrar a equipe criminal da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial, de 2009 a 2013, local onde muito aprendi sobre os encargos da Chefia ministerial e que me outorgou uma visão renovada sobre nossa missão.

Àqueles que, a princípio, são desprovidos de nome e se caracterizam pela impessoalidade e qualidade das atuações: os integrantes do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO/RJ), do qual tive a honra de fazer parte de 2010 a 2013. Dentre tantos, me permito destacar dois nomes que sempre me emocionam pelo grau de dedicação e amor ao que fazem: *Paulo Roberto Mello da Cunha Junior* e *Fabio Miguel de Oliveira*. A estes, fica o meu “obrigado” pelos bons tempos de “combate” e por demonstrarem que a amizade é um sentimento que apenas se fortalece nos momentos de dificuldade.

Nesta idêntica linha, agradeço aos colegas *Alexander Araujo de Souza* e *Arthur Machado Paupério Neto*, pelo imprescindível apoio na elaboração da tese, seja como correspondente em terras estrangeiras, seja como crítico dos pensamentos trocados em conversas pessoais ou remotas. A contribuição de cada um foi decisiva para alcançar o resultado apresentado.

Às pesquisadoras *Helena Lahtermaher Oliveira* e *Luciana Ramalho*, pela gentileza, atenção e eficiência com que sempre atenderam meus pedidos urgentes.

No campo acadêmico, prossigo minha dívida de gratidão. Ao longo das diversas jornadas que escolhemos enfrentar, poucas vezes encontramos quem queira ajudar de forma verdadeira e desinteressada. E foi exatamente este o móbil que encontrei nas generosas sugestões do Prof. Dr. *Diogo Rudge Malan*, que incentivou sempre meu aprimoramento pessoal, mostrando ser possível o ingresso na festejada Universidade de São Paulo.

Aliás, foi na Faculdade de Direito da USP que o “milagre” se repetiu e pude conhecer e passar a respeitar ainda mais o Prof. Dr. *Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró*. A admiração originada da leitura dos seus escritos apenas se fortaleceu pelas competentes e bem elaboradas aulas ministradas na Pós-Graduação *Stricto Sensu*, bem como pela orientação segura, séria e dedicada com que sempre conduziu seus orientandos. Agradeço a acolhida na *São Francisco* e a oportunidade de diálogo de nível elevado.

Externo meu agradecimento, de igual forma, ao Prof. Titular *Antonio Scarance Fernandes* e ao Prof. Dr. *Maurício Zanoide de Moraes*, pelas inúmeras observações e sugestões ao ainda incipiente Projeto de Qualificação desta Tese, que serviram como verdadeira “revolução copérnica” em diversos pontos da pesquisa.

Ainda no plano do curso, agradeço aos colegas *Renato Stanziola Vieira* e *Danyelle da Silva Galvão*, por terem acolhido com tanta gentileza um forasteiro e mostrado as diferentes estruturas de funcionamento das terras bandeirantes.

Por derradeiro, mas de forma tão especial quanto os demais, agradeço aos meus pais, *Leila* e *Décio*, pela torcida e vibração com cada vitória.

SUMÁRIO

	Introdução.....	1
1.	Imediação no processo penal.....	9
1.1.	Evolução histórica.....	9
1.2.	Conteúdo e definição do seu conceito.....	15
1.3.	Natureza jurídica.....	31
1.4.	Abrangência.....	35
1.5.	Regime legal.....	39
1.6.	Classificações doutrinárias.....	42
1.6.1.	Imediação subjetiva ou formal e imediação objetiva ou material.....	43
1.6.2.	Imediação em sentido amplo e imediação em sentido estrito.....	47
1.6.3.	Imediação temporal e imediação espacial.....	48
1.6.4.	Imediação virtual ou imediação remota.....	49
1.6.5.	Imediação de segundo grau.....	50
1.6.6.	Imediação deficiente ou imediação carente.....	51
1.7.	Receio de ilusões cognitivas e a possibilidade de utilização da imediação como blindagem argumentativa.....	51
2.	Incidência da imediação sobre a instrução probatória: das provas pessoais aos modelos de registro dos atos processuais.....	53
2.1.	Imediação e atividade (judicial) probatória.....	53
2.2.	O âmbito probatório de incidência da imediação: as provas pessoais.....	61
2.3.	Repercussões da imediação processual na atividade probatória: anotações sobre os efeitos da imediação em alguns meios de prova e sua incidência (e registro) durante a instrução probatória.....	67
2.3.1.	O imputado: interrogatório, direito de presença (e de ausência) e conduta processual.....	68
2.3.2.	Prova testemunhal.....	73
2.3.2.1.	Testemunha indireta.....	78
2.3.2.2.	Testemunha anônima.....	80
2.3.2.3.	Depoimento do agente infiltrado.....	82

2.3.2.4.	Depoimento de vulnerável.....	85
2.3.3.	Prova pericial.....	91
2.3.4.	Inspeção judicial.....	95
2.3.5.	Prova emprestada.....	97
2.4.	Dinâmica da atividade probatória: colheita da prova, condução pelo juiz e audiência de instrução e julgamento.....	100
2.5.	Formas de registro das provas produzidas em audiência.....	107
3.	Mediação como fonte da identidade física do juiz.....	112
3.1.	Imutabilidade como norma de reforço à mediação e à oralidade.....	112
3.2.	Imutabilidade e consequências quanto à sua inobservância: a questão da renovação da instrução probatória na experiência italiana.....	118
3.3.	A especial questão da delegação de atos instrutórios.....	126
3.4.	A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.....	131
3.4.1	Desenvolvimento histórico geral.....	131
3.4.2	Hipóteses específicas.....	143
4.	Mediação na prolação da sentença e no julgamento da apelação.....	147
4.1.	Relevância da mediação e da oralidade para a formação do convencimento do julgador.....	148
4.2.	Operações mentais (processos neuronais) e motivação do juízo de fato.....	155
4.3.	Premissas ao sistema de impugnação da sentença pelo recurso de apelação	161
4.4.	A formação do posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) sobre a atuação probatória da segunda instância penal....	170
4.5.	Balizamento e giro jurisprudencial do Tribunal Constitucional espanhol....	181
4.6.	Interlúdio necessário: a questão da gravação das audiências de primeira instância e sua posterior reprodução perante o órgão revisor <i>ad quem</i>	192
4.7.	Posicionamento crítico sobre a atividade probatório-valorativa na segunda instância penal e a conformidade da mediação às tecnologias da informação e da comunicação.....	198
5.	Conclusão.....	215
6.	Referências Bibliográficas.....	220

Every day you may make progress. Every step may be fruitful. Yet there will stretch out before you an ever-lengthening, ever-ascending, ever-improving path. You know you will never get to the end of the journey. But this, so far from discouraging, only adds to the joy and the glory of the climb.

Sir Winston Churchill, Painting as a Pastime

INTRODUÇÃO

O processo judicial é uma construção retórica e dialética em que (até) a verdade tem de ser demonstrada: ela não se demonstra a si própria.¹ Neste passo, o processo penal, sob a ótica da prova, se apresenta como um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico,² destinado à instrução do sujeito processual encarregado da missão constitucional de decidir definitivamente o caso penal, o que, apenas por meio da técnica legislativa e jurisdicional normativamente aceitas e praticadas, nomeadamente as garantias penais e processuais, nas quais essas técnicas são fundamentadas, pode assegurar que o resultado alcançado tenha a marca da verdade.³

Hoje não cabe a menor dúvida que a melhor forma de atender ao conflito social, para tentar conhecê-lo e compreendê-lo, é reproduzi-lo, a teor dos rastros que ele tenha deixado (testemunhas, peritos, documentos, vítima, imputado etc.), em uma audiência a que assistam todos os interessados em sua solução e na qual estes – sujeitos processuais que devem conhecer a verdade – e as pessoas que proporcionam dados e informações se comuniquem através da palavra falada.⁴

Para tanto, o processo penal brasileiro, à semelhança dos demais Estados Democráticos, gere-se por uma *Constituição Processual Penal*, na qual se consagram os princípios basilares e estruturantes do processo penal; e, por outro lado, encontra-se uma série de direitos, liberdades e garantias públicas, mesmo ou essencialmente para o imputado, no sentido de proteger a sua dignidade e personalidade face ao *ius puniendi* estatal, com vista a atingir-se o desiderato de um direito processual penal justo. A persecução penal não pode levar-se a cabo a todo o custo, ainda que em nome de uma *certa eficácia*.

Assim, o *desvelamento da verdade* deve seguir um *procedimento de legitimação*, que permita, atendidas as garantias que cercam a pessoa acusada de um crime,

¹ CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal, In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.) *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 363.

² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof?* El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita, in FERRER BELTRÁN, Jori *et al.* Estudios sobre la Prueba. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 47-48.

³ CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 10-11.

⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2002, p. 877.

confronto de teses e antíteses, por meio de alegações e ações probatórias que influam a convicção do julgador.

Referida atividade (de natureza *recognitiva*) é feita por meio da instrução probatório-processual, consistente na atividade de colheita de provas que permitam a aproximação do fato histórico. No entanto, como observado, essa reconstrução não é feita de forma ilimitada ou desregrada, haja vista que tudo deve ser feito com as chamadas *regras do jogo*.

Seguindo este norte, o *método dialógico de formação da prova*, desenvolvido no debate oral, deve ser visto como uma opção técnica de maior idoneidade ao pleno acerto dos fatos controversos.⁵

E este modelo só se mostra integralmente atendido quando se atende à necessidade de uma *relação imediata* (vale dizer, pessoal e direta), entre quem deve julgar e o dado probatório, sem que o juiz tenha o conhecimento através da mediação de um outro sujeito.

Neste particular, a dimensão processual é essencial para monitorar e, ocasionalmente, para alterar as categorias formais do discurso doutrinário e daquele que é dividido entre os sujeitos do processo instrutório no âmbito da atividade probatória.

A análise deste trabalho recairá sobre a imediação processual que, ao lado do contraditório, parece determinante para a cognição dos fatos e para o acerto da verdade, mas cuja necessidade, paradoxalmente, não é tida em conta na formação dos institutos processuais que, por função e finalidade, dele não deveriam prescindir.⁶

A doutrina do processo penal brasileiro, em geral, apenas tangencia a ideia de imediação (muitas vezes sem sequer enunciar seu nome expressamente) ao tratar das questões pertinentes à atividade probatória, seja como *princípio reitor da prova*, seja como *regra ou técnica de aquisição da prova*.

Ocorre que um estudo moderno e comprometido do processo aponta o tratamento da imediação como tema indispensável ao reconhecimento de uma teoria processual consentânea com o Estado Democrático de Direito, regido neste campo específico pelo modelo acusatório e plural (em um *processo de partes*) de sistema processual. Isto pela

⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. Prova e lessico processuale, In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, anno 1997, n. 98, p. 11.

⁶ CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit., p. 9.

circunstância da imediação representar um produto teórico do movimento de reforma processual que, começado na época iluminista, recebeu um impulso especial pelo liberalismo europeu do século passado. Impossível, portanto, pensar e praticar o moderno processo penal e apartar a noção de imediação.

Tal valor foi originalmente sustentado em reação à configuração vigente no processo inquisitório (órgão inquiridor x magistrado julgador), onde era apontada como usual a prática de nomear um relator para a tarefa de elencar as provas reunidas, que se destinam à definição do processo.⁷

Assim, a origem do princípio da imediação se encontra na negação do sistema de justiça secreta, que só se exteriorizava na execução pública de penas, frequentemente cruéis, fatores que constituíam elementos característicos do sistema penal do Antigo Regime.⁸ O Estado liberal inverteu esta situação como uma condição do princípio democrático: só cabe um governo do povo, se o povo pode saber como governam e administram seus representantes (incluído os representantes do Poder Judiciário). A consequência necessária da publicidade e da oralidade era, portanto, a imediação: se o juízo devia ser realizado oralmente, para que qualquer um pudesse vê-lo, ouvi-lo e entendê-lo, os juízes, imprescindivelmente, só poderiam acessar a prova que se praticava diante deles (e, assim também, do público) de *viva voce*.

Neste eito, na maioria das reformas européias do século XIX estava viva a aspiração de estabelecer uma relação direta entre o órgão encarregado da decisão e – do contato com os – *facta probatórios*. Nesta relação foram destacadas acima de tudo as

⁷ MENNA, Mariano. *Studi sul giudizio penale*. Torino: G. Giappichelli, 2009, pp. 28 e ss. Os princípios da oralidade e imediação provêm da legislação de reforma do século XIX. Com sua introdução se quis suprimir os graves defeitos que havia causado a separação do juiz instrutor e do juiz julgador no processo inquisitivo escrito (com envio de atas escritas). Assim: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2003, p. 394. Tradução de Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. No mesmo sentido: GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002, pp. 93-94; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 97.

⁸ O princípio da imediação é, ademais, a consequência necessária da substituição da prova taxada, própria do antigo processo secreto. Em um sistema em que as provas têm objetivamente assinalada uma determinada força probatória, a percepção direta pelo juiz da prova produzida carece de relevância, vez que este não poderia valorar a prova, senão quantificar os elementos segundo critérios que lhe sejam dados pela lei. *Historicamente, a imediação, conforme agora se a entende, irrompe na cena como uma implicação necessária do processo oral e público, intensamente reivindicado pelos juristas e philosophes da Ilustração, como alternativa ao inquisitivo, escrito e secreto* (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação (uma aproximação crítica), in: *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 1-2, 2006. Tradução de Lédio Rosa de Andrade).

formalidades relativas à determinação de *quem* deveria proceder à aquisição do material probatório e de *como* se deveria proceder.⁹

Por tudo isso, a imediação não é só um meio técnico. Tem, ademais, uma forte carga histórica político-institucional, constituindo uma clara reação contra o formalismo obscuro da cultura processual própria da justiça do Antigo Regime.

Ademais, a imediação (aliada à oralidade) – como fator de controle da instrução – encontrou perfeita ressonância nos princípios do contraditório e da publicidade da audiência (e dos atos processuais), bem como no direito ao confronto, visto que garante às partes e ao juiz a comunicação direta e oral dos elementos do julgamento (formulação de conteúdo probatório definitivo à discussão verbal entre todos os sujeitos e a anunciação interna e externa do caso judicial).

Somente com o surgimento, na segunda metade do século passado, da corrente empírico-científica da Idade Moderna, os elementos discursivos da atividade probatória adquiriram específica conotação material. Na verdade, foram utilizados para pôr em ordem os papéis dos sujeitos processuais no tocante à atividade instrutório-probatória, mas também para estabelecer um profundo relacionamento metodológico entre juiz e conteúdo probatório.

E, ao longo desta linha de desenvolvimento do diálogo instrutório, oralidade e imediação – concebidas em uma ótica racionalista como vertentes complementares de uma única aproximação lingüística – foram progressivamente distinguidas entre elas com o fim de reforçar as funções específicas do conhecimento e da atividade processual.¹⁰

Nesta toada, quando se fala de processo acusatório, com um contraditório pleno, percebe-se que os instrumentos postos à disposição para esta realização serão os princípios de oralidade e imediação em audiência. Isto significa, num plano direto, que o contato das partes com a prova há de ser imediato, principalmente quanto ao órgão julgador,

⁹ Não por acaso, foi imediatamente detectada a identidade com o *princípio da oralidade*, entendido como meio essencial da dialética probatória entre as partes e entre estas e o juiz. Somente abandonado o meio escrito, em outros termos, considerou-se possível instituir um aberto e direto controle sobre a instrução e recuperar totalmente a transparência da atividade judicial, superando-se (em parte) o ranso inquisitorial.

¹⁰ Em tal contexto, a expressão oral tem conservado um puro papel técnico-semântico, porque, em geral, a função comunicativa da linguagem assumiu uma conotação muito objetiva e se tornou operativa em relação a essas manifestações diversas das palavras que provam, independentemente da intenção dos seus autores, o significado intrínseco, verdadeiro do comportamento ou da operação realizada. A independência semântica da atividade probatória de matriz indutiva da intenção dos seus protagonistas é detectada por TARUFFO em passagem na qual ele se indaga sobre como determinar o que pode se levantar na motivação como indício significativo (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 65).

que não pode estar privado da influência direta que deve ser exercida junto ao seu espírito de convencimento (ou, nas palavras de CORDERO, quando da tentativa da sua *cattura psichica*¹¹). Vê-se então que a oralidade e imediação não se confundem, mas sim se completam.

Quando o legislador ordinário implantou – ainda que implicitamente – em seus dispositivos, na órbita da recente reforma do Código de Processo Penal (por força das Leis nº 11.689, de 09 de junho de 2008, e 11.719, de 20 de junho de 2008), o princípio da oralidade, quis na verdade significar que o ambiente de audiência deve ser por ele regido e os corolários e elementos de densidade próprios que lhe subjazem. Assim, deve-se reconhecer a imediação como parte fundante deste moderno modelo processual (balizado pelo princípio acusatório).

Quando se fala do princípio da imediação se quer fazer alusão a que os atos processuais devem ser praticados ante o juiz. No modelo de processo penal atualmente praticado, a imediação, que deveria ser regra, surge como verdadeira exceção, quase reduzida aos casos de produção da prova testemunhal (e, mesmo assim, comportando exceções sequer disciplinadas pelo Código de Processo Penal).

A imediação deve imperar nas relações entre quem participa no processo e o órgão julgador e, ademais, no âmbito da recepção da prova.¹² É necessário que todos os que participam do processo obrem juntos. Todos devem estar presentes e ter capacidade para atuar (capacidade processual). Além disso, implica, obviamente, que haja coincidência entre o juiz presente à aquisição dos meios de prova e o juiz que proferirá a decisão final, expondo seu próprio convencimento. É esta a razão justificativa da previsão segundo a qual o juiz responsável pela colheita da prova deve ser o mesmo encarregado da prolação da sentença.

¹¹ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 579.

¹² Em relação à prova, o princípio da imediação tem uma dupla vertente de garantia que tem sido delimitada pela doutrina: a vertente subjetiva, que trata de garantir que o juiz sentenciador se relacione ou entre em contato de maneira mais direta e estreita possível com as fontes de prova, recebendo-as por si, para o que é ineludível sua presença contínua durante a prática dos meios probatórios. Se deve estabelecer, assim, uma relação imediata, sem que se admitam elementos intermédios que se interponham, entre o juiz que decide o caso e os elementos postos para sua *cattura psichica*. De acordo com a vertente objetiva, a imediação quer garantir que o juiz *adquirir sua convicção* acerca da hipótese que resulte mais aceitável ou mais referendada pelas provas, com base naquelas que guardem uma maior e mais estreita relação com a afirmação do fato (ou alegação) que depende de prova. Igualmente se quer que a decisão judicial seja proferida em atenção aos elementos mais diretos, extraindo por si mesmo os fatos das fontes probatórias. IGARTUA SALAVERRIA destaca, ainda, que, ao lado dos aspectos subjetivo e objetivo da imediação, surge outra vertente: a imediação como possibilidade de controle eficaz da cidadania sobre a administração da justiça, referindo-se à opinião pública (IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El nombre de la “inmediación” en vano, in: *La ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo II (D-98), 2003, pp. 1726-1727.).

Fixa-se a imediação à base do juízo oral e da prática da prova no sistema acusatório e democrático de processo.

E, se ele não se contém hoje explicitamente em norma positiva (na Constituição ou no Código de Processo Penal), nem por isso deixa de resultar de uma série de preceitos reguladores da audiência de discussão e do julgamento, que supõem uma atividade processual exercida na *presença* dos participantes processuais e às vistas da sociedade.

No entanto, em que pese à meridiana clareza com que o conteúdo da imediação parece afirmar-se, não deixou ela (particularmente na doutrina comparada) de ser objeto de patentes incompreensões que a desfiguraram e – o que foi pior – lhe ligaram consequências a que devia manter-se completamente estranha.

Daí a oportunidade da investigação científica sobre a imediação na atividade probatória judicial penal. A proposta segue o norte de tentativa de regulamentação da matéria no Direito brasileiro, porém, trilha o mesmo espinhoso caminho apontado por COSTA ANDRADE, quando assevera que o resultado deve ser dotado de *legitimidade teórica e indispensável pertinência dogmática*,¹³ justamente por tratar de limitação/proibição de prova(r).

Como já afirmado, a dogmática processual acusatória opta (ao menos no plano teórico) pela forma oral de atingir a decisão, por meio da captura psíquica do julgador. Para tanto, exige uma participação efetiva e direta dos sujeitos processuais.

A proximidade entre partes e prova deflui naturalmente de um procedimento oral. Desta proposta de audiência surge o princípio da imediação que, ao lado da oralidade, empresta o sentido de efetividade tão reclamado no seio do contraditório e da atividade jurisdicional.

Como acertadamente frisado por VALLE FILHO, a idéia de imediação no direito processual penal brasileiro revela-se num aproveitamento secundário, mesmo porque os comentários a respeito deste princípio são estritamente pontuais e de uma economia sem motivação real.¹⁴ Só uma exposição completa da tramitação do processo penal, nas diferentes

¹³ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 19.

¹⁴ VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 312 e ss. E prossegue o autor: *Em alguns momentos, deparamo-nos com argumentos absolutamente pertinentes acerca deste princípio, sem, contudo, dar-lhe o mérito de uma pretendida proximidade, facultando esta a um outro princípio, ou seja, o contraditório. Esta preocupação se eleva na*

formas que pode assumir, poderia, porém, oferecer um quadro exato dessas limitações (ou mesmo exceções).

A mediação é um método de conhecimento, tendo valor instrumental, e, desde este ponto de vista, seu mau uso – se entendida como sistema de mera *percepção íntima* de dados que não podem ser expressados mediante a linguagem, pode converter esta garantia da jurisdição e das partes em um mecanismo que impeça o controle sobre a racionalidade da decisão judicial.

Em suas dimensões, a mediação conta, ainda, com uma vertente temporal, consistente na necessidade de que concorra uma relação de proximidade cronológica entre os distintos momentos da aquisição da prova e entre esta e a emissão da sentença (com isso, a mediação configuraria, de igual sorte, a dimensão temporal do princípio da concentração).

Tal fator dá azo ao surgimento de uma norma densificadora da mediação, consistente no princípio da identidade física do juiz, que, apenas com a reforma de 2008, passou a integrar expressamente a disciplina do Código de Processo Penal brasileiro (em seu artigo 399, § 2º, com redação determinada pela Lei nº 11.719/2008). A afirmação solene desse princípio contida na vigente disciplina codicista deveria colocá-lo como parte dos valores fundamentais do sistema processual e seu estudo diferenciado se apresenta oportuno.

Note-se, de outro giro, que a legitimidade das atividades estatais persecutórias e punitivas depende da forma como as provas são obtidas e trazidas ao processo, exigindo atenção para que em nome da busca da verdade processual não sejam sacrificados valores fundamentais consagrados pelo ordenamento.

Daí a oportunidade e pertinência da investigação científica sobre a mediação. Em que pese a existência de diversos estudos sobre a oralidade (quer em monografias, quer em estudos mais amplos),¹⁵ a mediação continua sendo um *ilustre desconhecido* no campo do

medida em que alguns doutrinadores, talvez a grande maioria, rejeitam este princípio, partindo de construções ilógicas que não acompanham o sentido moderno do processo.

¹⁵ *Verbi gratia*: GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008; CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista jurídica*. Porto Alegre, v.50, n. 297, pp.12-18, jul. 2002; CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1974; DAYENOFF, David Elbio. *El juicio oral en el fuero penal*. Buenos Aires: Depalma, 1998; LOZZI, Gilberto. I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale, *In: Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, n. 40, pp. 669-693, gen./mar. 1997.

processo penal brasileiro, inexistindo estudo sistematizado e aprofundado sobre o tema, limitado a se enunciar na doutrina nacional por meio de um dos seus corolários: o (novo) princípio da identidade física do juiz.

Como asseverado por FIGUEIREDO DIAS, por toda a parte se considera hoje a aceitação do princípio da imediação como um dos progressos mais efetivos e estáveis na história do direito processual penal,¹⁶ sendo requisito imprescindível para poder falar de livre valoração da prova, já que sem a apreciação imediata e direta pelo juiz dos meios de prova não é possível que este funde adequadamente sua convicção. É preciso, ademais, combater a sempre vigente pretensão de ultra-atividade da investigação preliminar, que oferta seus *produtos* para que sirvam de base, não só à acusação como deveria ser, senão também à decisão definitiva do caso.

Este novo esquema, após sua devida explicação e análise, supõe modificações radicais nas práticas, rituais, lógicas e destrezas dos operadores, e implica na adaptação da cultura jurídica brasileira e dos comportamentos dos atores processuais.

Dessa afirmação, que pode parecer despreziosa, há diversos desdobramentos importantes para o tema cujo desenvolvimento interessa para esta investigação científica. Eis, justamente, a importância do assunto e desta pesquisa.

Como forma pioneira de abordagem sistemática do tema, não é pretensão do trabalho em exaurir as múltiplas abordagens que o estudo da imediação pode ofertar. Procurou-se, assim, enfrentar a definição do seu conteúdo (com origens históricas, conceito, natureza jurídica, abrangência, regime legal e classificações doutrinárias), sua incidência sobre a prova e a atividade correspondente, sua identificação com a identidade física do juiz e suas emanções sobre a sentença e a apelação criminal.

Assim, confessadamente, diversos temas de destaque (regime de exceções e limitações, confrontos com a oralidade etc.), por limitações relacionais, ficaram excluídos do objeto desta primeira abordagem.

¹⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 233.

CAPÍTULO I: IMEDIAÇÃO NO PROCESSO PENAL

1.1. Evolução histórica

A consulta às fontes de pesquisa não revelam com precisão um ponto determinado de origem da imediação.

Curiosa, neste particular, uma frase de CALDERÓN CUADRADO, que aponta que *a imediação é regra há muito conhecida, porém de influência recente e, sobretudo, crescente*.¹⁷

Em interessante estudo, EISNER¹⁸ procura identificar, em diferentes legislações e passagens históricas, elementos que possam indiciar a evolução da imediação.

Assim, demonstra que no *antigo processo germânico* não era possível o império da imediação já que as alegações dos litigantes se dirigiam e formulavam diretamente ao *tribunal*, e as diligências e atividades probatórias (destinadas ao adversário e à divindade invocada) eram produzidas na presença judicial.¹⁹

No *processo romano primitivo*, salvo poucas exceções, o procedimento seguido tinha modalidades de imediação, consistente na apresentação direta das alegações diante do magistrado e do aportamento probatório diante da pessoa do *iudex*, na presença de quem eram produzidas as provas, ressalvada as declarações testemunhais registradas fora do tribunal.²⁰

Já no *processo romano do período posterior*, tem início o sistema de delegação aos *iudices pedanei* da tarefa de receber declarações testemunhais referentes aqueles que residiam em locais afastados da sede do tribunal, a quem se dirigia um requerimento ou uma rogatória.²¹

Os *tribunais eclesiásticos*, regidos por normas do procedimento romano-canônico, adotaram o sistema da delegação da colheita dos testemunhos a um juiz unipessoal,

¹⁷ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada: sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*. Madrid: La Ley, 2011, p. 130. A autora não esclarece, todavia, a origem do princípio da imediação, limitando-se apontar seu passado extenso.

¹⁸ EISNER, Isidoro. *La inmediación en el proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1963, pp. 45 e ss.

¹⁹ EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., p. 45.

²⁰ EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., pp. 45-46.

²¹ EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., p. 46.

que diretamente recebia as declarações sobre a base de inquirição em que se articulavam os fatos propostos pelos litigantes.²²

A partir deste período histórico, portanto, surge uma fase de império do *princípio da mediação*, sendo generalizada a prática de confiar a inquirição das testemunhas – mesmo daquelas residentes nas proximidades territoriais do tribunal – a um funcionário de hierarquia inferior. Tal costume, infelizmente, veio a se perpetuar a arraigar em diversas culturas, refletindo ainda hoje, em algumas atividades forenses.

Ademais, como anota EISNER, nos *tribunais seculares* existia outro motivo que influia na vigência do princípio da mediação: adotava-se, usualmente, o sistema colegiado em primeira instância, e, assim, como solução de economia (e mesmo de utilitarismo), encomendava-se a inquirição das testemunhas, e também a colheita de outros meios de prova, a um dos seus membros delegado para esta finalidade.

Desta forma, o colegiado só adquiria conhecimento dos testemunhos e demais aportamentos pelo relato (escrito) que lhe encaminhava o *juiz examinador*, convertido em *juiz instrutor* ou *juiz informante*.²³

É possível afirmar, nesta toada, que desde a Alta Idade Média²⁴ até um período histórico muito recente, o princípio da imediação não encontrava lugar nos tribunais continentais europeus em realação à colheita das provas, especialmente a testemunhal.

Neste passo, explica GOLDSCHMIDT que o conceito de imediação surge não antes de meados do século XIX, e, inicialmente, é determinado junto à essência da oralidade.

²² EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., p. 46.

²³ EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., p. 47. O autor registra que, posteriormente, a função delegada voltou a ser destinada a outras pessoas, distintas da figura do *juiz instrutor*.

²⁴ Neste sentido: *Uma das alterações reveladas pelo direito canônico que atingiu o processo foi a proibição, pelo Quarto Concílio Lateranense, de 1215, da participação de sacerdotes nas ordálias, influenciando todos os sistemas probatórios seculares. As ordálias foram substituídas pelo sistema da prova legal ou tarifada (...) O desiderato das novidades introduzidas pelo direito canônico era a reação aos defeitos e riscos do processo comum, assim, a prova tarifada substituiu as ordálias; a audiência secreta visava a evitar 'influências nocivas'; e o processo escrito buscava o julgamento com base em autos, afastando-se da insegurança e das arbitrariedades. Outra medida decisiva para a supremacia definitiva do procedimento escrito tem raízes na Decreta de 1216, do Papa Inocêncio III, que impôs que todo ato do processo, ainda que realizado pelo juiz ou diante dele, deveria ser reduzido a escrito na acta, base para a decisão final, sob pena de nulidade (...) Desaparece, conseqüentemente, a imediação própria do processo comum, proximidade netre decisor e partes, interpondo-se entre ambos, para a colheita da prova testemunhal, terceiros –interrogadores – que relatam por escrito àquele decisor. Do mesmo modo, torna-se secreta a audiência e a publicidade dos atos é paulatinamente extinta* (GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 23-24).

Paulatinamente, a imediação é reconhecida como um princípio especial de recebimento da prova.²⁵

Assim, ainda que se sustente uma distinção conceitual entre imediação e oralidade, na história do processo a imediação se manifesta geralmente nos processos de predomínio oral.

BACIGALUPO ZAPATER destaca que a origem do princípio da imediação se encontra na negação do sistema de justiça secreta. A consequência necessária da publicidade e da oralidade era, portanto, a imediação: se o juiz devia realizar a prova e o julgamento oralmente, para que qualquer pessoa do povo pudesse vê-lo, ouvi-lo e entendê-lo, imprescindivelmente, só podia adquirir a prova que se praticava diante deles, de viva voz.²⁶

Por seu turno, MAIER afirma que o que hoje se intitula – mal ou bem – princípio da imediação não nasceu para a *busca da verdade*, ou, se assim se pretender, como melhor método processual para buscá-la, senão para celebrar uma contenda, um litígio de interesses, se possível com armas iguais, isto é, como regra de jogo primitivo, transparente, para um enfrentamento de pessoas em pé de igualdade e em torno da solução de um conflito entre elas de frente a quem cumpre a função de árbitro entre eles. Por impulso da Ilustração, o Direito processual continental introduziu novamente a imediação, e com ela o juízo público e oral, como reação contra a Inquisição e contra o Estado absoluto e como princípio básico daquilo que iria desembocar no Estado de Direito nos processos judiciais.²⁷

Em verdade, o princípio da imediação representa o cumprimento de uma das idéias da Ilustração (e não propriamente o desenvolvimento do Direito continental daquela época): a de reproduzir as instituições políticas inglesas, consideradas como paradigmas de medida e governo civil democrático.²⁸

Pode-se dizer que o princípio da imediação, base do juízo público e oral, é em si um método ou um modo de ou para conseguir um enfrentamento transparente, próprio das sociedades em princípio democráticas – os sujeitos processuais se vêem cara a cara – e,

²⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Vol. I: problemas fundamentales del proceso. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 791. Tradução de Miguel Ángel Cano Paños *et al.*

²⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 98.

²⁷ MAIER, Julio B. J. ¿Es la intermediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. Composición, in: *Jueces para la democracia: información y debate*, vol. 49, mar. 2004, Madrid, p. 14.

²⁸ EISNER lembra que no direito angloamericano o princípio da imediação imperou em matéria de alegações – introdutivas e conclusivas – em todo o momento. Contudo, em matéria de provas, também se observou a prática da delegação da instrução (EISNER, Isidoro. *La intermediación...*, cit., p. 53).

medianamente, de lograr posibilidades paritárias para aqueles que contendem. Se sua aplicação não oculta a verdade, melhor, porém, busca-la não constitui sua finalidade principal, mas algo meramente contingente.²⁹

Em Portugal, *verbi gratia*, as ideias da oralidade e imediação, a partir do século XIX, são trazidas com o julgamento pelo júri, sem clara referenciação dos respectivos pressupostos e corolários epistemológicos.³⁰

Como se verá ao longo da exposição, a imediação não é o único método para a atuação de um juízo público, mas pode ser considerado o único juridicamente idôneo para a descoberta da verdade, em virtude dos argumentos políticos-culturais sustentado em determinado momento histórico.

De uma forma geral, portanto, a origem da imediação está vinculada a uma forma de combate à inquisição, em dois pontos específicos: o sigilo e a ausência de identidade entre o juiz responsável pela colheita da prova e aquele destinado a prolatar a sentença.³¹

²⁹ MAIER, Julio B. J. ¿Es la inmediación una condición..., cit., pp. 15-16. Em sua obra principal, MAIER deixa consignado: *El proceso inquisitivo pretendió obtener (sin conseguirlo) los fines probatorios y de aseguramiento con el principio Quod non est in actis, non est in mundo. Fracaso al incurrir en el error de creer que un proceso, una escena, puede ser plasmada en un texto, de modo tal que pueda llegar a permanecer en él de un modo vivo y real. El proceso penal escenificado conforme a los principios de oralidad e inmediación ha aprendido del mencionado error y es consciente de los riesgos que corre la comprensión escénica. ¿Podrá superarlos con éxito?* Quizás convendría agregar que la razón de ser del registro de los actos, del procedimiento escrito, durante la Inquisición, no era sólo producto de la pretensión de establecer un mejor método para transmitir conocimiento, al menos no en primer lugar, sino, antes bien, la consecuencia necesaria de la organización judicial y de la ideología política que presidía la administración de justicia penal: en efecto, la organización judicial vertical (ejercicio por delegación), producto de la concentración del poder, estatal o eclesiástico (soberanía), en una única mano (el monarca o el Papa) y la concepción del Derecho penal como método de control social de un Estado absoluto, desembocaban en la necesidad de documentar los actos como un imperativo del control soberano, imposible de ejercer directa e inmediatamente en todos los casos. La doctrina ha ligado, tradicionalmente, esta forma de escenificar la reproducción del conflicto, a la que regresó, modernamente, la teoría política iluminista y el Derecho positivo europeo continental después de la gran reforma del siglo XIX, con el principio de la verdad real o material. También ha desarrollado estos principios sobre la base de sus consecuencias necesarias: la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales durante la audiencia que incorpora el conocimiento para la discusión y decisión del caso (inmediación), la expresión oral de los actos (oralidad), la falta de interrupción de la audiencia del debate (continuidad) y la realización en ella de todos los actos necesarios para concluir (concentración), y, por último, la imposición de que los únicos actos idóneos para fundar la sentencia son aquellos incorporados en el debate y de que los únicos jueces habilitados para emitir el fallo son aquellos que presenciaron íntegramente la audiencia (identidad física del juzgador) (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. T. I. 2ª ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2002, pp. 877-878).

³⁰ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 296.

³¹ Em consciente afastamento dos cânones que presidiam ao processo penal de estrutura inquisitória, o processo penal «reformado» de índole acusatória, típico do séc. XIX, confessou-se favorável a um sistema de oralidade da audiência de julgamento, que considerava – no essencial com boa razão – muito mais adequado ao consequimento de uma justa decisão. Assim é que também o processo penal português passou, desde o século XIX, a ser regido por este princípio; e se ele se não contém hoje explicitamente em uma norma positiva, nem por

No Brasil, a doutrina, quando fala do período dos Códigos estaduais de processo, aponta não ser possível se cogitar do princípio da imediatidade – no sentido que depois se firmaria amplamente.³²

No campo do processo civil, do período unificado, refere-se ao surgimento de uma ação de *imediatação do juiz*,³³ com a finalidade de salvar o máximo do valor objetivo das provas e da percepção delas pelo juiz, das suas instituições, dos sentimentos experimentados durante a sessão, da sua reflexão fresca, dotando o juiz de melhor visão quanto à sinceridade das partes, da atendibilidade dos depoimentos das testemunhas, das relações entre partes e testemunhas.

A ideia da exigência da presença do juiz às provas, a utilização imediata dos meios probatórios e a utilização da observação imediata, constava da norma estampada no art. 120 do Código de Processo Civil de 1939, disciplinando-se a substituição de juízes, preceito depois transmitindo ao atual Código de Processo Civil, por meio do art. 132.³⁴

Na esfera civil, um dado extra costuma ser celebrado pela doutrina: a introdução do princípio da imediação na Constituição Federal, art. 126, parágrafo único, relativamente a conflitos agrários, em que se fez uma aproximação entre a imediatidade (presença ao local do litígio) e a eficiência da prestação jurisdicional.³⁵

isso deixa de resultar de uma série de preceitos reguladores da audiência de discussão e julgamento, que supõem uma actividade processual exercida na presença dos participantes processuais e, portanto, oralmente (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. V. 1. Coimbra: Coimbra, 1974, pp. 229-230). Na Itália, para o legislador de 1930, a impossibilidade de substituição, ao fim da instrução processual, do juiz para a prolação da sentença era considerada uma garantia essencial do juízo penal (neste sentido: RENON, Paolo. *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*. Torino: G. Giappichelli, 2008, p. 04, nota 05).

³² GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade...*, cit., p. 42.

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973, pp. 70-71.

³⁴ No campo instrumental civil, BEDAQUE assevera que: *o contato direto entre juiz e partes ocorre principalmente na audiência de conciliação, à qual estas devem comparecer pessoalmente ou mediante procurador habilitado a transigir (art. 331) e na audiência de instrução e julgamento (arts. 444 et seq.), momento em que a nova tentativa de conciliação (art. 447) e eventualmente o depoimento pessoal se verificam (art. 343). As provas são direta e pessoalmente colhidas pelo juiz nessa audiência (art. 446, II). Nada impede, todavia, que ele determine, a qualquer momento, o interrogatório da parte (art. 342) ou a realização de qualquer outra prova. Também a conciliação pode ser tentada em outra oportunidade (art. 125). Nos processos cognitivos em que se adota o procedimento sumário, tentativa de conciliação, defesa, produção de prova e julgamento devem ocorrer em uma mesma audiência (arts. 277 a 279). É grande, portanto, o contato direto do julgador com as partes e com a prova, o que demonstra inequívoca adesão ao princípio da imediação ou imediatidade, tal como regulado pelo art. 8º do Código Modelo para a Iberoamérica (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. O Código Modelo na América Latina e na Europa – Relatório brasileiro, in: *Revista de processo*, nº 113, jan.-fev. 2004, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 148).*

³⁵ GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade...*, cit., pp. 60-61.

Na seara criminal, o Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Lei de 29 de novembro de 1832), influenciado – ainda que de forma desorientada – por reflexos dos pensamentos iluministas da época,³⁶ fixa um sistema de audiências públicas (art. 59), com a colheita pessoal da prova oral pelo juiz (arts. 85, 87, 88, 97, 259, 262, 264, 265, 266 e 288),³⁷ o direito de presença do imputado (art. 142) e a prolação pública e pessoal das sentenças (art. 210).

Já o atual Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941), em que pese sua elaboração sob a égide do Estado Novo, atendeu, em termos gerais, à idéia da imediação na atividade probatória, ainda que desconheça expressamente deste princípio. Tal caráter foi reforçado, ao longo do tempo, com a realização de reformas que tentam endossar a forma acusatória de processo.

Assim, encontram-se, notadamente no procedimento probatório, dispositivos que garantem o princípio da imediatidade: a produção das provas, em regra, deve ser efetuada em audiência, em *contraditório judicial* (art. 155), proibindo-se a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase preliminar (ressalvando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), a oitiva pessoal do perito em juízo (art. 159, § 5º, inciso I), a realização do interrogatório, *perante a autoridade judiciária*, no curso do processo (art. 185),³⁸ a possibilidade de interação das partes (Ministério Público e defesa técnica no interrogatório – art. 188), ao dispor a forma como as perguntas serão realizadas no interrogatório do surdo, do mudo e do surdo-mudo (art. 192), o estabelecimento de intérprete para o acusado estrangeiro (art. 193), a oitiva do ofendido, por declarações (art. 201), estabelecendo expressamente a forma oral e individualizada para o depoimento (arts. 204 e 210), devendo o juiz se vincular as expressões usadas pela testemunha (art. 215), a

³⁶ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 99.

³⁷ Neste particular, um dado curioso deve ser destacado: o art. 97 dispunha uma forma de preservação da imediação e do *direito ao confronto*, fixando que *toda a vez que o réu, levando à presença do juiz, requeir que as testemunhas inquiridas em sua ausência sejam repreguntadas em sua presença, assim lhe será deferido, sendo possível*.

³⁸ Assinale-se que os parágrafos do art. 185 do CPP apenas ratificam a pessoalidade do ato e a necessidade imediação na sua realização. No caso de réu preso, o § 1º, determina que juiz, Ministério Público e defensor do imputado compareçam pessoalmente ao estabelecimento em que estiver recolhido. E mesmo o caso excepcional do § 2º, quando se lança mão da ferramenta da videoconferência (*ou outro recurso tecnológico de transmissão e imagens*), preocupa-se o legislador com interação comunicacional, ao determinar que o recurso permita uma comunicação audiovisual *em tempo real*.

possibilidade de o juiz determinar o chamamento de testemunha referida (art. 209), a determinação de formulação de perguntas diretas a testemunhas (art. 212), a possibilidade de deslocamento para oitiva de pessoas impossibilitadas de comparecer em juízo (art. 220), a possibilidade de utilização da videoconferência para a oitiva da testemunha que residir fora da comarca (art. 222, § 3º), a relação direta de interação estabelecida para o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 e 227), o *diálogo* estabelecido pela acareação (art. 229), bem como no *direito de presença*³⁹ que assiste ao imputado.⁴⁰

Inclusive para a segunda instância há previsão para o julgador reinquirir partes, testemunhas ou mesmo requisitar diligências, buscando a aproximação com a prova (art. 616, CPP).

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), introduziu um novo processo criminal para as infrações de menor potencial ofensivo, caracterizado pela oralidade, pela concentração da audiência em um único ato processual, com a defesa prévia à acusação, o interrogatório como último ato da instrução.⁴¹

No plano constitucional, todavia, os princípios da oralidade e da imediação não receberam qualquer tratamento por parte do legislador constituinte.

1.2. Conteúdo e definição do seu conceito

A partir de uma abordagem meramente semântica, constata-se que o vocábulo *imediação* (ou *imediatidade*) expressa convencionalmente a ideia de ausência de permeio ou de interferência, proximidade ou contiguidade a algo, ou, mais especificamente, cercania física

³⁹ A presença do acusado no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa. Estando na audiência, pode ele auxiliar o advogado nas perguntas a serem dirigidas à testemunha ouvida. Por isso, em caso de acusado preso, este deve ser requisitado, ainda que a prova testemunhal seja colhida em precatória (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal...*, cit., p. 82).

⁴⁰ Pontos de destaque são, nos procedimentos estabelecidos pelo legislador (comuns ou especiais), o depoimento de testemunhas e o interrogatório do acusado, momento especial de efetivação da imediatidade, da aproximação entre o destinatário da prova e o fato.

⁴¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 308. Note-se que a ideia da oralidade (arts. 62, 77, 81, *caput* e § 3º e 82, § 1º) acaba por reforçar a noção de imediação.

a um objeto material que é suscetível de converter-se em um método de conhecimento e interação com o objeto tratado.⁴²

Numa perspectiva processual, pode-se definir, em termos gerais, a *imediación* como o mecanismo, instrumento ou princípio em virtude do qual se procura assegurar que o juiz ou tribunal esteja em permanente contato⁴³ – relação de proximidade intelectual – com as alegações das partes e os aportamentos e gestões probatórias, a fim de que possa conhecer em toda sua significação o material da causa, desde seu princípio, aqueles que devem proceder aos debates para formação do convencimento judicial e aquele que, ao final, deverá pronunciar a sentença que resolva a causa, apreciando as pretensões externadas.⁴⁴

CABEZUDO RODRÍGUEZ sustenta que princípio da imediação predetermina a situação e atitude processual do juiz competente para conhecer da causa, ou de uma concreta fase ou incidente, diante dos sujeitos contendores e dos elementos que vão servir para formar sua convicção, toda vez que impõe ao julgador a obrigação de encontrar-se em conexão direta e em unidade espaço-temporal com eles. Tratando-se de atividade de alegação e probatória das partes, a imediação resulta decisiva para o *éxito* do processo porque condiciona a percepção do julgador como via de conhecimento judicial por antonomásia, sobretudo, no vigente modelo processual penal; porém, também porque se manifesta como a técnica demonstrativa por definição em ordem à configuração do conceito de prova válido.⁴⁵

⁴² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 1575.

⁴³ Há quem sustente que a imediação *é simplesmente isso: o contato direto do juiz com a prova*. Neste sentido: CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI, in: *Revista de processo*, nº 178, Revista dos Tribunais, dez. 2009, p. 59 (pp. 47-75). Rogam-se novas vênias para asseverar que não se descobre nada novo ao assinalar que a imediação exige um contato direto entre o juiz e as atuações orais, principalmente os meios de prova, que se realizem no processo de modo tal que o julgamento que venha a ser ditado a continuação se determine conforme com o que ali se viu e ouviu. Há uma série de outros fatores diretamente relacionados a este debate.

⁴⁴ EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., pp. 33-34. FIGUEIREDO DIAS formula interessante conceito: se pode definir como *a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão*. Também aqui, como no princípio da oralidade, o ponto de vista decisivo é o da *forma* de obter a decisão (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual...*, cit., p. 232). O conceito, rogadas vênias, soa incompleto por excluir as partes do papel de destinatários da prova (ainda que numa superficial abordagem, como agentes aptos à produção probatória, não se encaixem perfeitamente na noção de *destinatários*). Postura mais abrangente é apresentada por VÉLEZ MARICONDE, ao inserir em sua formulação o *contato direto de todos os sujeitos processuais entre si* no momento de receber essas provas (VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*. Tomo II. 3ª ed. Córdoba: Lerner, 1986, pp. 186-187).

⁴⁵ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 205.

Trata-se, portanto, de garantir a mais íntima relação possível,⁴⁶ entre o julgador, partes (por meio das alegações e posições sustentadas) e a totalidade dos meios probatórios, colhendo o primeiro, pessoal e diretamente, as impressões que, ao produzir sua convicção, o levam à sentença.⁴⁷

As provas devem chegar ao ânimo do julgador sem sofrer alteração alguma por influxo que seja estranho a sua natureza. Ou seja, é importante que os elementos de convicção cheguem diretamente ao espírito do sujeito que há de valorá-los, sem que se interponham outras pessoas (*intermediários* ou *mediadores*), porque estas podem falsificar ou desfigurar – consciente ou inconscientemente – o dado a ser transmitido, removendo ou limitando a eficiência dos elementos probatórios (como ocorre quando um juiz recebe a prova e outro dita a sentença).⁴⁸

O princípio da imediação consente ao juiz responsável pela decisão a possibilidade de apreciar *de visu et auditu* a credibilidade (intrínseca) do declarante. De outro lado, permite que a Justiça seja mais próxima do jurisdicionado (permitindo à parte *ver a cara do juiz*).

Assim, a imediação, referida à matéria da prova, implica que o juiz deva fazer-se em contato pessoal e imediato, *por oposição ao delegado e mediato*,⁴⁹ com as coisas e as

⁴⁶ Há quem fale em imediação como uma estrutura que permita ao juiz perceber, da forma mais direta e com os próprios sentidos, tanto as provas da acusação quanto aquelas apresentadas pela outra parte e, em especial, os *resultados processuais* (neste sentido: SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÁ, Vincenzo. *Diritto processuale penale*. Vol. 2. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 309-310).

⁴⁷ A ideia, como já delineado, é assegurar que o juiz não se limite à passiva leitura de documentos ou protocolos de outros processos, mas traga os elementos de seu convencimento do diálogo entre as partes e a assunção, na sua presença, dos meios de prova. Fica claro, todavia, que nada impede a utilização de provas *não-pessoais* (ou *provas reais*), como a documental, na formação do convencimento judicial, devendo apenas haver preocupação com a forma de assunção direta também destas provas.

⁴⁸ Se o dado é portador de valor, no sentido que impõe ao sujeito decisor o julgamento com base no reconhecimento das suas estruturas de valor, é fácil compreender como o julgamento deve poder ser expresso com base em uma relação de percepção direta e imediata entre o sujeito e o dado. Nesta perspectiva, é claro, que toda forma de intermediação entre a prova e quem deve julgar, por definição, altera o julgamento (DINACCI, Filippo Raffaele. *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibrii*. Padova: CEDAM, 2003, p. 171). A afirmação, entretanto, não é direcionada para exigir um processo onde o juiz tenha uma relação cognitiva direta com os fatos e circunstâncias que constituem o objeto de julgamento. Deve também ser anotado que a mediação é um fato ineliminável, pela simples razão segundo a qual o juiz é chamado a reconstituir e avaliar como ocorreu, um fato que era, mas que não é mais. O método de avaliação do juiz é então muito similar aquele do historiador, direcionado a reconstituir através dos atos e as memórias de terceiros uma história, na tentativa de afirmar o significado de coisas passadas. Portanto, é indiscutível que o julgamento jurídico, entre tais limites, é sempre um julgamento mediato.

⁴⁹ DE SANTO faz interessante ponderação, ao pontuar que a inexistência do princípio da imediação equivaleria a converter o debate probatório em uma luta privada, deixando a prova de revestir a condição de ato processual de interesse público. Aduz que, para a eficácia da prova, para o cumprimento das suas formalidades, para a lealdade

pessoas que servem como fontes da prova, de modo a alcançar, o mais próximo possível, uma real coincidência entre o fato percebido e o fato objeto de prova; ou, pelo menos, que seja aquele quem efetivamente percebe a narração dos fatos que fazem as partes ou as testemunhas ou escute as explicações externadas pelos peritos, para induzir dessas percepções a existência ou não do fato por provar.⁵⁰

A imediação refere essencialmente à eficácia da prova no processo, e, assim, à efetividade dos procedimentos judiciais, pois *supõe a exclusão de toda intermediação artificial e inútil entre o juiz e a prova*.⁵¹

O instituto consiste em perceber os meios de prova utilizados em juízo na presença ininterrupta de todos aqueles que desenvolvem alguma função autorizada pela lei (sujeitos processuais) e como condição de validade de sua análise para que o tribunal determine os elementos do caso singular que suportarão a decisão.

Neste sentido, a imediação não é uma condição do conhecimento humano: tanto conhece aquele que o faz por um método que lhe proporciona uma percepção imediata do acontecimento a julgar, como quem recebe indiretamente de outro o relato do acontecimento ou percepção, ou quem o faz por interposição de signos ou rastros que não representam o próprio acontecimento a conhecer, qualquer que seja a bondade do signo ou do rastro em relação com a verdade.⁵²

A transparência que abarca a realização das atuações processuais na presença das partes e de terceiros, constitui um freio no exercício de um poder do qual é tão fácil abusar. E se considera também o meio mais idôneo para assegurar uma verdade processual de superior qualidade, propiciada pela concentração dos atos de prova e, sobretudo, pelo contato direto do tribunal com as fontes desta, em particular as de caráter pessoal.

e igualdade no debate e sua contradição efetiva, é necessário que o órgão judicial seja o que a dirija de maneira imediata, decidindo acerca de sua admissibilidade e, mais tarde, intervindo em sua produção (DE SANTO, Víctor. *La prubea judicial*. 3ª ed. Buenos Aires: Universidad, 2005, p. 79).

⁵⁰ KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. 3ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 71.

⁵¹ Isto porque o conhecimento extraído das insípidas atas judiciais (termos e assentadas escritas) certamente não permite vislumbrar as expressões, as atitudes, as contradições e os gestos que concorrem para dar às declarações prestadas em juízo uma singular fisionomia, sem perder de vista que a presença do juiz nas audiências de prova pode despertar nos litigantes recordações muitas vezes olvidadas e uma boa dose de sinceridade nas declarações.

⁵² MAIER, Julio B. J. ¿Es la inmediación una condición..., cit., p. 13.

Imediação, enquanto componente relacional da interação comunicativa do juiz com a prova, centrada, nesta leitura, no plano da audição e visão das fontes de prova que pode integrar outros mediadores, além dos órgãos do julgador, que até podem permitir um melhor acesso do objecto da observação (além de auxiliares banalizados, como os óculos, microfones, câmaras).

Noutras vertentes, a imediação pode constituir um elemento estrutural ou secundário, da comunicação processual imposta por outros princípios em particular a investigação e o contraditório que podem exigir mais fatores, com a partilha temporal e espacial dos agentes da comunicação, que escapam ao princípio processual da imediação.

Relativamente ao princípio da investigação destacam-se a importância do contacto directo sem mediadores como instrumento superador de uma estrita passividade do julgador/observador que, por essa via, pode interpelar a fonte de prova, estímulos dependentes da comunicação presencial, os sinais percebidos associam-se aos juízos prévios sobre a forma de indagação, as provocações necessárias para a descoberta da verdade.

Já o contacto do tribunal com as partes e com a sua actividade, contemporânea interação comunicativa dos sujeitos processuais, com expressão, nomeadamente, na produção e discussão da prova, relaciona-se com o modelo e implicações do contraditório.

O núcleo epistemológico do princípio processual da imediação torna-o, ainda dependente do tipo de relações e comunicações objecto do julgamento, declinando a sua importância quando a dimensão sensorial é secundária nos factos probandos e sua importância quando a dimensão sensorial é secundária, nos factos probandos e probatórios. A propensão da cultura judicial para o naturalismo sensitivo colide, em certos casos, com o próprio direito substantivo, por exemplo na compreensão das relações comunicacionais contemporâneas subjacentes a alguns tipos criminais, em que prevalece o anonimato e o automatismo nos circuitos comunicacionais (v. g. branqueamentos de capitais, crimes informáticos, processos decisórios em organizações complexas). Por outro lado, os processos comunicacionais na sociedade contemporânea com alteração das provas enquanto fontes com informação relevante, em particular por força da amplitude do registro tecnológico de um conjunto amplo de eventos (as comunicações digitais, ou o registro electrónico do mundo real, os telefones celulares com amplas recolhas de dados e registros amplos, os computadores, os acervos de informação na rede informática, o GPS, o GPRS, etc.), convocam outros métodos e competências gnoseológicas e alteram profundamente as próprias categorias jurídicas da prova, em particular a documental.

Para além das alterações comunicacionais (dos factos probandos, probatórios e sua produção), o declínio da imediação na epistemologia judiciária também é determinada pelos modelos inferenciais e argumentativos judiciais de acesso à informação, expresso no impacto da denominação segunda geração da prova forense.⁵³

⁵³ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., pp. 316-318.

Parece oportuno precisar que quando se fala em prova adquirida em respeito ao princípio da imediação, pretende-se referir à prova oral ou declarativa, não sendo necessária, ao contrário, a mesma relação direta entre prova pré-constituída ou documental e o julgador, esperada da mediação de sujeitos diversos, que intervêm entre o julgador e o documento, o dado probatório da aquisição não pode receber qualquer alteração.

Para compreender o valor autêntico da imediação na relação entre prova pessoal e o juiz, nos termos necessários, deve-se ter em mente o significado da atividade avaliativa realizada pelo juiz.⁵⁴

Resta superada a historicamente consolidada posição doutrinária,⁵⁵ que concebia a sentença como um silogismo e a avaliação como uma atividade neutra de subsunção e dedução em respeito a dados objetivos, para a qual seria suficiente recorrer às categorias da lógica formal da doutrina tradicional, quase como se justo método para reconstituir os fatos do passado se impusesse a qualquer intelecto de forma cartesiana.

A doutrina chegou, gradualmente, a uma concepção diversa da atividade valorativa do juiz, em que a imediação pode ser apontada como pedra angular, critério que consente uma apreensão direta (*imediata*) com a prova sobre a qual se baseia a decisão final.

Deve, no entanto, proceder por etapas: iniciar com a intenção de capturar a essência do percurso cognitivo do juiz, da fase inicial do processo até aquela da motivação da sentença.

Parece pacífico que o juiz não pode ser considerado uma entidade que transcende o procedimento probatório, quase como se fosse um observador desapassionado colocado de frente para os fatos nus. Ao contrário, ao participar da reconstrução processual da acusação contida na imputação, acaba inevitavelmente por condicionar o êxito do acerto. Daí segue como no processo cognitivo-decisório, que da apreensão da prova decorre o acerto da verdade processual, um papel central e determinante é realizado por elementos de valor de que o juiz é portador.⁵⁶

⁵⁴ Registre-se que a relação entre juiz e prova não se exaure na instrução processual, prosseguindo numa dimensão mais ampla que compreende, sem solução de continuidade, os momentos da deliberação e da motivação da sentença. Neste sentido: SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÁ, Vincenzo. *Diritto processuale...*, cit., pp. 309-310.

⁵⁵ Confira-se: ZAZA, Carlo. *La sentenza penale: struttura e casistica*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 09 e ss.; CAVALLI, Vincenzo. *La sentenza penale*. Napoli: Jovene, 1936, pp. 110 e ss.

⁵⁶ CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 15-19.

Em suma, a atividade valorativa do juiz é a percepção de elementos de fato, mas também a elaboração de um estímulo emocional: as sugestões que emanam da inquirição de uma testemunha são dados psicológicos inegáveis que entram, não podendo diversamente ser isolados, no seu *back-ground* que levará à decisão. Ignorar isso significaria ignorar que o juiz é uma pessoa.

Neste particular, cumpre não confundir *emoção* com *arbitrariedade*: a ancoragem do livre convencimento à motivação, ou seja, à explicitação dos motivos de fato e de direito sobre os quais a decisão é fundada – na qual se incluem explicações da atividade valorativa da prova –, bem como da enunciação das razões pela quais as provas contrárias não são admitidas, serve para impedir que se possa insinuar que impera no juízo uma subjetividade irrazoável.⁵⁷

Ainda a título de alerta, deve-se assentar que a imediação é uma *técnica de formação das provas, não um método para o convencimento do juiz*, gozando, portanto, um *valor instrumental*.⁵⁸

A proximidade entre sujeitos processuais e prova (ou atividade probatória) facilita as esclarecimentos sobre os pontos controvertidos das pretensões autoral e defensiva e sobre as impressões surgidas diante da observação das pessoas e coisas, tornando mais fácil o trabalho de informação/comunicação processual. Há quem sustente que esta forma de atuação leva consigo mais ordem, moral e disciplina ao processo.⁵⁹

Neste contexto, a postura ativa das partes na produção da prova é fundamental, devendo ser desempenhada, sempre que possível, em audiência e na presença do juiz da causa, visando influir na sua decisão final.

O papel do juiz, no entanto, não é passivo, pois, em primeiro lugar, o relator (ou magistrado condutor) do colegiado ou o juiz monocrático, durante o exame dos testemunhos e

⁵⁷ CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit. pp. 20-21.

⁵⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação (uma aproximação crítica), in: *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 9. Tradução de Lédio Rosa de Andrada. Acrescenta o autor que, ostentando a qualidade de meio (a serviço de outros meios), a imediação pode ser objeto de usos corretos ou incorretos, e é precisamente da qualidade do uso que depende a qualidade da garantia. A imediação não é *um método* de aquisição de conhecimento, senão um meio de emprego no juízo de primeira instância, necessário mas não suficiente àquele efeito, que tem suas regras de uso e suas limitações. E que conforme ao emprego que se faça das primeiras e segundo se atue com conhecimento ou desconhecimento das segundas, pode levar a resultados positivos ou a outros francamente negativos e inclusive aberrantes.

⁵⁹ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, In: *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 7, nº 2, 1980, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 564.

dos peritos, intervém para assegurar a pertinência das perguntas, a genuinidade das respostas, a lealdade do exame, a correção das intervenções (de condução do processo, ou de condução do ato), e decide, imediatamente, sobre oposições formuladas no curso do exame. Em segundo lugar, o relator (também diante do pedido de outro componente do colegiado) ou o juiz monocrático pode direcionar perguntas ao sujeito examinado e, sobre a base dos resultados dos meios de prova obtidos pela iniciativa das partes ou dos resultados das leituras realizadas, indicar às partes temas novos ou mais amplos, úteis para a complementação do julgamento.

Ademais, ainda em relação ao juiz, a imediação implica, obviamente, que haja coincidência entre o juiz presente à produção prova e aquele que deve tirar daí os elementos do seu próprio convencimento. Esta é a razão justificativa da previsão segundo qual à deliberação da decisão devem concorrer, sob pena de nulidade absoluta, o mesmo juiz que participou da instrução.⁶⁰

Aplicando-a à deliberação, exalta-se o nexo de consequentialidade intercorrente entre a instrução e a deliberação, exatamente por permitir a valoração na melhor maneira possível e recordar as impressões relatadas no curso da instrução probatória imediatamente anterior.⁶¹

Importante anotar, junto com GOLDSCHMIDT⁶² e CABEZUDO RODRÍGUEZ,⁶³ a diversidade de versões do princípio da imediação, propostas segundo se tome como ponto de referência o *objeto da causa*, os *sujeitos* ou os *atos processuais*, de modo individual ou combinado. Assim, o entendimento sobre o princípio pode surgir expresso das seguintes formas: a) como um princípio atinente às relações entre o juiz ou tribunal sentenciador e o objeto do processo;⁶⁴ b) como um princípio atinente à relação a mais direta possível do juiz ou tribunal com os meios de prova; c) como um princípio atinente à relação dos meios de prova que tenham relação a mais direta possível com os fatos imputados; d) como uma imposição ao

⁶⁰ DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 2006, pp. 658-659.

⁶¹ É idêntica a *ratio* que suporta a imutabilidade do juiz e a concentração da deliberação. A imediação faz sentido enquanto seja o mesmo juiz que tenha participado da instrução a deliberar sem solução de continuidade.

⁶² GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Tomo I (problemas fundamentales del derecho). Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 791-792. Tradução de Miguel Ángel Cano Paños, Cristian Celdán Kuhl, León García-Comendador Alonso, Jacobo López Barja de Quiroga, Juan Delgado Cánovas e Mónica Tirado Pablos.

⁶³ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., pp. 19-20.

⁶⁴ HIRSCH, Günter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial, *In: Reforma judicial: revista mexicana de justicia*, nº 14, 2009, p. 196.

jugador de estar em contato imediato com os demais sujeitos que intervêm no processo⁶⁵, ou com os atos da parte; e) como elemento integrante de algumas das anteriores configurações, como regra que põe em conexão ao órgão decisório com o objeto da causa e os sujeitos processuais, ou com as partes e as provas; f) relação entre cada um dos meios de prova com o tema probatório (focando na primazia da prova pessoal sobre a documental, da prova testemunhal direta sobre o testemunho *de ouvir dizer*);⁶⁶ e g) compreendendo todas essas perspectivas, como o contato permanente do juiz com todos os elementos do processo apto para formar sua convicção, sejam subjetivos, sejam objetivos.

O órgão jurisdicional, como sujeito diretamente afetado, é reconhecido como denominador comum de todas estas concepções. A imediação, em qualquer de suas variantes, permite que o juiz sentenciador entre em contato direto, livre de interferências e em unidade espaço-temporal com todos os atos fática e juridicamente relevantes à configuração do objeto litigioso (compreendida tanto a atividade de alegação das partes⁶⁷ como a probatória que se desenvolve no processo).⁶⁸

Aqui ficam compreendidos, também, os principais e necessários elementos da imediação: trata-se de uma pauta ou critério orientador, que procura conformar as normas processuais e de organização judicial de modo tal que obtenha as finalidades que persegue.⁶⁹ Ademais, ao afirmar que o juiz ou tribunal deve ter uma íntima vinculação pessoal com os sujeitos e provas, pretende-se destacar que a relação do julgador com aqueles há de ser *imediata*, ou seja, o mais próxima possível e sem intermediários de qualquer natureza, tanto com relação aos sujeitos – partes, testemunhas, peritos, assistentes técnicos, tradutores, informantes etc. – como aos objetos do processo – coisas, lugares, documentos, experiências etc.

⁶⁵ Assim também: MONTERO AROCA, Juan; *et al. Derecho Jurisdiccional*. V. I (Parte General). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 383.

⁶⁶ Neste sentido: HIRSCH, Günter. *Oralidad e inmediateción...*, cit., p. 196.

⁶⁷ A aqui denominada *atividade alegatória das partes* deve ser acompanhada integralmente pelo juiz da causa, pois, por meio dela, as partes revelam seu *modus agendi* no debate em juízo, o que consiste em veículo de comunicação da linha de acusação ou de defesa sustentada.

⁶⁸ Como se verá adiante, a imediação tem um raio de abrangência que ultrapassa os limites da persecução penal em juízo, atingindo o momento pré-processual, sempre visando à formação do convencimento judicial e ao aparelhamento do órgão jurisdicional. De igual sorte, as relações juiz-prova, juiz-partes e partes-prova não se exaurem na instrução probatória, devendo ser entendida como uma dimensão mais ampla que compreende, sem solução de continuidade, os momentos da deliberação e da motivação da sentença.

⁶⁹ A imediação é responsável pelas diretivas ou linhas matrizes dentro das quais se desenvolverão as instituições próprias deste.

Gize-se que o recebimento direto das alegações das partes e dos aportamentos probatórios, refere-se, por um lado, à necessária presença e intervenção do magistrado no ato de se produzir as afirmações e postulações do autor e do demandado (referentes aos fatos e direito invocados), e por outro lado, a intervenção direta do julgador no conhecimento do material probatório sem valer-se de intermediários que possam afetar ou desfigurar a impressão pessoal daquele responsável pela solução do caso.

Ao pretender que o juiz (e também cada uma das partes) possa conhecer em toda sua significação o material da causa, deseja-se remarcar o propósito de obter naquele(s) a interpretação ou representação mais fiel do problema do fato e do direito que se discute em juízo, como a visão mais exata possível dos fatos e acontecimentos controvertidos pelas partes e nos que estas fundam suas posições de pleito (é dizer, intenta-se pôr o julgador nas melhores condições possíveis de observação para cercá-lo o quanto possível do conhecimento da verdade processual). Trata-se de condição elementar para a cristalização eficaz do princípio em comento.⁷⁰

Numa abordagem propedêutica e crítica, a imediação inaugura uma dimensão processual indispensável a controlar e, ocasionalmente, fazer variar a categoria formal do discurso que *se articula entre os sujeitos do processo instrutório*, inserindo a atividade probatória numa nova perspectiva crítica.

Este princípio representa um produto teórico do movimento de reforma processual que, iniciado na época iluminista, recebeu especial impulso do liberalismo europeu do século retrasado.⁷¹ Foi originalmente sustentado em resposta à ausência de formal separação no processo inquisitório entre órgão inquiridor e juiz sentenciador e à prática comum de confiar a um supervisor, encarregado ou órgão distinto a tarefa de reunir e explicar as provas registradas para a definição do processo.⁷²

Na maioria das reformas do século XIX, conseqüentemente, era viva a aspiração de estabelecer uma relação direta entre órgão responsável pela decisão e atividade

⁷⁰ EISNER, Isidoro. *La intermediación...*, cit., pp. 33-34.

⁷¹ Curiosamente, VÉLEZ MARICONDE afirmava que do princípio da verdade real deriva, em primeiro termo, uma exigência lógica, uma regra que triunfa em todas as relações sociais: para conseguir o império da verdade *é necessário que os sujeitos processuais recebam imediata, direta e simultaneamente os meios de prova que darão fundamento à discussão e à sentença*. Correlaciona, portanto, imediação à idéia de *verdade real* (VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal...*, pp. 186-187). Em sentido contrário, como já destacado: MAIER, Julio B. J. *¿Es la intermediación una condición...*, cit., p. 13.

⁷² MENNA, Mariano. *Studi sul giudizio...*, cit., pp. 27-28.

probatória, relação na qual destacou-se, sobretudo, o aspecto formal relativo à determinação de *quem* deveria proceder à aquisição e de *como* deveria proceder.⁷³ Não por acaso, foi imediatamente identificada a interferência com o princípio da oralidade, entendido como meio essencial da dialética probatória entre as partes e entre estas e o juiz.⁷⁴

Desta forma, exalta-se mais a função política que o significado epistemológico do princípio, e a imediação, especialmente no processo penal, poderia combinar-se com o compromisso ideológico entre interesse do Estado em uma eficiente gestão da máquina judicial e a exigência do particular não ser excluído (ou transformado em *objeto* do processo). A comunicação direta, oral e pública dos atos da instrução e do julgamento significa, por um lado, confiar na formulação dos conteúdos probatórios definitivos e contidos na discussão verbal entre os sujeitos, e por outro lado, anunciar dentro e fora do evento judicial os avanços e conquistas da causa, o que confere (por meio do contraditório e da publicidade da audiência) um fator legitimador aos atos jurisdicionais.

Cumprе assinalar, neste particular, que mesmo naqueles sistemas, como o brasileiro, em que uma *oralidade mitigada*⁷⁵ é adotada, o formalismo do procedimento probatório – herança do sistema de direito comum – pode ser conciliado com a dialética

⁷³ *Em consciente afastamento dos cânones que presidiam ao processo penal de estrutura inquisitória, o processo penal «reformado» de índole acusatória, típico do séc. XIX, confessou-se favorável a um sistema de oralidade da audiência de julgamento, que considerava – no essencial com boa razão – muito mais adequado ao conseguimento de uma justa decisão. Assim é que também o processo penal português passou, desde o século XIX, a ser regido por este princípio; e se ele se não contém hoje explicitamente em uma norma positiva, nem por isso deixa de resultar de uma série de preceitos reguladores da audiência de discussão e julgamento, que supõem uma actividade processual exercida na presença dos participantes processuais e, portanto, oralmente* (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual...*, cit., pp. 229-230).

⁷⁴ Somente abandonando o veículo da escritura pensa-se ser possível instituir um aberto, franco e direto diálogo entre as partes e, consequentemente, um controle sobre a instrução, recuperando, assim, a transparência total e as luzes apagadas pelo período das *Trevas*.

⁷⁵ Fala-se em *oralidade mitigada*, pois o ordenamento pátrio trabalha com um conceito de demanda inaugurada e, na maioria das vezes, impulsionada por intervenções escritas das partes, não sendo adotado um sistema oral puro, com todas intervenções e soluções feitas sob a forma oral (ressalva-se, ainda que apenas no plano legislativo, o rito da Lei nº 9099/95, que preenche procedimento, desde a veiculação formal da imputação em juízo até a decisão, de elementos orais, assim como a segunda fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, que segue semelhante ideologia. Deve-se reconhecer, no entanto, que ambos procedimentos *sucumbem à escritura* quando sua fase recursal é analisada). Em passagem de semelhante conteúdo, FIGUEIREDO DIAS assevera que não basta evidentemente ao reconhecimento do princípio da oralidade que no processo penal ocorram atos que se processem *sob forma oral*. Acrescenta à ensinança: *Mesmo no processo mais encarniçadamente inquisitório não faltavam decerto actos processuais orais entre o inquisidor, por um lado, e o argüido, as testemunhas, etc., por outro, enfim, toda uma série de interrogatórios orais* (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual...*, cit., pp. 230-231). Arremata informando que *oralidade não significa exclusão da escrita, no sentido de proibição de que dos actos que tenham lugar oralmente fiquem registos, protocolos ou actas, a servir v. g. fins de controlo de assunção da prova, máxime em matéria de recursos*.

aparentemente anti-burocrática da audiência pública. O tecnicismo do pedido, da admissão, da aquisição e da valoração da prova pode conviver com um enredo linguístico oral.

Só com o surgimento (na segunda metade do século retrasado) da corrente empírico-científica da Idade Moderna – evoluída também paralelamente com as diretrizes conceitualistas – os caracteres discursivos da assunção probatória têm adquirido conotação material mais específica. Eles foram utilizados não só para acomodar o papel dos sujeitos processuais em relação à atividade instrutória, mas também para estabelecer uma relação metodológica mais profunda entre o juiz e conteúdo probatório.

Nessa linha de desenvolvimento do diálogo instrutório, a imediação e a oralidade, concebidas em uma ótica racionalista de uma abordagem linguística – têm sido cada vez mais diferenciadas uma da outra, a fim de melhorar o conhecimento de suas funções específicas. E, com a valoração do significado epistemológico da disputa lingüística, têm fornecido ao órgão julgador instrumentos cientificamente reconhecidos de verificação da verdade.⁷⁶ A expressão oral tem conservado um puro papel técnico-semântico, também porque, geralmente, a função comunicativa da linguagem assumiu uma conotação mais objetiva, tornando-se operacional em relação àquelas manifestações diversas das palavras que revelam independentemente da intenção do seu autor o significado intrínseco do comportamento ou operação realizada.

Tendo-se como certa a atribuição a todos os tipos de prova igual capacidade de indicar a realidade (e influenciar no convencimento judicial), a função dos sinais lingüísticos, no cenário do debate oral, relaciona-se com a tarefa primária de processamento de significados.⁷⁷ A detecção direta das coisas e acontecimentos – mesmo daquilo declarado – se traduz na objetivação de unidade semântica independente do contexto em que foram feitas. Numa ótica análoga, é destacada a possibilidade esclarecer contradições e lacunas da ação oral

⁷⁶ Ainda que reconhecida a necessidade empírica de utilizar os instrumentos de investigação à disposição na ausência de meios mais adequados (neste sentido: MENNA, Mariano. *Studi sul giudizio...*, cit., p. 42).

⁷⁷ Não por outro motivo, exige-se também, como imposição da imediação, que no momento de assumir a prova, o juiz se encontre em direta comunicação com os demais sujeitos do processo, não só para que a discussão e a sentença tenham uma mesma base, senão também para que o órgão jurisdicional possa captar ampla e corretamente os argumentos que os outros tenham a favor ou contra as pretensões deduzidas e as provas realizadas. Neste sentido: VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal...*, cit., p. 187.

através da formulação e especificação imediata das afirmações, onde se identificam possibilidades, que não existiriam na transmissão escrita dos significados.⁷⁸

Constatou-se que somente em conexão com declarações orais, a verdade dos conteúdos semânticos permitiria a verificação da credibilidade do declarante.⁷⁹

Sob estas considerações é implícita a colocação do conceito de prova, seja sob o aspecto processual, seja sob aquele funcional, a partir da perspectiva da oitiva do juiz como sujeito destinado a compreender os sinais da realidade e a utilizá-los para a decisão. Todavia, a contribuição das partes, como sujeitos capazes de influenciar nesta atividade comunicante e de inferência, também não pode ser desprezada.

Esta operação assume concreto relevo hermenêutico, especialmente, quando aplicado aos vários perfis dinâmico-instrumentais da instrução probatória, reiterando a posição já externada quanto ao papel desenvolvido pelo juiz e pelas partes no processo: por meio desse controle o juiz participa pessoalmente – também – da formação do esquema argumentativo com o qual opera a instrução probatória, sem, contudo, violar sua condição passiva à espera dos dados de experiência sensorial.⁸⁰

A imediação é reconhecida como uma *companheira necessária da oralidade*,⁸¹ pois é aquela que permite a *observação direta*, sem intermediários, baseando-se em algo inerente à personalidade humana, no *falar* diretamente. O tratamento oral torna precisas determinadas fixações escritas, porém isso não deve obstaculizar as vantagens da imediação.

A imediação é também inseparável companheira de outro princípio: o da concentração das atuações no prazo de tempo mais breve possível, a fim de que o juiz possa

⁷⁸ Ao longo da mesma tendência foi revalorada também a escrita como meio de articular racionalmente as afirmações sobre o acontecido – de diferentes maneiras, mas não necessariamente menos eficiente em relação à forma verbal. Sobre o tema: NEVES, Maria Amélia Carreira das. *Semiótica, linguística e hermenêutica do texto jurídico*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008; TØNNESSEN, Elise Seip. Potentials for writing, In: COSTA, Jorge Campos da; PEREIRA, Vera Wannmacher (org.). *Linguagem e cognição: relações interdisciplinares*. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2009, pp. 241-258.

⁷⁹ Em direção oposta, à escritura é assinalada a capacidade de objetivar melhor os significados não sujeitos a ulteriores especificações. Esta, portanto, foi considerada particularmente adequada para estabelecer definitivamente atos probatórios de natureza real, resguardando-os de impressões mutáveis e da habilidade/capacidade de recordação dos declarantes ou testemunhas.

⁸⁰ Este esquema argumentativo, sendo ditado pela necessidade de promover uma oitiva incondicional das razões da experiência sensória, se traduz no dever de usar os meios mais próximos da investigação específica ao objeto de prova independentemente da relação mais geral com o tema da controvérsia. Desta forma, se explora a capacidade do instrumento instrutório para promover a percepção do mundo exterior por meio de ações concretas e imediatas de verificação.

⁸¹ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, In: *Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 7, nº 2, 1980, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 564.

ditar sua sentença antes que sua memória falhe e deva substituí-la fundamentalmente pela escritura.⁸²

A doutrina⁸³ costuma trabalhar com a idéia de imediação dentro de um *micro-sistema* de atuação principal, aliando-a, usualmente, ao princípio da continuidade da instrução, que impõe que o *juiz da decisão* esteja presente à assunção das provas – que devem ser produzidas diante dele – e permite a atuação da *ratio* do princípio da imediação e da oralidade, ambas como modalidades de assunção da prova, e do princípio do contraditório, na formação da prova.⁸⁴

FAIREN GUILLEN fala da imediação como parte integrante dos princípios que conduzem à humanização do procedimento.⁸⁵ Por seu turno, FIGUEIREDO DIAS o aponta como um dos progressos mais efetivos e estáveis na história do direito processual penal.⁸⁶ Há quem atribua à imediação um papel central na figura complexa da oralidade: porque permite a utilização da observação direta na avaliação das provas, que é uma *conditio sine qua non* para a formação do livre convencimento.⁸⁷

GOLDSCHMIDT⁸⁸ assinala duas vertentes ao princípio da imediação, como se verá no tópico sobre classificações: a subjetiva ou formal (obrigação do juiz de relacionar-se o mais diretamente possível com os meios de prova) e a objetiva ou material (obrigação de

⁸² A imediação pode ser localizada dentro da categoria de princípios atinentes à forma dos atos processuais ou princípios do procedimento, estreitamente imbricado com os princípios da oralidade e concentração. Por outro lado, perceptível uma generalizada tendência na literatura especializada em ampliar seu alcance além do momento processual no qual tradicionalmente se vem impondo sua preceptiva vigência, qual seja, a fase probatória.

⁸³ Por todos: LOZZI, Gilberto. Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento, *In: Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, n. 45, p. 1160, 2002. O autor faz dura crítica à prática forense, onde a exceção substitui a regra, fazendo com que o adiamento de audiências (que deveriam ser concentradas e contínuas) constitua uma rotina judicial. Tal hábito importa, quando da retomada da audiência na nova data aprazada, que os debates e a decisão se baseiem em textos transcritos das declarações já prestadas por testemunhas e réus, impossibilitando ou dificultando a recordação sensória dos atos verbais praticados. A falha na implementação da continuidade reduz a importância e os efeitos da imediação (e, no seu *arrasto*, da oralidade e do contraditório). Anota, ainda, imediação tem sido frustrada pela amplíssima possibilidade de realizar incidentes probatórios com a consequência que o *juiz da decisão* decidirá sobre a base de prova que não foi por ele colhida, o que é manifestamente contrário à *ratio* do princípio em questão.

⁸⁴ SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA e ZAPPALÀ entendem que mitigações à continuidade são plausíveis apenas nos casos de maior complexidade, quando seria possível um adiamento da decisão. Reputam admissível também a suspensão da deliberação no caso em que se torna indispensável eventual intervenção de *auxiliares* ou de *técnicos*, para o controle de particulares aquisições instrutórias (SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÀ, Vincenzo. *Diritto processuale...*, cit., p. 374).

⁸⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Algunos problemas procesales..., cit., p. 564.

⁸⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual...*, cit., p. 233.

⁸⁷ NICORA, Attilio. *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*. Roma: Università Gregoriana, 1977, p. 37.

⁸⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal...*, pp. 791-792.

utilizar os meios de prova que se encontram na mais direta relação com o fato a ser provado). Focando na primeira vertente, extrai-se uma das implicações mais características da imediação, que transcenderá ao plano normativo: a imutabilidade do julgador; em virtude deste princípio, o juiz *da prova*, que presidiu a instrução probatória, deverá coincidir necessariamente com quem é chamado a resolver a causa.⁸⁹

No entanto, a imediação não é composta apenas de virtudes. Como já assinalado na doutrina,⁹⁰ quando da experimentação do instituto sob análise constatou-se que os processos demoravam mais tempo do que presumia o legislador, e que, principalmente, os juízes mudavam com maior frequência do que se supunha na fase de idealização. E o manuseio rigoroso da imediação impõe que, no caso de mudança do juiz responsável pelo processo, o novo juiz deva repetir toda a instrução probatória realizada até então, não podendo, a princípio, haver renúncia a este procedimento de renovação pelas partes, uma vez que elas não poderiam amputar a possibilidade de conhecimento da questão que lhes assegura o ordenamento jurídico.⁹¹

Em alguns países a prática forense mudou a rigidez dessa postura, no sentido de permitir, tacitamente, o prosseguimento na condução do processo, em caso de mudança de juiz, através da simples leitura dos termos de coleta de prova. Na verdade, entretanto, não há uma diretriz uniforme, já que se recalcitra, parcialmente, em se permitir às partes que, ao invés da simples leitura, possam elas exigir a repetição de todos os atos processuais.

Seguindo semelhante norte, verifica-se forte controvérsia nas hipóteses em que a prova sobre o fato controvertido já houver sido colhida em outro processo judicial, na presença das partes envolvidas (a denominada *prova emprestada*).

⁸⁹ EISNER, Isidoro. *La intermediación...*, cit., pp. 35-36. Afirma-se que o juiz deve conhecer e apreciar as condições morais dos litigantes, porque lhe permite exercitar com eficácia suas faculdades de conciliação, valorar as condutas das partes durante o processo e formar sua própria convicção. Soma-se, a isso, a possibilidade de avaliar, com extraordinária importância, os modos de expressão e o estado psicológico do declarante nas provas pessoais, com a capacidade de atingir reflexões que de outra forma passariam inadvertidas.

⁹⁰ FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno: descrita à luz de alguns ordenamentos processuais centro-europeus. *Revista de processo*. São Paulo, ano 10, n. 39, pp. 29-30, jul./set. 1985. Traduzido por Wanderlei de Paula Barreto.

⁹¹ A necessidade de renovação da instrução probatória é apontada como um dos principais fatores aflitivos da razoável duração do processo. O manuseio estrito da imediação pode significar que os processos se tornem mais longos e mais caros. Além disso, existe um *custo social* atinente à perplexidade e/ou incompreensão das partes (principalmente o réu, individualmente considerado) na tentativa de entender os motivos da maior demora de determinados processos, em razão de uma reviravolta *intrajudicial*.

Questiona-se a possibilidade de mera leitura dos *protocolos* obtidos no outro processo, com renúncia à nova coleta de provas, caso uma das partes não exija expressamente o contrário (ou o meio probatório não esteja mais à disposição).

Outro fator de preocupação – e possível mitigação da imediação – surge através da prática de *auxílio judicial*, onde juízes vêm se valendo da ajuda de outros juízes em proporções muito maiores do que o permite a lei (criando ou invocando *percalços substanciais* como barreira à coleta direta das provas). Em outros casos, o próprio ordenamento fixa regras de *impedimento* ou *inconveniência* quanto ao comparecimento da testemunha em juízo, permitindo uma espécie de oitiva indireta. Há, outrossim, hipóteses de depoimento prestado por escrito, o que equivaleria a uma renúncia parcial à imediação.⁹²

Nova preocupação nasce, também, do manuseio rigoroso do princípio da imediação quanto à exclusão, de maneira geral, da possibilidade de apreciação das provas pessoais não coletadas diretamente pelo julgador (corolário da identidade física do juiz), o que levou à criação de posicionamento quando à necessidade de renovação da atividade probatória, na mesma demanda, quando a instância superior (com aptidão para conhecimento e revisão da matéria fática) desejasse divergir da decisão do juízo inferior. Entende-se que esta renovação em instância diversa será sempre problemática, pelo fato de que os acontecimentos que deverão ser averiguados ocorreram há muito tempo e, por isso, os meios de prova serão tanto menos confiáveis quanto mais tardia for a repetição das provas. Além disso, a repetição das provas traz consigo um elevado dispêndio de tempo e de custos.⁹³

Os temas suscitados serão abordados de forma mais detida no capítulo referente à atividade probatória.

Constata-se desde já, porém, que nem sempre será possível aplicar de modo absoluto o princípio da imediação. Vem à tona a questão de saber quando é razoável fixar alguma exceção, bem assim se essas exceções (reputadas razoáveis) permitirão a maior adequada aproximação da reconstrução correta dos fatos.⁹⁴

⁹² FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios..., cit. pp. 29-30.

⁹³ Sobre o tema: PICO I JUNOY, Joan; CERRATO GURI, Elisabeth. El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil, In: CARPI, Federico; ORTELSS RAMOS, Manuel Pascual (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. 2. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 226.

⁹⁴ Lembra FIGUEIREDO DIAS: *Pese a tudo quanto fica exposto, também os princípios da oralidade e da imediação se não afirmam sem limitações. Só uma exposição completa da tramitação do processo penal, nas diferentes formas que pode assumir, poderia porém oferecer um quadro exacto daquelas limitações (ou mesmo exceções)*,

Ocorre que, mesmo com exceções, deve-se buscar – na maior medida possível – que a imediação seja preservada, porque, especialmente na instrução, o contraditório probatório (e a relação de proximidade comunicativa imposta pela imediação protege isso) *serve* ao juiz. Serve, mais precisamente, a persuadir o juiz que deve solucionar o processo.

Some-se a tudo isso o fator de que a evolução tecnológica introduz uma nova linha de problematização sobre o núcleo do conceito de imediação, a relação sem mediadores do juiz (principalmente dos *Tribunais de apelação*) com o imputado e as fontes pessoais de prova que depõem no processo.⁹⁵

O princípio da imediação deveria ser consagrado, na legislação brasileira, relativamente às declarações processuais que, em princípio, apenas valem para o *efeito da formação da convicção do tribunal* se tiverem sido produzidas pessoalmente em audiência.

Importante também seria a existência de norma que fixasse o dever de exame em audiência de outras provas. A centralidade da imediação reporta-se às fontes pessoais de prova processual, que, em regra, tem de ser produzidas na audiência, e não apenas examinadas, constituindo as exceções os casos em que se permite leitura, visualização ou audição de depoimentos.

Ao fio do exposto, é possível apontar um conceito próprio, que assevere que o *princípio da imediação consiste na contemporânea e contínua interação comunicacional entre juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório do processo, desde sua iniciação.*⁹⁶

1.3. Natureza jurídica

Como corretamente apontado por CABEZUDO RODRÍGUEZ, tradicionalmente situada entre as regras atinentes à forma dos atos processuais,⁹⁷ determinar a natureza jurídica

sendo evidente que uma tal exposição não pode nem deve ser feita aqui (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual...*, cit., p. 234).

⁹⁵ A luz da cultura judicial centrada na *percepção imediata* da prova, o acesso aos dados informativos na segunda instância se apresenta mais distante das *condições epistemicamente ideais* (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 303), razão principal do interesse pelo estudo de substitutos ao modelo de reprodução da prova oral no *órgão a quo*.

⁹⁶ O conceito, é claro, se torna dependente de uma aplicação dos princípios da oralidade e concentração (dando margem ao surgimento do princípio da identidade física do juiz), o que justifica sua rotineira apresentação conjunta.

⁹⁷ Neste sentido: MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., pp. 293-294.

da imediação processual não é questão trivial, posto que negar-lhe a categoria de princípio indispensável na articulação do processo dependerá apenas das diretrizes políticas imperantes em cada momento histórico, sem que exista desincentivo para que o legislador adote a via que considerar mais oportuna,⁹⁸ afinal, no Brasil, como em outros ordenamentos, a imediação não constitui um princípio constitucional (ao contrário da publicidade e do contraditório, por exemplo, com expresse assento na Lei Maior) e tampouco um direito fundamental.⁹⁹ Afirma-se, neste ponto, que a imediação carece de *transcendência constitucional independente*.¹⁰⁰

Desde uma perspectiva processual, os princípios do processo, *stricto sensu*, poderiam identificar-se com aqueles critérios essenciais que informam e dotam de conteúdo precisamente esta instituição. Trata-se do trabalho de fixação daquelas idéias que, ainda que não se encontrem positivamente formuladas, subjazem na norma processual consuetudinária ou escrita, histórica e comparativamente considerada.

Partindo-se dessa premissa, é possível identificar uma série de valores ou comandos/mandados, adequadamente qualificados como princípios, que constituem a espinha dorsal do processo como fórmula heterocompositiva de resolução de conflitos.¹⁰¹

Há princípios que concentram valores que a doutrina especializada qualifica como *princípios inerentes à estrutura do processo* ou *princípios constitutivos do processo* ou

⁹⁸ CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 45.

⁹⁹ HIRSCH, Günter. *Oralidad e inmediación...*, cit., p. 196.

¹⁰⁰ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La encrucijada...*, cit., pp. 258 e 283. A autora destaca, invocando famoso precedente do Tribunal Constitucional espanhol, a Sentença nº 167, de 18 de setembro de 2002 (que será oportunamente analisada), que a exigência da imediação se insere no conteúdo do direito a um processo com todas as garantias (previsto no art. 24.2 da Constituição Espanhola), constituindo, assim, um subprincípio corporificador ou densificador do princípio do *devido processo* espanhol. O Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH), em sentença de 22 de novembro de 2005, Caso Palamara Iribarne c. Chile, § 167, ao analisar a existência de violações as garantias judiciais, ressaltou que o direito a um julgamento público, consagrado no art. 8.5 da Convenção Interamericana, é elemento inerente aos sistemas penais acusatórios e deve ser garantido através da realização de uma etapa oral onde o acusado pode se comunicar diretamente com o juiz (imediação) e ter acesso às provas. Engloba, portanto, a imediação como elemento densificador da publicidade. Em sentido contrário, SUAÚ MOREY afirma que o princípio da imediação tem sido de certa forma constitucionalizado, por meio de sua inserção no conceito de direito a um processo com todas as garantias em determinadas situações. Aduz, nesta interpretação, que nas manifestações da Corte de Estrasburgo, de certa forma, tem-se elevado a classificação da imediação, provocando que sua ausência leve acoplada a declaração de que foi violado o direito a um processo com todas as garantias (SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación en el proceso penal: jurisprudencia TC y reformas procesales*. Barcelona: Bosch, 2010, p. 33). Em que pese a intenção de constitucionalizar a imediação, esta última orientação acaba apenas por endossar a linha anterior, corroborando que a imediação figura como um *elemento* do devido processo legal, porém, sem autonomia.

¹⁰¹ Sem prejuízo de que seu conteúdo concreto dependa do contexto cultural em que se enquadram. Neste sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho por principios*, in: *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 109 e ss. Tradução de Marina Gascón.

princípios *stricto sensu*,¹⁰² consubstanciados por normas indisponíveis para o legislador, no trato da matéria processual, porquanto são componentes nucleares da mesma desde a superação das fórmulas de autotutela ou autodefesa tempos atrás.

Ao lado destes princípios coexistem outras normas cuja satisfação não é essencial, ainda que seja recomendável. São os critérios de caráter técnico que podem incidir na atividade processual ou na forma dos atos, configurando um determinado modelo de processo. Entre os últimos mencionados estão os denominados princípios da oralidade ou escrita, concentração, preclusão e eventualidade.¹⁰³

Duas posições antagônicas surgem, assim, a respeito do princípio da imediatidade: a primeira desponta afirmando ser o princípio um imperativo do processo civil moderno,¹⁰⁴ e a segunda, que postula uma *visão moderna* do princípio, como um princípio prescindível.¹⁰⁵

A ponderação do valor de cada uma dessas posições conduz à conclusão que há espécies procedimentais em que a imediatidade pode ser limitada ou até afastada, o que seria em outras espécies um grave cerceamento de defesa e limitação à cognição do juiz.¹⁰⁶

Numa pureza conceitual, todos estes princípios de menor densidade e transcendência entram na oportunidade legislativa de reconhecê-los ou não, sem que essa circunstância afete a existência do processo como instituição. Sua eventual previsão será, pois, reflexo da ideologia política dominante em cada momento e lugar.

Nesta toada, afirma-se que o princípio da imediação e outros do mesmo quilate têm, reunidos em um *sistema*, um significado político: o de contribuir à adequação, à finalidade do processo. ABEL LLUCH enquadra a imediação dentre os princípios que *inspiram* o procedimento probatório.¹⁰⁷

O princípio da imediação não é um princípio constitutivo do processo, por mais que a interpretação constitucional tenha situado esta garantia entre os componentes essenciais

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 116. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1145.

¹⁰³ DE SANTO chama-o de *princípio geral do processo*, atribuindo, todavia, a mesma significação do texto. DE SANTO, Víctor. *La prubea judicial*. 3ª ed. Buenos Aires: Universidad, 2005, p. 79.

¹⁰⁴ FAIRÉN GUILLÉN, Victor. El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia, in: *Estudios de derecho procesal en honor a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*. Vol. 1, p. 368.

¹⁰⁵ FASCHING, Hans W. A posição dos princípios..., cit., p. 32.

¹⁰⁶ Neste sentido: GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade...*, cit., p. 62.

¹⁰⁷ ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 206.

do devido processo, sendo perfeitamente admissível que o legislador limite sua vigência ou opte por um modelo radicalmente oposto em que a atividade alegatória e/ou probatória chegem ao julgador indiretamente, pela intermediação de outro órgão. Compreender essa dicotomia é essencial: a natureza contingente desse princípio no desenho de processo válido e, ao mesmo tempo, confirmar seu caráter medular em ordem à articulação do devido processo, é o primeiro passo para alcançar a adequada regulação, porque as eventuais exceções que se apresentem poderão ser justificadas ou não, porém, de modo algum, afetarão a essência do método heterocompositivo de resolução de conflitos que representa o processo.¹⁰⁸

A negação da natureza essencial e fundante do princípio da imediação, reitera-se, traz consigo a opção de que o legislador seja livre na hora de reconhecê-lo ou não, fixando seu alcance na primeira hipótese e como há de sancionar sua infração.

Aqui se reitera que a conclusão alcançada apenas endossa que a imediação não constitui um *valor*, ostentando natureza verdadeiramente *instrumental*, constituindo um meio que facilita a consecução de um fim: a formação mais adequada do juízo, a essência da função jurisdicional.¹⁰⁹

Nesta linha argumentativa, revela CABEZUDO RODRIGUEZ, os Textos Internacionais sobre Direitos Humanos coletam em seus artigos direitos e princípios processuais tais como o direito ao juiz natural (predeterminado por lei), o direito de defesa, a assistência letrada e ser informado da acusação, utilizar os meios de prova pertinentes, o direito a um processo público, a um processo sem dilações indevidas ou a presunção de inocência, porém não contêm menção alguma ao objeto deste estudo.¹¹⁰

A maior dignidade normativa conferida ao princípio da imediação, no direito comparado, é alcançada por meio, geralmente, do criativo e empenhado trabalho doutrinário e

¹⁰⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit. p. 206. O autor assevera que a imediação encontra-se na categoria dos princípios atinentes à forma dos atos processuais ou princípios do procedimento, estreitamente irmanado com os princípios da oralidade e concentração. No mesmo sentido: SUAU MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 40.

¹⁰⁹ Desde esta perspectiva, nada se oporia ao desenho de um processo caracterizado não pelo contato direto do juiz com a atividade alegatória e probatória desenvolvida no juízo oral, senão pela existência de uma instância interposta entre as partes e o órgão jurisdicional. Nisso não reside a essência do processo e são critérios de conveniência os que determinam uma orientação ou outro. A constitucionalização, e ainda menos a internacionalização, do princípio da imediação por obra do máximo intérprete da Norma Suprema não desvirtua essa conclusão pois vincula tão só o legislador ordinário, não o constituinte, que pode determinar livremente o conteúdo do devido processo, inclusive excetuando o princípio da imediação, se o estimar oportuno (CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., pp. 45 e ss.).

¹¹⁰ CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 48.

jurisprudencial, que tem o costume de inscrevê-lo entre os integrantes do princípio ao devido processo legal, encontrando a impossibilidade de tratamento – constitucional – de forma isolada e autônoma.¹¹¹

Registre-se, que seria possível, ainda, inserir a imediação entre os princípios relativos à produção da prova ou relativos à forma, diminuindo, contudo, sua magnitude, dimensão e potência.

1.4. Abrangência

Como restou assentado no tópico anterior, o órgão jurisdicional, como sujeito diretamente afetado, é reconhecido como denominador de todas as concepções referentes à imediação, permitindo que o juiz sentenciador entre em contato direto, livre de interferências e em unidade espaço-temporal com todos os atos fática e juridicamente relevantes à configuração do objeto litigioso (compreendida tanto a atividade alegatória das partes como a probatória que se desenvolve no processo).

O princípio da imediação é implementado quando há uma relação livre de intermediação entre a colheita da prova e a decisão. Por um lado, deseja-se que o juiz tome contato direto com a fonte da prova, por outro lado, se tende a assegurar que haja identidade física entre juiz que assiste à instrução probatória e aquele que profere a decisão de condenação ou absolvição. Tudo com o fim de permitir uma valoração *de primeira mão* sobre a fiabilidade das declarações.¹¹²

Ocorre que esta dimensão do princípio da imediação, como presença do julgador em todos os atos fática e juridicamente relevantes para a conformação da causa, não esgota as utilidades da imediação, uma vez que precisamente isso possibilita sua interação

¹¹¹ Na doutrina, há quem faça um *ensaio de constitucionalização* do princípio da imediação, ao tentar sua compatibilização ou integração com o princípio do juiz natural (por meio da constitucionalização da regra da imutabilidade do juiz), o que recebe o nome da imediação instrutória (*immediatezza istruttoria*). Neste sentido: ANDOLINA, Elena Augusta. *Gli atti anteriori all'apertura del dibattimento*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 117. CORDERO, por seu turno, sustenta que, ainda que não fosse expressamente previsto, a observância da imediação caracterizaria condição de capacidade do órgão judicante (CORDERO, Franco. *Procedura penale*. VIII ed. Milano: Giuffrè, 1985, p. 681). As orientações, no entanto, encontram-se isoladas e sem repercussão jurisprudencial.

¹¹² TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processual penale*. 8ª ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 133. A imediação tem um valor epistemológico, pois obedece à idéia de que o contato direto do juiz com o material probatório supõe uma maior credibilidade de acerto na decisão.

com as próprias fontes de conhecimento judicial.¹¹³ É dizer: a imediação do juiz ou tribunal sentenciador com a atividade alegatória e probatória transcende uma chave de leitura meramente contemplativa ao situar o órgão jurisdicional em posição de cumprir suas funções diretivas dos debates e dos atos de prova e, mais visíveis, ao possibilitar sua eventual intervenção na atividade probatória, especialmente na esfera penal.¹¹⁴

E mais: é possível expandir o âmbito de aplicação do princípio, descobrindo outras manifestações da imediação, ao entender que ela afetaria não só ao julgador senão também aos sujeitos que com ele colaboram na administração da Justiça, fundamentalmente ao Ministério Público, aos advogados e o próprio imputado.¹¹⁵

Se a imediação conduz, indubitavelmente, a um melhor conhecimento do processo por parte do juiz,¹¹⁶ deve-se advertir, antes de tudo, que esse conhecimento, sem exceções, é necessário ao juiz desde o momento em que o processo se inicia.¹¹⁷ Não basta que, ao final, no momento definitivo, quando tem que ditar a solução, o juiz estude apressadamente os autos: por maior interesse e método que disponha, por maior que seja sua ciência jurídica e sua prática forense, esse conhecimento adquirido todo de um golpe, sem haver vivido as sucessivas etapas do processo, será sempre imperfeito.

Gize-se que, se para a decisão pode concorrer apenas o juiz que tenha participado da instrução e, se à base dessa decisão, podem ser colocadas exclusivamente as provas adquiridas na instrução, a imediata consequência é que *o juiz que emite a decisão deve*

¹¹³ MONTERO AROCA faz curiosa distinção entre *imediação* e *presença judicial*, indicando que seus conceitos não se confundem, destacando como elemento diferenciador a relação entre o juiz que presenciou a prática do ato e o que resta vinculado à prolação da sentença. Não há imediação se a lei permite que um juiz presencie a prova e outro dite a sentença (MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 6ª ed. Pamplona: Civitas, 2011, pp. 204-205).

¹¹⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., pp. 31-32.

¹¹⁵ CABEZUDO RODRÍGUEZ soma um outro pólo a esta análise, considerando a *opinião pública* entre os sujeitos afetados por este princípio (CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 39).

¹¹⁶ A percepção sensorial imediata da atividade probatória deve redundar em uma melhor ilustração dos fatos objeto de debate e no maior acerto da resolução judicial (ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio...*, cit., p. 210).

¹¹⁷ Ademais, assevera a doutrina, a imediação deve englobar também os debates, pois estes, sem sombra de dúvida, se encontram incluídos no ato jurídico complexo da audiência (ALVIM, Arruda Exegese do artigo 132 do Código de Processo Civil, in: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 583-584: *...relevante para o juiz é o perceber as nuances, os trejeitos, as reticências, e a eventual mentira da testemunha*).

*necessariamente ser o mesmo diante do qual foram formadas as provas, vale dizer, como regra, a única prova utilizável é aquela adquirida pelo juiz que prolatará a sentença.*¹¹⁸

A imediação convoca, nessa linha argumentativa, além de um universo de aquisição de informação irrepetível e insubstituível, coordenadas difusas de processamento da informação, ou seja, invoca-se a importância de determinados dados, em especial, sinais visuais (por exemplo, as reações e os trejeitos das testemunhas) sem se identificarem formas de análise ou parâmetros de valoração.¹¹⁹

Estas conclusões, somadas ao posicionamento de ROXIN (que entende que este princípio vige somente para o juízo oral¹²⁰), embora representem a tradução normativa do princípio da imediação, todavia não definem, integralmente, o alcance do mesmo, pois as leis processuais contêm disposições que se põem em atrito com ele: a inclusão na fase da instrução em juízo de declarações feitas antes do processo, de atos irrepetíveis e de outros atos provenientes das partes, envolve a usabilidade para a decisão, mediante o chamado *contraditório diferido* ou *postergado*, de provas não necessariamente formadas diante da autoridade decisória (ou mesmo de outro juiz).

Da mesma forma, a inclusão na fase da instrução de atos produzidos na presença do Ministério Público (ou unilateralmente produzido por ele) e de documentação

¹¹⁸ Sustenta-se que a imediação da decisão reduz (se não mesmo elimina) a possível interferência dos fatos fora da instrução. Somente a prova legitimamente adquirida durante a instrução torna-se, assim, utilizável para a prolação da decisão (e entre estas provas consideram-se também aquelas formadas na fase da investigação preliminar e *adquiridas* nos limites previstos em lei). Somente a prova adquirida no contraditório entre as partes (sem *fugas* ao exame cruzado) pode apoiar a motivação da sentença condenatória (SIRACUSANO, Delfino; GALATI, Antonino; TRANCHINA, Giovanni; ZAPPALÁ, Vincenzo. *Diritto processuale*, pp. 374-375).

¹¹⁹ *O elemento gnoseológico da imediação poderia superar as determinantes subjectivistas e internalistas sobre o juízo probatório, integrando-se numa decomposição analítica com dimensões conformadas pela relação imediata com as fontes de prova e outras independentes, ao nível da rede de referências do processamento decisório. Nesse plano, a credibilidade das fontes de prova pessoal destacar-se-ia como elemento fundamental sujeito a uma avaliação do contacto directo. Instrumento de obtenção de informação subsequentemente processada em acto decisório, susceptível de transitar para as razões expressas no discurso justificativo, articulado com regras e explicável.*

A perspectiva jurisprudencial centra-se, contudo, no valor gnoseológico da imediação com o outro, do julgador de facto em relação à testemunha, uma experiência interior inacessível a terceiros “a percepção do depoimento é conseguida com a imediação da prova”.

(...)

*O registro da prova “não garante a percepção do entusiasmo, das hesitações, do nervosismo, das reticências, das insinuações, da excessiva segurança ou da aparente imprecisão, em suma, de todos os factores coligidos pela psicologia judiciária e dos quais é legítimo ao tribunal retirar argumentos que permitam, com razoável segurança, credibilizar determinada informação ou deixar de lhe atribuir qualquer relevo”. Como é corrente na cultura jurisprudencial portuguesa, a invocação dos elementos da imediação que permitem o acesso à verdade não é acompanhada da indicação das fórmulas alquímicas ou das regras da experiência descodificadoras desses elementos (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., pp. 304-305).*

¹²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho procesal...*, cit., p. 102.

relativa à atividade de investigação defensiva, envolve a legitimidade da decisão, em razão da utilização de provas não formadas diante da autoridade decisória ou de outro juiz.¹²¹

Quanto à incidência da imediação na fase pré-processual, alerta-se para situações nas quais é implementado o contraditório, mas não a imediação. Isso acontece quando durante a investigação preliminar se desenvolve um *incidente probatório*. O contraditório é garantido quando a oitiva de uma pessoa ocorre através do exame cruzado entre MP e o defensor do imputado. No entanto, se esta declaração é apenas lida durante a instrução probatória, sustenta-se que o princípio da imediação não é respeitado.¹²²

Cumpra assinalar que, embora o modelo acusatório escolha a dialética do contraditório instrutório como critério majoritariamente correspondente para o fim principal do processo, também existe um princípio de *não dispersão dos meios de prova*, que impõe uma recuperação completa para a instrução, dos atos recolhidos ou das provas adquiridas na fase pré-processual.¹²³

Curiosamente, há na doutrina quem repete o caso da intervenção do defensor como um ponto de interferência ou *mediação*. Todavia, a maior parte dos autores luta por assegurar o princípio da imediação valendo-se do mais frequente e estreito contato entre juiz e os advogados, já que em matéria de alegações e petições se estima que estes atuam no processo como se fossem a própria parte cujo caso representam com precisão, clareza e tecnicismo.¹²⁴

Para que a pessoa perseguida criminalmente tenha as mesmas possibilidades de influir sobre a reconstrução histórica da imputação que o acusador formula, deve-se reconhecer – ao imputado e ao seu defensor –, ao menos, as faculdades de *controle da prova que será avaliada pelo juiz na sentença*. Esse controle se cumpre com a *presença ininterrupta* de todos os sujeitos processuais, sendo incorporados os elementos de prova idôneos¹²⁵ para

¹²¹ PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice...*, cit., pp. 216-218.

¹²² TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto...*, cit., p. 134, nota 32.

¹²³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Prova e lessico processuale, in: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, anno 1997, n. 98, p. 10. O autor reproduz a posição da Corte Costituzionale.

¹²⁴ EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., p. 41.

¹²⁵ Afirma-se que a investigação anterior (procedimento preliminar) e os meios de prova que ali se realizam têm somente valor preparatório. Importante frisar que, quando por perigo de perda de elemento probatório pela demora ou pela natureza do ato, se deve receber antecipadamente ao debate um meio de prova durante a instrução ou a preparação do debate, com pretensão de ser valorado na sentença (*atos definitivos e irrepetíveis*), as leis prevêm, adequadamente, a participação dos imputado e seu defensor no ato, num ato jurisdicional, sob a tensão dialética, antecipado.

fundamentar a sentença (forma de proceder que assegura o controle probatório por parte de todas as pessoas interessadas na decisão).¹²⁶

Também em relação ao direito invocado (*questões de direito*) nos casos simples ou complexos, quando ele é exposto e desenvolvido na solidão do gabinete do Promotor ou do escritório do advogado, sem ter a sua frente nenhum *confrontante* para refutá-lo, nem o juiz para chamá-lo à ordem, é muito possível que se introduza – ainda que sem se dar conta disso – as mais aventuradas acrobacias lógicas ou a afirmação de teses mais audazes.¹²⁷ Daí a importância da imediação, também quanto às questões de direito, permitindo que a atuação comunicando das partes e do juiz estabelecendo os estreitos lindes que devem ser percorridos pela pretensão.

De igual sorte, as partes entre si (e não só entre o juiz e as partes) também exercem a imediação. Esta maior vinculação pessoal entre os litigantes (aqui incluindo o defensor do imputado), permite ajustar os fatos, as intervenções e as pretensões.

Em relação ao tempo, o código impõe a regra da concentração. Por um lado, a sentença é prolatada *imediatamente após o encerramento da instrução*. De outro lado, a deliberação não pode ser suspensa, *senão em caso de absoluta impossibilidade*. Se conclui que aquele que decide deve fazê-lo baseado em sensações recentes e não em memórias distantes.¹²⁸

1.5. Regime legal

Repise-se que o princípio da imediação não costuma ter assento constitucional, tampouco ganha autonomia própria em textos de tratados internacionais de direitos humanos, limitando-se, como uma opção *político-ideológico-legislativa*, a ser inferida de um conjunto de outras normas expressas para ganhar sua magnitude legal.

¹²⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal...*, cit., pp. 585-586.

¹²⁷ Assevera CALAMANDREI em conhecida passagem: *Se diante de nós, enquanto nós escrevemos, o juiz estivesse presente observando-nos, acho que sem prejuízo de procurar, como é nosso dever, dizer todas e somente as razões favoráveis a nosso cliente, não teríamos a coragem de embarcarmos em sustentar perante ele certas teses audazes que, às vezes, no silêncio da nossa biblioteca, nos seduzem como ocasiões magníficas de por a prova nossa virtuosíssima dialética* (CALAMANDREI, Piero. *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*. Buenos Aires: Depalroa, 1943, pp. 50-51. Tradução de Santiago Semís Melendo – tradução livre).

¹²⁸ TONINI, Paolo. *Diritto processuale penale: manuale breve*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 500.

Na esteira do já frisado nos tópicos anteriores, é preciso trabalhar com os princípios do devido processo legal e do juiz natural para conferir dimensão constitucional (e, portanto, índole hermenêutico-vinculativa) ao princípio da imediação.

O *Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América*, na Seção 1, do Capítulo 2 (que trata do *debate*), do Título III, do Livro Segundo, disciplina no seu art. 291 o princípio da imediação, indicando que o *debate* se realizará na presença ininterrupta das pessoas chamadas a ditar a sentença, do Ministério Público, do imputado, seu defensor e os demais intervenientes ou seus mandatários.

Prossegue dispondo que o acusado não poderá ausentar-se da audiência sem permissão do juízo, sendo que, se depois de sua declaração, recusar-se a assistir, será custodiado numa sala próxima e representado em todos os efeitos, por seu defensor. Se o defensor, por seu turno, não comparecer ao debate ou se ausentar da audiência, será considerada abandonada a defesa e se procederá a sua substituição na forma prevista pelo próprio Código.

Encerra o dispositivo referente à imediação, definindo que se o autor civil ou o querelante não comparecerem ao debate ou se ausentarem da audiência, se terá por abandonado seus processos, sem prejuízo de que possam ser compelidos a comparecer como testemunhas. De outro giro, se o terceiro civilmente demandado não comparecer ao debate ou se ausentar da audiência, a instrução prosseguirá como se estivesse presente.

A imediação (e mesmo a oralidade) não é amparada expressamente pela Constituição Brasileira, nem pelos textos internacionais (art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos do Homem, art. 6º da Convenção Européia de Direitos do Homem, art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou arts. 47 e 48 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia).

Expressamente, a imediação não aparece reconhecida nem em normativas internacionais sobre direitos humanos, nem na maioria dos textos constitucionais internos, incluindo o brasileiro, e no que respeita à proclamação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Isso é assim porque a imediação não forma parte do conjunto de princípios nucleares que constituem o processo (de índole acusatória) como tal. Porém isso não tem sido óbice para que os órgãos jurisdicionais encarregados de sua vigilância, supranacionais ou não tenham terminado por adotá-la, em aspectos pontuais, englobando-a no conteúdo de outros direitos,

estes sim, expressamente reconhecidos. Tem sido um processo longo, seguramente inacabado e conducente ao reconhecimento de um direito independente.¹²⁹

O Código de Processo Penal brasileiro em vigor, por seu turno, não dedicou norma expressa e exclusiva à mediação. No entanto, sua inferência decorre da análise de outras disposições expressas do *Codex*, determinante da atuação pessoal e direta do juiz e das partes em relação à prova.

Quando o legislador ordinário implantou – ainda que implicitamente – em seus dispositivos, na órbita da recente reforma do Código de Processo Penal (por força das Leis nº 11.689, de 9 de junho de 2008, e 11.719, de 20 de junho de 2008), o princípio da oralidade,¹³⁰ quis na verdade significar que o ambiente de audiência deve ser por ele regido e os corolários e elementos de densidade próprios que lhe subjazem. Assim, deve-se reconhecer a mediação como parte instrumental deste moderno modelo processual (balizado pelo princípio acusatório).

Outro desdobramento do estudo específico da mediação no campo penal é a configuração e a estruturação do princípio da imutabilidade do juiz, conhecido no Brasil como *princípio da identidade física do juiz*, e que, apenas com a reforma de 2008, passou a integrar expressamente da disciplina do Código de Processo Penal nacional (em seu artigo 399, § 4º, com redação determinada pela Lei nº 11.719/2008). A afirmação solene desse princípio contida na vigente disciplina codicista o coloca como parte dos valores fundamentais do sistema processual pátrio.

No quase completo silêncio do legislador sobre o tema (note-se que a matéria é remetida, pela genérica norma do artigo 3º do CPP, à lei instrumental civil, que também se apresenta incompleta), deve-se buscar na doutrina e jurisprudência estrangeiras a solução do problema da constante mudança ou substituição – pelos mais variados motivos – do juiz responsável pela colheita da prova, antes que a sentença possa ser ditada, usualmente

¹²⁹ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, cit., p. 258.

¹³⁰ Como asseverado por BADARÓ, as reformas impostas pelas Leis nº 11.689, de 9 de junho de 2008, e 11.719, de 20 de junho de 2008, ao Código de Processo Penal, consagraram a *oralidade e a concentração dos atos probatórios em uma audiência una*, prevendo que *todas as provas serão produzidas em uma única audiência* (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do júri – lei 11.689, de 9.06.2008, *In: As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67), o que dá margem à concretude dos princípios da mediação e da concentração.

convergindo para o entendimento de que a observância do princípio da imutabilidade exige, em caso de mudança do julgador, que seja renovada a instrução.¹³¹

Ocorre que um dado fundamental, talvez o mais importante na tentativa confessadamente falha de disciplinar o tema, é ostensivamente olvidado pela legislação processual penal brasileira (o que acaba contribuindo para uma indiferença quanto ao estudo aprofundado da imediação): o principal mecanismo para garantir a observância do princípio, seria dispor – em lei, de forma expressa e clara – que sua ausência ou inobservância parcial importaria hipótese de nulidade absoluta, a exemplo do que ocorre no art. 525 do Código de Processo Penal italiano.

É claro que, sem prejuízo disso – que por si só significa um grande avanço em comparação aos regimes tradicionais –, existem outras normas que constituem mecanismos complementares para garantir (em toda sua extensão) a efetiva aplicação do princípio da imediação.

Note-se que as regras de exclusão de provas ditadas pelo interesse de uma correta apuração da verdade, nos ordenamentos da *civil law* podem ser encontradas de forma implícita em certas regras sobre a prova, como ocorre com os princípios da imediação e oralidade, que sugerem que a prova com a qual o juiz teve um contato direto é mais forte do que aquela obtida de fontes mais remotas.¹³²

1.6. Classificações doutrinárias

O tratamento doutrinário da imediação encontra uma série de obstáculos na sua tentativa de sistematização. Parte-se de uma divisão clássica – e, ainda que divergente em pequenas minúcias, aceita unanimemente –, porém, quando da progressão do debate sobre o instituto, outras classificações e nomenclaturas passam a ser lançadas.

Assim, de forma não exauriente, este setor da pesquisa busca a reunião das principais e mais difundidas classificações referentes a imediação processual, procurando

¹³¹ Por todos: RENON, Paolo. *Mutamento del giudice...*, cit. Destaca o autor que a problemática, malgrado tenha sido analisada nos mais altos níveis jurisprudenciais (incluindo a Corte Constitucional), parece, no entanto, longe de ter encontrado uma solução completa e satisfatória, demandando novos esforços doutrinário-científicos.

¹³² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 96.

conferir tratamento uniforme que permita aos interessados a identificação de cada vertente exposta.¹³³

Em geral, trabalha a doutrina com três caracteres da imediação (alternando a sua forma de abordagem e desenvolvimento): a) a presença dos sujeitos processuais diante do juiz; b) a falta de um intermediário (judicial) entre as coisas e pessoas do processo e o juiz; c) a identidade física entre o juiz que teve contato com as partes e a aquele que ditará a sentença.

1.6.1. Imediação subjetiva ou formal e imediação objetiva ou material

A classificação mais difundida e aceita na doutrina versa sobre seus aspectos básicos, seguindo a dicotomia conceitual entre um sentido *subjetivo* ou *formal*, que se refere a utilização imediata dos meios probatórios por parte do juiz (com recepção e conhecimento diretos e sem intermediários), e um sentido *objetivo* ou *material*, que exige que o juiz só utilize os meios de prova imediatos ou os mais imediatos possíveis em relação aos fatos a conhecer.

Esta primeira classificação é atribuída a GOLDSCHMIDT,¹³⁴ que, ao trabalhar a origem histórica da imediação (apontando seu surgimento não antes de meados do século XIX, e, inicialmente, é determinado junto a essência da oralidade), demonstra a sua paulatina autonomia como um *princípio especial de recebimento da prova*, referente a uma *etapa da percepção* da prova, ao passo que estipula que a *oralidade* é uma *forma de entendimento*, o que acarretaria a coincidência entre os efeitos dos dois princípios.¹³⁵

¹³³ Note-se que a simples preocupação com a sistematização de um *espacio próprio e orgânico* da imediação já importaria em uma primeira classificação: FALCÓN fala na existência de um *sistema de imediação*, que se contrapõe ao um *sistema de delegação*, ambos contidos dentro de um macro-sistema probatório, especificando que a escolha de uma via dependerá da adoção do modelo oral ou escrito que se assuma para o processo. O autor elenca na sequência, além dos já anunciados, “*el sistema por audiencias ‘versus’ los sistemas escritos y orales tradicionales de vista de causa*”, “*el sistema de declaración ‘versus’ el sistema de documentación*”, “*el sistema de preclusión ‘versus’ el sistema de unidad de vista*”, “*el sistema de concentración ‘versus’ el sistema de diversidad*”, “*el sistema de continuidad y el sistema discontinuo*” e “*sistema dispositivo (acusatorio), inquisitivo e mixto*” (FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Tomo 1. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2009, pp. 256 e ss.).

¹³⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Vol. I: problemas fundamentales del proceso. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 791 e ss. Tradução de Miguel Ángel Cano Paños *et al.* Confira-se também: GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, Barcelona, 1936, pp. 87 e ss. Tradução de Leonardo Picto Castro e Niceto Alcalá Zamora y Castillo.

¹³⁵ A forma oral das alegações das partes e das manifestações de pensamento, que se encontram como meios de prova, sobretudo das declarações testemunhais, representam ao mesmo tempo a mais imediata etapa de sua perceptibilidade.

Pondera, em acréscimo, que o princípio da imediação significa uma vinculação do juiz que recebe a prova: a) primeiramente, de relacionar-se o mais diretamente possível com os meios de prova (princípio da imediação *em sentido subjetivo* ou *formal*); e b) em segundo lugar, de utilizar aqueles meios de prova que se encontrem na mais direta relação com o fato a provar (princípio da imediação *em sentido objetivo* ou *material*).¹³⁶

No primeiro sentido, o princípio da imediação aponta para o juiz de que forma deve utilizar os meios de prova, e concerne a relação do juiz com os meios de prova. Assim, sob o aspecto *subjetivo* ou *formal*, é necessário assegurar que o juiz intervenha pessoal e diretamente na recepção dos materiais probatórios que logo, e indefectivelmente, ele e somente ele deverá apreciar e valorar para formar seu juízo sobre os fatos discutidos no ato de pronunciar a sentença.

BACIGALUPO ZAPATER destaca ainda que a chamada *imediação formal* não rege qualquer juiz, mas o juiz que ditará a sentença, pois este é quem deve perceber por si mesmo a prova.¹³⁷ Da mesma forma segue CABEZUDO RODRÍGUEZ, que entende que do aspecto formal decorre uma das implicações mais características da imediação, que transcende o plano normativo: a imutabilidade do julgador (aquele que presidiu a audiência de colheita da prova deverá coincidir necessariamente com quem é chamado a resolver a causa).¹³⁸

Sob este prisma, centra-se a imediação numa *dimensão relacional* do julgador do fato com a prova, designando-o também como *principio de contato direto do juiz com a prova*.¹³⁹ é necessário assegurar que o juiz intervenha pessoal e diretamente na recepção dos materiais probatório que logo – e só ele – deverá apreciar a valorar para formar seu juízo, sobre os fatos discutidos, quando da prolação da sentença.

¹³⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal...*, cit., pp. 791-792. Seguem esta classificação, p. ex.: MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, pp. 293-294; ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 209; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, cit., p. 97; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., pp. 21-22; EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., pp. 94-97.

¹³⁷ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, cit., p. 97.

¹³⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., pp. 21-22.

¹³⁹ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, p. 293. Esclarece o autor que a imediação jurídico-processual é distinta da imediação com os fatos, *não se traduzindo numa estrita e radical perspectiva gnoseológica de acesso ao fato*, já que tem sempre compreendida a existência de mediadores, os meios de prova, a imediação com o fato é mesmo um fator de impedimento do julgador do processo penal (leigo ou profissional) – uma necessidade de mediadores, que *implica a renúncia a um relativismo naturalista radical do ver para crer*. Contudo, pontua que a evolução tecnológica e das práticas sociais gera um amplo registro mecânico dos eventos e determina específicos problemas de *experiências de quase imediação*, ou a *ilusão de imediação*, com os fatos.

Na acepção *objetiva* ou *material*, examina-se quais meios probatórios há de utilizar o juiz e concerne a relação dos meios de prova com os fatos (ou alegações de fatos) a provar, embora a enumeração legal não indique entre os diversos meios de prova uma ordenação lógica derivada da sua natureza ou de sua vinculação com os motivos da prova.¹⁴⁰

Certos meios de prova tem um caráter direto, porquanto supõem um contato imediato do magistrado com os *motivos* da prova – com os fatos ou situações a provar. Outros meios, ante a impossibilidade de uma relação direta, buscam uma espécie de reprodução, reconstrução ou representação dos motivos da prova. Há, por último, os meios que, a falta de métodos de verificação direta ou por representação, se fundam em um procedimento lógico de deduções e induções.

Nesta acepção, o juiz deve extrair os fatos da fonte, por si mesmo, não podendo utilizar *equivalente probatório algum*¹⁴¹ (nem estando autorizado a utilizar nenhuma *prova subrogada*¹⁴²), sendo certo que, em relação as provas ditas pessoais, somente a inquirição e a audiência pessoal oferecem ao juiz e as demais partes a possibilidade do contato direto com o declarante e a feitura de perguntas adicionais e complementares a pessoa indagada, assim como possibilidade de fazer objeções em tempo real. E, somente em virtude da impressão pessoal é que o julgador pode fazer um juízo próprio sobre a credibilidade da prova pessoal.¹⁴³

GOLDSCHMIDT ponderava, neste sentido, que o *mais incerto* é que também o princípio da imediação em sentido *objetivo* ou *material* se reconheça na mesma extensão que a imediação em sentido subjetivo ou formal. Esta possível identidade, segundo o autor, acarretaria as seguintes consequências: a) quando o fato a prova possa comprovar-se por inspeção ocular ou por documentos que constituem o corpo de delito (p. ex., uma carta

¹⁴⁰ MESQUITA esclarece que a imediação em sentido objetivo não determina no direito português contemporâneo claras emanções prescritivas, já que se cinge a valoração da prova, matéria em que legislador e jurisprudência são particularmente contidos na pré-definição de cânones valorativos e inferenciais genericamente vinculantes (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, p. 294). Em verdade, a advertência não constitui novidade. O próprio GOLDSCHMIDT já destacava a controvérsia de sua admissão no direito vigente à época (GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil...*, cit. pp. 87 e ss). EISNER, no entanto, assinalava que certos *meios de prova* tem um caráter direto, porquanto supõem um contato imediato do juiz com os motivos da prova (com os fatos e situações a provar). Outros, diante da impossibilidade de uma relação direta, acudem a uma espécie de reprodução, reconstrução ou representação dos motivos da prova. Por último, indica aqueles meios de prova, que, à falta de métodos de verificação direta ou por representação, se fundam em um procedimento lógico de deduções ou induções (EISNER, Isidoro. *La intermediación...*, cit., pp. 94-97).

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal...*, cit., p. 394.

¹⁴² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, cit., p. 97.

¹⁴³ HIRSCH, Günter. Oralidad e intermediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial, *In: Reforma judicial: revista mexicana de justicia*, nº 14, 2009, p. 196.

injuriosa), não bastaria sua comprovação por testemunho; b) quando o fato a provar possa comprovar-se por testemunho, não bastaria sua comprovação por informes escritos; c) quando o fato a provar possa comprovar-se por testemunhas visuais, não bastaria sua comprovação por testemunhos de ouvir dizer (ou indiretas); d) quando o fato a provar possa comprovar-se diretamente por meios probatórios, não bastaria sua comprovação por indícios.¹⁴⁴

Há certos fatos que gravam a consciência sem o auxílio de nenhum intermediário e cuja impressão é vívida. Outros, porém, não são percebidos senão por meio de fatos precedentemente recebidos, aplicando o raciocínio, que conduz do conhecido ao desconhecido. No primeiro caso, o conhecimento é direto ou imediato, porque se aplica ao fato mesmo; no segundo é indireto ou mediato, porque se conhece o fato que se investiga através de outro fato.

Destas idéias surge a existência de uma certa ordem de prevalência ou preferência entre os meios de prova, segundo seja mais ou menos imediata a relação que cada um deles proporciona ao juiz.

Analisando os reflexos do conceito de imediação material sobre a dimensão legal da prova, deve ser recordado, antes de tudo, que a ligação essencial estabelecida entre a seqüência probatória e a elaboração experimental de conteúdos semânticos pressupõem o abandono das concepções formalistas, segundo a qual a sentença é consequência de homogênea aquisição e admissão.¹⁴⁵

A imediação material serve mais especificamente para equilibrar a relação existente entre a dimensão epistemológica da situação probatória e os interesses que inspiram a verificação legal do acerto ou decisão final (permitindo a abertura de espaços para imediata elaboração da unidade de significado real). Tal atividade escapa da crítica de apriorismo racional porque ainda se envolve com dados empíricos.¹⁴⁶

¹⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal...*, cit., p. 794..

¹⁴⁵ Sob esse perfil, do ponto de vista teórico-formal, é possível estabelecer um nexo de necessária sucessão entre admissão e aquisição, mas não entre esta última e deliberação: a decisão final é bastante definível como consequência jurídica da instância decisora.

¹⁴⁶ MENNA, Mariano. *Studi sul giudizio...*, cit. pp. 38-42.

1.6.2. Imediação em sentido amplo e imediação em sentido estrito

Por seu turno, ABEL LLUCH¹⁴⁷ e CALDERÓN CUADRADO¹⁴⁸ lançam uma classificação um pouco distinta da anterior. Entendem os autores que o princípio da imediação tem um duplo alcance de outra ordem: a) *em sentido amplo* (ou *imediação original*), se refere a presença judicial durante a prática das prova, como requisito de formalidade ou seriedade; e b) *em sentido estrito*, alude ao contato direto do juiz com as fontes de prova, de maneira que o juiz que tenha presenciado a prova seja o mesmo que dite a sentença.

Acrescentam que imediação em *sentido amplo*: a) se predica de qualquer trâmite processual regido pela oralidade, seja qual for o seu conteúdo; b) exige presença judicial no desenvolvimento de tais atos (exceções existem, ainda que não referidas a essa presença física em si mesma considerada, mas a competência do correspondente órgão jurisdicional, como diligências probatórias realizadas através de auxílio judicial ou cooperação jurídica internacional ou mesmo provas antecipadas); e c) sua infração resulta castigada com nulidade radical.

De outra banda, a imediação em *sentido estrito*: a) se refere a soluções que tenham que ditar-se após uma atuação inspirada, também e logicamente, na oralidade; b) estas soluções devem ser ditadas o mais próximo possível a celebração da audiência oral; c) os sujeitos a que corresponde seu pronunciamento são unicamente o juiz (ou magistrados, se se tratar de órgão colegiado) que concorra uma dupla condição: conheça do assunto e tenha assistido a instrução probatória em audiência; e d) a princípio, não se estabelece sanção alguma para o implemento desta exigência.

A imediação (e seus corolários) afeta a todas e cada uma das atuações que exijam contato direto do julgador com os litigantes, testemunhas ou outros intervenientes na demanda (e isso com independência de que seja a oralidade ou a escrita a forma eleita para sua tramitação procedimental conjunta), englobando a fase recursal, inclusive.¹⁴⁹

¹⁴⁷ ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio...*, cit., p. 209.

¹⁴⁸ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, pp. 137-139.

¹⁴⁹ Que os recursos que desafiam decisões recorríveis se materializem fundamentalmente por escrito não constitui obstáculo algum para manter a informação precedente. Ainda que a imediação seja associada a formas orais, isso não significa que se exclua ou deva excluir nos singulares atos desta natureza, vistas com ou sem prova, a desenrolar em procedimentos presididos pela escritura. A imediação é compatível com um processo que em seu conjunto não seja predominantemente oral. Neste sentido: CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, cit., p. 142.

1.6.3. Imediação temporal e imediação espacial

SCHONKE ao versar sobre a imediação na sua obra,¹⁵⁰ destaca dois aspectos que são, por seu turno, elementos dele: a) imediação no *recebimento* da prova: aqui, exige uma relação pessoal e direta do juiz com os meios de prova; b) imediação na *apreciação* da prova: neste aspecto, o princípio impõe uma imediata discussão e julgamento da causa.

Assim, surge a denominada *imediação temporal* ou *imediação no tempo*, consistente na atividade do juiz de, logo após a análise das provas, sem dar margem à demora ou postergação alguma, exigir que se formulem as alegações das partes perante o juízo, e por sua vez, encerrado o debate, ditar a sentença correspondente.

Deve haver, deste modo, uma relação de proximidade cronológica entre os distintos momentos de aquisição da prova e entre esta e a emissão da sentença.¹⁵¹

Em semelhante abordagem, referindo-se a uma *imediação espacial*, ANDRÉS IBÁÑEZ afirma a imediação seria a dimensão espacial do princípio da concentração, podendo ser identificada como o *princípio da localização*.¹⁵²

Lembra, neste particular, que imediação significa presença simultânea dos vários sujeitos do processo no mesmo lugar (ou, numa visão moderna, que admita a *telepresença*, no mesmo ato ou no mesmo espaço virtual) e, por conseguinte, possibilidade entre eles de trocarem oralmente suas comunicações: oralidade significa imediação, é a imediação da relação entre o juiz e as testemunhas, no sentido espacial da expressão.

Para que a imediação tenha plena vigência, o juiz deve assumir na audiência um papel de diretor, atuando com limite e razoabilidade, cuidando em todo momento de sua imparcialidade. Suas condições pessoais resultam da maior transcendência num processo onde vige a imediação. A imediação requer, ademais, mútua colaboração entre as partes e para com o juiz, nessa obra em comum que é cada audiência e o processo como um todo.

¹⁵⁰ SCHONKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, p. 41. Tradução de Leonardo Prieto Castio.

¹⁵¹ PASTOR, Daniel Roberto. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002, p. 53.

¹⁵² ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 03. No mesmo sentido: CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza*..., cit., pp. 12-13.

Na mesma alheta apresenta-se a lição de CHINNICI, ao afirmar que o processo penal deve ser entendido como uma experiência unitária, na qual os atos e a atividade devem se desenvolver em um *continuum*, que não admite repetições inúteis, perigosas divagações e *tempos mortos*.¹⁵³

NICORA segue esta classificação ao tratar da imediação, afirmando que para permitir a percepção oral, deve-se estabelecer uma relação imediata entre o juiz e a prova (*imediação espacial*). De outra banda, para permitir que as impressões fermentem no ânimo do juiz no momento da decisão, deve haver uma estreita relação temporal entre provas e a decisão (*imediação temporal* ou *concentração*),¹⁵⁴ como se a decisão fosse uma corrida contra o tempo, porque é necessário que o juiz decida, antes que desapareçam as impressões provocadas pelas provas.

A transparência que abarca a realização das atuações processuais na presença das partes e de terceiros é um freio no exercício de um poder do qual é tão fácil abusar. E se considera também o meio mais idôneo para assegurar uma verdade processual de superior qualidade, propiciada pela concentração dos atos de prova e, sobretudo, pelo contato direto do julgador com as fontes desta, em particular as de caráter pessoal.

1.6.4. Imediação virtual ou imediação remota

Mais recentemente, em razão da incidência das tecnologias da informação e da comunicação no processo penal e a consequente necessidade de revisitar os conceitos sedimentados pela prática forense, começou-se a trabalhar com a idéia de uma chamada *imediação virtual*, consistente na adoção do conceito dúplice (objetivo e subjetivo) de imediação, aplicado através de ferramentas da tecnologia da informação e da comunicação,¹⁵⁵ o que autorizaria uma espécie de *imediação remota*.

Em que pese a aparente *contraditio in terminis* desta expressão, a imediação virtual é materializada por uma interação *on line* com os meios de prova. Ou seja, mesmo não

¹⁵³ CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit., p. 12. Relembra a autora que a *concentração* poderá aparecer como a *própria imediação*, mas sob um ponto de vista temporal (e não espacial): imediação do estágio processual decisório em relação ao estágio probatório.

¹⁵⁴ NICORA, Attilio. *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*. Roma: Università Gregoriana, 1977, pp. 255-256, nota 59.

¹⁵⁵ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La encrucijada...*, cit., p. 39.

estando na presença física do juiz e das partes, a prova pode ser produzida à distância, mas sob a condução judicial e supervisão das partes, permitindo-se a prática imediata do contraditório e dos demais direitos fundamentais que norteiam o processo.¹⁵⁶

Há a interação comunicativa (ativa) com a prova, que, todavia, pode estar baseada em outra sala do próprio espaço do Fórum (como no caso de proteção a testemunhas e vítimas ou na inquirição especial de crianças e adolescentes) ou em local fisicamente afastado da sala de audiências (como no caso da videoconferência).¹⁵⁷

Entende-se, por oportuno, que em que pese a possível atenuação da imediação, tal modalidade de interação comunicativa não constitui exceção ao princípio. A garantia implícita na imediação relaciona-se, pois, com o caráter *i-mediato*, quer dizer, não mediado ou livre de interferências, da relação de todos os sujeitos processuais entre si e com o objeto da causa, que propicia tal modo de conceber o processo.

Assim, o meio virtual ou eletrônico acaba por atender, como regra, os requisitos demandados pela imediação.

1.6.5. Imediação de segundo grau

Ainda sob os reflexos das tecnologias da informação e da comunicação no processo penal, a doutrina concebe outra classificação: a chamada *imediação de segundo grau*,¹⁵⁸ consistente na gravação, reprodução e exibição de suporte audiovisual que contenha a filmagem das audiências (e da colheita da prova) desenvolvida na primeira instância.

Tal recurso (reprodução da gravação em segunda instância) não constituiria em si mesmo uma autêntica e verdadeira imediação, mas apenas uma reprodução por meios técnicos da imediação de primeira instância. No entanto, deve-se ponderar – como será feito no último capítulo desta pesquisa – que a gravação é uma forma distinta da escrita e, portanto,

¹⁵⁶ A tentativa de desqualificação da equiparação entre *imediação real e virtual* recebe diversos adeptos na doutrina internacional, invariavelmente apontando que a gravação não coloca o tribunal numa situação de imediação tal qual a experimentada pelo juiz de primeira instância. Por todos: MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 6ª ed. Pamplona: Civitas, 2011, pp. 624-625.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ GARCIA, Jesús María. Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud, in: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 88.

¹⁵⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de intermediación...*, cit., pp. 77-78.

constitui forma mais completa de estender e entender a assentada e os termos da primeira instância.

1.6.6. Imediação deficiente ou imediação carente

É possível encontrar também classificação referente à *imediação deficiente* (*immediateza mancante*),¹⁵⁹ como nos casos em que a carta rogatória insere uma barreira entre a autoridade judiciária requerente e o cumprimento do ato processual requerido, impedindo o contato direto entre a autoridade judicial e as fontes de prova.

Na verdade, esta classificação reserva-se aos casos em que ocorre uma *quebra da imediação*, por motivos que fogem às capacidades do juiz que deve prolatar a sentença.

1.7. Receio de ilusões cognitivas e a possibilidade de utilização da imediação como blindagem argumentativa

Uma breve nota sobre o *campo de liberdade conformativa subjetivo* da imediação deve ser feita.

Existe na doutrina – em geral no setor tendente a diminuir o valor instrumental do princípio analisado – uma reiterada tentativa de argumentar que a imediação traz ínsita um perigo extremo de argumentação (e fundamentação) subjetiva, que, por seu turno, se desdobra em dois problemas: a) o erro na captação da informação fornecida pelo contato direto com a prova; e b) a conversão em um modo de *blindagem do juízo*, de álibi ou via de escape do dever de motivar (mormente quando ponderado ou conjugado com o princípio do livre convencimento).

E com isso, a imediação daria margem a uma peculiar *garantia* de irracionalidade do processo.¹⁶⁰

Como refere TARUFFO, o *verdadeiro problema, por conseguinte, é determinar como o espaço vazio criado pelos princípios de livre apreciação é preenchido pela prática dos tribunais e pelos critérios sugeridos pelos teóricos do direito.*¹⁶¹

¹⁵⁹ GAITO, Alfredo. *La prova penale*. Torino: UTET, 2008, pp. 259-260.

¹⁶⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 9. Acrescenta o autor que, ostentando a qualidade de meio (a serviço de outros meios), a imediação pode ser objeto de usos corretos ou incorretos, e é precisamente da qualidade do uso que depende a qualidade da garantia.

Todo sistema processual que determina emanções prescritivas independentes da vontade dos atingidos comporta, necessariamente, uma base de crenças sobre os fatores, dialéticos ou institucionais, de autoridade epistêmica dos veredictos. No centro da imediação gnoseológica, além da ênfase na competência sensorial do julgador, os receios de ilusões cognitivas imperam apenas sobre as fontes de prova não envolvendo os juízes.

No caso do regime jurídico da prova por reconhecimento estabelece-se um procedimento regulado para a experiência judiciária da fonte de prova, apenas, centrado no erro perceptual da fonte de prova e não do tribunal, não existindo aparentemente quaisquer mecanismos processuais de controle dos erros ou de escrutínio da capacidade de percepção dos membros do tribunal.

O novo quadro democrático, contudo, determina que a epistemologia judicial já não deva constituir uma cognição cultural, social e ideologicamente comprometida, pelo que será fruto essencialmente de uma competência gnoseológica, que, dada a ênfase na imediação, se reporta não só ao processamento da informação, mas também à respectiva captação sensorial.

Esse quadro de reforço do controle é feito por meio da obrigação de fundamentar as manifestações judiciais.¹⁶¹

Essas ferramentas de controle serão exploradas com maior profundidade no capítulo destinado à prolação da sentença e no outro referente à imediação no marco do recurso de apelação.

¹⁶¹ TARUFFO, Michele. Rethinking the standards of proof, *in*: The American Journal of Comparative Law, vol. 51, 2003, p. 666.

¹⁶² BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Standards probatórios no processo penal, *in*: Revista da AJUFERGS, Porto Alegre, nº 04, p. 164.

CAPÍTULO II: INCIDÊNCIA DA IMEDIAÇÃO SOBRE A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA: DAS PROVAS PESSOAIS AOS MODELOS DE REGISTRO DOS ATOS PROCESSUAIS

2.1. Mediação e atividade (judicial) probatória

O processo penal, sob a ótica da prova, é considerado por respeitável setor da doutrina¹⁶³ como um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, destinado a instrução do sujeito processual encarregado da missão constitucional de decidir definitivamente o caso penal. O processo, por meio das provas, permite que o juiz exerça sua *atividade (re)cognitiva* – ou atividade *argumentativa*¹⁶⁴ – em relação ao fato histórico (*story of the case*) imputado na peça acusatória. Além disso, são as provas que conferem a opção decisória contida na sentença a necessária legitimação social.

Referida atividade cognitiva é feita por meio da instrução probatório-processual, consistente na atividade de colheita de provas que permitam a aproximação do fato histórico. No entanto, essa reconstrução não é feita de forma ilimitada ou desregrada, haja vista que tudo deve ser feito *de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação, a produção e a valoração das provas*.¹⁶⁵

Sem ambages, a dimensão processual é essencial para monitorar e, ocasionalmente, para alterar as categorias formais do discurso doutrinário e daquele que é dividido entre os sujeitos do processo instrutório no âmbito da atividade probatória.

De um modo geral, *prova* é palavra que deve ser compreendida, para os fins que aqui interessam, como tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em

¹⁶³ Por todos: DOMINIONI, Oreste *et al.* *Procedura penale*. Torino: G. Giappichelli, 2010, p. 232; DINACCI, Filippo Raffaele. *Giurisprudenza penale...*, cit., p. 171. Tal assertiva deve ser interpretada a luz dos ensinamentos de BADARÓ, quando afirma *que a função ou a finalidade da prova irá variar de acordo com a concepção que se tenha do processo, em especial, de seu escopo e, principalmente, da possibilidade ou não de atingir o conhecimento verdadeiro dos fatos* (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160). Este autor, reiterando a importância da prova enquanto *instrumento adequado a reconstrução dos fatos* no processo (chamada por ele de *função cognitiva*), ressalta, também, que a prova possui uma função externa, voltada a legitimação social do exercício do poder jurisdicional.

¹⁶⁴ Adotando tal terminologia: TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 59.

¹⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 265.

parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais pedidos de prestação de tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.¹⁶⁶

No campo relacionado a imediação, CABEZUDO RODRÍGUEZ apresenta um conceito de prova oportuno para a pesquisa: *atividade de comprovação ou de contraste das afirmações fáticas e ou jurídicas dos contendores e as impressões resultantes da atividade probatória, confirmando ou não o arranjo das primeiras a classe de verdade a que pode ter acesso*.¹⁶⁷

A atividade probatória surge regrada por limitações cognoscitivas, ligadas a própria capacidade humana de conhecer de determinadas questões, e de natureza normativa, relacionadas ao respeito aos direitos fundamentais do indivíduo e do estabelecimento de pautas (políticas e ideológicas) que orientam a incorporação ao processo das fontes de conhecimento, em virtude das quais se proíbe o uso de mecanismos de busca e comprovação da realidade que trabalhem fora dos parâmetros de constitucionalidade e legalidade.

Dentro do duelo dialógico que se deve travar no processo, caberá as partes a tarefa de oferecer os parâmetros para a delimitação do *thema probandi* (por meio de suas alegações e das provas apresentadas ou produzidas) e introduzir as fontes de prova através dos meios normativamente previstos,¹⁶⁸ para que o juiz leve a cabo a atividade de verificação para qual se destina a prova.¹⁶⁹

A legislação processual penal (que se socorre subsidiariamente do Código de Processo Civil, quando necessário) contém regras gerais da função probatória, cujo exercício

¹⁶⁶ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. V. 2, T. I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 233. Importante, no entanto, a observação feita por CORDERO, quando afirma que o vocábulo *prova* não é unívoco, sendo que um *único símbolo designa os momentos sucessivos de um fenômeno complexo, que os observadores colhem na experiência do direito* (CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 3). Em estudo dedicado ao tema, MARINONI e ARENHART pontuam que, para fins processuais, *prova é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e critérios racionais, a convencer o Estado-juíz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo* (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 57).

¹⁶⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 85. O autor afirma trabalhar, portanto, com a prova como um *resultado* que determina qual é, no caso, a *verdade judicial*. Por seu turno, EISNER considera que a prova, tomada em seu sentido processual, é uma consequência, um meio de verificação das proposições que os litigantes formulam em juízo (EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., p. 86).

¹⁶⁸ Para um debate aprofundado sobre o tema, com a necessária distinção entre *prova atípica*, *prova irritual* e *prova anômala*: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 341-352.

¹⁶⁹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 86.

consiste na atividade desenvolvida no procedimento para adquirir o conhecimento histórico necessário a adoção de medidas e decisões. Estas regras compõem o corpo do *direito a prova*, que se articula nas *disposições gerais* e na previsão dos *meios de prova* e nos *meios de busca da prova*. São disciplinadas, ademais, *regras para o exercício da função probatória nas distintas fases do procedimento*.

Esta organização sistemática não é apenas uma técnica de topografia codicista, mas há um relevo normativo que fornece *índices interpretativos* para como as duas classes de disposições se coordenarão entre si.¹⁷⁰

Em cada fase procedimental a função probatória é desenvolvida para uma finalidade específica. Na investigação preliminar se buscam os elementos necessários para verificar se a notícia de crime tem fundamento e, se a conclusão da fase, deve promover-se a ação penal com a formulação de uma imputação formal, que permita um prognóstico de sua confirmação da audiência (instrução).

Em situações particulares (como a irrepetibilidade ou o risco de dispersão/perda) se realizam *incidentes probatórios* (chamados simplesmente de *medidas cautelares* ou *medidas acauteladoras da prova*) para adquirir e preservar dados probatórios de utilização válida durante a instrução probatória em juízo.

Na fase dialético-instrutória em juízo se exercita a função probatória para construir a base histórica da decisão conclusiva sobre o mérito da imputação (cabendo as partes o dever ou o interesse de, por meio das provas, influenciar o convencimento judicial).

As diversas finalidades das fases correspondem diversos métodos de aquisição do conhecimento judicial, definidas pelas disposições especiais para cada fase do processo. Estas disposições levantam a questão de como elas são integradas pelas regras gerais da função probatória.

É preciso primeiro fixar uma indicação do sistema: a tarefa principal da estrutura do processo penal é que a função probatória destine-se a fornecer o conhecimento necessário e suficiente para a decisão final sobre a imputação, a qual a instrução é reservada (salvo algumas exceções a esta fase).

E, neste sentido, não há qualquer questionamento quanto a atual importância do tema (*gestão da prova*) para a ciência processual moderna, abordagem que ganha contornos

¹⁷⁰ DOMINIONI, Oreste *et al.* *Procedura penale*. Torino: G. Giappichelli, 2010, pp. 232-233.

mais vívidos e drásticos diante da constante tensão entre eficiência da persecução penal e tutela dos direitos individuais fundamentais. O hodierno cenário de criminalidade sofisticada (organizada, sem fronteiras geográficas ou físicas e, muitas vezes, violenta) tende a criar um contexto de afrouxamento de garantias individuais em nome de um pseudo-fortalecimento persecutório e punitivo, mormente quando a atuação desviante consegue englobar também os meios de obtenção e produção de provas, inviabilizando ou tornando difícil ao extremo a atividade investigatória e/ou instrutória.

Constitui máxima indelével que a legitimidade das atividades estatais persecutórias e punitivas depende da forma como as provas são obtidas e trazidas ao processo, exigindo atenção para que, em nome da busca da verdade processual, não sejam sacrificados valores fundamentais consagrados pelo ordenamento.

É neste canteiro que surge a alegação de o processo penal de uma nação é o referencial de suas posturas democráticas ou totalitárias, sendo essencialmente no campo das provas penais onde florescem as oportunidades de identificação das tendências ideológicas que informam a criação, interpretação e aplicação das leis.

Impende observar que, se de um lado, na determinação do *direito* aplicável não há uma única resposta correta, também em relação aos fatos não há como alcançar a *verdade total* ou *absoluta*, devendo agir o juiz com *pretensão de correção*.

Assim como na teoria geral do direito superou-se a lógica binária de decisão *certa* ou *errada*, admitindo-se a busca da *melhor solução*, também no campo da prova passou a buscar-se a solução da verdade *mais provável* ou *aproximada*.¹⁷¹

Sintetizando a questão da relação dos temas *prova* e *verdade*, professa BADARÓ:

Mesmo que se aceite a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade. Tal renúncia significaria abdicar de uma decisão justa, reduzindo o processo a um mero método de resolução de conflitos de partes, no qual o fim de pacificação social pode ser atingido independentemente do modo de atuação e da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos. Partindo-se da premissa de que a busca da verdade é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa, o juiz deve procurar atingir o

¹⁷¹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Standards probatórios no processo penal*, in: *Revista da AJUFERGS*, Porto Alegre, nº 04, p. 162, 2007.

conhecimento verdadeiro dos fatos para, diante da certeza de suas ocorrência – ou inoccorrência –, realizar a justiça no caso concreto.

Certeza e verdade, embora sejam conceitos intimamente ligados, não se confundem. O conceito de verdade é um conceito de relação. Um conhecimento é verdadeiro, quando há concordância entre objeto e a sua ‘imagem’ captada pelo sujeito. A verdade é o reflexo fiel do objeto na mente, é a adequação do pensamento com a coisa. Porém, não basta que um conhecimento seja verdadeiro, sendo necessário poder alcançar a certeza de que é verdadeiro. É a questão do critério da verdade. A certeza, portanto, constitui a ‘manifestação subjetiva da verdade’, sendo um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição.

*Transportando tais conceitos para o campo processual, pode-se afirmar que a certeza do juiz é a verdade do processo.*¹⁷²

Assevera, ao final, que o *acertamento verdadeiro dos fatos é a única forma de explicar racionalmente em que consiste a justiça da decisão*. Em consequência, em algum ponto o Direito deve estabelecer uma linha e dizer que algum modo de verificação deve servir como verdade.

Portanto, o regramento da atividade probatória de uma nação se destina, em última análise, a fixar o *modus* que torna possível e lícita a *busca da verdade*, considerada como uma constante da atividade judicial, por razões práticas.

As reformas impostas pelas Leis nº 11.689, de 09 de junho de 2008, e 11.719, de 20 de junho de 2008, ao Código de Processo Penal, consagraram a *oralidade e a concentração dos atos probatórios em uma audiência única*, prevendo que *todas as provas serão produzidas em uma única audiência*.¹⁷³ E, deste modo, a reforma – ainda que implícita e involuntariamente – acabou por legitimar a *imedição* como postura primordial a ser adotada pelo juiz (e pelas partes) no contato com a prova.¹⁷⁴ Tanto é assim que, no § 2º do art. 399 do CPP (incluído pela Lei nº 11.719/2008) estampou a fórmula do conhecido – mas até então

¹⁷² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova...*, cit., pp. 24-26.

¹⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Tribunal do júri – lei 11.689, de 09.06.2008, In: *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. Maria Thereza Rocha de Assis Moura (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67.

¹⁷⁴ Como já visto no capítulo próprio, a oralidade é o princípio processual que permite não só a concentração do processo, senão que garante a imedição do órgão judicial em todas e cada uma das etapas que para melhor garantia dos direitos fundamentais devem realizar-se. Considera-se como um mecanismo que gera um sistema de comunicação entre o juiz, as partes e os meios de prova e, que ao mesmo tempo, permite descobrir a verdade (processual) de um modo mais eficaz e controlado. Neste sentido: *Oralidade significa imedição, é a imedição da relação entre o juiz e as testemunhas, no sentido espacial da expressão* (MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio...*, cit., p. 278).

ausente – princípio da identidade física do juiz: *o juiz que presidiu a instrução – e, portanto, teve contato direto com a prova ali produzida – deverá proferir a sentença.*

A imediação, como já destacado, não é só um mero meio técnico de aproximação a prova. Tem, na verdade, uma forte carga histórica político-institucional, constituindo uma clara reação contra o formalismo obscuro da cultura processual própria da justiça do Antigo Regime no que tange a gestão da prova.

Neste sentido, a imediação surge como fator de exaltação da função política mais que do significado epistemológico e, assim, viabiliza, especialmente no processo penal, o compromisso ideológico entre o interesse do Estado a uma eficiente gestão da máquina judicial (e da própria atividade persecutória) e a exigência de tutela real e efetiva do particular sujeito à atuação estatal.

Ademais, a *oralidade-imediação* – como fator de controle da instrução – encontrou perfeita ressonância nos princípios do contraditório e da publicidade da audiência (e dos atos processuais), visto que garante as partes e ao juiz a comunicação direta e oral dos elementos do julgamento (formulação de conteúdo probatório definitivo a discussão verbal entre todos os sujeitos e a anunciação interna e externa do caso judicial).

Somente com o surgimento, na segunda metade do século passado, da corrente empírico-científica da modernidade, os elementos discursivos da atividade probatória adquiriram específica conotação material. Na verdade, foram utilizados para por em ordem os papéis dos sujeitos processuais no tocante a atividade instrutório-probatória, mas também para estabelecer um profundo relacionamento metodológico entre juiz e conteúdo probatório.

E, ao longo desta linha de desenvolvimento do diálogo instrutório, oralidade e imediação – concebidas em uma ótica racionalista como vertentes complementares de uma única aproximação linguística – foram progressivamente distinguidas entre elas com o fim de reforçar as funções específicas do conhecimento e da atividade processual.¹⁷⁵

Nesta toada, quando se fala de *processo acusatório*, com um *contraditório pleno*, percebe-se que, na realidade brasileira pós-reforma, os instrumentos postos a disposição

¹⁷⁵ Em tal contexto, a expressão oral tem conservado um puro papel técnico-semântico, porque, em geral, a função comunicativa da linguagem assumiu uma conotação muito objetiva e se tornou operativa em relação a essas manifestações diversas das palavras que provam, independentemente da intenção dos seus autores, o significado intrínseco, verdadeiro do comportamento ou da operação realizada. A indepedência semântica da atividade probatória de matriz indutiva da intenção dos seus protagonistas é detectada por TARUFFO em passagem na qual ele se indaga sobre como determinar o que pode se levantar na motivação como indício significativo (TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 65).

para esta realização serão (ou *deveriam ser*) os princípios da oralidade e imediação em audiência. Isto significa, num plano direto, que o contato das partes com a prova há de ser imediato, principalmente quanto ao órgão julgador, que não pode estar privado da influência direta que deve ser exercida junto ao seu espírito de convencimento (ou, nas palavras de CORDERO, quando da tentativa da sua *cattura psichica*¹⁷⁶).

Quando o legislador ordinário implantou – ainda que implicitamente, repise-se – em seus dispositivos, na órbita da recente reforma do Código de Processo Penal (por força das Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008), o princípio da oralidade, quis na verdade significar que o ambiente de audiência deve ser por ele regido e os corolários e elementos de densidade próprios que lhe subjazem. Assim, deve-se reconhecer a imediação como parte fundante deste moderno modelo processual (balizado pelo princípio acusatório) de accertamento (ou busca) da verdade processual.

Fixa-se a imediação, desta forma, a base do juízo oral, da prática da prova e das técnicas de convencimento judicial no sistema acusatório e democrático de processo.

E se ela não se contém hoje explicitamente em norma positiva (na Constituição ou no Código de Processo Penal), nem por isso deixa de resultar de uma série de preceitos reguladores da audiência de produção da prova, discussão e julgamento, que supõe, como regra, uma atividade processual exercida na *presença* dos participantes processuais e as vistas da sociedade.

A proximidade entre partes e prova deflui naturalmente de um procedimento oral. E, assim, a presença do juiz e das partes (*entendida como a participação efetiva e direta dos sujeitos processuais*) deve ser tida, atualmente, como verdadeira *condição de validade das provas*, sob pena de proibição de sua utilização,¹⁷⁷ quando, por motivos determinados, ausente uma das partes ou o juiz ao longo do debate-julgamento. A imediação, portanto, dentro dos modernos postulados do correto pensamento do processo, deve ser reconhecida como uma das garantias do processo em geral (especialmente ligada a atividade probatória e de

¹⁷⁶ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 579.

¹⁷⁷ Situação análoga e aplicável à espécie é tratada por GRINOVER, SCARANCE FERNANDES e GOMES FILHO, quando afirmam que: *Na Itália e na França não é diversa a posição da doutrina, que frisa ser suporte essencial do método de produção da prova, próprio dos ordenamentos processuais modernos, o fato de ser realizada em contraditório* (GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 122). Deve-se registrar que, em que pese não haver expressa referência a noção de imediação, a conceituada tríade de processualistas apresenta o pensamento referido no seio dos debates referentes a obrigatoriedade da produção de provas na presença do juiz e das partes, como condição de validade daquelas.

convencimento judicial), extraindo-se de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.

No entanto, um alerta deve ser feito: não se descure que em todo sistema processual moderno, uma maneira muito frequente de provar os fatos é a apresentação da prova documental. Na maioria das controvérsias societárias, mercantis, financeiras ou contratuais (que podem dar margem a conflitos penais), a prova típica está conformada por um conjunto mais ou menos amplo de documentos (basta lembrar da necessidade de análise de contratos firmados entre envolvidos ou do resultado de *quebras* de sigilo bancário etc.).

TARUFFO destaca que muitos dos chamados meios de prova *atípicos*, que se admitem usualmente em muitos sistemas processuais, são em realidade papéis escritos. E pontua: *em uma boa proporção de casos, a apresentação oral da prova não se leva a cabo, simplesmente porque a prova apresentada não é oral.*¹⁷⁸

Por motivos claros – existe um clássico e inacabado problema da oralidade *versus* escritura¹⁷⁹ –, a imediação e a oralidade não surgem como condição de validade probatória nestes casos, ficando restritas as chamadas *provas pessoais*.

De qualquer forma, independentemente da natureza da prova (se pessoal ou real), a questão da *participação dos sujeitos processuais* será garantida pelo conteúdo do *direito à prova*.¹⁸⁰

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil, in: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 255-256. Tradução de Maximiliano Aramburo Calle.

¹⁷⁹ Prossegue TARUFFO: *A forma oral ou escrita de apresentação da prova é também um tema clássico da teoria do processo, principalmente no âmbito dos sistemas processuais da civil law. Nos sistemas da common law nunca foi matéria de discussão, por uma razão muito óbvia: na medida em que o modelo de processo anglo-americano tem sido a concentração do juízo na presença do jurado, a oralidade na apresentação da prova é praticamente uma necessidade. Nos sistemas da civil law, ao contrário, a tradição desde a era do processo romano-canônico se baseou no uso da prova escrita, enquanto que a prova era apresentada somente num número limitado de casos. Inclusive os testemunhos eram apresentados frequentemente de forma escrita, vale dizer, mediante atas redigidas por funcionários judiciais ou notários. Como reação a esta tradição, que conduziu a formas de processos onerosos, demorados e formalistas, o propósito predominante de muitos reformadores, ao menos até o final do século XIX, foi a introdução da oralidade na apresentação da prova. Aqui está a origem de uma ampla literatura a favor da oralidade e uma tendência reformadora, em muitos países da civil law, dirigida a adotar formas orais na apresentação da prova* (idem, p. 255).

¹⁸⁰ SCARANCE FERNANDES sustenta que o direito a prova compreende o *direito de requerer a produção de provas; direito que o juiz decida sobre o pedido de produção de provas; direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção; direito a participar da produção da prova; direito a que a produção da prova seja feita em contraditório; direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz; direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; direito a que a prova seja objeto de avaliação do julgador* (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 79-80). Em exposição dedicada ao tema, GOMES FILHO assevera o direito a prova compreende um direito a investigação do material probatório, tanto pela acusação como pela

Neste ponto, importante acompanhar a doutrina que distingue entre participação do juiz *na* prova e participação do juiz *sobre* a prova: na primeira, o juiz participa na formação ou produção somente da prova testemunhal (englobadas as testemunhas, vítimas e peritos) e da prova pericial determinada no curso do processo judicial, sendo o juiz encarregado da mediação (entendida como gestão) quanto a participação das partes e do controle do respeito as garantias, complementando a atuação das partes. De outra banda, a participação do juiz *sobre* a prova verifica-se quando a prova já foi produzida, como na situação da prova documental, ou ainda a prova pericial realizada na fase preliminar, cabendo ao juiz a decisão sobre a admissão da prova produzida.¹⁸¹

Remarque-se, portanto: imediação e oralidade recairão sobre a participação do juiz e das partes *na* prova, situação usualmente vinculada a natureza da prova cuja produção se pretende fazer (ou participar), qual seja, a *prova pessoal*.

2.2. O âmbito probatório de incidência da imediação: as provas pessoais

Segundo lição de CABEZUDO RODRÍGUEZ – canalizando classificação geral utilizada pela ampla doutrina –, durante a fase probatória em juízo, o princípio da imediação desempenha seus efeitos em uma dupla e diversificada direção: assume a condição de técnica demonstrativa aplicável aos meios de prova pessoais, dimensão de inclinação objetiva conhecida como *imediação em sentido material*. Enquanto que desde o ponto de vista subjetivo, *imediação em sentido formal*, facilita a consecução dos fins do processo, pois serve de sustento ao método de conhecimento judicial por antonomásia, convertendo-se em uma das vias fundamentais pela qual se nutre a convicção do julgador.¹⁸²

defesa, com vistas a sustentar as respectivas teses; um poder de iniciativa em relação a introdução do material probatório, o qual estará sujeito a um controle de admissibilidade, pertinência e relevância; um direito sobre o meio de prova, associado ao procedimento de produção, ou seja, de participação dos interessados nos atos de produção da prova; finalmente, um direito a valoração das provas, na medida em que a prova visa a formação e a justificação do convencimento do juiz (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 85-89).

¹⁸¹ BECHARA, Fabio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. Tese de Doutorado apresentada a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 84.

¹⁸² CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 89. O Professor de Valladolid assevera não ser possível uma projeção (objetiva ou subjetiva) sem a outra.

A imediação surge para a atividade probatória como uma *técnica demonstrativa*¹⁸³ para a formação das *provas pessoais*, sendo um dos fatores determinantes, ainda que não seja o único, para que esses elementos de convicção alcancem o estado de prova autêntica ou regular. É considerada como uma das vias principais pelas quais se alimenta a decisão do órgão jurisdicional porque, a presença e a interação do julgador com os elementos de convicção permite uma – em tese – melhor captação da realidade.

Constitui, para a maioria da doutrina que se detem sobre o tema, o mais característico método de conhecimento judicial, isto é, de captação da realidade pelo juiz. Prática que comporta não só a presença senão também a interação do julgador com os mencionados elementos de convicção. Por isso que se identifica a imediação como uma das *vias principais* pelas quais se alimenta a decisão do órgão jurisdicional.¹⁸⁴ Logo, a imediação surge como situação imprescindível para que o processo possa melhor responder as garantias constitucionais da ação e da defesa.¹⁸⁵

Se a percepção do julgador se baseia – dentro do universo das provas pessoais – em um conhecimento dos fatos a que se chega pelo que outros lhe aportam, isto é, segundo a informação que as partes, as testemunhas e os peritos lhe proporcionam, a princípio, quanto mais diretas e imediatas sejam estas referências, mais eficientes serão. Para isso, é necessário eliminar intermediários que possam viciar a informação contida em determinada fonte: esse contato direto e imediato é o meio mais idôneo para que o juiz desenvolva a atividade comparativa entre a realidade e as afirmações das partes em que consiste a prova e para que emita um mais acertado juízo valorativo.¹⁸⁶

Ademais, essa percepção direta da prova pelo juiz contribui decisivamente para sua ponderação, com conseqüências, pois, na livre valoração da prova.

¹⁸³ CABEZUDO RODRÍGUEZ conclui que, sob uma perspectiva constitucional, a imediação seria a *única técnica demonstrativa* admissível habitualmente (CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 90). A conclusão a que chega o autor deve, obviamente, excluir a ponderação relativa as provas reais, bem como ser entendida dentro de um contexto maior, onde seja possível conceder a imediação uma *transcendência constitucional*, seja autônoma, expressando-a como princípio constitucional singular, seja vinculada, inserindo-a dentro do conjunto de princípios que formam o devido processo legal (ou o direito a um processo com todas as garantias, como na Espanha).

¹⁸⁴ Deve ser esclarecido que o uso da expressão *via principal* se deve à possibilidade de utilização de fontes que não demandam imediação, como no caso da prova documental.

¹⁸⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 719 e ss.

¹⁸⁶ E, materialmente, assim o reconhece a própria lei, ao associar a decisão da causa ao juiz que tenha conhecido da atividade probatória, no sentido de assistir a seu desenvolvimento. Neste sentido, a redação do § 2º do art. 399 do CPP, incluído pela Lei nº 11.719/2008: § 2º *O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.*

E cumpre um breve esclarecimento: sob o prisma acadêmico-processual, não existem *fontes diretas* de prova, no sentido de que nenhuma prova põe o juiz em *contato direto com os fatos*:¹⁸⁷ apenas autor responsável pela infração penal, vítima (quando não se tratar de um *crime vago*) e eventuais testemunhas podem gozar da ideia de *contato direto* com os fatos. O magistrado que entra em contato direto com os fatos deixa sua condição de potencial julgador, para assumir uma destas três figuras (autor, vítima ou testemunha).

Quando se fala – inadvertidamente – em *fontes diretas*, na verdade, busca-se o conceito correlato a ideia de *fonte de conhecimento de primeira-mão*.

Isto porque o pressuposto subjacente do princípio da imediação indica que o juiz deve avaliar a credibilidade da prova, quando ele a observa de primeira-mão. Há, então, uma distinção entre o conteúdo da prova e sua credibilidade. Para ser informado sobre o conteúdo da prova, ou seja, a *informação crua*, o juiz não necessariamente precisa ouvir a testemunha pessoalmente. No entanto, sob o pressuposto do princípio da imediação, o juiz precisa observar pessoalmente a testemunha, de modo a acessar a credibilidade da informação (p.ex., o comportamento das testemunhas, o seu tom de voz, suas reações corporais etc.). Como consequência, aplicado na sua forma mais simples, o princípio da imediação demanda que a prova seja apresentada perante o juiz e as partes na forma mais inalterada possível.¹⁸⁸

A credibilidade em concreto de cada meio de prova tem subjacente a aplicação de máximas da experiência comum que informam a opção do julgador. A sua aplicação concreta está, sem dúvida, fora de qualquer eventual controle, mas a legitimidade daquela regra da experiência, como forma geral abstrata, poderá ser questionada caso careça de razoabilidade.¹⁸⁹

É que, sob o *manto da credibilidade* ou *fiabilidade* estão dois elementos interdependentes que devem ser ponderados (e que são passíveis de justificação racional, dando margem ao necessário controle judicial): a *sinceridade do sujeito* (declarante) e a *veracidade do declarado*: o depoente é sincero quando existe correspondência entre o que diz

¹⁸⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 30. MESQUITA acrescenta que o próprio sistema proíbe a imediação epistêmica do julgador, o seu conhecimento direto do fato, o processo cognitivo fundado nos sentidos e na indução judicial não se reporta aos fatos, mas as provas. A imediação da testemunha em relação às provas é essencialmente um princípio da prova testemunhal, marcando a ideia de que a testemunha deve a princípio ser um transmissor de percepções (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., pp. 308-309).

¹⁸⁸ STAHN, Carsten; SLUITER, Göran. *The emerging practice of the international criminal court*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, p. 412.

¹⁸⁹ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 306.

e o que pensa; enquanto que sua declaração será veraz quando o que o declarante revela corresponde a uma realidade verificável.¹⁹⁰

O papel da imediação entra em ação quando permite ao captador da informação uma apreensão mais completa, ao adicionar a mensagem verbal outros elementos valorativos paralinguísticos, atuando, essencialmente sobre o primeiro componente, quando o juiz comprova sua sinceridade, e só residual ou secundariamente afeta o exame sobre a veracidade da declaração.¹⁹¹

Cumprе assinalar, neste passo, que a imediação no manejo das provas pessoais permite uma interação comunicacional *única* sobre os sinais e domínios específicos da informação e sobre os domínios do processo neuronal de processamento de informação e inferencial.¹⁹² Ou seja, a experiência não é passível de repetição nos exatos termos do que foi originariamente observado (fenômeno que indicia a importância de sistemas modernos de captação e conversação da imagem, para soluções de eventuais dúvidas ou impugnações – futuras – as decisões judiciais).

Obviamente não se pretende transformar o juiz em uma espécie de miraculoso intérprete do conhecimento humano, da linguagem gestual e dos sinais que acompanham a comunicação verbal, capaz de averiguar a verdade simplesmente *lendo nos olhos*¹⁹³ ou interpretando as expressões ou os gestos de quem depõe diante dele.

Existe uma crença difundida sobre a superioridade do interrogatório ou depoimento oral sobre o escrito, pois neste, diante da ausência de interação comunicacional direta, não haveria a possibilidade de apreciar a fiabilidade do que o imputado ou a testemunha disseram.

No entanto, não há uma preocupação efetiva se o juiz que recepciona a prova é capaz de estabelecer a credibilidade do declarado simplesmente observando diretamente o

¹⁹⁰ Este entendimento é passível de crítica, pois centrar o valor facial da imediação a esses dois pressupostos gnoseológicos revela evidentes debilidades, pois a extração de conclusões fiáveis sobre a veracidade do testemunho, através das regras da experiência comum e do comportamento não verbal, é objeto de profundas dúvidas.

¹⁹¹ A veracidade do declarado dependeria de outras fontes de prova independentes para sua comprovação, e em situações extremas, como quando a atividade de ônus probatório se reduz exclusivamente a um testemunho, da constatação de determinados elementos circundantes a própria declaração. Assim: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., pp. 96-97.

¹⁹² MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 306. O autor destaca que o processo neuronal de processamento de informação e inferencial se apresenta *insusceptível de controle externo*.

¹⁹³ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 93.

declarante no seu comportamento, na sua linguagem corporal, escutando como fala, analisando como responde etc. Muitos juízes não estão especificamente capacitados para a chamada *psicologia do testemunho*.¹⁹⁴

E este fator pode ser ainda mais agravado nas hipóteses de julgamentos pertinentes ao procedimento dos crimes dolosos contra a vida: quando os juízes dos fatos são os jurados leigos, o único fundamento de sua *perspicácia psicológica* serão as *generalizações toscas* (que na maioria das vezes estão baseadas em *pré-julgamentos* ou *preconceitos*) que conferem o sentido comum.¹⁹⁵

Como destacado por MESQUITA:

*...à ideia tradicional de que se o jurado observar atentamente o comportamento pode apurar se a testemunha está a mentir contrapõe-se um consenso na doutrina jurídica e das ciências sociais praticamente oposto. É particularmente relevante, além da ausência de instrumentos fiáveis de análise dos sinais, a circunstância de a concentração na captação dos sinais, por vezes, prejudicar a recepção da comunicação, e estudos empíricos demonstrarem que muitas regras empíricas não correspondem às probabilidades de relação entre engano e comportamentos não verbais. Acresce que as avaliações do comportamento, muitas vezes, são terreno para maior expressão das componentes emocionais, em especial quando há interação comunicativa, também por serem inconscientemente determinadas pela comunhão/diversidade cultural de observador e observado e respectivos estereótipos. O desenvolvimento de alguma maior reserva sobre o poder de avaliação da credibilidade das testemunhas e dos depoimentos revela-se na abertura da prova pericial sobre esse domínio, transferindo-se o escrutínio das regras da experiência para as regras da ciência e conseqüentemente dos juízes para os peritos, o que não deixa de gerar problemas, quer na aferição da cientificidade, quer na integração dos juízos parcelares nos enunciados de facto.*¹⁹⁶

Inquestionavelmente, a imediação com os meios de prova pessoais, a percepção direta do testemunho ou da declaração do perito não garante o acerto, nem é por si mesma suficiente para distinguir a versão correta daquela que não é. Porém, também é certo que permite ao tribunal acessar a alguns aspectos singulares das provas pessoais irrepetíveis, tais

¹⁹⁴ Para uma visão mais aprofundada sobre o tema: LANUZA TORRES, Juan José de; LILLO CAMPOS, Francisco Javier. *Interrogatorio: tecnología de la comunicación en el ámbito jurídico*. 2ª ed. Madrid: Difusión Jurídica, 2012, pp. 157 e ss.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. *Oralidade e escritura...*, cit., pp. 258-259.

¹⁹⁶ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., pp. 314-315.

como sinais, silêncios, olhares, gestos ou atitudes, que de modo temperado podem influir na sua valoração.¹⁹⁷

Note-se que a percepção dos sinais – ligados a sua comunicação verbal e não-verbal – emitidos pela testemunha, que aparentemente são reveladores da sua integridade e segurança (ou da sua parcialidade/manipulação e insegurança), pode, em alguns casos, surgir deficitária de relevo gnoseológico relativamente a testemunhas honestas e confiantes, porém *enganadas* (ou seja, aquelas que estão convictas quanto ao conteúdo declarado, mas tiveram o processo de captação de sinais e informações desvirtuado por fator involuntário ou além do domínio da testemunha).¹⁹⁸

Independentemente das apreensões realizadas pelo juiz – e pelas partes – quando da captação das informações decorrentes da *interação comunicacional* (como expressões do rosto, reações do corpo e modulações da voz), que permitiriam a determinação da honestidade da testemunha e a fiabilidade do declarado, a extração de um elemento reputado idôneo tem seu valor probatório atrelado a sucessiva *inferência linguisticamente vinculada*¹⁹⁹ e a motivação ou fundamentação utilizadas como justificativa pelo julgador na sua decisão.

¹⁹⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediatez...*, cit., p. 90. O autor estabelece uma escala de prioridade que deve ser considerada pelo juiz, começando pelos aspectos objetivos, ao conteúdo do declarado, e sua eventual corroboração por outros meios de prova. E apenas em segundo plano poderá entrar em jogo a linguagem gestual do declarante, e sopesa-lo de acordo com as máximas que lhe proporciona sua experiência pessoal e forense.

¹⁹⁸ Os chamados *erros perceptivos* determinam a adoção, pelo legislador, de fatores para assegurar a fiabilidade da declaração prestada pela testemunha, o que pode ser identificado, por exemplo, pelo regime específico imposto no Código de Processo Penal para o reconhecimento de pessoas (art. 226). Neste sentido: MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 315. Sobre a possibilidade de falsa apreensão da realidade e sua repercussão na prova testemunhal: GESU, Cristina Carla di. *Prova penal e falsas memórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; LOPES JR., Aury. *Direito processual...*, cit., pp. 670-680. No mesmo sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ para quem *as contribuições testemunhais, ainda quando procedam de quem atua com o firme propósito de ser fiel transmissor do percebido, podem experimentar sensíveis desvios da realidade* (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit. p.27).

¹⁹⁹ *Ou seja, as pistas 'paralinguísticas' mesmo que fundadas, exigem uma inferência subsequente que, ainda que a um 'nível mínimo', tem de se integrar nos cânones de compreensão linguística. Antagônica desta linha é a perspectiva de alguma jurisprudência nacional no sentido de que a imediação dispensa, na parte em que constitui o instrumento gnoseológico fundamental, a inferência dela derivada, do controlo sucessivo, já que se trataria de conhecimento linguisticamente desvinculado, apenas incidindo o escrutínio no discurso incongruente ou intrinsecamente contraditório. Remetendo-se para um espectro de valorações centradas na irrepetível experiência de imediação sem comprometimento com os cânones de avaliação, quando estudos apontam para que os juízos inferenciais sobre o engano sejam baseados, mais do que na mera existência de pistas não verbais, fundamentalmente num padrão sobre pistas não verbais* (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 315).

Por derradeiro, para além da questão de confiabilidade do declarante, também surge como relevante na imediação exatamente o dado que a caracteriza como uma modalidade de *interação* comunicacional: a possibilidade de interagir ativamente com as fontes e os meios de prova. Sob este aspecto, a imediação se torna forte aliada do *princípio político da participação*, entendido como uma participação em contraditório mediante parecida de armas no processo jurisdicional,²⁰⁰ e do direito ao confronto.

2.3. Repercussões da imediação processual na atividade probatória: anotações sobre os efeitos da imediação em alguns meios de prova e sua incidência (e regência) durante a instrução probatória

Diante das limitações impostas pelo objeto da presente investigação, não serão examinados todos os meios de prova (ou mesmo todas as questões referentes aos meios de prova selecionados). Ao contrário, optou-se por um trabalho seletivo, com especial enfoque nos efeitos que a imediação pode acarretar em algumas passagens da atividade probatória judicial.

Interessa a este trecho da pesquisa a identificação de possíveis corruptelas no manejo dos meios de prova, bem como das consequências da opção legislativa e empírica da adoção ou não da imediação no cotidiano forense, não havendo, portanto, qualquer pretensão de exaurir o tema relacionado a atividade probatória judicial.

Note-se, neste ponto, que a prova documental não será objeto de considerações, pois consta do rol de *provas reais*.²⁰¹

Não se descarta que em todo sistema processual moderno, uma maneira muito frequente de provar os fatos é a apresentação da prova documental. Na maioria das controvérsias societárias, mercantis, financeiras ou contratuais (com claras repercussões criminais), a prova típica está conformada por um conjunto mais ou menos amplo de

²⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...*, cit., p. 334.

²⁰¹ Neste particular, cumpre assinalar que não há nenhum inconveniente em que as provas que não exigem imediação se valorem de distinta maneira por um ou outro juiz, segundo as apreciações que cada uma extraia das aludidas provas. A ausência de imediação não subtrai o valor desta categoria de provas, apenas denota a impossibilidade de interação do juiz e das partes na produção probatória. Neste sentido: CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit. pp. 15-19.

documentos. Nestas hipóteses, a apresentação oral da prova não se leva a cabo, simplesmente porque a prova que se apresenta não é oral.²⁰²

Estranha ao rol de *provas pessoais* fica a prova documental, a princípio, excluída da necessidade de direta participação por parte do juiz chamado a prolatar a sentença (e, portanto, afastada da incidência da imediação, sendo suscetível de ser valorada diretamente pelo órgão judicial de primeira ou segunda instância).

Um caso peculiar, relacionado à categoria das provas reais, é destacado pela doutrina, consistente em um *caráter imediato* da atividade probatória quando houver sua descrição por eventual *terceiro* (testemunha) sob a forma oral.²⁰³

Nestes casos, porém, a fonte deixa de ser real, passando a ser a própria testemunha e as percepções sensorais que teve a respeito do documento por ela analisado ou conhecido.

2.3.1. O imputado: interrogatório, direito de presença (e de ausência) e conduta processual²⁰⁴

No interrogatório o imputado tem a oportunidade de apresentar livremente a sua versão sobre o fato criminoso que lhe é atribuído: de forma *direta* e de *viva voz* expõe ao juiz a sua versão dos fatos criminosos objeto da acusação, exercitando a chamada *autodefesa* ou *defesa pessoal*,²⁰⁵ na vertente do *direito de audiência*, sempre sob o albergue da outra vertente da *ampla defesa*: a *defesa técnica* ou *letrada*, desempenhada por defensor escolhido pelo imputado ou a ele conferido, permitindo-se, assim, o equilíbrio indispensável a efetividade do contraditório.

²⁰² TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura..., cit., pp. 255-256.

²⁰³ Neste sentido: MENNA, Mariano. *Studi sul giudizio...*, cit., pp. 37-38.

²⁰⁴ Em que pese posicionamentos contrários, entende-se, tecnicamente, que o *interrogatório* não constitui meio de prova, diante da sua preponderante *natureza jurídica de meio de defesa* e das diversas notas que caracterizam sua essência (neste sentido, por todos: SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 140-141). No entanto, diante do tradicional posicionamento da matéria pelo Código de Processo Penal e pelos manuais acadêmicos dentre os meios de prova, optou-se pela sua manutenção neste tópico, destacando-se suas inalienáveis peculiaridades.

²⁰⁵ A *autodefesa* ou *defesa pessoal* se manifesta pelo *direito de audiência* (direito a interrogatório), *direito de presença* (direito de assistir a audiência e de participar dos atos de instrução) e *direito à via recursal*.

Trata-se de ato processual indispensável – e, portanto, obrigatório –, sob pena de nulidade da relação processual (art. 564, III, *e*, do CPP), mas que ostenta valor probatório questionável. Na justa lição de BADARÓ:

*Na verdade, o interrogatório em si possuirá escasso valor probatório. Quanto ao denominando interrogatório de mérito, se o acusado bradar por sua inocência, concluir-se-á que tal ato não tem valor probatório, por se tratar de simples ato de defesa. Por outro lado, se o acusado confessar a prática delitiva, o que será valorado é a própria confissão, que é um resultado eventual do interrogatório, mas não o interrogatório em si. Por seu turno, quanto ao interrogatório de qualificação, que visa à obtenção de dados pessoais sobre o acusado, tais elementos poderão ser valorados, principalmente no caso de condenação, para a fixação da pena.*²⁰⁶

De qualquer forma, trata-se de mais uma oportunidade de defesa que se abre ao imputado, de modo a permitir que ele apresente a sua versão dos fatos, sem se ver, porém, constrangido ou obrigado a fazê-lo.

Vale neste ato a orientação que determina a realização de *exame direto e pessoal* (que importa na concorrência tempo-espacial de quem declara e ante quem se declara²⁰⁷) por parte do órgão julgador, porque a imediação não consiste só na imagem e na palavra, senão também *nos aspectos comunicativos não verbais*, o que exige que o juiz realize um *exame direto e pessoal do acusado, em uma nova audiência pública* (como regra), de modo que *quem julga tenha diante de si quem declara* e que *o declarante possa dirigir-se a quem foi chamado a valorar suas manifestações*.

Sob a ótica da imediação, a audiência direta e pessoal do imputado evita os riscos de valoração inadequada procedente da intermediação entre a prova e órgão de valoração. Outrossim, permite apreciar não apenas o essencial de uma sequência verbal trasladada a um escrito por um terceiro, senão a totalidade das palavras pronunciadas e o

²⁰⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., p. 311. No tocante ao interrogatório, que se qualifica, prevalentemente, como meio de defesa, a idoneidade do procedimento está muito mais associada a idoneidade e legitimidade do exercício da autodefesa, do que a idoneidade do seu conteúdo em relação a atividade probatória. Neste sentido: BECHARA, Fabio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional...*, cit., p. 96, nota 133.

²⁰⁷ Concorrência esta (ou direito de presença) que, como se verá, pode ser atendida pelo manejo de suportes modernos de comunicação, como a ferramenta da videoconferência, que da margem a uma imediação virtualizada, preservando a possibilidade de interação comunicacional.

contexto e o modo como foram: permite acessar a totalidade dos aspectos comunicativos verbais ou não verbais, do declarante e de terceiros.

É importante destacar, dessarte, a especial ênfase da presença do imputado perante o órgão julgador, mecanismo que dá azo à possibilidade de intervir pessoalmente em sua defesa.

Todavia, o que a lei determina é a *possibilidade* de presença do imputado, ou seja, a necessidade de que ao imputado seja ofertado um momento para direta e pessoalmente dirigir-se a quem vai julgá-lo.

E é exatamente aqui que surge um *aspecto negativo* da *presença do imputado*. Com efeito, não apenas o fato imputado ao réu, mas também a sua postura pessoal ao tempo do processo e julgamento e sua conduta processual como parte, além de serem passíveis de sanção, possuem caráter probatório, podendo ser valorada pelo magistrado, quando de sua decisão.²⁰⁸

O sistema probatório brasileiro privilegia a *liberdade* dos meios de prova (na inteligência do art. 157 do CPP), não havendo necessidade que todo meio de prova encontre previsão legal no diploma instrumental, o que pode dar ensejo à chamada *prova atípica*.

A admissibilidade e, posteriormente, o valor a ser atribuído à prova atípica devem ser confrontados com o parâmetro social de aceitação ou a reprovação moral, independente da prévia avaliação legislativa.²⁰⁹

*Valorar a conduta processual das partes consiste na possibilidade que tem o julgador de extrair argumentos ou indícios probatórios do conjunto de comportamentos – ativos ou omissivos – apresentados pelos litigantes, durante a tramitação do processo, especialmente na hipótese das provas produzidas serem insuficientes para adequada reconstrução dos fatos juridicamente relevantes.*²¹⁰

²⁰⁸ Neste sentido: CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes, in: *Revista de processo*, vol. 201, nov. 2011, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 59-100.

²⁰⁹ São provas atípicas aquelas que podem constituir elementos úteis de conhecimento dos fatos controvertidos, relevantes e pertinentes da causa, embora não estejam especificados em lei. Em outras palavras, são técnicas de captação de elementos de convicção não previstos em lei (CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta..., cit., pp. 64-65).

²¹⁰ CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta..., cit., pp. 77-78. Não se deve abrir um campo de especulações subjetivas, para legitimar decisões arbitrárias. As condutas a serem valoradas são os comportamentos relevantes do imputado, exteriorizados durante o *iter* processual. Mesmo que tais atos ou omissões não integrem, diretamente, o *thema probandum*, podem ser considerados como fontes e objetos de provas indiretas, servindo como argumentos a reforçar ou a infirmar as demais provas produzidas nos autos. Esta ponderação trata, na verdade, de tema bastante complexo. O art. 116 CPC italiano prevê a possibilidade do juiz

Logo, suas declarações e posturas podem ser negativamente valoradas pelo julgador, que, quando da recolha das impressões deixadas por suas ações, além de avaliar questões relativas a credibilidade do declarado, venha a sopesar elementos subjetivos da constituição e da postura do imputado.

É justamente aqui que surge uma faculdade – dentro do conceito de ampla defesa – ao imputado: o chamado *direito de defesa pessoal negativa*, consistente em justamente deixar de comparecer a juízo, evitando uma série de fatores contrários aos seus interesses defensivos (não só relacionados a formação do convencimento do julgador, como também ligados a repercussão midiática e eventual exposição excessiva que venha a sofrer).

Neste ponto, uma observação se impõe: os aspectos comunicativos não-verbais do imputado encontram certa limitação no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a Constituição da República prevê, no art. 5º, inciso LXIII, o *direito ao silêncio*,²¹¹ não podendo este, dessa forma, ser interpretado em prejuízo ao imputado.

Logo, acertada a reforma de 2003, quando, por meio da Lei nº 10.792, o legislador ordinário fez incluir o parágrafo único ao art. 186 do CPP, dispondo – de forma expressa – que o silêncio não importava em confissão e não poderia ser interpretado em prejuízo da defesa.

Ocorre que a máxima do *quem cala consente* continuou a pairar no ordenamento jurídico nacional, pois, por trabalhar com reformas pontuais, olvidou o titular do poder legiferante de conferir especial atenção ao procedimento dos crimes dolosos contra a vida, onde o julgamento – desmotivado – inspira detidos cuidados.

valorar os *argumenti di prova* (Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo - que teriam valor probatório inferior) – um dos sentidos da palavra indício – mas isso é questionável no processo penal, na medida em que poderia colidir com o direito ao silêncio.

²¹¹ O direito ao silêncio, cuja origem deita raízes na Idade Média e início da Renascença é a versão nacional do *privilege against self-incrimination* do Direito anglo-americano, consistindo em uma das manifestações da não auto-incriminação e do *nemo tenetur se detegere*. Foi uma das grandes conquistas da processualização da jurisdição penal, consolidada no século XVIII, com a queda do absolutismo. O sistema desenvolvido a partir desta garantia impede a utilização, pelo julgador, ou julgadores, de critérios *exclusivamente subjetivos* na formação do convencimento judicial, evitando-se, ainda o estímulo à cultura do *quem cala consente*. O exercício do direito ao silêncio configura espécie de defesa *passiva*, daí não podendo resultar a imposição de quaisquer sanções (ou a ponderação negativa em desfavor do imputado).

Assim, apenas quando da reforma dos procedimentos, a Lei nº 11.689/2008 cuidou de harmonizar, de forma integral, o procedimento dos crimes dolosos contra a vida aos processos comunicacionais não-verbais impostos pela imediação.

Começou por tornar facultativa a presença do imputado ao interrogatório (art. 457, *caput* e § 2º, do CPP). Sob o pálio dos comandos originais, o Plenário do Júri não se realizava sem a presença física do imputado, ao argumento de que isso preservava a sua esfera jurídica, evitando condenações a sua revelia (e completo desconhecimento). No entanto, esta pseudo garantia (que pode ser assegurada por outras formas) continha um lado perverso: expunha o réu obrigatoriamente aos olhares curiosos dos jurados e da platéia que comparecia ao julgamento e, em um universo regido pelos símbolos, os imputados estereotipados – aqueles que o *inconsciente coletivo* afirma ter *cara de bandido* ou *jeito de mau* – já iniciavam a instrução dialética com larga desvantagem, por suscitar *fantasmas* nas mentes dos seus juízes.

Num segundo plano, também preocupado com a *imagem do imputado*, o legislador por meio do art. 474, § 3º, do CPP, determinou a vedação do *uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri*, salvo situações justificadas e necessárias.²¹²

Por derradeiro, conferido nova redação ao art. 478 do CPP, o legislador proíbe a realização de referências a *determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado* ou *ao silêncio do acusado* ou *a ausência de interrogatório por falta de requerimento*.

*O novo art. 478, que não neocntra correspondente na sistemática anterior, consubstancia-se em importante regra para evitar que argumentos não necessariamente corretos, mas com fortíssimo poder de persuasão, principalmente perante os juízes leigos, possam levar a um resultado injusto. Como destaca Mirjan Damaska, ‘em um contexto no qual um corpo de juízes ocasionais e laicos luta para chegar a um veredicto, a exclusão de específicas linhas argumentativas adquire notável importância.’*²¹³

²¹² Some-se a isso a compreensão por parte dos juízes que presidem os Plenários quanto a possibilidade do imputado preso cautelarmente apresentar-se ao julgamento com uma *roupa civil*, livrando-se do estigma que as *vestes da prisão* acarretam sobre a formação do convencimento alheio.

²¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., p. 509.

Mais uma vez, tenta o legislador afastar os preconceitos que facilmente contaminam o julgador leigo e que dificilmente são identificados, diante da ausência de motivação às decisões meritórias no procedimento dos crimes dolosos contra a vida.

E seguindo este mesmo raciocínio, inclui-se a questão referente a leitura de fichas de antecedentes criminais, que pode conduzir a formação de um convicção de reprovabilidade em função de outros fatos *e não aquele pelo qual a pessoa está sendo efetivamente julgada*.²¹⁴ Sustenta-se que *tal prática deveria ser banida*, em razão da possibilidade de indução a erro dos juízes leigos (principalmente), *pela propensão de considerar que quem já delinuiu uma vez deve ser o autor de um novo crime que se lhe atribui*.²¹⁵

A necessidade de celebração de audiência alcança também a exigência de ouvir as testemunhas (que previamente se manifestaram) quando a defesa da inocência daquele dependa de seus testemunhos (em verdadeira valorização do *direito ao confronto*). Assim, a ampla defesa do imputado inclui a possibilidade de propor testemunhas e submetê-las a um debate dialético.

Neste sentido, a *exigência de audiência pessoal* não só garante que o acusado possa declarar diante do órgão que irá julga-lo (quando assim o desejar, diante do *direito de defesa pessoal negativa*), como também, quando isso seja necessário a sua defesa, que o acusado possa confrontar sua versão dos fatos com a de quem tenha declarado contra ele. Por isso, em determinados casos, a satisfação de dito direito de defesa passa necessariamente pela intimação de testemunhas que contra ele declaram, para que o acusado possa confrontar seu testemunho e defender-se frente a acusação.

2.3.2. Prova testemunhal²¹⁶

Tradicionalmente, testemunha é definida como o sujeito, diverso das partes e estranho ao *caso penal*, que é chamado a juízo por iniciativa das partes (ou, excepcionalmente,

²¹⁴ Neste sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...*, cit., p. 96.

²¹⁵ BADARÓ assenta que no sistema da common law, existe a regra de caráter (*character rule*), que proíbe a admissão de prova desabonadora do caráter do acusado (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., p. 511).

²¹⁶ O procedimento probatório a ser destacado na prova testemunhal estende-se as declarações do ofendido, dos peritos e dos assistentes técnicos.

por ordem direta do juiz), a fim de render, sob a forma oral, uma declaração que tenha por objeto a reconstrução histórica ou a representação narrada dos fatos relevantes para o julgamento, ocorridos anteriormente e por ele sentido ou percebido por meio dos seus próprios sentidos, *de visu vel auditu*.²¹⁷

As declarações testemunhais são consideradas, nesta linha, instrumentos representativos da realidade, porquanto elas podem evocar direta ou indiretamente, através da fala, a imagem do fato a ser provado, mas isso não significa que a sequência argumentativa aplicada as afirmações de um declarante não se encaixe uma atividade do tipo indutivo ou abdutivo, destinada a alcançar conclusões cognitivas não implícitas nas premissas externadas.

A configuração do testemunho como prova²¹⁸ pressupõe a observância do procedimento dialético ou contraditório, segundo o marco de garantias extraído das convenções internacionais de direitos humanos, que preveem o direito das partes de fazer interrogar as testemunhas.

Basta que seja respeitada a referida participação na formação da prova, pouco importando a maior ou menor intensidade com que o direito interno regulamenta o respectivo procedimento. E, sob este enfoque, é irrelevante, por exemplo, se as perguntas das partes são formuladas diretamente a testemunha ou por intermédio do juiz.²¹⁹

²¹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3ª ed. Torino: UTET, 2010, pp. 573-574. O autor destaca que, com a evolução, este conceito foi reservado ao denominado *testemunho direto*, no qual o sujeito narra um fato histórico a que teve acesso por meio do direto e pessoal conhecimento. Admite, excepcionalmente, a figura do *testemunho indireto* (ou *de relato* ou ouvir dizer), no qual a testemunha adquire o conhecimento do fato sobre o qual é chamada a depor, ao invés de confiar em sua própria capacidade de observação ou percepção direta, se referindo a outra pessoa (seja uma parte ou um terceiro), a partir da qual ela assuma ter aprendido indiretamente o fato.

²¹⁸ SCARANCE FERNANDES lembra com propriedade que são três os caracteres do testemunho: a *oralidade*, a *objetividade* e a *retrospectividade*. Em regra, a prova testemunhal é colhida por depoimento oral, art. 204 do CPP, sendo excepcionais os casos em que se admite depoimento escrito, conforme art. 192 e parágrafo único do art. 223, ambos do CPP (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional...*, cit., p. 82). Neste particular, anote-se que o princípio da imediação não só exige que o juiz ouça direta e pessoalmente a testemunha, como que seja esta que fale e se expresse direta e pessoalmente ante a presença do juiz. Assim, não se considera como verdadeira prova testemunhal a declaração prestada fora do processo e consignada em ato notarial. Contudo, e sempre com caráter excepcional, por razões de justiça material, se não existe outro meio de provar um determinado fato, e com todas precauções e reservas, poderia outorgar-se um certo valor probatório a uma declaração assim realizada. Neste sentido: CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal...*, cit., pp. 117-118.

²¹⁹ No entanto, sob o enfoque da imediação, a questão é de grande relevância: as *técnicas de interrogatório* apontam que o sistema de perguntas diretas é mais eficiente quando se pretende observar a reação imediata da pessoa questionada. Quando as perguntas são mediadas ou repassadas pelo juiz, a testemunha tem um tempo – ainda que ínfimo – para pensar na resposta que deve dar. Sobre a questão da *afetação do contexto*: LANUZA TORRES, Juan José de; LILLO CAMPOS, Francisco Javier. *Interrogatorio...*, cit., pp. 142 e ss.

Para o Direito brasileiro, a qualificação do testemunho como prova pressupõe a intervenção do juiz na sua produção. Esta característica, aponta a doutrina,²²⁰ resulta da aplicação do princípio da imediação.

A intervenção judicial na produção da prova tem duas finalidades: a primeira finalidade é cognitiva, no sentido de permitir uma maior intensidade no contato do destinatário da prova com os dados probatórios;²²¹ a segunda finalidade é de controle, na medida em que a intervenção judicial possibilita não somente um controle de legalidade sobre a prova, mas principalmente de pertinência e relevância, evitando, assim, abusos ou mesmo esforços desnecessários.²²²

Ainda nesta segunda característica, uma das principais vantagens do testemunho oral é a agilização do controle do juiz e das partes sobre a veracidade das declarações, com a possibilidade de contestar imediatamente a cada antinomia, ambiguidade ou imprecisão de significação contida no depoimento e, sobretudo, de observar a atitude (timbre de voz, expressão do rosto, etc.) da testemunha durante sua declaração.²²³

No campo da observação, além dos elementos verbais, permite-se valorar na audiência os gestos, as atitudes, as confusões e as surpresas do declarante, posturas que permitem ao julgador a formação da sua íntima convicção acerca da veracidade ou mendacidade das declarações.

O valor da prova testemunhal está associado a credibilidade da fonte e a confiabilidade do conteúdo, no sentido da verossimilhança em relação ao objeto da prova.²²⁴

²²⁰ ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Tereza Arruda. *Manual de direito processual civil*. Vol. 2. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 247.

²²¹ O que pode ser atenuado no caso de *provas colhidas a distancia*, quando o juiz que conduz a colheita da prova não é o juiz que prolatará a decisão. Esta *quebra de imediação* pode ser contornada pela utilização de ferramentas comunicacionais e tecnológicas modernas, como a videoconferência, como será demonstrado ainda neste capítulo.

²²² BECHARA, Fabio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional...*, cit., pp. 98-99.

²²³ Daí a importância do exame direto (*direct determination*) e do exame cruzado (*cross examination*) para a produção da prova testemunhal, que viabilizam a produtividade da confrontação e do diálogo direto e franco entre juiz, partes e declarantes.

²²⁴ No ordenamento brasileiro, a testemunha está submetida aos deveres de *comparecer*, *prestar o depoimento* e *dizer a verdade*. Este último dever (*de dizer a verdade*) é o substituto nacional relativo ao *oath* (juramento) dos ordenamentos ligados a *common law*, mas se presta a idêntica finalidade: tentar condicionar a testemunha a declaração autêntica sobre o seu conhecimento sensório. E assim procede-se visando a uma maior credibilidade das declarações. Na mesma linha, o *dever de comparecer* apresenta-se como mecanismo de reforço da imediação, pois, em circunstâncias normais, a prova testemunhal deve praticar-se na presença de quem irá julgar. Apenas em casos excepcionais, por razões de impossibilidade relacionadas a testemunha, se pode prescindir deste comparecimento pessoal. Neste sentido: CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 114. Note-se que o *dever de comparecer* deve ser entendido como o dever de

Aliás, neste ponto, a legislação brasileira é bastante precisa: *A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber*, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (art. 203 do CPP).²²⁵

Dentro do conceito de imediação como interação comunicacional, a prova testemunhal tem a finalidade de transmitir ao julgador e as partes as percepções sensoriais apreendidas pelo declarante quando presenciou ou tomou conhecimento do fato histórico a que se refere e que agora tem que ser provado, sendo indiferente a natureza da percepção (logo, o testemunho não se limita mais a antiga fórmula do *visu vel auditu*, devendo abranger todos os âmbitos sensoriais humanos).

A prova testemunhal sofre de uma curiosa dicotomia. Em que pese ser reconhecido que o processo penal passa por um *reinado da testemunha*, considerada o meio de prova mais utilizado,²²⁶ também se destaca o valor intrínseco dúbio e precário deste meio, diante do elevado grau de falibilidade desta prova.²²⁷

Neste particular, a prova testemunhal é, por suas características, uma prova débil, possivelmente a mais débil das provas (dependendo da hipótese de deliberada falsidade do declarante), estando sujeita a graves fatores de distorção que podem nela influir.²²⁸

comparecer *pessoalmente*, para *declarar por si mesmo* (assim: ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal...*, cit., pp. 394-395).

²²⁵ Traçando uma linha comparativa entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, no tocante a prova testemunhal, MALAN pondera que no primeiro sistema se admite o *coaching* (o treinamento das testemunhas, por meio de entrevistas particulares entre testemunhas e advogados, antes do data do julgamento), o que traz como consequência uma tendência maior de testar a credibilidade da testemunha e a veracidade de seu relato de forma mais contundente (MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 45-46).

²²⁶ Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., p. 325. MENA destaca que em um sistema processual centrado no princípio do contraditório, oralidade e imediação, a prova testemunhal ocupa posição central, uma vez que é a que melhor destaca no panorama probatório a capacidade de condicionamento dialético do conhecimento no processo, e mais se inclina aos esforços de aprofundamento do juiz e das partes (MENNA, Mariano *et al.* *Trattato di procedura penale*. Vol. II, Tomo I. Torino: UTET, 2009, p. 109).

²²⁷ *A testemunha de fatos que, por suas características de excepcionalidade e dramatismo, a afetaram ética ou emocionalmente de forma intensa, nunca é um observador neutro nem, portanto, bom observador, sobretudo se se trata de dados fisionômicos. Estas afirmações são ainda mais pertinentes no caso da vítima* (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 28).

²²⁸ Como limites fisiológicos à observação e eventuais déficits sensoriais; características individuais, expectativas e pré-conceitos; estado emotivo, duração e condições da observação; seletividade perceptiva, transferência

*...Efetivamente, o que o juiz e as partes percebem diretamente é o depoimento testemunhal acerca do qual os fatos ocorreram de uma determinada forma. E a partir deste discurso, que, obviamente, deve ser interpretado e valorado criticamente – tanto a partir de um ponto de vista da credibilidade que possa merecer o emissor como de qualidade informativa de seu conteúdo – e situado no contexto dos demais elementos de juízo, deve chegar a um certo referente fático, o que só pode fazer-se através de um jogo de referências, fundado em máximas de experiência, que pode ser, certamente, complexo. É pelo que o tratamento deste meio de prova requer dois exames. Um sobre a credibilidade da testemunha, para saber se o declarado é o que realmente conhece e se seu testemunho é, portanto, atendível. E outro relativo à qualidade informativa dos dados transmitidos, ou seja, a sua adequação à realidade empírica...*²²⁹

Não se deve deslembrar que a testemunha não é um sujeito neutro – entendido como alheio a ideologias, circunstâncias ambientais e emocionais etc. – devendo ser ponderada uma miríade de fatores que podem alterar a autenticidade ou espontaneidade das suas declarações.

É exato, então, sustentar que a prova declarativa oferece a avaliação do juiz e das partes não apenas um fato, mas uma *experiência*, isto é, um fato assim como apreendido pelos sentidos do declarante. Para tanto, deve-se ter em mente que o objeto da confiabilidade das declarações adquiridas pode conter, ainda, *poluição* intencional ou involuntária do seu conteúdo por parte de quem depõe.

O próprio ambiente judicial – com seus rituais, símbolos e formalidades – contribui para, em muitos casos, aumentar a *ansiedade da testemunha*,²³⁰ mormente diante de todo o imaginário e folclore que envolvem a imagem do juiz, como sujeito solene e altivo, e da própria *atividade forense criminal*. Para tanto, basta lembrar da liturgia que envolve a realização de um plenário de júri: toga, vestes talares, becas e toda sorte de capas para os sujeitos processuais e seus auxiliares, sorteio e disposição simbólica dos jurados, *exortação* do art. 472 do CPP, incomunicabilidade, técnicas de oratória para inquirições e debates, sala secreta, urnas etc.

inconsciente de memória, falsas memórias; interferências de informações sucessivas; pressões sociais; atividade cognitiva-reconstrutiva; modo de formulação das perguntas etc.

²²⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit. p. 19.

²³⁰ EISNER, Isidoro. *La inmediación...*, cit., pp. 4-5.

Ademais, sobre a representação feita através da aquisição da prova declarativa, note-se que a imagem do fato *suscitada* pelo declarante e que deve ser provada vem – contemporaneamente – *criticada* pelo intérprete, por meio da avaliação da fiabilidade do dito: essa crítica se revela necessária porque as alegações que se erguem ao conteúdo da prova em questão acabam por omitir o produto de uma série de fatores, pois a declaração é constituída, pela soma dos dados dos elementos do fato objetivo, da própria natureza da personalidade psíquica da testemunha e de todos os elementos externos que atuaram no passado ou que incidem atualmente sobre a própria testemunha.²³¹

2.3.2.1. Testemunha indireta

No âmbito da prova testemunhal, a imediação encontra grande barreira quando trata especificamente do *hearsay evidence* (ou *testemunho indireto, de relato ou de ouvir dizer*).

Quanto ao chamado testemunho indireto, seu conceito é encontrado no artigo 801(c) das Federal Rules of Evidence, em textual: ‘hearsay é uma declaração diversa daquela proferida pela testemunha enquanto depõe no julgamento, oferecida como meio de prova para comprovar a veracidade da questão afirmada’. A sobredita codificação define, para fins desse conceito de hearsay, como sendo ‘uma asserção oral ou escrita ou uma conduta não verbal de uma pessoa, caso a pessoa a pratique com a intenção de fazer uma asserção’ (artigo 801(a)), ao passo que declarante é conceituado como ‘uma pessoa que presta uma declaração’ (artigo 801 (b)).

Em sentido semelhante, o festejado Black’s Law Dictionary conceitua hearsay da seguinte maneira:

‘1. Tradicionalmente, testemunho que é prestado por uma testemunha que relata não o que ele ou ela conhece pessoalmente, mas o que outros disseram, e que é, portanto, dependente da credibilidade de alguém que não a testemunha. Tal testemunho geralmente é inadmissível pelo direito probatório. 2. Na legislação federal, uma declaração (quer uma asserção verbal quer uma conduta assertiva não verbal) diversa daquela prestada pelo declarante enquanto testemunhado no julgamento ou audiência, oferecida como elemento de prova para comprovar a veracidade da questão asseverada’.²³²

²³¹ Nesta alínea: MENNA, Mariano *et al.* *Trattato di procedura penale...*, cit., p. 110.

²³² MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto...*, cit., pp. 52-53. Acrescenta o autor que *uma declaração só é considerada hearsay quando ela se destina a comprovar em juízo a veracidade do teor das asserções nela contidas*.

A testemunha indireta ou de ouvir dizer é aquela que toma conhecimento do tema da prova através de outra pessoa, filtra uma experiência de outrem, reduzindo a possibilidade de contraditório e os possíveis espaços de contestação.²³³ Portanto, o testemunho de ouvir dizer, enquanto versante sobre fatos narrados por pessoa estranha ao juízo, apresenta um perfil atenuado de relevância probatória, justamente porque indireta, subtraindo da imediação seu maior trunfo: a avaliação da credibilidade do declarante²³⁴ e da veracidade do declarado por meio da interação comunicacional. De igual sorte, compromete o exercício do contraditório, na medida em que impede ou ao menos dificulta significativamente o processo dialético na formação da prova.

Algumas ponderações recomendam a exclusão do testemunho indireto do rol de meios de prova legítimos e válidos: a) falta de percepção direta da pessoa quanto ao fato a ser provado; b) falta de impressão precisa quanto ao fato a ser provado; c) falta de capacidade da testemunha em descrever de forma precisa a sua impressão; e, d) falta de sinceridade da testemunha em relação ao fato a ser provado.

O enfrentamento dessa questão no Direito americano é bastante vasto, tendo em vista o fundado receio de que a apresentação de uma prova nessas circunstâncias no *grand jury* possa induzir ou mesmo permitir a manipulação dos jurados durante o julgamento, principalmente porque se tratam de jurados leigos. Ao mesmo tempo, o testemunho indireto é menos solene que o testemunho direto, frustra a intensidade do exame cruzado da testemunha (*cross examination*) e exibe uma grande probabilidade de desconfiança.²³⁵

Já no Direito italiano, para que o testemunho indireto possa ser validamente valorado pelo juiz por ocasião do julgamento, é indispensável que a testemunha indireta

²³³ SICARUSANO, Delfino *et al.* *Diritto processuale penale*. Vol. 1. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 353.

²³⁴ MALAN prossegue seu escólio asseverando que *a falta de confiabilidade do hearsay é inferida a partir de uma série de fatores: (i) a declaração original com freqüência é prestada sem qualquer solenidade ou formalidade, em especial o juramento de dizer a verdade; (ii) o declarante original não pode ser submetido ao exame cruzado da parte processual prejudicada pelo teor da declaração; (iii) o juiz e os jurados não podem observar o comportamento do declarante original no momento em que prestou as declarações* (MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto...*, cit., p. 54).

²³⁵ Em posição divergente segue MESQUITA, para quem a *hearsay rule* apresenta-se autônoma de uma fixação epistemológica da relação entre as provas e os fatos, centrando-se nos deveres e direitos das partes na produção de prova, em particular, a exigência do *cross-examination*. Por seu turno, a imediação, em sentido formal, sendo também um princípio da produção de prova, tem a sua raiz e núcleo na relação bipolar entre o tribunal e a prova (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., pp. 294-296).

identifique a fonte do seu conhecimento, assim como, se houver requerimento de uma das partes, o juiz é obrigado a determinação da oitiva da fonte originária.²³⁶

É nesta esteira que COMOGLIO, ao enfrentar o tema, indica que o testemunho indireto pode ser livremente utilizado pelo juiz, no âmbito do seu prudente arbítrio, onde deverá concorrer com outros elementos de prova objetivos e concordantes, capazes de sufragar sua credibilidade.²³⁷

2.3.2.2. Testemunha anônima

Entende-se como anônima a testemunha cuja identidade verdadeira não é divulgada ao acusado, ao seu defensor técnico e ao público em geral, sendo rotineira nesses casos, a limitação da atividade de inquirição, diante da impossibilidade de questionamentos que envolvam questões particulares da testemunha e que possam conduzir a identificação da sua identidade ou residência.²³⁸ Normalmente, em juízo, esta testemunha recebe uma identidade codificada (facultando-se sua oitiva remota, de forma a preservar seu anonimato).

A admissão desta modalidade de testemunho pressupõe autorização judicial e está fundada na necessidade de proteção contra ameaça de morte ou algum outro mal maior, como na hipótese de questões relacionados a segurança nacional.²³⁹

Após perfilar uma série de precentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH),²⁴⁰ MALAN sintetiza os requisitos do procedimento de produção da prova testemunhal anônima:

²³⁶ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz.

²³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili...*, cit., p. 574. Esclarece o autor que estruturalmente diverso é o testemunho *de relato ex parte*, onde a testemunha faz referência a um conhecimento aprendido a partir de um dos litigantes, que surge no processo, a princípio, privado de valor probatório, se examinado de forma separada e isolada.

²³⁸ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto...*, cit., p. 140.

²³⁹ BECHARA, Fabio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional...*, cit., pp. 100-101.

²⁴⁰ TEDH: Sentença de 23 de abril de 1997, Caso Van Mechelen e outros c. Países Baixos, §§ 13 e 17; Sentença de 26 de março de 1996, Caso Doorson c. Países Baixos, §§ 68-76; Sentença de 02 de dezembro de 1992, Caso A.M. c. Reino Unido. Somem-se, ainda: Sentença de 20 de novembro de 1989, Caso Kostovski c. Países Baixos, §§ 73, 75 e 76; Sentença de 15 de dezembro de 2011, Caso Al-Khawaja e Tahery c. Reino Unido, §§ 142 e 143; Sentença de 21 de outubro de 2010, Caso Kornev e Karpenko c. Ucrânia, §§ 54-57; Sentença de 08 de dezembro de 2009, Caso Caka c. Albânia, §§ 112-116, Sentença de 22 de junho de 2006, Caso Guilloiry c. França, §§ 57-62.

(i) a presença do juiz; (ii) o conhecimento do julgador sobre a verdadeira identidade das testemunhas; (iii) a possibilidade de o juiz observar o comportamento das testemunhas ao depor; (iv) a possibilidade de os advogados observarem o comportamento das testemunhas ao depor e formularem todas as perguntas relevantes, exceto aquelas que possam revelar a identidade das testemunhas.²⁴¹

Nesta linha, preservam-se os dois interesses em jogo, o anonimato das testemunhas e as garantias processuais inerentes a demanda criminal (incluindo os necessários testes de credibilidade e veracidade do conteúdo declarado).²⁴²

Situação diferente é lembrada por SCHUMANN, ao enfrentar o ordenamento germânico, pois, quando do uso dos chamados *agentes encobertos* (previsto no § 110 StPO) podem surgir outros problemas em relação ao princípio da imediação. Como há interesse em manter suas identidades em sigilo, admite-se que eles *não compareçam pessoalmente ao julgamento*, sendo que decisões da *Corte Constitucional Federal* e da *Suprema Corte Federal* permitiram a introdução do testemunho indireto nestes casos, como no exemplo de um policial que toma o depoimento do agente encoberto.²⁴³

O autor parece concordar com essa situação, pois pondera que o juiz deverá levar em consideração que o *testemunho indireto possui menos peso do que um testemunho direto*.

Ocorre que dois pontos de extrema relevância são suplantados: o primeiro, referente a possibilidade de acesso ao depoimento original, não havendo qualquer motivo justificável para a utilização do *testemunho indireto de uma testemunha anônima*, mormente quando considerado que o TEDH, sob determinadas circunstâncias, reputa lícito os

²⁴¹ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto...*, cit., p. 147.

²⁴² Em linha de raciocínio semelhante segue a orientação que permite a aplicação do art. 217 do CPP (brasileiro), nas hipóteses quando comparece para declarar uma testemunha que tenha manifestado ter temor em relação ao acusado e se permite que declare em uma posição na qual não possa ser vista pelo imputado. CLIMENT DURÁN, reproduzindo manifestação do Tribunal Supremo espanhol entende que não há qualquer vulneração a imediação neste caso, quando as testemunhas declaram protegidas da visão do imputado (e mesmo do público em geral), porque permanece a plena capacidade de interação comunicacional ativa, por parte do juiz, acusado e defensor do imputado (CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal...*, cit., pp. 118-119).

²⁴³ SCHUMANN, Heribert. The law of criminal procedure, in: ZEKOLL, Joachim; REIMANN, Matthias (ed.) *Introduction to german law*. 2ª ed. Hague: Kluwer Law International, 2005, pp. 433-434. Note-se, todavia, que o Tribunal Interamericano de Direitos Humanos (TIADH), na Sentença de 30 de maio de 1999, Caso Castillo Petruzzi c. Perú, §§ 154-155, fixou que o imputado tem o direito de fazer comparecer em juízo (para ser *confrontada*) a testemunha que contra ele declara, reputando ilegal norma do ordenamento interno que veda o acesso do imputado e do seu defensor a testemunha.

procedimentos de preservação de identidade da testemunha. O segundo, por haver irreparável quebra da imediação e do próprio contraditório (com repercussões no direito ao confronto).

E é justamente por esse déficit de confronto e imediação que o TEDH tem reiterados julgados considerando que a testemunha anônima ou agente encoberto, embora possam ser utilizados como prova, não podem ser a única prova ou mesmo a prova preponderante para a condenação, o que parece ser um equilíbrio importante, mas não suficiente, na medida em que, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, não seria possível a *aferição* da formação da convicção dos julgadores leigos.

2.3.2.3. Depoimento do agente infiltrado

A *ação infiltrada* constitui hoje um meio de obtenção de prova com grande potencial de eficácia na luta contra o crime organizado,²⁴⁴ constituindo uma conduta livre, não taxativa, mas vinculada a prossecução dos objetivos previamente definidos e autorizados judicialmente (sendo vedadas, de qualquer modo, a autoria mediata ou instigação e a obtenção de quaisquer benefícios ou vantagens pessoais como resultantes da atividade infiltrada).

O agente infiltrado²⁴⁵ é mais do que um simples observador, é um participante ativo na atividade criminosa. Insere-se no mundo do crime, convive com criminosos, ganha a sua confiança e pode eventualmente cometer crimes, quer na forma de cumplicidade, quer como coautor ou mesmo com simples autor (apenas lhe está vedado agir como instigador ou como autor mediato, repise-se).²⁴⁶

²⁴⁴ BRAZ, José. *Investigação criminal: a organização, o método e a prova – os desafios da nova criminalidade*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 319. Note-se que a consciência da importância desta técnica investigatória levou a ONU a consagrar no n° 1 do art. 20 da Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, o recurso a ações encobertas (...) *a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada*.

²⁴⁵ Para ONETO, agente infiltrado é o *agente policial, ou terceiro sob orientação daquele, que, no âmbito da prevenção ou repressão criminal, e com o fim de obter provas incriminatórias sobre determinadas actividades criminosas, oculta a sua identidade e qualidade, podendo praticar fatos típicos sem, contudo, os poder determinar* (ONETO, Isabel. *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 150).

²⁴⁶ Há clara e incontestável distinção entre as figuras do *agente infiltrado* e do *agente provocador* (neste sentido: COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 220). Não se olvida – e a doutrina nacional se encarrega de aclarar esta situação – que sobre a figura do *agente provocador*, salvo raras exceções, existe uma certa unanimidade doutrinária relativamente a sua inadmissibilidade, por se tratar de um meio proibido de prova na medida em que o agente provocador inculca no sujeito ativo o desígnio criminoso e impulsiona-o de forma decisiva a prática do crime. Doutrina modo, o agente infiltrado limita-se a ganhar a sua confiança e por essa via a conhecer o projeto criminoso, ainda que para atingir esse objetivo, tenha eventualmente que praticar alguns atos ilícitos. Assim, relativamente a figura do agente

E justamente por esta característica (possibilidade de participação ativa no cotidiano criminoso) é que existe a necessidade de controle e autorização judicial. As medidas requestadas devem ser supervisionadas por um membro competente do corpo judicial e, para garantir o direito a um *fair trail*, a sua utilização deve depender de uma autorização prévia.²⁴⁷

Note-se que a lei não subordina as ações encobertas a qualquer regime de subsidiariedade, nem se estabelece qualquer limitação proibitiva na colheita da prova. Esta opção decorre do reconhecimento da natureza fechada e celular das organizações criminosas e da opacidade da atividade que desenvolvem, que não permite a partida a qualificação jurídica dos fatos, que só após investigação serão conhecidos.²⁴⁸

Quanto à forma de implementação da infiltração, DIAS FERREIRA classifica as operações infiltradas em função do grau de envolvimento do agente no meio criminoso e da duração da operação. Na medida, divide as operações em duas espécies: as *light cover* (infiltração leve) e as *deep cover* (infiltração profunda).²⁴⁹

As primeiras caracterizam-se pelo fato de não durarem mais de seis meses, exigirem um menor grau de planeamento, de supervisão e de experiência por parte do agente, que mantém a sua identidade e o seu lugar na estrutura policial. Essas operações implicam um menor risco para o agente e têm objetivo preciso, que pode consistir numa transação ou tão só um encontro para colheita de informações. Por outro lado, as *deep cover* caracterizam-se pela imersão no mundo do crime, por período prolongado (exigência de permanência contínua no meio criminoso) e a possibilidade de perda da identidade do agente infiltrado.

infiltrado, e uma vez feita a rigorosa delimitação entre os dois conceitos, a maioria da doutrina tende a admiti-la como meio legítimo de obtenção de prova, limitando contudo a sua utilização a prevenção e investigação da criminalidade mais grave, complexa e organizada, num quadro de exceção as regras gerais do processo penal. Neste sentido: GASPAR, António Henriques. As ações encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo, in: *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*. Coimbra: Coimbra, 2004, pp. 43-53.

²⁴⁷ Neste sentido: ONETO, Isabel. *O agente infiltrado...*, cit., p.80.

²⁴⁸ Nestas circunstâncias, a realidade que vai ser conhecida no termo da ação encoberta poderá ser substancialmente distinta da que se conhecia ou antevia no momento em que a mesma foi autorizada, pelo que o requisito da proporcionalidade à gravidade do crime deverá ser entendido como o conjunto de fatos conhecidos ou indiciados *ab initio*, ou seja, no momento em que a ação controlada é proposta e autorizada.

²⁴⁹ DIAS FERREIRA, Vanessa. Problèmes posés par la mise en oeuvre des opérations undercover dans les domaine de la lutte contre le trafic de stupéfiants, in: *Révue de droit penale et de criminologie*, ano 76, Bruxelas, 1996, pp. 557-588.

E é justamente neste ponto que surge o interesse a atividade probatória:²⁵⁰ quanto maior a infiltração do agente, maior, em tese, seu grau de informações relevantes para a persecução criminal.

Neste ponto, adverte MENDRONI que, embora silente a lei, deve-se considerar a permissividade de o agente infiltrado servir de testemunha em juízo das ações e situações que presenciou,²⁵¹ sendo certo que a valoração da prova – em última análise – ficará a cargo do juiz, levando em conta diversos fatores, tais como o tempo, a penetração e a forma de participação deste agente na organização criminosa.²⁵²

No entanto, para evitar eventual lado perverso da ação do agente infiltrado, como a criação de fatos imaginários apenas para ratificar sua versão inicial, deverá fazer a indicação de outros elementos de prova que endossem a linha que expõe.

Assim, entende-se que o agente infiltrado deve comparecer em juízo, como testemunha – ainda que dotado de uma natureza especial ou distinta – para ser submetido ao teste de credibilidade (e, portanto, ao confronto) de suas declarações, permitindo que demonstre ao juiz e as partes, como as demais provas foram angariadas e obtidas. Impede-se, desta forma, a introdução de conhecimentos fortuitos não relacionados à infiltração desenvolvida pelo agente.

²⁵⁰ Em que pese a previsão do instituto no art. 2º, inciso V, da Lei nº 9.034/95 (com redação determinada pela Lei nº 10.217/2001), o legislador omite-se quanto a determinação do seu procedimento e de regras outras para sua execução. Por força disto, relevante setor da doutrina nacional entende que *por força da cláusula do devido processo penal, que tem no princípio da legalidade probatória um dos seus mais relevantes consectários lógicos, não se afigura possível a infiltração de agentes, a mingua de procedimento probatório específico previsto em lei*. Invoca, ainda, contra a viabilidade técnico-jurídica de utilização da infiltração as restrições verificadas quanto a informação sobre o direito ao silêncio, a autodeterminação informativa e aos aspectos da intimidade e vida privada (MALAN, Diogo Rudge. Agente infiltrado no processo penal. Disponível em: <http://www.malanleaoadv.com.br/artigos/agente_infiltrado.pdf>. Acessado em 21/12/2012).

²⁵¹ Em sentido contrário: MALAN, Diogo Rudge. Agente infiltrado..., cit. O autor assevera que, diante da natureza jurídica atribuída à infiltração (*meio de pesquisa* ou *investigação*), não seria adequado considerar o agente infiltrado como *fonte de prova testemunhal*. Seria plausível considerá-lo um *meio de obtenção de prova*: desta forma ele não poderia depor e o seu depoimento não poderia ser valorado (diante da total incontornabilidade do seu conteúdo). Ademais, sob o ponto de vista de sua credibilidade, o depoimento do agente infiltrado teria um grande peso. Logo, se o agente infiltrado informa a conta bancária, o circuito do dinheiro, a rota da droga, o nome do fornecedor, as formas de pagamento, o transportador, o pontos de venda etc., ele está obtendo e transmitindo elementos de provas que poderão e deverão gerar os meios de prova ou mesmo outros meios de obtenção de provas correspondentes: quebras de sigilo, busca e apreensão, vigia ambiental etc. Note-se que discussão sobre a sua natureza tem sido ignorada até pelo TEDH, que resolve a questão pelo fato de se tratar de depoimento anônimo, que não pode ser o único meio de prova ou a prova preponderante.

²⁵² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139.

2.3.2.4. Depoimento de vulnerável

A oitiva de crianças e adolescentes como testemunhas é tema que sofreu grande giro acadêmico na doutrina recente. Do debate sobre a credibilidade de suas declarações, passou-se a ponderações sobre a necessidade de preservação dos declarantes, considerados para efeitos jurídicos como sujeitos vulneráveis (mormente quando se vinculam ao juízo na figura da vítima de crimes sexuais).

A estrutura de cuidados com a criança no Juizado da Infância e Juventude (ou mesmo *antecipadamente*, nos Conselhos Tutelares), a oitiva e os exames periciais na fase policial e a nova auscultação na fase judicial, além das finalidades processuais, servem como verdadeiro *programa de reedição* da dor advinda do ilícito contra ela praticado. O menor é obrigado a declarar não uma vez senão várias, incitando-o a recordar novamente os fatos, a rememorar cada um dos detalhes em um ambiente muito formalista e distante. Nos casos de abusos sexuais, as crianças, além de sofrer o mal infinito da agressão, sofrem – posteriormente – o *calvário* do processo penal (gerando o chamado *dano institucional*).

Não fosse suficiente, outro fator vem se somar a este trágico quadro: os frios, distantes e excessivamente sóbrios/formais espaços físicos das salas de audiência não foram projetadas para deixar crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual a vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas e sofrimentos, pois são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha.

*Tendo em vista que o abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes é – em regra – realizado às escondidas, sem qualquer testemunha presencial, e também não deixa, na maior parte dos casos, qualquer vestígio material – aquele capaz de ser apurado através de perícia médica – conclui-se que o depoimento da vítima em juízo é de extremo valor, eis que não é raro que seja a única prova possível de ser produzida.*²⁵³

O despreparo profissional, a concepção cênica das salas de audiências e as exigências jurídico-processuais acabam por revitimizar as crianças abusadas (o que traz no seu

²⁵³ DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 18-19.

lastro o problema da geração de um *dano psíquico secundário*, o qual, em alguns casos, pode ser maior que o dano primário causado pelo abusador).

Sob outro viés, o trauma suportado pela vítima e os preconceitos enraizados nas mentes dos *operadores do Direito* culminam por minorar a credibilidade dos depoimentos e declarações prestados, o que toma dimensão perigosa quando considerado que na maior parte dos casos de abuso sexuais cometidos contra um menor o testemunho dele constitui a prova fundamental, às vezes a única, de que se dispõe.

A falta de credibilidade no relato infantil não se justifica quando a afirmação é de que, como regra, as crianças fantasiam, mentem, são vulneráveis a sugestões, incapazes de separar a realidade de seus desejos sexuais, etc. Na verdade, a real justificativa para não-validação da versão é o próprio sentimento dos adultos que não suportam admitir que seus semelhantes possam praticar tamanha violência contra os indefesos. Trata-se a negação, no dizer de DOBKE, da primeira e mais primitiva defesa psicológica dos adultos, que procuram dessa forma diminuir a própria vergonha, bem como minimizar a problemática enfrentada em cada caso analisado.²⁵⁴

Diante deste cenário, como bem frisado pela doutrina especializada, o primeiro passo a ser dado é o tratamento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos (e não como mero objeto da atuação jurisdicional).²⁵⁵

²⁵⁴ DOBKE, Veleda. *Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001, p. 37: *Como ensina Sanderson (2005, p. 237), nesses casos, alguns pais preferem não acreditar na criança a se confrontar com a dura realidade de ver uma pessoa de confiança como um pedófilo, sendo a negativa também uma das formas que encontram para se desculparem do fracasso da missão tutelar em que estavam investidos.*

²⁵⁵ O ECA, ao contrário da doutrina da situação irregular que colocava crianças e adolescentes como objetos do direito, colocou esses como sujeitos dos direitos estabelecidos na legislação, alterando significativamente as relações jurídicas afetas à infância e à juventude. No plano geral, dispôs sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, introduzindo no campo normativo uma nova política de atendimento. Criou uma instância administrativa de distribuição de justiça, os Conselhos Tutelares, e disciplinou a proteção judicial dos interesses difusos e protetivo (DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Depoimento sem dano...*, cit., pp. 40-41). Consigna-se que a proteção das vítimas em relação a *vitimização primária* e a *vitimização secundária* é inerente ao Estado de Direito, impondo-se quer como forma de proteção imediata de certos direitos fundamentais, tais como os direitos a vida, a integridade física, a privacidade e a propriedade, diante do perigo sério da sua lesão (prevenção da *vitimização primária*), quer como forma de proteção mediata desses direitos fundamentais diante das insuficiências e deficiências das respostas do Estado e de outras entidades públicas a vítima do crime (prevenção da *vitimização secundária*). O direito a proteção do Estado contra a *vitimização secundária* tem sido afirmado desde os acórdãos do TEDH proferidos nos casos *Kaya*, *Ergi* e *Yasa* c. Turquia (diante do direito a vida), *Kurt* c. Turquia (diante do direito à integridade física) e *Craxi* v. Itália (diante do direito à privacidade), mesmo em face de procedimentos criminais em que o Estado reconhece a lesão, mas não condena o responsável (*Bekos* e *Koutropoulos* c. Grécia) ou procedimentos criminais em que o Estado condena os responsáveis, mas aplica penas que não são adequadas, por manifestamente insuficientes (*Okkali* c. Turquia). Em todos estes

O processo penal brasileiro não apresenta como finalidade primeira a proteção do menor (ou mesmo de qualquer outra vítima), senão que esta aparece em um plano muito secundário e distante, submetida ao objetivo principal, panorama que encontra-se em abissal dissonância com o regramento constitucional, mormente no que toca ao cuidado e integral proteção devida à criança. Daí a necessidade de (re)pensar sua intervenção do processo penal, na qualidade vítima ou testemunha, com adaptação ou formação dos recursos destinados a utilização do *conhecimento* e da *experiência* da vítima menor.²⁵⁶

A doutrina, então, variando apenas quanto ao método, sugere que a inquirição de crianças seja realizada através de profissional habilitado, com o uso de um ambiente distinto da sala de audiências, onde profissional e criança possam interagir, tudo visando combater a chamada *vitimização secundária*,²⁵⁷ consistente nos sofrimentos suportados pelas vítimas e pelas testemunhas, que são provocados pelas instituições encarregadas pelas instâncias da justiça penal, tais como: polícia, juízes, peritos, criminólogos, funcionários de instituições penitenciárias etc.

No modelo mais divulgado, através de um ponto eletrônico, as perguntas do Juiz, Promotor de Justiça e Defensor Público ou Privado são passadas a profissional da área psicossocial, que as repassa a criança, de forma considerada mais coerente e adequada ao seu universo (cognitivo). O papel do técnico, no chamado *depoimento sem danos* (ou *com redução de danos*), é basicamente de intermediação, repassando as perguntas feitas pelos profissionais do Direito de maneira adequada, fazendo uso, quando necessário, de recursos audiovisuais.

Importante destacar que a adoção de tal recurso, assim como na sistemática da inquirição direta, não garante nem facilita a descoberta de manifestações falsas ou fantasiosas das crianças (para tanto, fundamental seria a realização de profundo acompanhamento

leading cases, foram censuradas insuficiências e deficiências das respostas dadas pelo Estado a vítima do crime ou aos familiares da vítima do crime, titulares do direito de queixa, tendo aquelas insuficiências e deficiências provocado uma vitimização secundária.

²⁵⁶ Frise-se, como premissa necessária ao desenvolvimento do trabalho, que é impensável a exclusão de crianças e adolescentes do rol de *testemunhas* ou *ofendidos* que deverão ser ouvidos no processo penal, seja pelas garantias quanto a ampla produção probatória que amparam as partes, seja para evitar ou afastar a denominada *síndrome do segredo* na criança.

²⁵⁷ Fala-se, ainda, em *princípio de evitação da segunda vitimização*. A intervenção de uma criança em juízo é vivida geralmente como uma experiência estressante e potencialmente provocadora de efeitos a longo prazo: os menores podem padecer de uma grande ansiedade antes, durante e – inclusive – depois da celerização do ato processual. Ademais, confrontação com adultos e as possíveis perguntas agressivas das partes são as situações que mais sequelas traumáticas podem deixar nas crianças.

psicológico, em ambiente e tempo próprios, estabelecidos por profissional habilitado e sem a direta finalidade de utilização no processo penal).²⁵⁸

Numa primeira e rápida tentativa de fixação da possibilidade de utilização do instituto de *depoimento com redução de danos*, a doutrina costuma fazer referência ao especial cuidado que os operadores do Direito devem ter com os constitucionais princípios do contraditório e ampla defesa, quando da inquirição de crianças e adolescentes (vítimas de crimes ou testemunhas). Ademais, refere-se que a *obediência ao contraditório e a ampla defesa* importaria numa melhor forma de inquirir tais pessoas, evitando-se novos danos psíquicos as vítimas.²⁵⁹

Ocorre que ligeira atecnia parece surgir quando da tentativa de conexão dessas *retas paralelas* (*depoimento com redução de danos* e princípios do contraditório e da ampla defesa), pois, o contraditório – especialmente – não acarreta em qualquer alteração na forma de obter as informações com a colheita da prova oral, que segue as mesmas vertentes do chamado *testemunho direto*.

Sob a vertente jurídica, a idéia básica de *contraditório* passa pela necessidade de ciências a todas as partes envolvidas em determinado processo quanto aos *acontecimentos processuais*, possibilitando-se/facultando-se a reação a tais *acontecimentos*. Em outras palavras: trata-se da necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro lado, a possibilidade das partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.²⁶⁰

²⁵⁸ De forma simultânea (e com vistas a utilização probatória), possível e importante o manejo do estudo psicossocial, permitindo que equipes interdisciplinares em atuação no Juízo Criminal, estabeleçam atividade tipicamente psicológico com a criança, aportando conhecimentos outros a convicção judicial (contando com a possibilidade de, como *experts*, comparecerem em juízo para que se proceda a inquirição sobre os conhecimentos adquiridos a partir da interação com a criança). Uma situação limite como esta acima revela a transcendência da imediação para obter um conhecimento fundado, porém também suas debilidades no sentido de que é perfeitamente factível que não baste com a presença, e ainda intervenção direta, do órgão sentenciador, sendo preciso em algumas ocasiões a assistência de especialistas que ajudem a superar as dúvidas que o julgador não pode resolver por si mesmo. Essa assistência não eximirá o juiz de cumprir com sua obrigação de analisar todos e cada um dos extremos mencionados, ponderando a credibilidade do ofendido ou da testemunha à luz do resto dos fatores subjetivos e objetivos que concorram na causa. Neste sentido: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 101.

²⁵⁹ DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Depoimento sem dano...*, cit., p. 19.

²⁶⁰ NERY JR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Em monografia dedicada ao tema, SOUZA aponta que concebe-se o *contraditório* como sendo garantia fundamental do homem, que lhe assegura a participação na concretização de um determinado provimento decorrente do exercício do Poder, como forma de assegurar a legitimidade da ingerência da decisão no trinômio vida-liberdade-propriedade, mediante uma atuação efetiva, concreta e bilateral em todo arco de um procedimento configurado segundo os ditames do Estado Democrático de Direito (SOUZA, Artur César de. *Contraditório e*

Como de fácil constatação, qualquer que seja o conteúdo conferido ao *princípio do contraditório*, não há qualquer relação com a temática do *depoimento com redução de danos*, que, como já visto, consiste em técnica especial de inquirição da vítima ou da testemunha menor, *com a direta participação das partes interessadas* (logo, com ciência e oportunidade de reação).

De igual sorte, considerando a possibilidade de interação comunicacional direta e simultânea, não existe, nesta modalidade, qualquer lesão ao princípio da imediação. O acúmulo de características cognitivas e emocionais da infância gera uma linguagem própria. Ainda que a criança possa utilizar as mesmas palavras do repertório adulto, as construções mentais que determinam a intenção e o significado das mesmas diferem das de um adulto.

Assim, a tomada de declarações infantis deveria ser semelhante ao uso de um intérprete nos casos em que o declarante não domina a língua convencional utilizada pelo juízo. Neste sentido, não implica uma limitação substantiva a possibilidade de questionar ou comunicar-se de maneira direta com uma criança, exigindo-se unicamente que a forma na qual se desenvolve dita comunicação seja através de um intérprete especializado em linguagem infantil.

Gize-se que, no entanto, dentre as medidas concretas propostas para o tratamento diferenciado da vítima vulnerável, destaca-se a *conveniência* de não repetir as declarações dos menores na fase de instrução (muitas vezes realizada na ausência do imputado) e promover a prova pré-constituída e os testemunhos de referência, momento em que o questionamento sobre o respeito ao contraditório e a imediação pode ser renovado.

Nesta linha, a Sentença TEDH de 2 de julho de 2002, Caso S.N. c. Suécia, §§ 46, 47, 52 e 53, admite a ausência de imediação em relação aos processos penais por delitos sexuais que afetem menores;²⁶¹ e as Sentenças TEDH de 5 de outubro de 2006, Caso Viola c.

Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

²⁶¹ Na passagem original: 46. *In regard to the circumstances of the present case, the Court observes that the statements made by M. were virtually the sole evidence on which the courts' findings of guilt were based. The witnesses heard by the courts – M.'s mother and his schoolteacher – had not seen the alleged acts and gave evidence only on the perceived subsequent changes in M.'s personality. The District Court stated that the outcome of the case was entirely dependent on the credibility of M.'s statements and the Court of Appeal considered that this was of decisive importance in determining the applicant's guilt. It must therefore be examined whether the applicant was provided with an adequate opportunity to exercise his defence rights within the meaning of Article 6 of the Convention in respect of the evidence given by M.*

47. *The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an ordeal by the victim, in particular when the latter is unwillingly*

Itália, §§ 67, 70, 72 a 76, e de 27 de novembro de 2007, Caso Zagará c. Itália, § 29, admitem o uso da videoconferência condicionado a que se persigam fins legítimos – tais como *a defesa da ordem pública, a prevenção do delito, a proteção dos direitos à vida, à liberdade e à segurança das testemunhas e das vítimas dos delitos, assim como o respeito à exigência de prazo razoável* – e a que seu desenvolvimento respeite ao direito de defesa do acusado.

Importante destacar que quem exerce o poder familiar, a tutela ou a guarda do menor poderá estar presente, salvo que seja imputado, ou caso o juiz, excepcionalmente e de forma motivada, determine o contrário. Isto porque, acompanhando o Professor BARBOSA MOREIRA, é importante lembrar que, na esfera das audiências que envolvam incapazes (que devem ser assistidos, via de regra, por seus responsáveis) e fatos que envolvam confrontos e rivalidades familiares, onde incumba a crianças e adolescentes a declaração sobre fatos relevantes da demanda (exemplificando-se com o caso da inquirição de uma criança sob a supervisão paterna ou materna), normalmente não haverá muita esperança de que ele se

confronted with the defendant. These features are even more prominent in a case involving a minor. In the assessment of the question whether or not in such proceedings an accused received a fair trial, account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence (see Baegen v. the Netherlands, judgment of 27 October 1995, Series A no. 327-B, opinion of the Commission, p. 44, § 77). In securing the rights of the defence, the judicial authorities may be required to take measures which counterbalance the handicaps under which the defence labours (see Doorson v. the Netherlands, judgment of 26 March 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-II, p. 471, § 72, and P.S. v. Germany, no. 33900/96, § 23, 20 December 2001).

52. Nor can it be said that the applicant was denied his rights under Article 6 § 3 (d) on the ground that he was unable to examine or have examined the evidence given by M. during the trial and appeal proceedings. Having regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences (see paragraph 47 above), this provision cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel, through cross-examination or by other means. The Court notes that the videotape of the first police interview was shown during the trial and appeal hearings and that the record of the second interview was read out before the District Court and the audiotape of that interview was played back before the Court of Appeal. In the circumstances of the case, these measures must be considered sufficient to have enabled the applicant to challenge M.'s statements and his credibility in the course of the criminal proceedings. Indeed, that challenge resulted in the Court of Appeal reducing the applicant's sentence because it considered that part of the charges against him had not been proved.

53. The Court reiterates, however, that evidence obtained from a witness under conditions in which the rights of the defence cannot be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with extreme care (see Doorson, cited above, p. 472, § 76). In its judgment of 6 May 1996 the Court of Appeal noted that the questioning of children during pre-trial investigations must meet high standards with regard to procedure and content. The court took into account the fact that some of the information given by M. had been vague and uncertain and lacking in detail. The court also had regard to the leading nature of some of the questions put to him during the police interviews. In these circumstances, the Court is satisfied that the necessary care was applied in the evaluation of M.'s statements.

disponha com grande facilidade a prestar declarações sinceras e exatas sobre fatos desagradáveis relacionados com o pai ou a mãe.

É possível especificar os casos de atos infracionais ou depoimentos em processos criminais (em que o adolescente é co-autor ou partícipe) em que o responsável desconhecia a prática delitiva, o que torna ainda mais complexo o processo de declarações. E conclui: *a verdade é que entre juiz e a crianças ou adolescente se interpõe um véu sutil, porém, às vezes, quase impenetrável.*²⁶²

2.3.3. Prova pericial

A perícia consiste na atividade que se desenvolve sobre determinado fato, cuja verificação pressupõe uma cognição específica de natureza técnica, científica ou artística.²⁶³ Já o perito é apontado como uma pessoa cuja declaração refere-se a fatos ou situações passadas e cuja observação demandou um conhecimento específico.²⁶⁴

O exame pericial constitui um ato processual de caráter complexo, no qual podem distinguir-se basicamente dois atos: 1º) o reconhecimento e exame do objeto, lugar ou da pessoa objeto da perícia; 2º) a emissão de laudo/parecer e a submissão ao contraditório e aclaração em relação às premissas, fundamentos e conclusões.

²⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas de la intermediación en el proceso civil, in: *Revista de processo*, nº 34, abr.-jul./1984, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 194.

²⁶³ Segundo MANZANO, perícia é um meio de prova técnica ou científica, que tem por objetivo a obtenção de certo conhecimento relevante para o accertamento do fato (elemento de prova), a partir de um procedimento técnico reliado sobre pessoa ou coisa (fonte de prova). A conclusão do técnico ou profissional (conclusão probatória) é expressa num laudo (elemento de prova), que tem por finalidade (finalidade da prova) influir na formação da persuasão racional do juiz, em seu processo cognitivo de valoração (valoração da prova). MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial: admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 8.

²⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal...*, cit., p. 240. A natureza jurídica do perito no processo penal não é tema pacífico: na perícia *percipiendi* (que constitui um retratação técnica ou científica das percepções colhidas pelo perito restrita à apreciação de fatos ou de circunstâncias, desacompanhadas da emissão de juízos valorativos) pode assumir a natureza de testemunha. Contudo, na perícia *deducendi* (que consiste na apreciação e interpretação técnica ou científica de fatos ou de circunstâncias, com a emissão de juízos valorativos) não há semelhança, pois entre a observação e a narração há atividade intermediária de avaliação e análise, muita vezes emitindo juízo de valor, prognósticos, que a testemunha não realiza. Acrescenta-se, ademais, que a perícia, como prova científica constituiria meio de prova, ao passo que, como prova técnica não constituiria meio de prova, apenas indicando ou revelando a prova, que são os vestígios materiais deixados pelo crime. Neste sentido: MANZANO, Luís Fernando de Moraes. *Prova pericial...*, cit, pp. 14-18.

*La función de las pruebas periciales. Ni los jueces ni los jurados son omniscientes, y éste es un problema en todos los sistemas probatorios. Esta limitación tiene consecuencias muy diversas, la más importante de las cuales es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico que se requiere para establecer y evaluar algunos hechos en litigio. Por otra parte, cada vez con más frecuencia las materias de litigio civil involucran hechos que van más allá de las fronteras de una cultura común o promedio, que es el tipo de cultura no jurídica típica do juez o de un jurado. Cuando La cultura del juzgador no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla. Por ello, todos los sistemas procesales tienen que utilizar algunas formas de prueba pericial. Esto significa que hay que recurrir a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso.*²⁶⁵

Neste passo, a partir de uma abordagem simplista, seria possível concluir que a prova pericial, porquanto fornece dados (mediante a expressão de conhecimentos científicos ou de máximas da experiência) para a interpretação dos fatos que são judicializados, não parece ser uma prova que deva ser praticada sob a exigência da imediação.

Isto porque, dependendo do tipo de delito imputado e da correspondente perícia praticada, é possível a valoração sem a necessidade de se ouvir os peritos e reproduzir integralmente o debate processual (da análise realizada fora do juízo), porquanto no documento escrito dos informes periciais estão expostas as razões que podem tornar convincentes as conclusões a que a manifestação pericial chegou.

No entanto, existe uma forte tendência internacional de seguir o modelo de inquirição de peritos em juízo, para um debate direto e pessoal sobre o conteúdo da análise realizada.

Assim, v.g., o Tribunal Constitucional espanhol, pela Sentença 41/2003, de 27 de fevereiro, em matéria de delitos sexuais contra uma menor, entendeu violado o direito fundamental a realização de audiência no Tribunal local, sem o respeito aos princípios da imediação e contraditório, pela nova valoração da prova testemunhal e pericial e das declarações do acusado em relação ao elemento subjetivo que integra o delito de abuso sexual. A prova pericial havia consistido em uma perícia efetuada por psicóloga do juízo sobre a menor ofendida.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 90. Tradução Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán.

De outro lado, a Sentença 10/2004, de 9 de fevereiro, da mesma Corte, entende que haveria necessidade de imediação no caso em que o perito não se limite ao aportamento de conhecimentos específicos ou máximas da experiência, mas que estenda sua intervenção a apreciação de algum fato concreto. No caso examinado, o perito não se limitou a proporcionar aos juízes uma máxima da experiência ou ferramentas para apreciar um fato científico, mas, apreciando um fato, realizou uma valoração do mesmo, de modo que a relação entre o laudo e sua valoração como prova se produziu, precisamente, desde o prisma de sua credibilidade.

De uma maneira singular, os princípios técnicos da oralidade e da escrita confluem na prática da prova pericial, determinando sua especial natureza.²⁶⁶ O princípio da escrita é preferencial, tanto que a regra geral será que a prova pericial será introduzida no processo por escrito, através de um laudo. A exposição oral do laudo é contingente e pode ocorrer ou não.²⁶⁷ Deste modo, caso não se proceda a ratificação e/ou exposição pelo perito do conteúdo do seu informe, em um ato do juízo, o laudo pericial por escrito terá valor de prova como um documento.

A possibilidade, sancionada legalmente, de que o informe pericial possa ser valorado como prova documental colide com o princípio da imediação e do contraditório na prática da prova. A prova pericial é um meio de prova que consiste em um informe no qual se concentra um exame de fatos relevantes no processo, realizado por uma ou várias pessoas com conhecimentos científicos, artísticos, técnicos ou práticos. Por meio dessa classe de prova se põem a disposição do julgador conhecimentos científicos ou técnicos especializados que os juízes não possuem e que podem servir para obter certeza dos fatos objeto de julgamento. A fonte da prova pericial é o próprio perito (entendido como a pessoa que se relaciona com o objeto da sua análise) e, concretamente, seu critério técnico, que se contém no laudo pericial e se introduz no processo como um fato novo que serve para valorar e interpretar devidamente os fatos em que se fundam as pretensões das partes.

²⁶⁶ O perito não é uma testemunha, tanto que recebe nomenclatura e tratamento diferenciados nos Códigos processuais, isto porque, ao contrário da testemunha que entrega ao julgador seu conhecimento pessoal sobre os fatos em debate, o experto transfere dados, informações e conhecimentos especializados, para que o julgador possa corretamente avaliar as alegações da parte e formar seu convencimento. O perito pode, no entanto, expressar suas opiniões e avaliações sobre fatos específicos, ou tomar conhecimento pessoal de alguns fatos, ou determinar alguns fatos relevantes, o que não obsta que a principal função do experto seja oferecer ao julgador conhecimento especializado. Neste sentido: TARUFFO, Michele. *La Prueba...*, cit., p. 93.

²⁶⁷ RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL. Limitaciones a la oralidad en la práctica de la prueba pericial en el proceso civil español, in: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. II. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 245.

A finalidade usual da perícia consistirá na análise ou reconhecimento de fatos concretos referentes a objetos, lugares ou pessoas, ainda que a perícia também possa ter por objeto a aportamento ao processo de regras gerais ou máximas da ciência ou da técnica em relação de um fato concreto.

Em qualquer caso, à margem de qual seja o objeto e conteúdo da perícia, o laudo pericial conterà o exame dos fatos com as conclusões a que chegou o perito em sua análise.²⁶⁸

Neste marco de atuação, o predomínio da oralidade se traduzirá em que o processo culmine com uma audiência, na qual, em que pese sua eficácia (e desenvolvimento) se apoie em atos previamente realizados por escrito – como a demanda, a resistência ou a recepção de determinados instrumentos de prova –, se formulam de viva voz as alegações e se praticam as provas.²⁶⁹

Na atualidade, toda perícia há de ser emitida por escrito, devendo-se trasladar ao processo, para que as partes possam pronunciar-se acerca de se o perito deve comparecer a audiência de instrução, para aportar os oportunos esclarecimentos ou explicações sobre o exame.

O legislador brasileiro desviou sua atenção da essencial característica da prova pericial clássica, consistente em que o instrumento probatório, a semelhança do que ocorre com os meios testemunhal e de interrogatório, é constituído por uma pessoa e não por um objeto material no qual restaram vinculados os fatos.

Assim, agiu bem o legislador da reforma (Lei nº 11.690/2008), ao incluir o § 5º, inciso I, ao art. 159 do CPP, prevendo a *possibilidade* de oitiva dos peritos para esclarecem a prova ou para responderem, de viva voz, a quesistos, a par de expor seu conhecimento especializado por meio de um laudo.

Esta faculdade permite que, quando necessário, ocorra a verdadeira interação comunicacional ativa com o perito, submetendo-o ao diálogo direto e pessoal com as partes e o juiz.

²⁶⁸ RICHARD GONZÁLEZ, MANUEL. Limitaciones a la oralidade..., cit., p. 246-247.

²⁶⁹ GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, Pedro M. La oralidade en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias, in: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.). *Oralidad y escritura en un processo civil eficiente*. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 199.

Pode-se falar, então, que o sistema brasileiro, no que pertine às provas periciais, é partidário de uma *imedição mitigada*, pois no que consiste à avaliação e análise dos objetos da perícia, não há qualquer interação comunicacional (ainda que as partes indiquem assistentes técnicos), sendo esta parte da prova produzida longe da supervisão e alcance do julgador, que só entrará em contato com o conhecimento específico do perito, podendo *dialogar* com ele, se a faculdade do art. 159, § 5º, inciso I, do CPP, for usada.

2.3.4. Inspeção judicial

*Inspeção judicial é a verificação pessoal (por meio dos sentidos) de pessoas, locais ou coisas, feita pelo juiz.*²⁷⁰ É uma prova real, tendo em comum com a perícia a circunstância de ser um *exame imediato* a incidir sobre essas fontes passivas de prova. No entanto, esse exame não passa de mera observação para melhor esclarecer-se, sem os conhecimentos técnicos do perito.

Decorre da necessidade de controle da atividade judicial, permitindo as partes efetivamente seguir os passos do juiz.²⁷¹

Para o processo penal, a inspeção judicial surge como modalidade de *prova atípica* (art. 3º do CPP, c.c arts. 440-443 do CPC).²⁷²

Ao realizar a inspeção judicial, o juiz comporta-se como faz o homem comum, empregando no máximo as meras noções técnicas inerentes a sua cultura geral e valendo-se sempre de sua própria sensibilidade para, mediante a observação da pessoa ou coisa em exame, captar os elementos de interesse para o julgamento.

O conhecimento assim haurido é menos profundo que aquele obtido pela via da prova pericial, mas tem a vantagem da imedição entre o juiz e a fonte de prova, sem a participação de intermediários que nem sempre reproduzem com fidelidade as impressões recebidas.

A inspeção exige que o juiz se desloque de seu gabinete para ver de perto uma situação fática em discussão no processo. Essa prova deve ser produzida quando for necessária

²⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 97.

²⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova...*, cit., p. 801.

²⁷² Neste sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., p. 272.

para melhor verificação ou interpretação dos fatos, quando a coisa a ser inspecionada não puder ser apresentada em juízo ou quando a inspeção se constituir em reconstituição dos fatos.²⁷³

Neste diapasão, a *inspeção judicial* é o meio de prova que permite uma máxima imediação,²⁷⁴ permitindo uma completa interação do juiz com o seu objeto de análise. Pondera-se apenas que, na maioria dos casos, a interação será com uma *projeção* (uma representação presente do objeto analisado), pois o juiz não se deparará com o objeto como conformado quando do fato histórico.

No entanto, em que pese essa *máxima imediação*, o avanço tecnológico pode acarretar mazelas a este meio de prova.

Sem ambages, a tentação pela comodidade aliada à disponibilidade de recursos de transmissão remotada de informações podem reduzir a margem de imediação ostentada pela inspeção judicial. Para chegar a esta conclusão, basta pensar no juiz que, ao invés de se deslocar da sede do juízo ao local da *vistoria*, encaminha um serventuário da justiça, com um equipamento de transmissão, em tempo real, de sons e imagens, para que faça as vezes de seus *olhos* e *ouvidos*, mitigando voluntariamente a eficácia do meio de prova.

Tal quadro é ainda mais agravado quando, ao invés de uma ferramenta que transmita em tempo real, o serventuário *delegado* se equipa com instrumento de gravação sem transmissão, o que conferiria à inspeção um caráter histórico e não mais *imediato*.

Neste marco de ideias, deve-se consignar que o uso de recursos tecnológicos, numa tentativa de interação comunicacional, *nunca deve ser usado para diminuir a capacidade de imediação de um meio de prova*, devendo ser reservado à substituição de meio de prova que anulam ou restringem a imediação em maior grau.

Logo, sendo possível o contato direto e pessoal, o julgador não tem a faculdade de escolher (acesso ao) meio de prova de menor qualidade.

²⁷³ CALMON alega que, com o processo eletrônico, o juiz pode mandar instalar uma câmara de vídeo e assistir aos fatos em seu computador, pois as imagens lhe serão transmitidas pela internet. O auto circunstanciado da inspeção não seria mais necessário, pois no processo eletrônico se armazenam áudio e vídeo diretamente, sem qualquer transcrição. Aduz que filmagem poderá se constituir em uma nova forma de inspeção, menos onerosa, mas acessível e mais ágil. CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo..., cit., pp. 73-74.

²⁷⁴ No entanto, diante da rara utilização da inspeção, DINAMARCO chega a afirmar que a *imediação* entre o juiz e as fontes de prova só existe nas inquirições de partes e testemunhas. Neste sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 454.

2.3.5. Prova emprestada

A prova emprestada é meio de prova produzido em determinado processo e, posteriormente, transportado para outro processo, com o qual, guarde ou não conexão em relação ao fim perseguido. Essa transferência da prova se dá sob a forma documental.

A doutrina costuma elencar três condições para a admissibilidade da prova empresta, estando relacionadas: a) ao juiz competente processo de origem; b) a possibilidade de exercício do contraditório; e c) a identidade de objetos da prova em ambos processos.²⁷⁵

No entanto, há intensa divergência quanto a figura do juiz.

GRINOVER reputa ser necessário que o contraditório no processo originário tenha sido perante o *mesmo juiz*, que *também deve ser o juiz da segunda causa*:

*... isso porque, com visto, somente a presença concomitante do juiz e das partes pode dar validade à prova. Principalmente quando se trate de prova originariamente oral (interrogatório, depoimentos testemunhais), em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas, para poder valorá-las devidamente.*²⁷⁶

Esta orientação, como de fácil constatação, prestigia enormemente a imediação, mantendo a relação direta entre a testemunha e o juiz responsável pela prolação da sentença, ainda que relativa a outro processo.

Ocorre que, por seu turno, BADARÓ nega a identidade entre juízes, contendando-se com o atendimento a figura do *juiz natural*:

...Tal exigência não significa que, em ambos os processo, o juiz deve ser o mesmo. Não se trata de identidade física do juiz. O juiz natural, nesse contexto

²⁷⁵ Adicionalmente, BADARÓ acrescenta uma quarta condição, consistente em que o *âmbito de cognição do primeiro processo seja o mesmo do segundo processo* (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., p. 274).

²⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada, in: *O processo em evolução*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 59-60. Se o juiz do procedimento originário for o mesmo juiz do segundo procedimento, haverá uma melhor interrelação com os elementos de prova e, portanto, uma cognição mais aprofundada, o que representa a preservação da garantia da imparcialidade e de um julgamento justo. Curiosamente, omitindo a figura do juiz, RANGEL afirma que quando a prova (oral) emprestada for colhida em processo que não se desenvolva (ou se desenvolvido) entre as mesmas pessoas do processo de destino, o *juiz deve marcar audiência para a oitiva da mesma para que as partes possa contraditá-la, pois o contraditório que houve no processo original (de onde foi transferida) não foi entre as mesmas partes*. E finaliza indicando que, do contrário, *servirá apenas como indício* (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp.473-474).

*deve ser entendido como sinônimo de autoridade judiciária, isto é, um sujeito legalmente investido do poder jurisdicional.*²⁷⁷

O verdadeiro problema está no reconhecimento da eficácia da prova emprestada no processo que se encontra em curso, diante da corrente restritiva entendendo que o empréstimo da prova produzida em outro processo atenta contra o princípio da imediação e que, portanto, a prova deve ser produzida pelo juiz da causa, razão por que não se pode dar valor e eficácia a prova emprestada.

Evidentemente não se pode negar valor e eficácia à prova emprestada, que, contudo, deverá obedecer certas regras para que se efetive validamente. No processo originário a prova tem um valor, determinado pelas pessoas que lá litigaram e pelo objetivo a ser alcançado com a sentença judicial. No processo destinatário, onde se quer utilizar a prova emprestada, os objetivos podem ser outros e os litigantes podem ter outras pretensões diversas das deduzidas no processo originário. Com essa ótica é que deve ser examinada a pertinência e validade da prova emprestada.

*À objeção de que a prova emprestada feriria o princípio da imediação, pode-se responder que existem mitigações à incidência desse princípio com a produção de prova testemunhal por carta precatória ou carta de ordem, onde o juiz que colheu o depoimento não é o juiz da causa, além do fato de os juízes de segundo grau poderem ingressar diretamente no exame da prova sem que tivessem sido produzidas frente a eles. Nem por isso se nega eficácia às provas produzidas por precatórias ou carta de ordem.*²⁷⁸

No mesmo sentido, segue a lição de DINAMARCO, ao ensinar que nem a oralidade (que tem por corolário a *imediatidade entre o juiz e a prova*: realizada por um juiz e depois utilizada por outro, a prova emprestada seria a negação dessas idéias fundamentais) é um valor tão elevado em si mesmo, que pudesse ser usado como escudo contra legítimos expedientes destinados a assegurar o acesso a justiça. Ademais, comungando da mesma opinião de NERY JR., entende que também não há imediatidade entre o julgador e a prova no caso de testemunhas inquiridas ou perícias realizadas mediante carta precatória, ou quando a prova foi produzida por juiz incompetente e depois aproveitada pelo competente (CPC, art.

²⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., pp. 274-275. Também dispensando a identidade entre juízes: CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 246-247.

²⁷⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 155-156.

113, § 2º). E sentença: a *fragibilidade do princípio da oralidade perante o direito positivo tem por consequência a fragilidade da objeção na suposta pureza com que a lei brasileira o adotaria*.²⁷⁹

Procurando solucionar a controvérsia, BECHARA,²⁸⁰ lembrando que a prova emprestada, embora documentada nas cópias que são transportadas para outro procedimento, não se divorcia da fonte originária,²⁸¹ no que se refere à prova testemunhal, remarca que o contraditório deve ser *na* prova, e a prova emprestada somente poderá ser admitida se houver sido produzida em contraditório, com a participação da parte contra quem se pretende utilizá-la. A participação das partes no procedimento originário, na formação da prova testemunhal, de forma dialética, geraria a segurança de que o método de conhecimento utilizado foi o mais aprofundado possível e o menos arriscado a gerar uma situação de injustiça.

Ocorre que mesmo raciocínio não se aplica a incidência do princípio da imediação, diante da diversidade entre o juiz que produziu a prova e aquele responsável pela prolação da sentença.

Para CHINNICI,²⁸² tratando-se de atos estruturalmente escritos ou entregues ao suporte técnico, formado fora do processo, e como tal, fornecido ao juiz, não se põe um problema de formação na instrução.

Isto não significa que a prova perca sua eficácia probatória. Representa, no entanto, uma forte quebra ao modelo da imediação, constituindo, então – e como regra, exceutada nos casos de identidade de juiz –, como exceção, independentemente da natureza da prova trasladada.

²⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual...*, cit., pp. 598-599. Para o autor, prova emprestada encerra conceito elaborado na doutrina e tribunais sem qualquer previsão legal específica, consistindo em *traslados da documentação da prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional. Não se incluem no conceito de provas emprestadas as meras cópias de documentos existentes em outros autos, porque cada documento vale por si próprio e pela eficácia que tiver: a circunstância de já ter prestado utilidade em um processo não altera sua natureza nem influi em seu poder de convicção. Só as provas constituídas no processo são suscetíveis de autêntico empréstimo, a saber, a oral, a pericial e a inspeção judicial*.

²⁸⁰ BECHARA, Fabio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional...*, cit., pp. 109-110.

²⁸¹ De tal forma que se a prova originária for testemunhal, a prova emprestada será da mesma natureza, o mesmo ocorrendo em relação a prova documental. No mesmo sentido: CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. *Da prova no processo...*, cit., pp. 245-246.

²⁸² CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit., p. 245. Seguindo idêntico norte: DINACCI, *Giurisdizione penale...*, cit., pp. 177 e ss., para quem a *ratio* da imutabilidade do juiz não se encontra na garantia de identidade física do sujeito que conduz o procedimento e aquele que decide, mas na necessidade de uma relação direta entre juiz da decisão e as fontes de prova. Afirma que não haveria sentido pretender o respeito de tal regra nos casos em que o juiz se encontre avaliando, contudo, provas adquiridas por outros.

Em que pese as ponderações permitidas pelo tema, duas conclusões são necessárias: 1) a imediação só pode ser afastada quando acarreta prejuízo às partes e à atividade cognitiva ou quando sua execução é impossível; e 2) quando disponível a fonte da prova original, como regra, não deve ser permitida ao julgador a escolha de outra alternativa para a experiência comunicacional.

A prova emprestada, portanto, não pode servir à substituição da prova oral disponível e acessível pelo julgador, por importar sua *documentação* (entendida como transformação em documento escrito ou estático²⁸³).

2.4. Dinâmica da atividade probatória: colheita da prova, condução pelo juiz e audiência de instrução e julgamento

No processo penal brasileiro, por tradição histórica, a prova deve ser colhida pelo juiz, encontrando-se semeados pela lei processual, notadamente no procedimento probatório, dispositivos que garantem o princípio da imediatidade: a produção das provas, em regra, deve ser efetuada em audiência, em *contraditório judicial* (art. 155), proibindo-se a fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase preliminar (ressalvando-se as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas), a oitiva pessoal do perito em juízo (art. 159, § 5º, inciso I), a realização do interrogatório, *perante a autoridade judiciária*, no curso do processo (art. 185),²⁸⁴ a possibilidade de interação das partes (Ministério Público e defesa técnica no interrogatório – art. 188), ao dispor a forma como as perguntas serão realizadas no interrogatório do surdo, do mudo e do surdo-mudo (art. 192), o estabelecimento de intérprete para o acusado estrangeiro (art. 193), a oitiva do ofendido, por declarações (art. 201), estabelecendo expressamente a forma oral e individualizada para o depoimento (arts. 204 e 210), devendo o juiz se vincular as expressões usadas pela testemunha (art. 215), a possibilidade do juiz determinar o chamamento de testemunha referida (art. 209),

²⁸³ Ainda que o registro da prova seja feito por meio de suporte audiovisual no processo original, não seria possível sua aquisição enquanto a fonte de prova (pessoal) oral permaneça disponível, por não ser recomendável que os recursos tecnológicos importem em redução da imediação.

²⁸⁴ Assinale-se que os parágrafos do art. 185 do CPP apenas ratificam a pessoalidade do ato e a necessidade imediação na sua realização. No caso de réu preso, o § 1º, determina que juiz, Ministério Público e defensor do imputado compareçam pessoalmente ao estabelecimento em que estiver recolhido. E mesmo o caso excepcional do § 2º, quando se lança mão da ferramenta da videoconferência (*ou outro recurso tecnológico de transmissão e imagens*), preocupa-se o legislador com interação comunicacional, ao determinar que o recurso permita uma comunicação audiovisual *em tempo real*.

a determinação de formulação de perguntas diretas a testemunhas (art. 212), a possibilidade de deslocamento para oitiva de pessoas impossibilitadas de comparecer em juízo (art. 220), a possibilidade de utilização da videoconferência para a oitiva da testemunha que residir fora da comarca (art. 222, § 3º), a relação direta de interação estabelecida para o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 e 227), o *diálogo* estabelecido pela acareação (art. 229), bem como no *direito de presença*²⁸⁵ que assiste ao imputado.²⁸⁶

Inclusive para a segunda instância há previsão para o julgador reinquirir partes, testemunhas ou mesmo requisitar diligências, buscando a aproximação com a prova (art. 616, CPP).

Remarque-se, por oportuno, que as reformas impostas pelas Leis nº 11.689, de 9 de junho de 2008, e 11.719, de 20 de junho de 2008, ao Código de Processo Penal, consagraram a oralidade e a concentração dos atos probatórios em uma audiência única, prevendo que todas as provas serão produzidas em uma única audiência. E, deste modo, a reforma – ainda que implícita e involuntariamente – acabou por legitimar a *imedição* como postura primordial a ser adotada pelo juiz (e pelas partes) no contato com a prova. Tanto é assim que, no § 2º do art. 399 do CPP (incluído pela Lei nº 11.719/2008) estampou a fórmula do conhecido – mas até então ausente – princípio da identidade física do juiz: *o juiz que presidiu a instrução – e, portanto, teve contato direto com a prova ali produzida – deverá proferir a sentença*.

É certo que o código não dispõe que *apenas* as provas colhidas *oralmente* na instrução são utilizáveis. Ao contrário, admite todas as provas *legitimamente adquiridas* nessa fase.²⁸⁷ Da leitura sistemática das regras procedimentais e probatórias é que pode ser extraída

²⁸⁵ A *presença do acusado no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa. Estando na audiência, pode ele auxiliar o advogado nas reperguntas a serem dirigidas à testemunha ouvida. Por isso, em caso de acusado preso, este deve ser requisitado, ainda que a prova testemunhal seja colhida em precatória* (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal...*, cit., p. 82).

²⁸⁶ Pontos de destaque são, nos procedimentos estabelecidos pelo legislador (comuns ou especiais), o depoimento de testemunhas e o interrogatório do acusado, momento especial de efetivação da imediatidade, da aproximação entre o destinatário da prova e o fato.

²⁸⁷ Um grave problema, de magnitude constitucional, permanece no Código de Processo Penal, consistente na permissão, estabelecida pelo reformado art. 155, de utilização – ainda que subsidiária ou secundária, posto vedada a utilização em regime de exclusividade – de *elementos informativos colhidos na investigação, para fundamentação da decisão judicial*. Tal *brecha* acaba por atacar de maneira grave preceitos constitucionais (como o contraditório e a ampla defesa) e o princípio em estudo.

uma acentuada preferência do sistema pelas provas colhidas oralmente na instrução em juízo, sem desconsiderar as formas de aquisição de prova provas pré-constituídas.²⁸⁸

DALIA e FERRAIOLI lembram que o papel do juiz, na instrução, não é passivo, pois, ainda que dependa da iniciativa (probatória) das partes, durante a inquirição de testemunhas, peritos ou do próprio imputado tem o dever de intervir para assegurar a pertinência das perguntas, a genuidade das respostas (ressalvado, neste caso, em relação aos questionamentos autoincriminatórios), a lealdade da prova, a dimensão integral da ampla defesa (podendo declarar insuficiente ou inexistente a defesa realizada), e deve decidir imediatamente e sem formalidades as impugnações formuladas no curso da demanda.²⁸⁹

Esta *aproximação com a prova* (ou *interação comunicacional*) no processo penal tem a finalidade de formar a íntima convicção do juiz quanto a existência ou não do fato punível e da autoria ou participação da pessoa imputada, com todas as circunstâncias, tal e como aconteceu na realidade histórica anterior ao processo.²⁹⁰

Assim, fase instrutória do processo é essencialmente direcionada ao accertamento ou a definição dos fatos relevantes, pertinentes a decisão final sobre a demanda, a cargo do juiz da causa.²⁹¹ A instrução resulta, assim, no momento determinante para a hermenêutica dos fatos objeto da atuação judicial, representando a fase, também *cenograficamente*, mais interessante de todo o processo, pois é nela que se encontram a manifestação mais completa e as características típicas do *duelo judiciário*,²⁹² no qual se

²⁸⁸ TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 129. O predomínio da oralidade se traduz em que o processo culmina com uma audiência, na qual, em que pese sua eficácia (e desenvolvimento) se apoiar em atos previamente realizados por escrito – como a demanda, a resistência ou a recepção de determinados instrumentos de prova –, se formulam de viva voz as alegações e se praticam as provas. Neste sentido: GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M. La oralidade en la prueba pericial: el régimen de intervención del perito en juicio a la luz de la doctrina de las audiencias, in: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 199.

²⁸⁹ DALIA, Andrea Anonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 2006, pp. 658-659.

²⁹⁰ SUAU MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación....cit.*, p. 41.

²⁹¹ A luz da tradicional descrição silogística da decisão judicial, a fase instrutória seria destinada ao accertamento daquela que deverá ser a premissa menor do silogismo (que deverá ser confrontada com a premissa maior, entendida como a norma jurídica, para a obtenção da síntese, ou seja, a decisão final sobre o caso posto à apreciação do julgador).

²⁹² Expressão forjada por UBERTIS (UBERTIS, Giulio. *Vocabulo Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in: *Digesto delle discipline penali*. Vol. III, Torino: UTET, 1989, pp. 452 e ss.).

realiza o confronto paritário entre as partes contrapostas, em diálogo direto, segundo um paradigma de formas juridicamente disciplinado.²⁹³

Estruturalmente, a instrução se apresenta como a fase central do processo, composta por um complexo de atividades ordenadas cronologicamente, segundo uma sequência lógica, em fases sucessivas e coordenadas entre elas, sucedida por uma fase ulterior, lugar do desenvolvimento da atividade decisiva, que visa a definir o caso processual.²⁹⁴

Segue, ademais, que, pelas técnicas do exame direto (*direct determination*) e do exame cruzado (*cross examination*), introduzidas no processo penal pela Lei nº 11.690/08, confere-se dignidade legal ao princípio da oralidade e da imediatidade. Essa metodologia de acerto é portadora de vantagens fundamentais à realização da justiça, porque contribui para uma reconstrução dos fatos mais aproximada da realidade, uma vez que a inquirição sucessiva, pelas partes contrapostas, permite extrair do depoente um maior número de lembranças, além de esclarecer possíveis contradições.²⁹⁵

Note-se, neste particular, que a audiência direta e pessoal, com a participação (e sob a supervisão) das partes, permite ao juiz extrair vantagens dos elementos não-verbais na captação dos aspectos comunicacionais. No entanto, os exemplos usualmente lembrados, como o suor, *escape do olhar*, temor, reticências, rubor facial, em que pese serem dotados de peso suficiente para influenciar o julgador, podem conduzir a situações que não sejam racionalmente controláveis nem cientificamente comprovados, dando margem *ao senso comum com base em pré-conceitos de conteúdo duvidoso*. Máximas como *quem diz a verdade fala com segurança, quem mente fica corado, que não olha nos olhos está mentindo, quem permanece de braços cruzados mostra uma situação de animosidade ou resistência à comunicação com o interlocutor*, dentre outras, não podem ser usadas, por si sós, para justificar o convencimento judicial.

Tais sinais relacionados à credibilidade dos aspectos comunicativos não-verbais devem ser empregados justamente no momento da sua experiência para auxiliar na interação comunicacional realizada pelo juiz e pelas partes. Vale dizer, identificando algum dos sinais

²⁹³ CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit., p. 03.

²⁹⁴ CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit., p. 07.

²⁹⁵ CAMBI, Eduardo. *Cross examination: leitura cruzada do novo art. 212 do CPP para o processo civil*, in: *Revista jurídica Consulex*, nº 299, jun. 2009, Brasília: Consulex, p. 41: A *cross examination* está assentada no debate dialético entre as partes, promovendo, em maior grau, a garantia constitucional do contraditório.

que conduzem a máximas da experiência, devem juiz e partes *reforçarem os esforços indagativos*, aprofundando a experiência comunicativa com a fonte da prova.

Logo, se uma testemunha gagueja ou hesita ao ser questionada sobre determinado fato relacionado à questão de fundo, deve o inquiridor buscar descobrir a razão que conduziu àquela alteração sensória, reforçando o questionamento sobre o ponto (para fazer o teste de autenticidade da informação transmitida) ou sindicando eventual causa remota que funcione como estopim da reação do declarante.²⁹⁶

Relembre-se, por oportuno, que a imediação é uma *técnica de formação das provas, não um método para o convencimento do juiz*, gozando, portanto, de um *valor instrumental*.

Sem ambages, constitui instrumento destinado a alertar a parte, no exercício do direito ao confronto, para insistir em um ou outro ponto dos questionamentos (em verdadeiro *questionamento da percepção*) ou contentar-se com outros.²⁹⁷

Aqui cabe outra importante observação: a conformação apresentada para a atividade probatória que influenciará (n)a convicção do julgador, por exigir que a prova (de natureza pessoal) seja produzida sob sua direta e pessoal supervisão e interação, acaba por restringir o material que poderá ser *livremente ponderado*.

De fato, a necessidade de *produção judicial(izada) da prova*, observadas as garantias processuais, conduz a uma obrigatória exclusão do material que não atenda a esta característica.

Isto significa que toda a atividade realizada na fase preliminar da persecução penal, via de regra, não poderá *invadir* o campo cognitivo do julgador e, menos ainda, ser usado como forma de *justificação* das opções decisórias.

SCARANCE FERNANDES aponta, conforme regra geral dos procedimentos, a impossibilidade de avaliação como prova das diligências e atos realizados durante a investigação e a instrução provisória. Lembra, todavia, que a norma comporta exceções:

²⁹⁶ A mesma gagueira do exemplo usado pode revelar hesitação ou insegurança na resposta, o que abalaria a informação transmitida, mas pode também significar alguma dificuldade ou trauma pessoal experimentado pelo declarante em evento alheio àquele debatido em juízo, o que não altera o valor da sua declaração.

²⁹⁷ O confronto viabilizado pela imediação (quer por sua vertente de proximidade comunicacional, quer por seu aspecto de experiência sensória) permite (ou, ao menos, facilita) a identificação de *mentirosos convictos* ou *profissionais*, bem como daquelas – rotineiras – situações em que pessoa de boa índole *trava, bloqueia* ou *dá branco* somente pela sensação (ou pelo *desprazer*) de ter que comparecer a uma Delegacia de Polícia ou em uma audiência no Fórum.

b) os informes prestados por órgãos de polícia técnica ou por outros entes especializados, como os decorrentes de exames de datiloscopia, de identificação do suspeito ou de outra pessoa, de análise química, de balística, de croquis sobre o local do crime, somente constituem provas auxiliares, que devem ser submetidas a controle posterior das partes;

*c) têm valor de prova documental preconstituída os termos referentes às diligências objetivas, como as diligências de apreensão dos delinquentes em situação de flagrância ou quase flagrância, de recuperação dos produtos e instrumentos do crime, de encontro de armas, drogas, documentos, fotografias; devem ter valor probatório porque se tratam de diligências que, pela sua natureza, não pode ser praticadas diretamente na fase processual, nem podem ser reproduzidas em idênticas circunstâncias.*²⁹⁸

E prossegue o autor indicando, com acerto, mais um efeito relevante: *os autos do inquérito não devem ser juntados aos autos do processo, nem devem ser permitidas leituras dos termos referentes aos atos anteriormente realizados em julgamentos colegiados.*²⁹⁹

Os documentos que podem ingressar no processo (sem o efeito da imediação) devem ter sua justa natureza: prova documental. Não podem ser *documentos substitutivos da prova pessoal*, não se devendo admitir que a documentação do ato – em fase preliminar – venha a substituir sua produção pessoal e direta em audiência.

Assim, a necessidade de imediação (e de produção inferenciais justificadas com base no produzido em interação comunicacional) acaba por assegurar que a audiência não se

²⁹⁸ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento...*, cit., p. 165.

²⁹⁹ SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento...*, cit., pp. 165-166. Na realidade brasileira, em que o inquérito *instrui* a denúncia e, portanto, ganha acesso ao processo, expedientes como a *leitura de peças* da fase preliminar não são suscitados ou debatidos, bastando que o interessado retroceda ao *início* do processo e capte o material preliminar que reputar interessando, camuflando seu uso com *chaves argumentativas* do pior jaez, como a *prova do inquérito é corroborada pelo que se produziu em contraditório*. Esta preocupação conduziu à reforma do art. 466, § 1º, do CPP. Na sua redação original, permitia que as partes ou cada um dos jurados solicitasse, em seguida ao término do relatório referente a processo por crime doloso contra a vida, a *leitura de quaisquer peças do processo*, sendo tal expediente geralmente utilizado para uma simulada *oralização da atividade preliminar*, dando contornos de *prova* aos atos da investigação (e, em muitos casos, em detrimento da prova oral disponível para produção em Plenário). Em boa hora, portanto, o legislador, por meio da Lei nº 11.689/2008, ao reformar a parte procedimental do Código de Processo Penal, fez inserir no setor referente à instrução em Plenário, regra de *leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis* (cf. art. 473, § 3º, CPP). Tratam-se, de qualquer forma, de atividades probatórias com quebras ou diminuições de imediação, mas que garantem, pelo menos, o contraditório, posto produzidas sob o marco judicial. Reforce-se, ademais, que este sistema de garantia imposto da reforma, acaba sendo afrouxado pela própria atividade forense, como destacado com as situações de irrepetibilidade voluntária da prova testemunhal de vulneráveis.

transforme em uma *fantasia* ou *alegoria justificativa* de decisões já tomadas (ou formadas) pelo julgador, com base na atividade preliminar não submetida à tensão dialética.

Quanto às regras de interação comunicacional, cabe aqui um necessário interlúdio, para esclarecer o peso e dimensão conferidos à ferramenta da videoconferência.

A videoconferência, como se sabe, é um meio técnico que possibilita a comunicação de imagem e som em tempo real entre dois pontos distantes, criando uma *reunião virtual*, na qual a distância física deixa de ser um impedimento para a celebração de encontros, como se os participantes se encontrassem na mesma sala. É clara sua utilidade como meio de economia processual e de agilização das atuações.³⁰⁰

Na cola de MESQUITA, entende-se no esquema de imediação jurídico-processual atualmente em vigor, o contato com a fonte de prova integral, *além da relação presencial de partilha do espaço, a comunicação à distância através da videoconferência* (ou *teleconferência*, como prefere o autor),³⁰¹ numa espécie de *presença virtual*. Para tanto, o suporte comunicacional utilizado deve permitir a comunicação bidirecional e simultânea de imagem e som e a interação visual, auditiva e verbal entre duas pessoas ou grupo de pessoas geograficamente distantes, assegurando em todo caso a possibilidade de contradição das partes e a salvaguarda do direito de defesa.

³⁰⁰ GONZÁLEZ GARCIA, Jesús María. Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud, in: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 86.

³⁰¹ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 310. Como recordado pelo autor: *A teleconferência constitui um dos mecanismos na lei de proteção de testemunhas (arts. 2º, al. c), 5º e 6º da Lei 93/99), prescrevendo-se expressamente que a mesma satisfaça o princípio da imediação “para todos os efeitos” (art. 15º, dada a especialidade desse regime tal recurso pode compreender a ocultação do rosto e a distorção de voz (arts. 4º, 5º, 9º), devendo-se facultar ao tribunal “o acesso, em exclusivo, ao som e à imagem não distorcidos, se os meios técnicos disponíveis o permitirem” (art. 14º). Pelo que nos casos em que se recorre à teleconferência o tribunal persiste na plena liberdade de apreciação dos depoimentos. Fora desses casos especiais todas as categorias de fontes pessoais de prova, com exceção do arguido, podem ser ouvidas em teleconferência se residentes fora da comarca e reunidos um conjunto de requisitos (art. 318º) ou estiverem impossibilitados de comparecer na audiência (art. 319º). No processo civil onde, desde ALBERTO DOS REIS, a imediação é apresentada como princípio fundamental, o depoimento por teleconferência é admitido de forma genérica para peritos e testemunhas residentes fora da comarca e equiparado ao presencial. Cumpre assinalar que o uso da videoconferência potencializa a imediação judicial já que o órgão judicial que tenha que praticar qualquer diligência fora da sua sede já não se verá obrigado a delegar sua prática a outro órgão judicial, pelo que, mais que apresentar-se como um obstáculo à imediação, acaba por favorece-la. Em sentido contrário, GONZÁLEZ GARCIA, para quem a imediação exige, por definição, presença física perante o juiz, sem que o mero fato da presença virtual seja garantia equiparável a assistência pessoal das partes e terceiros perante o órgão judicial, como fonte de conhecimento antes de sua decisão. Sustenta que diante do avanço tecnológico atual, a prudência aconselharia restringir o uso da videoconferência aos termos atualmente aceitos e com as garantias da contradição, defesa e de autenticidade que requerem as atuações processuais (GONZÁLEZ GARCIA, Jesús María. Oralidad, intermediación..., cit., p. 88).*

Endossa-se a orientação que – a partir da regular previsão e regulamentação legal, feita no Brasil, de forma válida, a partir da Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009 – a previsão de interrogatório (art. 185, § 2º) e depoimentos (arts. 217 e 222, § 3º) por videoconferência vale, quando realizada, para todos os efeitos, como presencial se presencial fosse.

Frise-se, ademais, que a possibilidade da realização de videoconferência parece ser um passo positivo em direção a mútua cooperação jurídica: a) evita problemas com a prova obtida no exterior pelos tradicionais meios de mútua cooperação jurídica, por exemplo, livrando-se do princípio *locus regit actum*; b) fortalece a validade das declarações da testemunha, v.g., por assegurar o tradicional *princípio da oralidade* ou por permitir – embora de alguma forma limitado – o exame cruzado da testemunha.

Para além da utilidade destinada a atenuar a falta de imediação nos auxílios judiciais ou cooperações jurídicas, este recurso também tem sua utilidade para as hipóteses em que a confrontação visual entre vítima e acusado por atrapalhar a colheita da prova oral.

A luz das novas tecnológicas da informação e da comunicação, a doutrina aponta que os princípios do processo penal acusatório moderno, como a oralidade e a imediação, devem ser repensados para servir seus antigos propósitos de garantia do integral participação de todas as partes de um julgamento sob novas circunstâncias.³⁰²

Dentro do conceito amplo de imediação, no plano do contato direto com os sinais emitidos pela fonte de prova, a videoconferência, com observação contemporânea do emissor não se apresenta estruturalmente distinta do registro visual de um depoimento passado sem edição. As diferenças operam então ao nível da interação comunicacional, dos sujeitos processuais com a fonte de prova, tutelados pelo princípio do contraditório.³⁰³

2.5. Formas de registro das provas produzidas em audiência

³⁰² Neste sentido: GLEß, Sabine. Obtaining evidence abroad: mutual assistance and criminal procedure in EU member states at a crossroads, in: MILLER, Russell A.; ZUMBANSEN, Peer (ed.). *Annual of German & European law*. New York: Oxford: Berghahn Books, 2004, p. 75. (67-80)

³⁰³ Em passagem filosófica destinada a observação da postura humana, diante do avanço tecnológico, VIRILIO destaca: *se o conjunto é falso em sua simultaneidade, é verdadeiro quando as partes são observadas sucessivamente e é apenas esta verdade que importa, já que é ela que nós vemos e que nos atinge* (VIRILIO, Paul. *A máquina de visão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2002, p. 15. Tradução de Paulo Roberto Pires).

Tradicionalmente, o sistema criminal brasileiro impõe a escrita como modelo preferencial de registro dos autos processuais, inclusive quando estes atos surgem sob a forma oral, em uma completa deterpução da essência da atividade não-escrita.

Este modelo acarreta graves problemas, pois os registros, via de regra, são feitos por meio de *ditado* prestado pelo juiz a um secretário, comportando involuntariamente uma noção de *redução do que foi dito* (daí o perigo da expressão *reduzir a termo*), condensando a mensagem original sob a forma apreendida pelo seu destinatário: o juiz.

Logo, aquilo que vai para o registro (ata, assentada ou termo) não é mais o dado objetivo, mas a informação captada e já transformada pelo juiz.

Não suficiente, o sistema de registro escrito deixa de fora a maior vantagem das provas pessoais: o registro dos elementos não-verbais. E, ainda que o magistrado seja cuidadoso na redação do seu termo, nunca vai conseguir reportar com integral (nem aproximada) fidelidade do desenvolvimento fático do ato processual.

Assim, uma das grandes apostas da reforma do CPP de 2008/2009 e das Leis nº 11.719 e 11.900 foi a implementação das novas tecnologias da informação e da comunicação, como singulares coadjuvantes para a agilização da justiça penal (observadas as garantias referentes ao processo e ao imputado).

Trata-se de uma medida de prudência, dirigida antes de tudo a habilitar legalmente o uso das novas tecnologias da informação e comunicação, reconhecendo as dificuldades que disso derivam, não só no plano processual (sobretudo, na hora de dar garantias de constância aos atos orais praticados e de recepção dos documentos e escritos eletrônicos e informáticos ou de seu uso como meios probatórios), senão também na dotação de meios materiais aos órgãos jurisdicionais, defensores, membros do Ministério Público e, em geral, a todos os que queiram ou devam colocar-se em relação com a Administração da Justiça.

O art. 405, § 1º, do CPP (com a redação determinada pela Lei nº 11.719/2008), de acordo com a evolução tecnológica, permite (na verdade, *determina*) o abandono da arcaica necessidade de que o juiz documente em uma ata/assentada ou em um termo toda e qualquer das atuações processuais de caráter oral que se realizem nas audiências judiciais. Tal regra vem apenas reforçar a importância da oralidade para o sistema de colheita de provas pessoais

no ordenamento brasileiro,³⁰⁴ potencializando-a como princípio informador do processo penal: além de atualizar os rituais judiciais, em coerência com os avanços do tempo social, a determinação legislativa torna as audiências mais céleres e evita a incorreta, deturpada ou defeituosa reprodução/materialização da prova pessoal.

Os atos orais praticados em audiência devem ser registrados em suporte apto a gravação e reprodução do som e da imagem, sob a fé pública de um Serventuário da Justiça (a quem caberá a guarda das mídias onde forem gravados os atos).

A aplicação deste recurso implica verdadeira revolução em relação ao sistema tradicional de atas e termos escritos. Um dos grandes destaques, sem dúvida, é que a filmagem reflete com maior fidelidade e com maior exatidão do que a mera ata ditada pelo juiz e escrita por um serventuário, favorecendo-se com isso a atividade de formação do convencimento judicial – sempre posterior a realização da audiência –, assim como o controle pelas partes do juízo de fato e de direito realizado pelo julgador. Neste sentido, a documentação audiovisual das audiências permite um processamento mais fiel à realidade do acontecido.

Destaca-se, ainda, sua aptidão para dirimir eventuais corruptelas, pois o sistema é menos compatível com a infração da imediação judicial que o modelo tradicional de documentação por escrito através da ata ditada pelo juiz e redigida por serventuário: a filmagem impõe aos sujeitos do processo uma sadia construção/atividade para cumprir com as exigências derivadas da imediação judicial (e das demais garantias processuais), entre outros benefícios colaterais *a priori* inesperados.

Também costumam constar entre os benefícios derivados da filmagem e gravação das audiências sua contribuição à revisão das provas escritas e do juízo de fato do magistrado de primeiro grau por meio do recurso de apelação (o que será cuidado em capítulo próprio). O registro audiovisual constitui uma reprodução da audiência, que favorece o órgão revisor, também colocando-o em uma posição mais próxima a do juiz que presidiu o ato.

TARUFFO lembra, por outro turno, que as vantagens da gravação audiovisual da(s) audiência(s) em primeira instância podem interessar ao próprio órgão judicial *a quo*,

³⁰⁴ Dita regra, por outro lado, deve vir acompanhada por uma série de medidas, tanto materiais como humanas. Uma das medidas mais basilares é que as audiências devam ocorrer com suporte apto para a gravação e reprodução audiovisual. Neste particular, devem os operadores do Direito atentar para necessidade de observância da qualidade do material captado, haja vista que, além da esperada reprodução (em primeiro ou segundo grau, para análise da prova oral), eventualmente, os padrões vocais podem ser utilizados para confronto de voz, devendo, portanto, a colheita obedecer a padrões mínimos de qualidade.

pois, nos sistemas que não contemplam a identidade física do juiz (ou nos casos de exceção a este princípio), a prova oral reduzida a termo pode passar meses ou anos incorporada ao processo até ser apreciada por quem prolatará a decisão.³⁰⁵ E mesmo nos ordenamentos que contemplam a identidade física do juiz, a gravação pode servir de fator de suporte e reforço para as hipóteses em que o princípio da concentração (ou o da duração razoável do processo) não for seguido a risca.

Assim, o resultado da gravação como constatação material do acontecido na audiência constitui um elemento fundamental tanto para a decisão do órgão judicial como para as partes, permitindo a articulação do direito a revisar em segunda Instância um pronunciamento judicial contrário a seus interesses.³⁰⁶

A implementação de um sistema de registro audiovisual da instrução importa, portanto, na revisitação de cânones hermenêuticos apresentados para o trabalho até então desenvolvido na base de atas e registros manuscritos.³⁰⁷

No entanto, o sistema não está isento de problemas. O mais repetido na prática talvez seja a determinação das consequências dos defeitos nas gravações realizadas, que ocorre quando o sistema de gravação falha ou quando se danificam os suportes de gravação de forma irreversível.

Não existe regulamentação na lei brasileira para o caso de erro, destruição ou danificação da gravação audiovisual do ato, impedindo sua posterior reprodução (em primeira ou segunda instância). A perda deste suporte equivaleria a antiga danificação do processo (folhas perdidas ou deterioradas a ponto de tornar ilegível o registro), importando na consequente *restauração dos autos*. Assim, se não for possível obter uma cópia do registro audiovisual realizado, recomenda-se a renovação do ato processual.

³⁰⁵ TARUFFO, Michele. *Oralidad y escritura...*, cit., p. 256. Nos sistemas que adotam o modelo das atas ou termos, a apresentação oral da prova perde sua característica principal se não houver o imediato julgamento da causa após a colaboração das testemunhas, pois o juiz dos fatos forma sua própria impressão sobre os fatos em disputa mediante seu contato direto com a testemunha, reduzindo a termo apenas aquilo que apreendeu e achou relevante da prova oral presenciada.

³⁰⁶ ADÁN DOMÉNECH, Federic. Problemática judicial de la documentación de las actuaciones procesales orales, in: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. II. Valencia: Universitat de València, 2008, p. 42. Alerta o autor, todavia, que a gravação defeituosa pode vulnerar ou, pelo menos, coactar o direito de defesa da parte e impossibilitar a função revisora que caracteriza o recurso de apelação, impedindo que o Tribunal proceda a um novo exame das audiências realizadas em primeira instância.

³⁰⁷ AGHINA, Ernesto. Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processual e carenze organizzative, in: *Processo penale e giustizia*, n. 2, 2012, Roma: Dike Giuridica, p.101.

No entanto, existe a possibilidade de que, em alguns casos, o magistrado, a par de determinar a gravação audiovisual, também realize o termo escrito do mesmo ato. A jurisprudência espanhola é majoritariamente favorável a possibilidade de substituição da gravação danificada pelos termos escritos.³⁰⁸

³⁰⁸ Cf.: GONZÁLEZ GARCIA, Jesús María. *Oralidad, intermediación...*, cit., p. 89. Sem prejuízo, o autor enumera uma série de arestos que optam por declarar a nulidade do processo, na mesma hipótese, sob o argumento que os termos escritos não refletem a totalidade do acontecido no ato documentado. Revela, ainda, que a jurisprudência ainda não se pôs de acordo sobre se a gravação é um elemento constitutivo do ato, sem o qual o ato não existe, ou uma mera medida de constância do mesmo.

CAPÍTULO 3: IMEDIAÇÃO COMO FONTE DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

3.1. Imutabilidade como norma de reforço à imediação e à oralidade

Como já assentado ao longo destas páginas, *processo oral* é o sistema em que os atos processuais se realizam de modo a propiciar o contato direto e pessoal do juiz com as fontes de prova e com as alegações das partes, com vista à captação mais autêntica dos elementos com base nos quais julgará. Esse sistema é centrado na *opção pela palavra oral, na maior medida possível*.

No entanto, não só nisso consiste o sistema oral: gravitam em torno desse pólo metodológico outras características complementares, todas elas unificadas pelo objetivo comum de propiciar melhor contato do juiz com a causa.

Tais características são a *imediação* entre juiz, as partes e a prova, a *concentração* dos procedimentos, a *irrecorribilidade* das decisões interlocutórias e a *identidade física do juiz*. Retire-se uma delas e o sistema oral ficará descaracterizado.³⁰⁹

Na esteira de um cenário que remonta há longa data, mas ainda muito seguido, a questão relativa às conexões da natureza sistemática da imutabilidade do juiz é tradicionalmente resolvida pelo reconhecimento nesta última de nada mais do que um corolário, ou um atributo, do princípio da imediação. Colocado em uma perspectiva mais ampla, coincidente com o modelo de *processo oral*, o cânone da identidade física do juiz figura, como uma peça de um quebra-cabeça, como componente de um desenho unitário, destinado a exigir que a decisão final do juízo seja fruto da percepção direta da prova pelo órgão chamado a deliberar.³¹⁰

³⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 452-453. Esclarece o autor, em complemento, que a preponderância da palavra oral sobre a escrita não é e não deve ser tomada como um valor absoluto. Nenhum processo pode ser exclusivamente oral, porque ao menos a documentação dos atos realizados pela palavra falada é indispensável e a captação dos elementos de convicção mediante o sentido da audição é privativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição: os tribunais conhecem da prova, mesmo daquela produzida oralmente, apenas pela documentação constante dos autos. E pontuam que as provas técnicas (perícias) são quase sempre escritas. No mesmo sentido do exposto no texto principal, destacando que a oralidade e a imediação exigem a identidade física do juiz e que estes três princípios, por sua vez, não se explicam individualmente sem o outro: BOVINO, Alberto. *Princípios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 89.

³¹⁰ RENON, Paolo. *Mutamento del giudice...*, cit., pp. 10-11.

À base dessa reconstrução está a suposição de que entre a imutabilidade e a imediação haja uma relação de necessária implicação. Deve-se observar como uma real imediação não possa ser substancialmente senão pressupondo contextualmente uma necessária identidade entre o juiz da instrução e aquele da decisão.³¹¹

O princípio é chamado por alguns de *principio da imutabilidade*, e, por outros, de princípio da *identidade física do juiz da causa*. A disposição em tela, considerada no próprio núcleo essencial,³¹²⁻³¹³ postula a identidade física entre o juiz (entendido como o juiz individual no caso de órgãos monocráticos ou como o complexo de magistrados membros do colegiado, no caso de corpos constituídos por uma pluralidade de indivíduos³¹⁴) que decide e aquele diante do qual é desenvolvida a instrução.³¹⁵

³¹¹ Como asseverado por MAIER: *Estas reglas de principio carecerían de todo sentido si el fundamento de la sentencia no procediera únicamente de los actos válidamente incorporados al debate (base de la sentencia) y si no se dispusiera que los únicos jueces autorizados a dictar el fallo son los que lo presenciaron integramente (identidad física del juzgador). En efecto, se dispone la inmediación, concentración y continuidad del debate para posibilitar que intervengan en la solución del conflicto todos aquellos que poseen un interés legítimo en ella, con el fin de que controlen y usen los actos que darán fundamento a esa solución; de tal modo, esas reglas no se justificarían si la base de la sentencia estuviera proporcionada por otros actos, extraños al debate cumplido de esa forma. Idénticamente, esa forma de cuplirlo aparecería como una sinrazón si se autorizara a fallar a otros jueces que no presenciaron el debate. De allí que la única instancia sobre los hechos constituya una regla propia de este sistema y que, de autorizarse un recurso amplio contra la sentencia (apelación), que permita volver a examinar la conclusión fáctica del fallo, sea regla de principio la renovación del debate sobre los puntos que motivam el recurso. De allí, también, que no se pueda continuar el debate em ausência de un juez, caso en el cual se suspende la audiencia, y que se deba renovar el debate cuando uno o varios de los jueces que integran el tribunal de fallo se incapacitan, al putmo de no poder continuar, o fallecen (MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal...*, cit., pp. 659-660).*

³¹² MASSA alegava que a imutabilidade do juiz responsável pela colheita da prova representa é a principal manifestação do princípio da imediação. A este respeito, é significativo que a tese da absoluta atribuição da imutabilidade no âmbito da imediação encontre reconhecimento, ainda a nível terminológico, posto que, referindo-se à imutabilidade do juiz, costuma-se falar de *imediação compreendida em sentido espacial* (MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio penal di primo grado*. Milano: Giuffrè, 1968, p. 278).

³¹³ BADARÓ esclarece que a regra da identidade física do juiz está fortemente ligada à garantia do juiz natural, embora uma possa subsistir sem a outra. É possível que haja necessidade de que a competência do juiz seja previamente definida por lei, inclusive no que respeita ao juiz que, individualmente, será o competente para julgar o feito, mas se admita que, definido o juiz competente, possa haver alteração da pessoa que irá sentenciar. O órgão competente continuará o mesmo, mas a pessoa do juiz terá variado ao longo do processo. Por outro lado, é possível que se admita variações das regras de competência, inclusive com alteração do juiz competente ao longo do processo, mas que a partir de um determinado momento, por exemplo, o término da instrução, o juiz que pessoalmente irá julgar o feito está determinado (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural...*, cit., pp. 239-240).

³¹⁴ CHINNICI aponta que um dos corolários do princípio de oralidade-imediação, sobre a imutabilidade do juiz da instrução probatória, é a proibição da delegação dos atos instrutórios. No entanto, são previstas hipóteses taxativas de exceção e limitadas ao cumprimento da atividade estritamente necessária ao auxílio delegado (CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit., p. 07, nota 15). Lembrando que a identidade física está estritamente vinculada ao princípio da imediação e opera plenamente durante a fase processual, BOVINO assevera que o princípio exige que só participem da deliberação e da prolação da sentença os mesmos juízes que intervieram no debate. Uma vez iniciada a instrução, os juízes iniciais não podem ser substituídos por outros (que não acompanharam a atividade probatória desde o início), sob pena de nulidade (BOVINO, Alberto. *Princípios*

Como observado por CALAMANDREI, onde o processo se desenvolve de forma dialógica e o convencimento do juiz se forma progressivamente através o contato pessoal que ele tem com as partes e com as testemunhas, qualquer mudança que aconteça na pessoa do julgador durante o curso do processo, destruiria as vantagens da imediação.³¹⁶

A afirmação da não substituíbilidade do juiz da instrução resulta meramente instrumental, garantindo a efetividade do princípio da imediação (e, portanto, de um melhor acesso à prova pessoal).³¹⁷ Ou seja, caso se separe o cânone da oralidade-imediação da regra da imutabilidade do juiz, assegurando, de um lado, o contato direto entre a aquisição das fontes de prova e o juiz que participa da instrução, mas, permitindo-se, por outro lado, que um outro juiz emitisse a decisão, sobre a base de um saber probatório em cuja formação o mesmo permaneceu alheio, isso neutralizaria especificamente o princípio da oralidade-imediação.

Em que pese o quase silêncio do legislador criminal, a *identidade física do juiz* é imposta com algum rigor pela lei brasileira, embora sem rigidez absoluta. O juiz que se desliga do órgão pelo qual flui o processo desvincula-se deste ainda quando haja tomado pessoalmente toda a prova oral (art. 132 do CPC), o que significa que outro juiz pronunciará a sentença (e sem a renovação da instrução probatória, nenhuma das vantagens do sistema oral se obtém).³¹⁸

políticos..., p. 88). O autor destaca como exceção à regra explanada a possibilidade de substituição de um juiz que se encontre impedido de prosseguir na instrução (e prolação da sentença), desde que observada a condição de que o magistrado substituto tenha sido designado com anterioridade à abertura da instrução e que tenha assistido a todas as eventuais audiências realizadas..

³¹⁵ Neste sentido: CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profilo istituzionale*. 3ª ed. Torino: UTET, 2007, pp. 417-418.

³¹⁶ CALAMANDREI, Piero. Vocábulo *Oralità nel processo*, in: *Nuovo Dig. it.*, vol. IX, 1939, p. 179. No mesmo sentido seguem os ensinamentos de CHINNICI, ao destacar que, sem a afirmação da regra da identidade física do juiz a imediação restaria como um enunciado estéril, destinada a ser relegada no leito de petições abstratas, e como tal, inútil (CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit., p. 07.).

³¹⁷ RENON argumenta que a necessidade de imutabilidade do órgão judicante longe de ser capaz de ser lido apenas como um apêndice do princípio da imediação, revela, na verdade, um peso maior (RENON, Paolo. *Mutamento del giudice...*, cit., pp. 30-31). No entanto, é evidente que o princípio da imutabilidade do juiz, como corolário do princípio da oralidade e da imediação do processo, não parece explicação direta do direito de defesa e direito de ser ouvido destacando-se como um método simples de obtenção de provas, não reforçados por qualquer cobertura constitucional, porque sujeita a muitas exceções no Código de Processo Penal (ANDOLINA, Elena Augusta. *Gli atti anterior...*, cit., p. 95).

³¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito...*, cit. Vol. II, pp. 454-455.

E não se deve descurar que a rotação das pessoas físicas que compõem os órgãos judicantes constitui uma hipótese ordinária e ainda se verifica muitas vezes no curso de uma longa (e fracionada) instrução.³¹⁹

A identidade física do juiz, no entanto, deve ser considerada uma condição de validade do julgamento.³²⁰⁻³²¹

Seguindo este norte, na Itália, uma abordagem mais garantista foi assumida pela Corte Constitucional, que, chamada em várias ocasiões para se pronunciar sobre a delicada matéria, esclareceu recentemente e com certa ousadia, que o princípio da imediação garante o *direito à obtenção de provas perante o juiz chamado a decidir*.

Assim, por meio da Sentença nº 205, de 10 de junho de 2010, a Corte Constitucional afirmou *ex professo* que tal garantia individual se une, ao menos quando atinente ao imputado, à garantia prevista no art. 111, § 3º, da Constituição italiana, na parte em que reconhece a tal sujeito a faculdade, *diante do juiz*, de interrogar ou fazer interrogar as pessoas que prestam declarações em seu desfavor e de obter a convocação e o interrogatório de pessoas em sua defesa, nas mesmas condições da acusação.³²²

Note-se, neste particular, uma questão usualmente olvidada pela doutrina no que pertine ao tema *imutabilidade*: a troca do representante do Ministério Público (ou mesmo sua atuação coletiva) ou do defensor não altera a ideia da imediação.³²³

³¹⁹ Como nos casos de enfermidade, transferência (voluntária ou compulsória), maternidade, férias, promoções etc., o que pode ser verificado, também, nos casos de designações temporárias para composição de órgãos de execução, caso a instrução não se encerre no curso da lotação.

³²⁰ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal...*, cit., p. 774. Destacam TONINI e CONTI, na experiência italiana, que a tal princípio o ordenamento atribuiu uma relevância tão intensa que o preserva com uma única nulidade especial, expressamente definida como absoluta pelo Código. Trata-se, de outra forma, de natural corolário do próprio princípio da concentração da instrução (TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012, p. 488). Em outro âmbito, a previsão da regra da identidade física do juiz pode acabar sendo contestada em termos de razoabilidade, em um sistema no qual o grau de efetiva implementação do princípio da imediação resulte fortemente prejudicado por um regime probatório que admita uma ampla utilização na instrução em juízo de provas pré-constituídas.

³²¹ Porém, raciocinando com base nesta lógica, mas voltado à aplicação prática concreta, seria possível justificar a *aplicação falha* da regra da necessária coincidência entre juiz da instrução e juiz da decisão se, neste caso, a audiência preliminar for reduzida à aquisição de provas documentais (RENON, Paolo. *Mutamento del giudice...*, cit. p. 20, nota 44).

³²² Neste ponto, autores indicam que a Corte Constitucional redimensionou o valor do princípio da duração razoável do processo, em relação ao tema debatido. De um lado, afirmou que tal cânone deve ser temperado com um complexo de outras garantias constitucionais relevantes para o processo penal. De outro lado, excluiu que na matéria em exame a violação do parâmetro de *tempo razoável* possa determinar um choque com os ditames da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Por todos: TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove...*, cit., p. 493.

³²³ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal...*, cit., p. 657.

No Brasil, até 2008, a legislação criminal aceitava – com todas suas consequências – a possibilidade de troca do juiz ao longo do processo, de modo que a imediação não era princípio informador, nem requisito que se referia à validade dos atos de prova.

No entanto, a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, alterou o Código de Processo Penal na parte referente aos procedimentos, incluindo no art. 399, um segundo parágrafo, que dispõe que o *juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença*.

*Com as mudanças operadas pela Lei n.º 11.719/2008, o novo § 2.º do art. 399 do CPP passou a prever a identidade física do juiz. A mesma lei também reformou o procedimento comum ordinário e sumário, que passaram a se desenvolver em audiência una, de instrução, debates e julgamento (CPP, art. 400, caput, e art. 531) e, portanto, com concentração. Além disso, a nova redação do art. 155, caput, dada pela Lei n.º 11.690/2008, deixou claro que a prova a ser valorada pelo juiz é aquela produzida em contraditório, o que fortalece a regra da imediatidade. Houve, pois, um reforço geral do sistema da oralidade.*³²⁴

O primeiro passo dado pelo legislador criminal, no entanto, foi suficiente apenas para enunciar a garantia, que continua dependente de complementação. Assim, diante do silêncio legislativo, aplica-se a regra do art. 3º do CPP, com remessa da questão ao Código de Processo Civil, que regula – também de maneira incompleta – a matéria art. 132, quando diz que o *magistrado que concluir a audiência julgará a lide*, dispondo, na sequência, as exceções à regra.

No Código de Processo Civil de 1939, antecedido que foi de prolongado e ruidoso debate sobre a oralidade, ficou plasmado o princípio com requintes e exageros (art. 120), pois o juiz que iniciasse a instrução deveria decidir, ainda quando transferido, promovido ou aposentado, exceto se a jubilação tivesse motivação na capacidade física ou mental. Mesmo o substituído prorrogava a sua competência, paralelamente ao juiz efetivo, para concluir os feitos que tivesse instruído em audiência. Previa, igualmente, a possibilidade de repetição das provas orais, pelo juiz substituto, no caso de substituição por falecimento (art. 120, parágrafo único). Tanta minudência e rigor findaram por trazer

³²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural...*, cit., p. 242.

*embaraços, impor sérios entraves técnicos e receber críticas, que seriam acolhidas na nova legislação processual.*³²⁵

Observados os defeitos anteriores, em parte abrandados pela jurisprudência, o Código de Processo Civil de 1973 preservou o princípio (art. 132), mas foi maleável no caso de transferência, promoção ou aposentadoria, permitindo a repetição de provas pelo novo magistrado, *quando necessárias*.

A redação de 1973 vigeu até 1993, impondo ao juiz que conclui a audiência o julgamento da demanda, quando teve nova forma (Lei nº 8.637/93), ampliando as exceções para o caso de convocação, licença, afastamento motivado.

Controversa era a hipótese de transferência após a conclusão da instrução, quando, pela observância do princípio, deveria o juiz ditar a sentença antes da mudança, embora a transferência se inclua na previsão de *afastamento por qualquer motivo*.

Neste particular, acompanha-se o entendimento de BADARÓ ao assentar que quando o legislador lançou a expressão *juiz que presidiu a instrução*, a interpretação a ser conferida à previsão (pelo menos a doutrinária) deve ser entendida como a previsão de que *toda a instrução deve se desenvolver perante um único juiz*, que deverá ser o mesmo que sentenciará o feito. Quando a concentração se realizar na forma de sessões consecutivas, o princípio da oralidade exigirá que se mantenha a identidade física do juiz durante todas as sessões de julgamento, porque senão o ocorrido perante o primeiro juiz chegaria ao conhecimento do segundo somente através das peças escritas dos autos.³²⁶

Esta, aliás, é a determinação legal na Alemanha, pois, pelo princípio da imediação (*Unmittelbarkeitsgrundsatz*) o julgador deva estar presente durante toda a instrução (§ 226 StPO).

Pode ser acolhido como exceção ao princípio, isto é, desvinculando o juiz da obrigação de sentenciar, por exemplo, as férias do juiz titular e toda gama de inversões e alterações no *iter* instrutório, seja nos procedimentos cautelares – com a colheita antecipada de provas –, seja nos procedimentos especiais com presença de audiências de justificação prévia

³²⁵ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 1. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 403.

³²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural...*, cit., pp. 242-243.

ou nos procedimentos incidentais, com instrução extraordinária – falsidade documental ou exibição de documento ou coisa.³²⁷

Ainda na esteira dos ensinamentos da BADARÓ, conclui-se que seria praticamente impossível adotar a regra da identidade física do juiz em caráter absoluto e inquebrantável,³²⁸ havendo necessidade de previsão (legal) de situações excepcionais que permitam a transferência do julgamento a outro magistrado.

3.2. Imutabilidade e consequências quanto à sua inobservância: a questão da renovação da instrução probatória na experiência italiana

Com a Sentença nº 205/2010, a Corte Constitucional italiana declarou manifestamente infundada a questão da constitucionalidade do art. 525, § 2º, CPP daquele país, arguida em referência aos arts. 3º, 101 e 111 da Constituição italiana, *na medida em que prevê que as deliberações devem competir, sob pena de nulidade absoluta, aos juízes que participaram da instrução probatória*.

A questão foi suscitada no âmbito de um processo em que uma parte da audiência de instrução probatória, consistia na aplicação de alguns textos, foi concluída diante de outro juiz (pessoa física). Em seguida, contra o consentimento do Ministério Público para o uso das provas já tomada nos termos do art. 511 do CPP, a defesa pediu que a instrução fosse renovada, em conformidade com o art. 525, 2º, CPP. O juiz *a quo*, considerando relevante a questão e não manifestamente infundadas as dúvidas sobre sua legitimidade constitucional, levantou a questão perante a Corte Constitucional. Em particular, as queixas referentes a disciplina da forma de renovação da instrução após a mudança do juiz (pessoa física), como resultado, à luz da interpretação aceita pelas Seções Unidas da Corte de Cassação do art. 525, § 2º, CPP.

O princípio da imutabilidade do juiz, tal como estabelecido pela norma impugnada, impõe o dever de renovação integral do debate cada vez que há uma mudança na pessoa do juiz singular ou na composição do colegiado. É necessário salientar que tal regra no processo penal constitui um dos perfis do direito à prova, ferramenta necessária do direito de

³²⁷ GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade...*, cit., p. 68.

³²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural...*, cit., pp. 245.

ação e defesa, que permite o reconhecimento do longo arco de todo o complexo procedimento probatório, tais como o direito à busca de provas, a sua introdução no processo, à participação direta na sua aquisição perante o juiz independente e imparcial, e, por último, com a sua avaliação para a decisão por parte deste mesmo juiz. É uma regra, portanto, que constitui um dos aspectos essenciais do modelo de processo acusatório, expresso pelo vigente Código de Processo Penal, cuja inobservância é seguida da máxima sanção processual: a nulidade absoluta.³²⁹

À luz deste princípio, os registros das provas recolhidas em uma fase anterior diante de um juiz diverso daquele que prolatará a decisão, podem ser utilizados para a decisão – por meio do instrumento da leitura – apenas e exclusivamente em hipóteses residuais em que não seja possível (por vontade das partes ou então por superveniente impossibilidade) proceder à renovação da inquirição da pessoa que tenha prestado as declarações registadas.³³⁰ Em linhas gerais, portanto, dado o princípio da imutabilidade do juiz, que exige a identidade do juiz que adquire as provas e o juiz decide, deve-se sempre se proceder à retomada da prova declarativa, a menos que concorram os casos excepcionais, em que seja possível a leitura dos registros anteriores.

³²⁹ Cumpre assinalar que, na Alemanha, o princípio da imediação (*Unmittelbarkeitsgrundsatz*), conforme disposto na lei instrumental penal, demanda que o juiz obtenha a mais direta e imediata impressão sobre os fatos analisados (§ 261 StPO), acarretando, primeiro, que o julgador deva estar presente durante toda a instrução (§ 226 StPO). Se qualquer juiz não puder continuar presente ao julgamento, ele não poderá ser substituído por outro que não tenha estado desde o início: neste caso, a instrução inteira deverá ser repetida. Assim, em grandes julgamentos, os chamados *juízes substitutos* (*Ergänzungsrichter*) são nomeados desde o início (§ 192 II GVG) e podem substituir um colega que se torne indisponível.

³³⁰ RENON lembra que os magistrados do *Palazzo della Consulta* foram chamados diversas vezes nestes últimos anos a pronunciar-se sobre a razoabilidade das disposições que hoje regulam o fenômeno da renovação da instrução em razão da mudança do juiz, e, em particular, a dinâmica probatória a ele conexas. Trata-se de situação na qual a imediação, como exigência de um contato direto entre a prova e o juiz que deverá avaliá-la, vem a jogo sob dois diferentes perfis: de um lado, no tocante à questão da inutilizabilidade, na instrução diante do novo juiz, do material probatório formado diante daquele inicialmente encarregado; do outro, no tocante ao tema da admissibilidade da renovação da instrução probatória diante do juiz sucessor. Significativas foram as respostas dadas, em ambas questões, pela Corte Constitucional. Em relação ao primeiro dos dois problemas-chave, tem repetidamente reconhecido que a prova reunidas diante do juiz originariamente constituído conversam, mesmo após a renovação da instrução, o *caráter de atividade legitimamente realizada*. Nada obsta, portanto, a possibilidade que as atas e termos venham a ser adquiridas (na forma do art. 511 do CPP italiano) mediante leitura durante a nova instrução, e sejam sucessivamente utilizados com vistas à deliberação da sentença. Neste ponto, portanto, não parecem ter encontrado crédito em consideração do juiz das leis do ponto de vista oposto, segundo o qual, em virtude da sucedida constitucionalização do princípio da imediação como uma característica fundamental do devido processo legal, as atividades realizadas na presença de um juiz diferente do encarregado, então, a decisão deve ser considerada *tamquam non essent* (como se não existisse). (RENON, Paolo. *Mutamento del giudice...*, cit., pp. 64-65).

A previsão de proceder à nova colheita da prova no caso de mudança do juiz, imposta nas hipóteses em que a parte assim requeira, reflete plenamente à necessidade de implementar os princípios da oralidade e da imediação, que inspiraram o vigente ordenamento processual penal.

A obrigação de renovação da instrução, no caso de mudança da pessoa física do juiz, não torna inutilizável a atividade probatória eventualmente realizada em caso de impossibilidade de repetição da mesma, haja vista que esta poderá ser obtida por meio do instrumento previsto no art. 511 do CPP, em tema de leitura dos atos contidos no processo.³³¹

O art. 525, § 2º, CPP, não viola o princípio da sujeição do juiz unicamente à lei (art. 101 da Constituição), já que a regra da imutabilidade do juiz visa à tutela de um valor diverso, qual seja, da imediação. A *ratio* justificante da renovação da prova não se refere a uma alegadamente incompleta ou inadequada obtenção original dessa prova, mas baseia-se na necessidade de se manter uma relação diversificada e direta entre o juiz e prova, particularmente a declarativa, não garantida pela simples leitura dos registros: vale dizer, a direta percepção, por parte do juiz que irá decidir, da prova no momento da sua formação, de modo a ser capaz de reunir todos os recursos expressivos, mesmo os de caráter não-verbal, especialmente produzidos pelo método dialético de inquirição; características que podem ser úteis para o juízo de confiabilidade do resultado probatório, para que possam levar plenamente em conta as razões (no momento da motivação), nos termos do disposto no art. 546, § 1º, alínea “e”, do CPP.

Quanto à razoável duração do processo, nos termos do art. 111, § 2º, da Constituição italiana, a Corte Constitucional apontou que este princípio deve ser ponderado à

³³¹ No caso de mudança do juiz, os registros da precedente instrução continuam a fazer parte do processo para o julgamento. Todavia, segundo a Corte Constitucional (italiana), não é possível abrir espaço diretamente para sua leitura, haja vista a necessidade de tutelar o direito à prova devido às partes. Assim, se diante do novo juiz uma das partes requesta a realização da colheita de depoimento (oral) de uma testemunha, e esta colheita ainda é possível, deve-se proceder novamente à *cross examination* e a leitura das declarações anteriores (já registradas) pode ser realizada após o seu adimplemento (regra do art. 511, § 2º, CPP Italiano). Na prática, no entanto, se procede logo à leitura do registro, caso haja consenso das partes. É desnecessário salientar que a renovação do exame oral é considerada legítima mesmo quando o declarante apenas refere-se *per relacionem* exigem às declarações anteriormente feitas. TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove...*, cit., p. 490. Ademais, são hipóteses que limitam a renovação do depoimento os casos envolvendo *criminalidade organizada*, *crimes sexuais contra crianças e adolescentes* e para contornar o *perigo do desgaste das fontes débeis* e de *possível intimidação*. Nestes casos, a nova inquirição da testemunha é prevista apenas em circunstâncias de absoluta necessidade, deduzida pela parte e avaliada pelo juiz (neste sentido: SCHITTAR, Domenico Carponi. Vulnerabilità: chi e come, in: *Il testimone vulnerabile*. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 75 e ss.).

luz da mesma referência ao conceito de *razoabilidade*, que aparece na fórmula legislativa, com o complexo de outras garantias constitucionais, relevantes no processo penal.

Como resultado, a necessidade de renovar as provas recolhidas na plenitude do contraditório não constitui violação do princípio da duração razoável do processo, mas uma expressão do direito de obtenção da prova diante do juiz chamado a decidir. Esta garantia está ligada, pelo menos em relação ao acusado, ainda à garantia prevista no artigo. 111, § 3º, da Constituição italiana, na parte em que reconhece à pessoa acusada de um crime a faculdade, diante do juiz, de interrogar ou fazer interrogar as pessoas que fazem declarações contra ele e de obter a convocação e o interrogatório de pessoas em sua defesa, sob as mesmas condições que a acusação.

Como decidido também pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos³³², a possibilidade do acusado de confrontar as testemunhas na presença do juiz que decidirá sobre o mérito das acusações constitui uma garantia de um julgamento justo, pois permite ao juiz formar seu convencimento sobre a credibilidade das testemunhas com base na observação direta do seu comportamento, com a consequência de que qualquer alteração na composição do órgão judicial deve incluir, como uma regra, uma nova audiência das testemunhas cujas declarações podem parecer ser decisivas para o resultado do processo.

Logo, o princípio da duração razoável do processo art. 111, § 2º, da Constituição italiana, deve ser equilibrado com todas as outras garantias constitucionais, relevantes no processo penal.

Partindo-se da premissa que uma implementação plena do cânone do contraditório na formação da prova (pessoal) exige como ineludível pressuposto o respeito à oralidade e à imediação, acredita-se que a mudança do juiz, muitas vezes imposta por meras necessidades organizacionais, não persegue o fim do accertamento (verificação) dos fatos, mas, antes, pode obstaculizar tal finalidade.

Neste passo, a necessidade de garantir totalmente o direito à prova e o princípio do contraditório impõe a renovação da instrução sempre que ocorra mudança na composição do órgão judicante (singular ou colegiado). Ainda que a Constituição não reconheça

³³² Neste sentido: TEDH, Sentença de 27 de setembro de 2007, Caso Reiner e outros c. Romênia; TEDH, Sentença de 30 de novembro de 2006, Caso Grecu c. Romênia; TEDH, Sentença de 10 de fevereiro de 2005, Caso Graviano c. Itália; TEDH, Sentença de 04 de dezembro de 2003, Caso Milan c. Itália; TEDH, Sentença de 09 de julho de 2002, Caso P. K. C. Finlândia.

expressamente o princípio da imediação, ele constitui um corolário de seus cânones, os quais reclamam que as provas se formem em frente ao juiz chamado a avaliá-la.

Quem vai julgar deve ter a oportunidade de avaliar completamente todas as provas, compreendendo todas suas facetas, também metalinguística, conservando vívida a impressão recebida.

As exceções a este princípio são permitidas somente na presença de interesses de igual importância/relevância, normalmente não detectadas nos requisitos organizacionais que determinam a rotação ou o revezamento das pessoas chamadas para compor os órgãos judiciais.³³³

Deve-se, no entanto, ter em mente que – em tais circunstâncias – nem mesmo a previsão da integral renovação resultaria idônea a garantir uma plena *restitutio in integrum*, pois a prova (especialmente aquela testemunhal) é um ato tendencialmente irrepetível (*esperienza sensorial única*). Resulta impossível proceder diversas vezes à aplicação da mesma fonte com resultados idênticos em razão da perda do efeito surpresa, que constitui um traço constitutivo do exame cruzado, bem como em decorrência das falhas inerentes ao método de reprodução humano de acontecimentos.³³⁴

Por outro lado, costuma-se argumentar que a renovação da instrução penaliza gravemente o princípio da duração razoável do processo, abrindo caminho para a prescrição do fato. Além disso, deve ser considerado o dispêndio de recursos econômicos referentes à reiteração de longas e complexas instruções probatórias, às vezes heurísticamente inúteis em relação às aquisições já feitas antes da mudança de juiz e manipulado pela defesa com intenção meramente dilatória. Neste particular, TONINI e CONTI destacam que na jurisprudência italiana não faltam tentativas de limitar a garantia, com a finalidade de fazer prevalecer a eficiência processual e de evitar alegados abusos do direito de defesa discerníveis no pedido de renovação das provas orais, proposto com o fim meramente protelatório.³³⁵

A renovação não deve ser entendida da mesma maneira que uma simples regressão: considerado em seu aspecto funcional, serve para garantir a máxima reintegração

³³³ TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove...*, cit., p. 489.

³³⁴ TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove...*, cit., pp. 489-490.

³³⁵ TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto delle prove...*, cit., p. 492. Prosseguem os autores afirmando que, em tais casos, não seria possível argumentar com a idéia de abuso processual, uma vez que o direito à renovação da prova oral vem reconhecido como forma de remediar uma lesão do direito de defesa, verificada pela mudança da composição do órgão julgante.

possível para todos aqueles que participaram do processo. Portanto, aquela parte que, na precedente instrução probatória, havia obtido resultados úteis da execução de um testemunho indicado por outra parte, deve ter a possibilidade de fazer escutar *a viva voce* perante o novo juiz tal fonte. Uma interpretação diferente acabaria por burlar o princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez introduzida no processo, as provas ficam além da disponibilidade de quem as introduziu.

No ordenamento brasileiro, o Código de Processo Civil prevê uma faculdade no art. 132, parágrafo único: *a possibilidade de renovação da instrução*.

Na Itália, todavia, a disposição que traduz o princípio da imutabilidade do órgão judicante está consagrada, *sob pena de nulidade*.

A frequente rotatividade dos juízes criminais nas designações e titularidades *importa no enfrentamento periódico* do problema da renovação integral da instrução cada vez que há uma mudança na pessoa física do juiz singular ou na composição do colegiado.³³⁶

O problema pode ser determinado (e por períodos diversificados) por uma pluralidade de hipóteses: doença, morte, transferência (voluntária ou imposta) para outro órgão, maternidade, férias, nomeação em cargos administrativos (dentro ou fora da estrutura do órgão principal), promoção, frequência de curso com afastamento da função etc.

Assim, ainda que os dados estatísticos sobre a mobilidade *fisiológica* decorrentes das transferências verticais ou horizontais dos juízes resulte apenas modestamente incrementado pela mudança de funções devido às regras mais rígidas previstas pelos regramentos internos de cada Tribunal (maior prazo de lotação antes de eventual remoção, enxugamento da máquina administrativa de cada Corte, com menos afastamentos etc.), é compreensível que a mudança do órgão judicial, concebido pelo legislador como fenômeno excepcional, mostre, ao contrário, ter um impacto significativo na prática.³³⁷

O atraso derivado na definição dos juízes, com consequentes reflexos sobre o fluxo dos prazos prescricionais e das custódias cautelares, combinado com os custos materiais para notificações e mobilização de pessoal e os outros encargos para as testemunhas,

³³⁶ AGHINA, Ernesto. Gli effetti del mutamento dell'organo giudicante tra rigidità processual e carenze organizzative, in: *Processo penale e giustizia*, n. 2, 2012, Roma: Dike Giuridica, p. 95.

³³⁷ A carência endêmica de cobertura dos órgãos judiciais determina um ulterior incremento na composição dos órgãos de natureza precária, o que acaba por refletir nas instâncias superiores, como a designação de juízes para cumprir o papel de desembargadores e, de igual forma, de desembargadores para cumprir o papel de ministros.

determinam o pagamento de um preço em termos de credibilidade, sem dúvida, elevados para a administração da Justiça.

Cumpra assinalar que o novo juiz – o da renovação instrutória – possui ampla liberdade de condução da demanda, não sendo obrigado a repetir integralmente a prova (oral) anteriormente produzida pelo juiz substituído. Aliás, de acordo com a doutrina italiana sobre o tema, quando o juiz rejeitar as novas instâncias de provas por manifesta inutilidade, impertinência ou irrelevância, pode fazer a leitura dos registros anteriormente adquiridos, nos termos do art. 511 do CPP.³³⁸

No entanto, cumpre assinalar, que relativamente aos limites dentre os quais, na renovada instrução, deva proceder-se à instrução probatória, a mesma Corte Constitucional italiana observou que o pedido de um novo exame da pessoa já ouvida encontra fundamento no direito da parte à produção da prova diante do juiz chamado a decidir. Neste sentido, verificou-se como a regra que estatui tal direito não pode, de um lado, qualificar-se de per se como manifestamente irrazoável ou arbitrária; e, por outro, ela não resulta sequer censurável sob o perfil do art. 111, § 2º, da Constituição, não obstante a dilatação dos tempos do juízo que a necessidade de dar curso à instância inevitavelmente comporta.

A renovação constitui opção defensiva compreensível (e que faz parte das *regras do jogo*). Assim, não se pode censurar eventual escolha defensiva de renovação da instrução diante do novo juiz, para levar seu cliente para as *barras da prescrição*.

No entanto, se o defensor não permitir o uso das provas declarativas anteriormente produzidas pela simples leitura, reconhecendo a necessidade de repetição do exame da testemunha, já feita anteriormente por outro juiz (ou por um colegiado com uma composição diferente), e depois se limite a ouvir do ritual de *confirmação do que foi dito*, se estará na presença de uma mera representação virtual de respeito aos princípios da imediação da deliberação e de oralidade de provas, o que é mais semelhante a um abuso do processo e não o direito de defesa.³³⁹

³³⁸ Neste sentido: SPANGHER, Giorgio. *Trattato di procedura penale*. Vol. V: impugnazioni. Torino: UTET, 2009, p. 816; CIANFARINI, Aberto. *L'applicazione del principio dell'immutabilità del giudice penale nel diritto vivente: storia infinita o dilemma aparente?*, in: Penale.It. Disponível em: <<http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=69>>. Acesso em: 15 de dezembro de 2012; CASTIGLIA, Giuliano. Il principio di immediatezza e la rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, in: *Cassazione penale*, n° 9, Giuffrè, 2007, p. 3182.

³³⁹ No entanto, a responsabilidade pela necessidade de repetição dos atos não pode ser atribuída com exclusividade à defesa. Na verdade, a principal causa da ineficiência do sistema, e de todas as ineficiências

Por isso, seria lícito exigir que o pedido de renovação deva ser escoltado por idônea motivação, que permita uma valoração (e fundamentação) adequada pelo juiz.³⁴⁰

Apesar de se reconhecer a impossibilidade substancial de se evitar completamente os problemas críticos relacionados a um sistema de revezamento dos tribunais penais, que está além das aspirações (legítimas) individuais, deve-se notar que os esforços para lidar com os efeitos negativos (e distorcidos) das limitações processuais probatórias impostas pelo art. 525, § 2º, do CPP, revelaram-se insuficientes.

Há necessidade de mudanças organizacionais preventivas, destinadas a operar uma limitação nos custos (jurídicos e meta-jurídicos) da renovação da instrução.

O percurso interpretativo se desembaraça, a toda evidência, na busca por individualizar um (difícil) equilíbrio entre os interesses de relevância constitucional em jogo.

A experiência jurídica mostra que a renovação da instrução impõe uma dinâmica reiterada (também por diversas vezes no mesmo processo) e que, particularmente em processos complexos, pode conduzir a um desperdício considerável de tempo e de recursos, conflitando com a necessidade de eficácia da Justiça. Sem mencionar os transtornos causados a testemunhas, forçadas a peregrinações repetidas ao tribunal depois de fazer uma declaração, que, muitas vezes, se limitam apenas a confirmar, por, compreensivelmente, desconhecer as razões a conduziram anteriormente, o que parece ser uma iteração estéril.³⁴¹

Sugere-se como forma de evitar a necessidade de renovação da instrução, por força da mudança do juiz, a destinação de atenção à estrutura organizativa idônea, que permita prevenir tal eventualidade.³⁴²

Outro dado, geralmente olvidado também deve ser sopesado quanto à ideia da imutabilidade do juiz: também as questões relativas à alteração superveniente de competência

resultantes da repetição das aquisições probatórias já realizadas, depende das razões internas de organização dos tribunais e, em geral, da incapacidade de gerir eficazmente os mecanismos de gestão certamente complexos (neste sentido: AGHINA, Ernesto. *Gli effetti del mutamento...*, cit., p. 100).

³⁴⁰ Haveria como meio de solução, de igual forma, o expediente da suspensão do curso prescricional, quando da necessária renovação da instrução, expediente este que depende de expressa previsão legislativa.

³⁴¹ AGHINA, Ernesto. *Gli effetti del mutamento...*, cit., p. 96.

³⁴² Neste sentido, AGHINA cita exemplo jurisprudencial de não violação do princípio da imutabilidade do juiz, a substituição em um órgão colegiado de um juiz efetivo por um juiz substituto, que tenha assistido à instrução e, em particular, às audiências onde foram admitidas e produzidas as provas. AGHINA, Ernesto. *Gli effetti del mutamento...*, cit., 100. De igual forma, na Alemanha, em processos Cumpre assinalar que, na Alemanha, em grandes julgamentos, os chamados *juizes substitutos* (*Ergänzungsrichter*) são nomeados desde o início (§ 192 II GVG) e podem substituir um colega que se torne indisponível.

(casos de conexão ou contiência) ou de incidente de deslocamento da competência devem ensejar a renovação da instrução probatória, diante da troca de órgão jurisdicional.

3.3. A especial questão da delegação de atos instrutórios

A ideia de que o responsável pela colheita da prova deve ser a mesma pessoa – física – que ditará a sentença, tem uma consequência direta: a impossibilidade de delegação dos atos instrutórios.

A parte desta pesquisa que tratou da evolução histórica da imediação cuidou de demonstrar que, na experiência brasileira não houve a opção pela delegação da função instrutória a *comissários* ou outros tipos de servidores da justiça (ou mesmo para notários).

No entanto, a questão da delegação mantém o seu interesse acadêmico em razão de outra prática: a *delegação interna*, feita da instância superior para a inferior, de um magistrado (de jurisdição superior) para outro juiz.

Com efeito, a Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990 (aplicável aos Tribunais Estaduais, por força do art. 1º da Lei nº 8.658, de 25 de maio de 1993), que cuida da chamada *competência penal originária*, para os casos de processo e julgamento diretamente em Tribunais, por força do foro por prerrogativa de função ostentado pelo imputado, prevê em seu art. 9º, § 1º, a possibilidade do relator *delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem*.

Cumpre assinalar, neste particular, que até mesmo a *função instrutória* exercida pelo relator em um órgão colegiado acaba por violar a garantia, pois o órgão responsável pelo julgamento, não terá acesso direto à prova produzida, limitando-se a um relato – *de segunda mão* – a cargo do magistrado responsável pela colheita da prova.

Lembra BARBOSA MOREIRA³⁴³ que os casos dos Tribunais (locais e superiores), todos colegiados, tantos os recursos que devolvem o conhecimento dos fatos como as causas de competência originária, podem apresentar questões cuja solução dependa de provas orais. Ocorre que as leis processuais, em relação aos recursos, não prevêm em termos expressos

³⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas de la inmediación..., cit., p. 195.

uma nova oportunidade de produção de tais provas perante a instância revisora; e, quanto às hipóteses de competência originária, a lei permite delegar a juiz de primeiro grau a instrução.

Tal quadro foi, recentemente, endossado (e agravado) pela Lei nº 12.019, de 21 de agosto de 2009, que, acrescentando o inciso III ao art. 3º da Lei nº 8.038/90, insere dentre os *poderes* do relator a possibilidade de *convocar desembargadores de Turmas Criminais dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como juízes de varas criminais da Justiça dos Estados e da Justiça Federal, pelo prazo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até o máximo de 2 (dois) anos, para a realização do interrogatório e de outros atos da instrução, na sede do tribunal ou no local onde se deva produzir o ato.*

Não se descarta que a imediação é um recurso politicamente utilizado quando se pretende dar a um sistema maior matiz democrática e de garantias, ao permitir a participação ativa, direta e pessoal, do juiz e das partes na produção da prova.

Neste passo, os fluxos e contrafluxos políticos utilizarão a imediação como instrumento político. E, para além das proposições legislativas, constata-se que a atividade probatória constitui *verdadeiro fardo* para os Tribunais Superiores, desprovidos de estrutura orgânica para atender às diversas competências concentradas.

Logo, a opção feita com a inclusão do inciso III ao art. 3º da Lei nº 8.038/90 é clara, no sentido da *revogação setorial* do disposto no art. 399, § 2º, do CPP. Considerando-se que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido da *alteração reflexa* da Lei nº 8.038/90 por força da reforma procedimental do CPP,³⁴⁴ o acréscimo feito pela Lei nº 12.019/09 (lei posterior e específica) tem o nítido caráter de vedar a aplicação da ideia de *identidade física do juiz* à competência originária.

Lamentável opção.

A lição tirada do período da Inquisição permitiu o estabelecimento da premissa de que o *juiz instrutor* (entendido como aquele responsável pela investigação preliminar) era nocivo a um processo equitativo baseado na igualdade de oportunidades e paridade de armas entre as partes.

³⁴⁴ Por todos: STF – AP 528 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 24/3/2011.

Ademais, a recente conquista da *identidade física do juiz* está em vias de ganhar um importante reforço de *índole acusatória*, consistente na figura do *juiz de garantias*,³⁴⁵ idealizado com a especial finalidade de preservar o juiz da instrução criminal.

A Lei nº 12.019/09 conseguiu, sem grandes alardes por parte da doutrina, *ressuscitar* figura dos *juízes delegados* que introduziram a fase processual penal da Inquisição, renegando – por questões de comodidade (ou utilitarismo) judicial todo um passado de conquistas democráticas para os institutos do processo penal.

A lei, portanto, estabelece uma clara exceção ao princípio da identidade física do juiz.³⁴⁶

Dentro do território nacional, a delegação em um dos membros do tribunal,³⁴⁷ ou, o que é mais grave, o encargo mediante mandado ao juiz do lugar para que pratique o ato, comportam um desvio, quando não uma quebra absoluta, do princípio da imediação, em evidente menoscabo das vantagens que ele aparelha.³⁴⁸

Corolário do princípio de oralidade-imediação, a imutabilidade do juiz da instrução probatória engloba também a proibição da delegação dos atos instrutórios.

Segundo esta regra, criada para garantir a eficácia da imediação entre juiz e prova, se fixou que em todos os casos nos quais não é possível a realização de um ato no local em que se desenvolve a audiência, esta deverá, por assim se dizer, se deslocar para um local

³⁴⁵ O projeto de reforma do Código de Processo Penal (Anteprojeto de Lei do Senado nº 156/2009) traz a previsão da figura do juiz de garantias, considerado como o *responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário*, competindo-lhe a atuação em uma série de medidas relacionadas à fase preliminar da persecução penal, buscando-se, assim, a preservação do juiz da instrução probatória, apartando-o da atividade investigativa e da formação antecipada de convicção.

³⁴⁶ Havendo necessidade de prova, recomenda a lei que se *delegue* competência ao juízo da primeira instância para que produza a prova. Neste caso trata-se de nova exceção ao princípio, quando exigível a realização por juiz diverso do relator ou colegiado que decidirá (GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade...*, cit., p. 71-72).

³⁴⁷ BADARÓ enfatiza que *a regra da identidade física do juiz, embora não tenha influência para a determinação da vara ou juízo competente, será relevante para determinar, legal e previamente, do ponto de vista subjetivo e pessoal, qual juiz, enquanto pessoa individualmente considerada, ficará vinculado ao julgamento do processo. Será, portanto, um importante mecanismo para evitar que, no momento culminante do processo, isto é, de sentenciar o feito, possa haver substituição do juiz, em razão de critérios aleatórios, para não se dizer discricionários ou abusivos, colocando em risco o direito ao julgamento por juiz imparcial. Nenhum motivo pessoal ou caprichoso poderá ser justificativa para que o juiz competente que presidiu a instrução deixe de julgar o feito* (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural...*, cit., pp. 240-241).

³⁴⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 190.

no qual seja possível a prática do ato, sem que haja a delegação a sujeito diverso daquele responsável pela instrução e prolação da sentença.³⁴⁹

A tênue norma do art 399, § 2º, do CPP, está inserida no perfil procedimental dos casos operados a primeira instância. No entanto, conforme será melhor abordado no capítulo destinado à apelação, no *Caso Ekbatani*³⁵⁰, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que o processo penal constitui um todo e a proteção do art. 6º não termina com o julgamento de primeira instância (assim, a fase perante a segunda instância não pode desmerecer a fase transcorrida na primeira no cumprimento das previsões estabelecidas na Convenção – conforme fundamentação do § 24), e que, por isso, para estabelecer se surge como justificada a prescindência no trâmite da apelação do princípio da audiência pública presencial, deve-se ter em conta em seu conjunto o processo tramitado em conformidade com o ordenamento jurídico interno e a tarefa que nele desenvolve o Tribunal de apelação, assim como também a maneira como os interesses do imputados foram expostos e protegidos perante dito órgão judicial (§§ 27 e 28).³⁵¹

Dessa forma, o princípio da identidade física do juiz, que constitui expressão do direito à obtenção da prova diante do mesmo juiz (pessoa física) chamado a decidir, o que fundamenta a garantia do devido processo, também deveria ser aplicado aos casos de competência penal originária (seja para vedar o expediente da utilização da carta de ordem, seja para determinar que a instrução em segunda instância ocorra na presença de todo o colegiado).

Quanto à questão da possibilidade das reformas destinadas aos procedimentos regrados pelo Código de Processo Penal atingirem diplomas *especiais*, recente manifestação do Supremo Tribunal Federal dispôs que o interrogatório, previsto como primeiro ato da instrução pela Lei nº 8.038/90, deveria seguir a sistemática determinada pela Lei nº 11.719/2008.³⁵² Assim, nada impede que o princípio da identidade física do juiz seja expressamente reconhecido para os casos de competência originária.³⁵³

³⁴⁹ CHINNICI, Daniela. *L'immediatezza...*, cit., p. 07, nota 15. A autora destaca, no entanto, a previsão de hipóteses taxativas de exceção e limitadas ao cumprimento da atividade estritamente necessária ao auxílio delegado.

³⁵⁰ TEDH, Sentença de 26 de maio de 1988, Caso Ekbatani c. Suécia, § 32.

³⁵¹ No mesmo sentido segue a Sentença de 27 de junho de 2000, Caso Constantinescu c. Romênia (§ 53).

³⁵² *PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES PENAS ORIGINÁRIAS DO STF. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 400 do Código de Processo Penal, com a*

Gize-se que, neste particular, que na experiência espanhola, a posição jurisprudencial em relação ao juiz delegado do Tribunal evoluiu até a negação de validade às diligências praticadas sem a presença de todos os membros do Tribunal.³⁵⁴

Lamentavelmente, uma situação deveras interessante é identificada por BOVINO (o que acaba por *antecipar* eventual resposta a ser dada pela Corte), quando, analisando o procedimento probatório diante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assevera que uma decisão pouco acertada acabou por contribuir para a diluição o *princípio político* da imediação, pois o inciso 2º do art. 44 do Regimento da Corte permite incorporar ao expediente do trâmite do caso em curso na sua esfera, provas produzidas em diversa *instância*: *As provas apresentadas perante a Comissão serão incorporadas ao expediente, sempre que tenham sido recebidas em procedimentos contraditórios, salvo quando a Corte considere indispensável repeti-las.*

BOVINO destaca que esta regra é perigosa, pois poderia atentar contra a imediação do procedimento perante a Corte Interamericana e conclui: caso se tenha em conta que desde a entrada em vigência do novo Regulamento a Corte são identificados muitos mais casos que antes, e que este órgão pressiona as partes do procedimento, para que as testemunhas e peritos dos casos apresentem suas declarações por escrito e não prestem declarações em juízo, a regra analisada poderia aumentar a tendência a *escriturar* um procedimento que deveria ser integralmente oral.³⁵⁵

redação dada pela Lei 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. II – Sendo tal prática benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais originárias perante o Supremo Tribunal Federal, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90 nesse aspecto. Exceção apenas quanto às ações nas quais o interrogatório já se ultimou. III – Interpretação sistemática e teleológica do direito. IV – Agravo regimental a que se nega provimento (STF – AP 528 – Rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 24/3/2011).

³⁵³ Frise-se, no entanto, tocante à questão da imediação em sede de competência originária dos tribunais, a Corte Suprema já decidiu que não há ilegalidade alguma quanto à instrução criminal ser realizada através de carta de ordem, ou seja, perante magistrado de primeira instância. Neste sentido: STF – HC 73.423/RJ – Rel. Min. Francisco Rezek – j. 10/12/1996 – DJ 12/11/1999.

³⁵⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 193. O autor lembra, contudo, que a distância do lugar onde tenha de praticar-se a diligência constitui a hipótese legal que justificaria o recurso ao juiz estranho ao órgão sentenciador. Quanto à violação da imediação: CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo I. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 689 e ss.

³⁵⁵ BOVINO, Alberto. La actividad probatoria ante la corte interamericana de derechos humanos, in: *Sur – Revista internacional de derechos humanos*, São Paulo, vol. 2, nº 3, dez.-2005, p. 66/67 (pp. 60-83). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000200005&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 1º de janeiro de 2013. O autor acrescenta que os extensos prazos entre as diferentes etapas do processo, a cada vez maior importância dos documentos, alegações e declarações de testemunhas e peritos apresentadas por escrito, também atentam contra a imediação.

3.4. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal

Sob o critério de pesquisa com os termos *penal e identidade adj física e juiz*, foram encontrados, na base de pesquisa disponível na *internet*, trinta e três acórdãos do Supremo Tribunal Federal, dos quais trinta tinham pertinência temática com o objeto da presente tese. Utilizada a pesquisa sob os termos *penal e imediação*, não adveio qualquer resultado relativo ao tema. O uso do critério de busca *imediatidade* também não gerou resultado com pertinência temática.

3.4.1. Desenvolvimento histórico geral

A primeira referência histórica do princípio da identidade física do juiz, conforme a pesquisa feita no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, é o RHC 33519, relatado pelo Ministro Sampaio Costa, julgado em 27/04/1955. A ementa deste aresto, conforme a legislação à época, afirma que *o código de processo penal, ao revés do que preconiza o código de processo civil, não adota o princípio da identidade física do juiz da instrução e da sentença. O disposto no art. 502 par. 2., daquele código, é de ordem facultativa e não imperativa.*

Portanto, conforme consta do voto do relator, não havia qualquer nulidade ou sequer irregularidade quanto ao juiz sentenciante não ter participado da instrução do processo, sendo certo ainda que o reinterrogatório do acusado seria mera faculdade do juízo.

Logo o princípio da identidade física do juiz não encontrou respaldo no âmbito processual penal, sendo eivado de força jurídica coativa.

Tal orientação jurisprudencial se repete de forma aparentemente pacífica até o ano de 2011, conforme se verifica dos seguintes acórdãos, que explicitamente refutam tal princípio: 1) RHC 34540 - Relator: Min. Rocha Lagoa - Julgamento: 17/10/1956 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: EMENT, vol-00389-05, pp 01957; EMENT, vol 00389-03, pp 01954; 2) RHC 42387 - Relator: Min. Evandro Lins - Julgamento: 16/06/1965 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ 18-08-1965 PP-**; 3) RE 62610/SP - Relator: Min. Oswaldo Trigueiro - Julgamento: 28/05/1968 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 28-06-1968 PP-**; 4) RHC 49814/RJ - Relator: Min. Antonio Neder -

Julgamento: 08/05/1972 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: RTJ, vol. 06258, pp.***; DJ, 16-06-1972, pp. 03899; EMENT, vol 00878-02, pp. 00806; RTJ, vol 00062-01, pp. 00058; 5) RE 80376/PR - Relator: Min. Eloy da Rocha - Julgamento: 03/06/1975 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 15-08-1975 PP-***; 6) RE 84485/GO – Relator: Min. Bilac Pinto - Julgamento: 17/08/1976 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 10-09-1976 PP-***; RTJ, vol. 00079-01, pp. 00326; 7) HC 57794/SP - Relator: Min. Thompson Flores - Julgamento: 20/05/1980 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 13-06-1980 PP-04459; EMENT VOL-01175-01 PP-00089; 8) HC 58120/SP - Relator: Min. Cordeiro Guerra - Julgamento: 12/12/1980 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 27-02-1981 PP-01304; EMENT VOL-01201-02 PP-00366; 9) HC 58795/RJ - Relator: Min. Antonio Neder - Julgamento: 26/05/1981 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 12-06-1981 PP-05716; EMENT VOL-01216-01 PP-00139; 10) RHC 60445/SP - Relator: Min. Décio Miranda - Julgamento: 16/11/1982 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 10-12-1982 PP-12789; EMENT VOL-01279-02 PP-00354; RTJ VOL-00104-03 PP-01088; 11) HC 60248/RJ - Relator: Min. Djaci Falcão - Julgamento: 19/11/1982 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 17-12-1982 PP-13203; EMENT VOL-01280-02 PP-00493; 12) HC 60860/SP - Relator: Min. Décio Miranda - Julgamento: 17/05/1983 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 24-06-1983 PP-00974; EMENT VOL-01300-01 PP-00130; RTJ VOL-00106-02 PP-00564; 13) RHC 61795/RJ - Relator: Min. Oscar Correa - Julgamento: 03/04/1984 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 11-05-1984 PP-07209; EMENT VOL-01335-01 PP-00134; 14) HC 63067/SP - Relator: Min. Aldir Passarinho - Julgamento: 09/08/1985 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 27-09-1985 PP-16610; EMENT VOL-01393-02 PP-00292; 15) RHC 65644/RJ - Relator: Min. Sydney Sanches; Julgamento: 24/05/1988; Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 24-06-1988 PP-16113; EMENT VOL-01507-01 PP-00148; 16) HC 68970/SP - Relator: Min. Sepúlveda Pertence - Julgamento: 17/12/1991 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 06-03-1992 PP-02429 EMENT VOL-01652-01 PP-00045; RTJ VOL-00140-01 PP-00167; 17) HC 69114/RS - Relator: Min. Néri da Silveira - Julgamento: 11/02/1992 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 15-05-1992 PP-06784; EMENT VOL-01661-02 PP-00340; 18) HC 74333/RJ - Relator: Min. Maurício Corrêa - Julgamento: 26/11/1996 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 21-02-

1997 PP-02826; EMENT VOL-01858-03 PP-00531; 19) HC 73423/RJ - Relator: Min. Francisco Rezek - Julgamento: 10/12/1996 - Órgão Julgador: Segunda Turma – Publicação: DJ 12-11-1999 PP-00090; EMENT VOL-01971-01 PP-00098; 20) HC 74131/MG - Relator: Min. Moreira Alves - Julgamento: 18/02/1997 - Órgão Julgador: Primeira Turma – Publicação: DJ 11-04-1997 PP-12187; EMENT VOL-01864-04 PP-00835.

Não obstante o predomínio geral da tese de não incidência do princípio da identidade física do juiz até o advento da Lei nº 11.719/2008, é de se ressaltar que houve especial controvérsia sobre sua aplicação em um âmbito específico, relativamente ao antigo procedimento sumário.

Assim, observa-se que, no acórdão do HC 36.718, relatado pelo Ministro Nelson Hungria, julgado pelo pleno em 08/07/1959, foi concedida a ordem pelo fato de, em rito sumário, o juízo singular que não presidira audiência de instrução e julgamento ter sentenciado sem renovar a instrução e ouvido novamente os debates. Releva notar que a ementa do acórdão nada traz de relevante sobre o objeto de pesquisa, mas o voto condutor é bastante peculiar, pois concedeu parcialmente a ordem, anulando o processo até a audiência de julgamento e determinando a renovação de seus atos. Nestes termos, respectivamente:

HABEAS-CORPUS; SUA CONCESSÃO. EM MATÉRIA PROCESSUAL PENAL, NÃO HÁ FALAR EM CONTINUIDADE DE COMPETÊNCIA POR ECONOMIA DE JUÍZO E É DISPENSADA A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ PROCESSANTE E JULGADOR. (STF - HC 36718; Habeas Corpus; Relator: Min. Nelson Hungria; Julgamento: 08/07/1959; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Publicação: EMENT, vol. 00397-04, pp. 01480; RTJ, vol. 00010-01, pp. 00236).

Eis o voto:

Em matéria de processo penal, não há falar-se em continuidade da competência por 'economia de juízo', e não tem ingresso o critério de identidade física do juiz. Quando se trata de processo comum, em que não há audiência de julgamento, nem debates orais, se ocorre mudança de juiz, quando já conclusos os autos para sentença, prevalece a regra do § único do art. 502 do Cód. do Processo Penal, isto é, o segundo juiz poderá reinterrogar o réu e reinquirir as testemunhas; se, porém, se trata de processo sumário, já se tendo realizado a audiência eis de julgamento, o superveniente juiz, que passa a ser o único competente, terá de ordenar nova audiência para o fim de

novo debate oral, podendo, se quiser, ouvir novamente o réu e as testemunhas. Estas serão, no caso vertente, segundo penso, a solução adequada. Isto posto, concedo a ordem impetrada, para o fim de anular a sentença condenatória, devendo ser proferida outra sentença pelo juiz em exercício na Vara Criminal, atendido o que ficou acima exposto.

Apesar da refutação inicial ao princípio, surge forte impressão de que a imediação judicial fora imposta pelo legislador para o rito sumário, especialmente diante da circunstância de as razões finais serem apresentadas verbalmente.

Ressalte-se, contudo, que tal posição não foi acolhida pacificamente pelo desenvolvimento jurisprudencial posterior, voltando a Corte Suprema ao padrão de não reconhecimento da identidade física do juiz sequer nesta hipótese, conforme se verifica no RE 62610/SP, Relator Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 28/05/1968 pela Primeira Turma (Publicação: DJ 28-06-1968).

Ocorre que, a posição anteriormente externada por Nelson Hungria parece ter sido reconhecida como uma hipótese de incidência excepcional do apontado princípio, malgrado o mesmo não incida à generalidade dos casos. Neste sentido, é o que se depreende do HC 46812/SP, publicado em 19/09/1969, assim ementado:

*Não se aplica no processo penal o princípio da identidade física do juiz. a pena pecuniária anterior não constitui reincidência para efeito da concessão do sursis. (STF - HC 46812/SP - São Paulo; Habeas Corpus; Relator: Min. Themistocles Cavalcanti; Julgamento: 15/08/1969; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 19-09-1969 PP-*****).*

Conquanto a ementa seja de plena refutação da imediação, o voto do Ministro Relator traceja nuance de sua aplicação excepcional:

A identidade física do Juiz não é exigência do processo penal, de acordo com jurisprudência do Tribunal, exceto para alguns processos de contravenção, quando a oralidade exige a presença do Juiz. A presença física é condição do próprio julgamento.

Foi o que se decidiu no RE.Cr. nº 64.209, em 4.6.1968, Relator o Ministro Evandro Lins e Silva com a seguinte ementa:

(...)

Os acórdãos citados se referem, talvez, a processos de rito sumário em que predomina o princípio consagrado no acórdão, é a única concessão que tem sido feita em favor da identidade física do Juiz no processo penal.

O RE 64.209,³⁵⁶ mencionado acima, relatado pelo Ministro Evandro Lins e Silva, também abre exceção à regra ordinária de não incidência da identidade física do juiz aos casos de contravenção penal, conforme se denota com muita clareza da ementa e respectivo voto condutor:

CONTRAVENÇÃO. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PROCESSO SUMARIO. AO CONTRARIO DO QUE OCORRE NO PROCESSO COMUM, O JULGAMENTO DAS CONTRAVENÇÕES, QUE SEGUE RITO SUMARIO, EXIGE OBEDIENCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (C.PR.PEN., ART. 538, PARAGRAFOS 2 E 3). SENDO ORAL A DEFESA, SÓ O JUIZ QUE A OUVIU PODE PROFERIR A SENTENÇA. DISSIDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

Decisão

Conhecido e provido, unânimemente. - 2ª T., em 4-6-68. (STF - RE 64209/SP - SÃO PAULO; RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator: Min. EVANDRO LINS; Julgamento: 04/06/1968; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 28-06-1968 EMENT VOL-00732-10 PP-03782; RTJ VOL-00045-02 PP-00496)

Começo por explicar que no acórdão citado pela douta Procuradoria Geral da República, e do qual fui relator, cuidava-se de ação penal de rito ordinário, em que se imputava ao acusado a prática do crime do art. 217 do Código Penal.

Tratava-se, pois, de processo comum, no qual, realmente, não vigora o princípio da identidade física do juiz.

No procedimento sumário, ao contrário do que ocorre nos processos comuns, a defesa é feita em audiência de instrução e julgamento, logo após a inquirição das testemunhas de defesa.

(...)

Aí estão contidos os princípios mais importantes da oralidade: concentração, imediatidade e identidade física do julgador.

(...)

Não me parece pertinente a comparação feita pela decisão recorrida entre o art. 538, §2º, do Código de Processo Penal e o artigo 502, da mesma lei adjetiva.

O artigo 502 refere-se apenas ao procedimento penal ordinário, de onde se afastou o sistema da oralidade processual, uma vez que, encerrada a instrução, inexistem debates verbais.

³⁵⁶ Acórdão não indexado, encontrado apenas em referência de votos em outras ações.

Já o artigo 538, §2º, exige a identidade física entre o Juiz da sentença e o Juiz da instrução, porque tal identidade decorre, imperativamente, da defesa oral dita em audiência.

(...)

A defesa oral na audiência destina-se a convencer e a persuadir o juiz que vai julgar a causa. Seria uma superfetação essa defesa se o processo viesse a ser julgado por outro juiz que não a ouviu. O réu estará sendo julgado sem defesa porque a tanto equivale o julgamento por juiz que não teve oportunidade de presidir a audiência em que ela foi pronunciada.

O registro na audiência nem sempre é completo e nem sequer é obrigatório.

Por esses motivos, conheço do recurso pelo dissídio jurisprudencial e lhe dou provimento para anular a sentença condenatória.

Novamente, no julgamento do HC 47060/SP, cujo empate dos votos beneficiou o paciente, sedimentou-se o posicionamento de que incide o princípio da identidade física do juiz nos casos de processos sob o rito sumário, pois os debates orais devem ser conhecidos pelo magistrado sentenciante, o que o vincula inexoravelmente. Eis sua ementa:

*HABEAS CORPUS. LESÕES CORPORAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. CONCESSÃO DA ORDEM, PARA ANULAR-SE A SENTENÇA. (STF - HC 47060/SP - São Paulo; Habeas Corpus; Relator: Min. Djaci Falcão; Julgamento: 14/10/1969; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 04-05-1970 PP-**).*

Neste acórdão, gize-se, os votos pela concessão da ordem não traçam qualquer fundamentação, depreendendo-se o acolhimento integral das razões do *mandamus*, cujo teor é desconhecido. Contudo, existem relevantes argumentos no voto denegatório exarado pelo Ministro Djaci Falcão, que alimenta a controvérsia sobre o tema:

A meu ver não vigora no processo penal o princípio em que se baseia o suplicante. É de se atentar para que o Código de Processo Civil deixou expressos os princípios da identidade física do Juiz e da imediatidade, estabelecendo que 'o Juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o Julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência'. Permitindo, em certos casos a substituição do juiz que iniciou a instrução em audiência, por outro Juiz, a quem confere o poder de repetir as provas produzidas oralmente, quando entender necessários (§ único do art. 120). Tenho para mim que o legislador, no art. 538 do Código de Processo Penal, não teve a intenção de adotar o princípio da identidade física do juiz, como o fez no art. 120 do Código de Processo Civil. Atente-se para que ambos os

diplomas foram elaborados contemporaneamente, havendo uma manifesta intenção no sentido de tratar a matéria de modo diferente. Além disso, verifica-se do termo de audiência as considerações produzidas pela defesa, de modo circunstanciado, a permitir a prolação da sentença por outro magistrado, sem qualquer prejuízo para o réu (ver f. 7 e 8).

De forma aparentemente cambiante quanto ao reconhecimento ou não da imediação, no HC 47755/SP adveio posicionamento desfavorável ao mesmo, apesar de tratar de julgamento sob o rito sumário. Nestes termos:

*JUIZ. IDENTIDADE FÍSICA. PROCESSO SUMARIO DE CONTRAVENÇÃO PENAL. SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ QUE NÃO PRESIDIU A AUDIENCIA DO JULGAMENTO. NÃO ADOÇÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. DEFESA ORAL, TRANSCRITA EM SEU INTEIRO TEOR NO TERMO DE AUDIENCIA DE SORTE A PROPICIAR AO JUIZ INTEIRO CONHECIMENTO DAS ALEGAÇÕES FEITAS EM FAVOR DO RÉU. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. INTELIGENCIA DO ART. 563 DO C.P.P. RECURSO DESPROVIDO. (STF - RHC 47755/SP - São Paulo; Recurso em Habeas Corpus; Relator: Min. Adauto Cardoso; Julgamento: 06/04/1970; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 15-05-1970 PP-*****).*

Apreciando-se o voto condutor, denota-se que parte da Corte Excelsa jamais admitiu o princípio da identidade física do juiz, sequer nos casos de rito sumário, pois o problema de fundo jamais foi a pessoalidade do magistrado, mas sim a possibilidade de o juiz sentenciante ter conhecimento pleno das alegações finais das partes, que são feitas oralmente. Eis o voto:

No R.H.C. 46.721, em que fomos vencidos, com o eminente relator Ministro Luiz Gallotti e mais os eminentes Ministros Aliomar Baleeiro e Adalício Nogueira, na sessão do Tribunal Pleno de 24.4.69, se fixou o entendimento liderado pelo eminente Ministro Thompson Flores, no sentido de que, lançado no termo de audiência do processo por contravenção o inteiro teor dos debates, não há nulidade da sentença proferida por Juiz diferente daquele que a presidiu.

Tal posição, neste ponto, foi adotada também no RE 84485/GO, Relator Min. Bilac Pinto, julgado em 17/08/1976 pela Primeira Turma (Publicação: DJ 10-09-1976; RTJ, vol 00079-01, pp. 00326).

Aparentemente, o Pretório Excelso, no HC 70819/MG, tornou claro mais claro o cerne da variação histórica da aplicabilidade do princípio da identidade física do juiz aos processos sob procedimento sumário, na precisa decisão capitaneada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, a saber:

E M E N T A - Juiz: identidade física no processo penal: questão irrelevante no caso concreto. A corrente que exige, no procedimento sumário, a identidade física do juiz penal funda-se na circunstância de a defesa ser feita oralmente na audiência de instrução e julgamento: por isso, adotar-lhe ou não o entendimento é irrelevante, quando o defensor do réu haja optado por substituir a defesa oral pela juntada de memorial escrito.

Decisão

A Turma indeferiu o pedido de habeas corpus. Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Ilmar Galvão. 1ª. Turma, 21.06.94. (STF - HC 70819/MG - Minas Gerais; Habeas Corpus; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; Julgamento: 21/06/1994; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 16-09-1994 PP-24267 EMENT VOL-01758-03 PP-00487).

No voto condutor, após discriminar a vacilante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a incidência ou não de tal princípio no rito sumário, observou que o ponto relevante era apenas o da cognoscibilidade das alegações finais pelas partes pelo juízo sentenciante, a saber:

Sucedendo que o argumento principal dos que postulam a incidência da regra da identidade física é que, ao contrário do que sucede no procedimento comum (CPP, art. 498 ss.), no rito sumário, a defesa se faz oralmente na audiência (CPP, art. 538, §2º), não lhe podendo substituir a percepção direta pelo magistrado a redução a termo do seu resumo.

No caso, entretanto, a ata da audiência faz certo que, após a sustentação oral da denúncia pelo Ministério Público, e defesa substituiu a sua fala pela juntada de memorial (f. 6 v.); a circunstância tira todo o relevo da questão suscitada, pois, à falta de defesa oral em audiência, ainda quando aceita a tese de imputação, de inobservância da regra de identidade física do juiz, quando incidente, nenhum prejuízo teria advindo ao paciente.

Portanto, algumas importantes conclusões podem ser extraídas deste desenvolvimento jurisprudencial:

1) o Supremo Tribunal Federal jamais reconheceu o princípio da identidade física do juiz como um desdobramento dos preceitos constitucionais do devido processo legal ou do juiz natural, já que nega sua incidência quando inexistente previsão legal específica;

2) mesmo quando o Pretório Excelso identifica a incidência da identidade física, não o fez com referência à instrução probatória (incluindo-se o interrogatório), mas apenas em relação à peculiaridade da apresentação verbal das alegações finais no rito sumário, reconhecendo o princípio como consequência inevitável da necessidade de apreciação das razões defensivas.

3) o princípio da identidade física costuma ser refutado ou flexibilizado por razões pragmáticas de eficiência processual, especialmente no tocante à gestão do volume constantes de ações penais, sendo considerado um entrave ao fluxo regular de processos.

Com o advento da Lei nº 11.719/2008, o quadro normativo se altera significativamente, repercutindo prontamente na jurisprudência, que inicialmente teve de lidar com a incidência do princípio da identidade física do juiz no plano do direito intertemporal:

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TORTURA. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.719/2008. TEMPUS REGIT ACTUM. DECISÃO COMPATÍVEL COM A PROVA DOS AUTOS. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A utilização do habeas corpus em substituição ao recurso extraordinário, sem qualquer excepcionalidade que permita a preterição do meio de impugnação previsto pela Lei, configura banalização da garantia constitucional, motivo pelo qual deve ser combatida. 2. A aplicação do princípio da identidade física do juiz no processo penal antes do advento da Lei nº 11.719/08, sob a perspectiva da instrumentalidade das formas, impunha reconhecer nulidade apenas no caso de patente descompasso entre a decisão e as provas colhidas. (HC 74.131/MG, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 18/10/1996) 3. In casu, a sentença condenatória foi proferida em consonância com as provas dos autos. 4. O princípio tempus regit actum, a nortear o conflito de leis processuais penais puras no tempo, impede a aplicação retroativa da regra que impõe a identidade física do juiz, introduzida no CPP após o advento da sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes. 5. Ordem denegada.

Decisão

Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de habeas corpus e cassou a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Senhor Ministro Luiz

Fux, Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator. Falaram: o Dr. Valdemar Calumby, pelos Pacientes, e o Dr. Rodrigo Janot, Subprocurador-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 24.5.2011. (STF - HC 104075/SE – Sergipe; Habeas Corpus; Relator: Min. Marco Aurélio; Relator p/ Acórdão: Min. Luiz Fux; Julgamento: 24/05/2011; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011; EMENT VOL-02555-01 PP-00124; RTJ VOL-00219- PP-00504).

De especial relevância a análise dos votos exarados neste aresto, especialmente porque o relator, Ministro Marco Aurélio, concedera a ordem por considerar incidente o princípio da identidade física do juiz, mesmo diante de uma sentença exarada no ano de 2002. Sua fundamentação, portanto, tem viés atemporal e independente do advento da Lei 11.719/2008, a saber:

O mesmo não se dá relativamente ao princípio do juiz natural. A organicidade do Direito direciona no sentido de ter-se atuação judicante única. Vale dizer, o juiz que dirige a instrução criminal – no caso o fez o titular da Vara – deve, ante o domínio do processo, ser prolator da decisão. Na espécie, isso não aconteceu. Colega, também titular em outra Vara, substituindo-o de forma esporádica – no mês de férias -, veio a sentenciar. Evidentemente, tinha ele os próprios processos para instruir e proferir sentença. Não bastasse o princípio implícito no Código de Processo Penal, há de considerar-se o disposto no artigo 3º dele constante: ‘A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito’. Então, observa-se, subsidiariamente, o artigo 132 do Código de Processo Civil:

Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

Ora, se assim se verifica no processo civil – no qual não está em jogo esse bem maior do cidadão que é a liberdade -, o que se dirá no criminal. Afirmar-se-á, como fez o Superior Tribunal de Justiça, que a regra da identidade do juiz, procedendo a instrução e a julgamento, somente veio a ser inserida com o advento da Lei 11. 719/2008, que incluiu o §2º no artigo 399 do Código de Processo Penal: ‘O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença’. Ocorre que, ante o contexto, ante a ordem natural das coisas, ante o princípio implícito mencionado, esse dispositivo ganhou contorno meramente interpretativo. Além disso, o quadro atrai a necessária observância do inciso LIII do artigo 5º da Constituição Federal: ‘ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.’.

[...]

Concedo a ordem para anular a sentença proferida a fim de que outra seja formalizada por aquele que presidiu a instrução.

O voto do relator, contudo, restou superado, sendo a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, que inclusive invocou o desenvolvimento histórico do princípio da identidade física do juiz na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, negando a possibilidade de aplicação analógica do preceito do Código de Processo Civil, a não ser em casos gravíssimos, ou o seu reconhecimento supralegal antes do advento da reforma legal de 2008. Nestes termos:

Em segundo lugar, Senhor Presidente, eu sempre tive, até porque fui juiz de primeiro grau em exercício, que o princípio da identidade física do juiz deveria ser sempre para um julgado [conjugado?] com princípio na instrumentalidade das formas. É muito comum o juiz sair de férias, o outro concluir a instrução e, depois, às vezes, em mutirões realizados na Justiça de primeiro grau, é delegada a tarefa de conclusão para um magistrado, outro que não o que presidiu a instrução, facultando-lhe a possibilidade de renovar as diligências, se necessárias, sendo certo que eu nunca verifiquei, na prática dos mutirões, nenhuma repetição ou ratificação das oitivas das testemunhas.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de longa data – e eu cito aqui o Habeas Corpus nº 74.131/MG, da relatoria do Ministro Moreira Alves-, sempre caminhou no sentido de que o processo penal não contempla o princípio da identidade física do juiz, a não ser através dessa heterointegração, que só é cabível quando há uma prova inequívoca de um prejuízo gravíssimo, em que o magistrado não se ateve aos fatos da causa.

*Por outro lado, o processo penal, também no tocante ao conflito de leis do tempo, rege-se pelo princípio *tempus regit actum*. De sorte que somente agora, em 2008, é que foi introduzido, no Código de Processo Penal – aliás, uma regra que está saindo do Código de Processo Civil -, essa regra da identidade física do juiz. Até no processo penal se entende que talvez o juiz que presidiu a instrução possa verificar a tibieza das testemunhas, as impressões que logrou obter da sua impressão pessoal, mas isso não é caso de se nulificar e trancar-se uma ação penal que versa sobre, efetivamente, um fato gravíssimo: ele foi preso e apareceu morto no dia seguinte.*

Os votos dos demais integrantes da Turma foram no sentido da norma intertemporal *tempus regit actum*, considerando inaplicável a regra da reforma de 2008 a uma sentença proferida em 2002. Isto, aliás, reforça a ideia de que a Corte Excelsa não reputa tal

princípio de ordem constitucional, mas apenas de índole legal, sujeito aos sabores do direito intertemporal.

Observe-se que tal posicionamento foi mantido pelo julgamento dos Embargos Declaratórios deste aresto (HC 104075 ED/SE - Relator: Min. Luiz Fux - Julgamento: 27/09/2011 - Publicação: DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011; EMENT VOL-02605-01 PP-00058).

Por fim, o aresto mais recente da Corte Suprema trata de crime militar, no qual também não se concede maior peso ao princípio em tela, conforme se denota de sua ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. INFRAÇÃO DO ART. 290, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR TER SIDO O INTERROGATÓRIO DO RÉU REALIZADO MEDIANTE CARTA PRECATÓRIA. 1. PACIENTE ASSISTIDO NESSE ATO PROCESSUAL POR DEFENSOR DATIVO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. 2. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. PRINCÍPIO QUE COMPORTA FLEXIBILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. 1. Interrogatório do Paciente realizado pelo juízo deprecado com a presença de defensor dativo. Ausência de demonstração de prejuízo. Apesar de existir entendimento deste Supremo Tribunal no sentido de que o prejuízo de determinadas nulidades seria de “prova impossível”, o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser ela tanto a de nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção. Precedentes. 2. Ausência de desarmonia entre o que decidido na sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça para o Exército da Auditoria da 5ª Circunscrição Judiciária Militar e as provas colhidas, entre as quais o interrogatório do Paciente no juízo deprecado. Inexistência de afronta ao princípio da identidade física do juiz. Precedente. O princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto e comporta flexibilização. 3. Pretensão de deslocamento do Paciente ou do Conselho Permanente de Justiça para ouvi-lo. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual não é possível reexame de provas em habeas corpus. 4. Ordem denegada.

Decisão

A Turma denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 18.10.2011. (STF - HC 107769/PR – Paraná; Habeas Corpus; Relatora: Min. Cármen Lúcia; Julgamento: 18/10/2011; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO, DJe-225 DIVULG 25-11-2011 PUBLIC 28-11-2011).

Diante do transcurso histórico apresentado, caso o Supremo Tribunal Federal mantenha sua linha de desenvolvimento, o princípio da identidade física do juiz será reputado apenas de ordem legal, não alçando *status* constitucional, sendo submetido a restrições hermenêuticas de ordem pragmáticas.

3.4.2. Hipóteses específicas

Durante a análise dos feitos que tratam do tema, alguns merecem especial destaque diante das peculiaridades das decisões em relação à identidade física do juiz.

Hipótese peculiar de decisão que reitera a inexistência do princípio da identidade física do juiz é o do HC 68970/SP, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de a exceção de suspeição seguir seu trâmite mesmo após a promoção do magistrado excepto, que presidira a produção probatória, uma vez que a desnecessidade de imediação judicial mantém a presunção de validade dos atos até então praticados, sem exigência de repetição dos mesmos, o que demanda o julgamento da exceção. A saber:

Exceção de suspeição: promoção do juiz excepto, que não prejudica a exceção. Dado que o eventual reconhecimento da suspeição do juiz implica nulidade de todos os atos por ele praticados no processo, o afastamento do juiz excepto, por força de promoção, não prejudica a exceção de suspeição oposta, tanto mais quanto - não se aplicando ao processo penal o princípio da identidade física (STF, HC 67.420, Sydney Sanches) - os atos instrutórios presididos pelo excepto, em princípio, permanecem validos e eficazes.

Decisão

A Turma deferiu o pedido de habeas corpus. Unânime. 1ª Turma, 17-12-91. (STF - HC 68970/SP - São Paulo; Habeas Corpus; Relator: Min. Sepúlveda Pertence; Julgamento: 17/12/1991; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: DJ 06-03-1992 PP-02429; EMENT VOL-01652-01 PP-00045; RTJ VOL-00140-01 PP-00167).

Este aresto segue à risca as consequências da declarada inexistência da identidade física do juiz. Afinal, se tal princípio fosse integralmente adotado, o novo magistrado a assumir a causa deveria renovar toda a instrução (sendo-lhe vedado adotar a antes produzida), o que tornaria a exceção de suspeição irrelevante quanto ao que fora promovido. Contudo, como não há tal princípio, na ótica do Supremo Tribunal Federal, a

exceção contra magistrado promovido ainda goza de interesse jurídico, pois é a única forma de se promover a anulação dos atos instrutórios já realizados.

Também é digna de nota a abordagem do princípio da imediação no tocante a regimes excepcionais de auxílio judicial, semelhantes a mutirões, em que o Pretório Excelso não vislumbrou qualquer violação a regras de competência ou preceitos de identidade física do magistrado, a saber:

"Habeas Corpus". Nulidades do processo que não se verificam. Em se tratando de estupro, a não existência nos autos de certidão de nascimento da vítima menor não é causa de nulidade do processo, desde que inequívoco ser a vítima uma menina e ter ocorrido violência real. Cerceamento de defesa não comprovado. Comarca em regime de exceção. Sentença condenatória prolatada por magistrado designado para atuar no "Projeto Sentença Zero". Nulidade da sentença que não é de reconhecer-se. "Habeas Corpus" indeferido.

Decisão

Por unanimidade, a Turma indeferiu o habeas corpus. 2ª Turma, 11-02-92. (STF - HC 69114/RS - Rio Grande Do Sul; Habeas Corpus; Relator: Min. Néri da Silveira; Julgamento: 11/02/1992; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 15-05-1992 PP-06784 EMENT VOL-01661-02 PP-00340).

O voto condutor é esclarecedor quanto ao fato de tal regime de auxílio ser previsto pelo Código de Organização Judiciária Estadual, sendo prestigiada ainda a celeridade e eficiência processual sobre a Imediação. Nestes termos:

Nas informações, explica-se, às fls. 333, que 'a sentença foi prolatada por magistrada designada para atuar no 'Projeto Sentença Zero', regime de exceção deflagrado no Estado para combater os casos de acumulação de processos aguardando sentença. A defesa interpôs apelação, nada invocando quanto à competência da prolatora da sentença. (...)

É de observar, no particular, que, em regime de exceção, a comarca, o Tribunal designa juiz de outra comarca para sentenciar em feitos, onde não se exija a identidade física do juiz. Com isso, no Rio Grande do Sul, é sensível a diminuição do resíduo de processos aguardando sentença. Em benefício do réu, opera, no ponto, o fato de evitar-se delonga no julgamento. O regime de exceção é previsto no C.O.J.E., art. 39, 'caput', e §1º, como admite a própria inicial (fls. 9). Nada impede nesses casos possa o Juiz valer-se da faculdade do art. 502, parágrafo único, do CPP.

No tocante à questão da imediação em sede de competência originária dos tribunais, a Corte Suprema já decidiu que não há ilegalidade alguma quanto à instrução criminal ser realizada através de carta de ordem, ou seja, perante magistrado de primeira instância. Nestes termos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. COLHEITA DE PROVAS: DELEGAÇÃO. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. CONEXÃO PROBATÓRIA. REUNIÃO DE PROCESSOS. ARTIGOS 80 E 82 DO CPP. I - Não demonstrado eventual prejuízo que a delegação da colheita de provas tenha causado à parte, não há que se falar em nulidade. O STF tem admitido a delegação do interrogatório a juiz do local onde se encontra a pessoa a ser interrogada. II - A advocatória prevista no artigo 82 do CPP é norma que deve ser interpretada juntamente com o artigo 80 do Código, que faculta a separação dos processos quando pelo excessivo número de acusados ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação. Ausência de ilegalidade. Pedido indeferido.

Decisão

Por maioria, a Turma indeferiu o habeas corpus, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem. Falou pelo paciente o Dr. Nélcio Machado e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Edinaldo de Holanda Borges. 2ª Turma, 10.12.96. (STF - HC 73423/RJ - Rio de Janeiro; Habeas Corpus; Relator: Min. Francisco Rezek; Julgamento: 10/12/1996; Órgão Julgador: Segunda Turma; Publicação: DJ 12-11-1999 PP-00090 EMENT VOL-01971-01 PP-00098).

O voto do Ministro Relator traz considerações mais minudentes sobre as razões pragmáticas pela não incidência da identidade física do juiz ao caso:

Esta casa, de resto, tem admitido – quer pela singular circunstância de ter jurisdição sobre o território nacional, quer pela complexidade, não necessariamente jurídica, da causa – a delegação do interrogatório a juiz do local onde se encontrar a pessoa a ser interrogada. A hipótese é frequente, por exemplo, em matéria extradicional. No ponto, destaco a expressa faculdade concedida pelo Regimento Interno (art. 211). O artigo 239 do Regimento concede, por igual, tal possibilidade. A Lei 8.038/90, por seu turno, prevê semelhante autorização (art. 9º - §1º).

Não vejo aí arranhão ao princípio do juiz natural. É claro que na busca da verdade real o relator deve considerar sempre a hipótese ideal de realizar ele mesmo o interrogatório ou outro ato de instrução. Entretanto, não considero desbordante do domínio do razoável eventual delegação considerando a complexidade da causa à vista, por exemplo, do número de envolvidos. Lembro, ainda, que este tribunal não é absolutamente jejuno na

experimentação de situações assim. Recentemente, o Ministro Carlos Velloso, na Ação Penal 312, delegou o interrogatório de determinadas testemunhas ao Juízo Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Destaco, ainda, a Ação Penal 231, relator o Ministro Xavier de Albuquerque (RTJ 88/379), não obstante manifestação do ilustro Ministro, em parecer oferecido na presente ação, no sentido de considerar tal delegação um inadvertido deslize.

De outro lado, como bem ponderou o parquet – invocando jurisprudência desta corte – o princípio da identidade física do juiz não tem aplicação no processo penal. E mais, o convencimento do magistrado há de se dar à vista de todo o acervo produzido. Pode ele, eventualmente, reinquirir testemunhas, Estou, assim, em que não demonstrado eventual prejuízo que a delegação tenha causado á parte, não há que se falar em nulidade.

Diante destes casos específicos, novamente se verifica que grande parte da fundamentação judicial se pautava na primazia da gestão do elevado ciclo de processos, em que o fluxo procedimental não deve ser interrompido ou obstaculizado em razão da pessoa do magistrado.

CAPÍTULO IV: IMEDIAÇÃO NA PROLAÇÃO DA SENTENÇA E NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO

Usualmente, com a finalidade de assentar as bases para a organização da matéria, a doutrina³⁵⁷ costuma diferenciar três fatores ou elementos que de forma sucessiva e necessariamente intervêm na resolução jurisdicional dos conflitos: 1) a *mediação com os meios de prova*, como forma de ordenação da prova regular e como método de conhecimento dos fatos através das fontes originais; 2) a *convicção do juiz* sobre os argumentos expostos pelas partes, produto da comprovação dessas afirmações à luz da atividade probatória desenvolvida, mas ainda *de natureza interna e subjetiva*; e 3) a *motivação*, componente objetivo onde se exterioriza e faz pública a decisão, compreensiva da fundamentação fático-jurídica e do julgamento.

O tema da *mediação com os meios de prova*, ou seja, a análise do modo como se introduzem no processo as fontes e os meios de prova, já foi analisado no Capítulo II, restando enfrentar as questões atinentes à *convicção* e à *motivação*.

No momento da *convicção* deve-se ponderar o *rendimento* obtido de cada fonte de prova, em função de cada um dos meios probatórios usados. Trata-se de *operação de atribuição de valor de convicção a certos dados*. Isto porque tal operação não está regulada juridicamente, uma vez que os parâmetros e critérios que nela devem operar não têm caráter (propriamente) jurídico.

Vige, neste campo, o princípio do livre convencimento ou da livre convicção, demonstrando pela terminologia empregada que este é um momento de grande autonomia do juiz (com a possibilidade de aproximar-se da arbitrariedade, inclusive).³⁵⁸

Por derradeiro, a fase da *motivação* identifica-se com o momento final do processo (considerando-o no âmbito da sua instância de surgimento e desenvolvimento),³⁵⁹

³⁵⁷ Por todos: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., pp. 95 e ss. Em abordagem semelhante, considerando que os três momentos são os de *aquisição da prova*, o de *valoração da prova* e o de *decisão sobre o fato principal*: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Sentença penal: formação dos fatos, análise de um caso e indicações práticas de redação*, in: *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 174. Tradução de Carmem Freitas.

³⁵⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Sentença penal...*, cit., p. 175. Não se olvida que o princípio em comento geralmente se encontra *adjetivado* por termo que demonstre uma forma de controle, sendo apresentado como princípio do *livre convencimento motivado* ou expressão equivalente. O adjetivo, no entanto, não diminui o campo de autonomia do juiz, que, apesar do dever de motivar seus atos, continua livre nas suas escolhas e nos processos mentais inferenciais.

sendo regida pela norma da presunção de inocência, impondo à acusação o cumprimento de um ônus para vê-la afastada.

Costuma-se apontar como dificuldade a circunstância das questões de fato não trabalharem com o dado da objetividade (devendo ser sopesado, ainda, a possibilidade de erros de percepção).³⁶⁰

Da repartição estabelecida (*imediação com os fatos, convicção do juiz e motivação*) a imediação, *entendida como interação comunicacional*, parece ter incidência direta apenas na primeira fase. No entanto, ela tem nítidos reflexos na formação da convicção judicial e deve ser explicitada ou explicada quando da motivação da decisão. Se é certo que a imediação facilita a formação da convicção judicial, esta convicção carece de valor se não se plasma razoavelmente na oportuna resolução, em especial, dada a transcendência do dever de motivação das decisões jurisdicionais.

Cumpre assinalar, desta forma, que neste setor da pesquisa, em atenção ao objeto de preocupação principal, não se pretende a edição de uma *teoria da sentença penal* ou o exaurimento de todo o universo (jurídico) envolvendo a motivação das decisões judiciais. A doutrina nacional e estrangeira já se debruçou de maneira detida sobre estes pontos em trabalhos de qualidade inquestionável, remetendo-se o interessado a sua leitura.³⁶¹

O objetivo das Seções subsequentes é tão-só o de examinar a incidência e repercussões da imediação nesse sistema, na tentativa de conferir tratamento orgânico ao tema.

4.1. Relevância da imediação e da oralidade para a formação do convencimento do julgador

³⁵⁹ Cumpre assinalar que GOMES FILHO adota conceituação específica sobre o tema aqui versado, aduzindo que *ao relacionar-se à decisão, a expressão motivação tanto pode ser entendida, numa conotação mais ligada à psicologia, como o processo mental seguido pelo sujeito para chegar à decisão como – do ponto de vista da lógica – a justificação de uma escolha já realizada* (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111).

³⁶⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Sentença penal...*, cit., p. 175.

³⁶¹ Na doutrina nacional, por todos: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões...*, cit.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, in: *Temas de direito processual – 2ª série*. São Paulo: Saraiva, 1980; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. Na doutrina estrangeira, dentre outros: TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdade: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti; TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Madrid: Trotta, 2011. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. 3ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

A interação comunicacional realizada entre juiz, partes e prova destina-se à obtenção de uma prova (pessoal) de *maior qualidade* (entendida como o ideal de controle de sua credibilidade e autenticidade). Nesse passo, considera-se como vantagem da prova pessoal (oral e direta) a agilização do controle do juiz sobre a veracidade das declarações, com a possibilidade de contestar imediatamente a cada antinomia ou ambiguidade contida no depoimento, bem como de observar a atitude (timbre de voz, expressão do rosto, reações a questionamentos e confrontos, informações não-verbais etc.).

O intercâmbio fruto da imediação e da oralidade confere aos magistrados a liberdade de apreciação da prova através da livre convicção em referência ao visto e ouvido durante a instrução, permitindo-lhes extrair conclusões acerca da verdade e firmeza de quem declara em tal oportunidade processual. O limite desta faculdade reside precisamente na arbitrariedade.³⁶²

Se o dado da realidade impõe ao sujeito o juízo através da revelação da própria estrutura de valor, ainda que exclusivamente atinente à mera asserção de verossimilhança, isto significa, sem possibilidade de dúvida, que o juízo para ser sensível à veracidade do dado deve poder ser expresso na base de uma relação perceptiva direta e imediata entre os sujeitos e o dado. Qualquer mediação entre sujeito e dado acaba, por definição, por alterar sua valoração.³⁶³

Os princípios da imediação e do contraditório, que colaboram com o sentenciante no seu delicado labor, constituem uma grande conquista do processo moderno. A percepção direta do caudal probatório, o contato pessoal e sem intermediações com a prova (*imediação*), a submissão rigorosa da acusação e da defesa ao contraditório e o confronto de teses e na produção da prova completam os benefícios da liberdade probatória. O magistrado não só pode convencer-se livremente, como o faz no marco generoso da imediação, do contraditório e do direito ao confronto.³⁶⁴

O legislador pátrio considerou que a verdade dos fatos na qual deve fundamentar-se a sentença penal, tanto para absolver³⁶⁵ quanto para condenar, se obtém de

³⁶² CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, pp. 461-462.

³⁶³ MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio...*, cit., pp. 259-260.

³⁶⁴ CHAIA, Rubén A. *La prueba...*, cit., p. 462.

³⁶⁵ Sem prejuízo, é claro, da utilização da presunção de inocência como *norma de juízo*. Neste sentido: ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua*

melhor forma (com maior *qualidade*) em um processo celebrado sob a exigência política da publicidade (ressalvadas excepcionais situações), diálogo oral e debate contraditório entre as partes,³⁶⁶ em condições de paridade de armas, com concentração e produção das provas em uma ou continuadas audiências, sempre sob a presença do julgador que dirigirá os debates e, posteriormente, pronunciará a sentença.

Convém reforçar, então, que a imediação (em regime de parceria com a oralidade) é uma técnica de formação das provas, não um método para o convencimento do juiz, tendo, portanto, um valor instrumental.³⁶⁷ Guarda, desta forma, um valor epistemológico, pois obedece à idéia de que o contato direto do juiz com o material probatório supõe uma maior credibilidade de acerto na decisão.

A imediação, a relação de proximidade espaço-temporal, utilizada reflexivamente como meio de captação de dados efetivamente observáveis, para fazê-los objeto de valoração racional explícita, será também fonte de conhecimento racional, e, como tal, passível de verbalização e de valoração intersubjetiva, isto é, acessível à crítica de terceiros.³⁶⁸

Na imediação judicial, a presença do juiz na prática da prova se considera normalmente como uma garantia do processo penal acusatório. É certo, ainda, que a imediação coloca o juiz em melhores condições para poder apreciar corretamente a prova no momento de ditar a sentença, pois nem todos, mas só alguns aspectos da interpretação e valoração da prova dependem substancialmente da imediação.

Para que a análise dos casos penais não se perca em um círculo de interpretação de textos – dos textos que registram, nem sempre fielmente, os depoimentos das testemunhas, aos das razões das partes e da sentença – é indispensável que o diálogo processual tenha lugar em um ambiente apropriado, no qual as provas sejam produzidas, as partes possam debater livremente e o juiz decida compreendendo na maior e melhor dimensão possível o que provavelmente aconteceu.

estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 468-469.

³⁶⁶ Note-se que a imediação deve incidir não apenas em relação à atividade probatória, mas também deve abarcar a atividade de alegações orais das partes, porquanto a decisão judicial se nutre de ambas (e, isto, independentemente de que a atividade de alegação conte com sua versão escrita). Neste sentido: CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación...*, cit., p. 42.

³⁶⁷ SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 105. Assevera o autor que a imediação *por si só*, não serve para descobrir a verdade. É necessário um plus: imediação mais ciência (p. 128).

³⁶⁸ SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 106.

A oralidade deixa de ser, exclusivamente, uma questão de predominância da palavra falada para se constituir em exigência de que uma causa não seja decidida por juiz que não haja tido contato direto com as provas e com os argumentos das partes, em um ambiente capaz de proporcionar condições ideais de diálogo.

(...)

A oralidade converte-se em condição de participação efetiva no processo. Sem a mediação da forma escrita o acusado poderá se fazer ouvir, a vítima e as testemunhas também, e as decisões não terão como se ocultar em linguagens estranhas à vida cotidiana.

*Neste ponto percebe-se que a oralidade não é a mera questão da forma. A matriz acusatória depende dela para definir os papéis concretos exercitados pelos sujeitos processuais.*³⁶⁹

Afirma-se assim uma superioridade do juiz presencial (o *juiz em tempo real*³⁷⁰), que oferece a vantagem de que, na viva voz, *falam* também o rosto, os olhos, a cor, o movimento, o tom de voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias que modificam e desenvolvem o sentido das palavras e fornecem tantos indícios a favor ou contra do afirmado por elas, permitindo uma inquirição e um *confronto* pelas partes de maior qualidade dialógica.

Não menos certo que a interpretação da prova não depende sempre da imediação, e nos casos em que possa depender unicamente desta, deve-se ter em conta que a apreciação probatória é uma operação complexa, que consta, ao menos teoricamente, com duas fases: a primeira, dirigida a interpretar cada um dos meios de prova; e, a segunda, tendente a valorar estes individualmente e em conjunto.³⁷¹

A confiança extrema na imediação não deve ocultar que a imediação com os meios de prova, *per se*, é insuficiente para fundamentar uma decisão. Antes, ao contrário, integra um modo de compreensão da realidade que pode ajudar os operadores do Direito a

³⁶⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 157-158. Nos sistemas abertos para a apreciação, a imediação se projeta em duas direções: uma *passiva* e *contemplativa*, que comporta o contato direto com as fontes de conhecimento judicial, e outra *ativa* ou *dinâmica*, em virtude da qual o julgador interage com essa fonte no exercício das suas funções diretivas dos debates e sua eventual (e subsidiária) iniciativa probatória, assim como garante a integridade do procedimento e dos direitos do imputado, quando se opta por soluções consensuais, como no âmbito da justiça negociada penal (CABEZUDO RODRIGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación...*, cit., p. 42). Por mais que a atividade probatória (ativa) do juiz possa ser questionada (ou questionável), o ordenamento jurídico brasileiro parece ter se inclinado na direção apontada pela segunda orientação, o que se depreende da interpretação dos arts. 155 e 156 do CPP.

³⁷⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., pp. 09-10.

³⁷¹ SUAU MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., pp. 126-127.

encontrar essa justificação. Deve antes desempenhar um papel relevante como pressuposto necessário, ainda que não (auto)suficiente, de um juízo de certa qualidade, para o que os dados provenientes de fontes pessoais de prova tenham boa e correta destinação.

Nesta perspectiva, a imediação com a atividade alegatória e probatória é um começo, não um fim,³⁷² que há de ter sua continuação e reflexo na motivação adequada e suficiente.

Há quem considere um grave inconveniente a aceitação da duvidosa máxima de experiência em matéria de imediação, que conduziria a uma blindagem do juízo e da decisão de primeira instância frente à crítica em outro plano jurisdicional, posto que alguns elementos de convicção, considerados fundamentais para a formação do critério judicial em tema de fatos, por sua difícil ou impossível verbalização, por sua prática intraduzível em palavras, resultariam impassíveis de fiscalização. O assunto tem, ademais, notável transcendência no plano da motivação, já que produz o efeito de que certos aspectos da valoração da prova e certas decisões quando a fonte de conhecimento seja exclusiva ou basicamente pessoal, seriam de impossível – ou muito difícil – justificação.

*Ademais, a malversação da imediação permitiria a estimulação dos juízes da cômoda aproximação intuitiva ou pré-consciente ao quadro probatório, criando o risco de que acabem por não ver neste mais elementos relevantes que os apreensíveis nessa perigosa chave hipersubjetiva, que torna muito mais cômoda e fácil a decisão. E isto conduz de forma inevitável a perda de significação da segunda instância, como momento de crítica ou de juízo sobre o juízo da primeira, com a subsequente degradação desse fundamental momento de garantia.*³⁷³

O grau de convicção que cada prova pessoal provoca nos juízes configura uma questão subjetiva pertencente à esfera reservada destes que, por força da lei, por sua imediação frente às fontes de prova, são os responsáveis por estabelecer o maior ou menor valor das declarações testemunhais.³⁷⁴

³⁷² CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 208.

³⁷³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Sobre prueba...*, cit., p. 59.

³⁷⁴ Surge, como consequência deste debate, o questionamento sobre a possibilidade ou não de pela via da apelação invalidar as impressões pessoais produzidas no ânimo do julgador ao observar as declarações e comportamentos das testemunhas e do imputado (ressalvada a possibilidade de demonstração de contradição com as regras da lógica, o senso comum, o conhecimento científico ou aquelas que regem o entendimento humano). O assunto será tratado no último Capítulo desta pesquisa, no entanto, antecipa-se o posicionamento de que a imediação não pode constituir uma *blindagem da atuação do juízo* (neste sentido: SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., pp. 36 e 62; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Sobre o valor da imediação...*, cit., pp. 09-10.), sendo admissível, portanto, a revisão da valoração feita pelo magistrado, pelo método da revisão da

Há, assim, a necessidade de que os dados utilizados pelo juiz constem expressamente da fundamentação utilizada na decisão, permitindo um controle racional de seu valor e o seu peso na formação da convicção do julgador.³⁷⁵ A motivação expressada na decisão,³⁷⁶ surge, portanto, como a exposição de um mapa do funcionamento mental do raciocínio do julgador, destacando – quando for o caso – os benefícios produzidos pelo contato pessoal e direto com as provas pessoais, bem como o peso da sua ponderação com as provas reais porventura introduzidas no processo.

Adverte-se, porém, que, dependendo da forma como se entende a imediação, ela pode dar azo à sobrevalorização da significação de dados somente apreciáveis por quem os percebe diretamente, porém, que são por demais ambíguos e equívocos, abertos ao uso incontrolado do arbítrio e à redução de erro em juízo.³⁷⁷

Neste particular, importante a lembrança de FERRAJOLI, quando discorre sobre a superação das provas legais e o princípio potestativo da livre convicção:

prova (seja com a repetição da sua prática em segunda instância, seja por meio da reprodução do suporte no qual foi gravada em primeira instância) em confronto com o raciocínio expendido na motivação da decisão apelada. Sustentar o contrário, favorecendo-se hermetismo da decisão de primeira instância, seria na acertada expressão de ANDRÉS IBÁÑEZ, transformar a imediação em *garantia de irracionalidade do processo*.

³⁷⁵ Como lembrado por ANDRÉS IBÁÑEZ, *teria pouco sentido convocar as partes à interlocução rigorosa no marco do juízo se o destinatário do nele produzido pudesse, ao fim, decidir como faria o oráculo* (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre prueba y proceso penal, in: *Discusiones*, nº 3, Buenos Aires, 2003, p. 60).

³⁷⁶ Valorar consiste em determinar se, à vista das provas disponíveis, há razões para dar por verdadeiras (ou prováveis em grau suficiente) certas afirmações. Então *é necessária (e possível)* a motivação, é dizer, a exposição das razões que apoiam a verdade dessas afirmações. Se assim não fosse, a valoração mais que livre, seria *libérrima*, subjetiva e incontrolável, com o que se abandonaria o cognoscitivismo para entrar no campo do puro decisionismo judicial. Não podem ser mais desafortunadas a esse respeito tanto a habitual interpretação do *princípio da imediação*, como a conhecida figura da *apreciação conjunta da prova*. Assim: GASCÓN ABELLÁN, Marina. La prueba judicial: valoración racional y motivación. Disponível em: http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf. Acesso em 30 de dezembro de 2012. GOMES FILHO lembra que a *motivação* apresenta a natureza de *discurso justificativo*, no sentido de dar razões que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo, ao passo que *justificação* é uma atividade que consiste em dar as razões de uma ação, ou razões para sustentar uma decisão, uma opinião ou outra expressão simbólica, mostrando que ela é justa ou racional (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões...*, cit., pp. 116-117).

³⁷⁷ Como oportunamente lembrado por MAIER, a questão da influência da imediação na prolação da sentença ganha especial relevo quando se tratam daquelas decisões que ficam a cargo de juízes leigos (como no Tribunal do Júri), pois se passou de uma regulamentação legal minuciosa da valoração dos atos de prova à livre convicção do julgador, tão livre que, em princípio, o modelo básico dos jurados não exige de maneira alguma a exposição dos motivos que tenha influenciado o colégio sentenciador para chegar à decisão de culpabilidade ou inocência, afirmação que não significaria impulsionar uma tomada de decisões irracional, senão, tão somente, uma limitação de seu controle (MAIER, Julio B. J. *¿Es la inmediateción una condición...*, cit., pp. 14-15). O autor afirma que o *sistema de julgamento por jurados* é um modelo resistente à exigência de uma fundamentação precisa e detalhada na sentença, quando não representa, diretamente, à negação desta exigência.

A segunda consideração se refere, mais em geral, à concepção do processo como disputatio ou competição delimática entre razões opostas, articulada e resolvida por confirmações e refutações. Graças à sua estreita ligação com a retórica, a ciência jurídica processual se desenvolve, no mundo greco-romano e depois na organização medieval das artes liberais, como sciencia civilis e conjecturalis, baseada nas regras do liberaliter disputare e sobre uma refinada teoria dos erros. Incorpora por tal via os valores democráticos e liberais, além de racionais e laicos, da contraposição entre razões opostas como método maiêutico de discussão e de investigação, de igualdade e de direito à palavra, que excluem verdades de autoridade e postulam a liberdade e paridade dos disputantes, a tolerância das hipóteses e argumentações em conflito, e a relatividade e a provisoriedade das provas e dos juízos no campo das civiles quaestiones. Estes pressupostos humanistas foram os que deram origem e alimento – ainda dentro de inúmeras quedas e descontinuidades – à estrutura acusatória do processo penal clássico e à maior parte das garantias processuais: o ônus da proa a cargo do acusador e a presunção de inocência até prova em contrário, o contraditório entre as partes como método de busca da verdade, a imparcialidade e a estranheza do juiz acerca da contenda, a prudência e a dúvida como método de investigação e estilo intelectual, os critérios de exclusão das provas não creditáveis pela fonte ou irrelevantes pelo objeto, a livre convicção do juiz, argumentada, contudo, juxta alligata et probata.³⁷⁸

Esclarece o *Maestro di Camerino* que o abandono das provas legais em favor da livre convicção do juiz, como concebido pela cultura pós-iluminista, *correspondeu a uma das páginas politicamente mais amargas e intelectualmente mais deprimentes da história das instituições penais*, pois a ideia da livre convicção expressa apenas um *trivial princípio negativo, que deve ser integrado com a indicação das condições não legais, mas epistemológicas da prova.*³⁷⁹ O entendimento de tal princípio como um *critério discricionário de valoração*, acabou por burlar – no plano teórico – a questão da *justificação*.

Neste passo e sob o pálio da denominada *função processual da motivação*³⁸⁰ (em relação com a garantia da presunção constitucional de inocência e a necessária norma do ônus probatório), a opção subjetiva decorrente da relação do juiz com as provas, deve passar pelo crivo da justificação/motivação, que não deve ser de qualquer grau, mas apenas aquela

³⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, cit., pp. 111-112.

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, cit., pp. 112-113. Esclarece o autor que o repúdio às provas legais, como condições *suficientes* da condenação e da pena, se converteu de fato na negação da prova como condição *necessária* da livre convicção sobre a verdade dos pressupostos de uma e de outra, e o princípio da livre convicção, em vez de atuar como pressuposto indispensável da garantia do ônus – ou, pelo menos, da necessidade – da prova, entrou em contradição com ela, tornando vã toda sua função normativa.

³⁸⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões...*, cit., pp. 95 e ss.

que consiga identificar pluralidade de provas (sem o abalamento produzido por uma contraprova, que gere um conflito de estabilidade de tese do autor) que comprovem a tese acusatória. Em outras palavras, deve a opção do julgador, externada na sentença, ter a aptidão de ser convincentemente comunicada e racionalmente processada por terceiros, mantendo sua integridade racional.

Arremata FERRAJOLI que este modelo *equivale a uma norma de conclusão sobre a decisão da verdade processual fática, que não permite a condenação enquanto junto à hipótese acusatória permaneçam outras hipóteses não refutadas em conflito com ela*.³⁸¹

4.2: Operações mentais (processos neuronais) e motivação do juízo de fato

O conhecimento humano é caracterizado pela subjetividade e é alcançado através dos sentidos que afetam, de forma limitada, as diferentes percepções. O processo de memorização e recordação do que foi percebido também é subjetivo, pois depende da capacidade de cada pessoa para comunicar seus próprios sentimentos.

Os dados sobre os quais se deverá expressar o juiz se apresentam, simultaneamente, à esfera cognitiva e emocional do sujeito, sem qualquer possibilidade que os dois momentos sejam diferenciados entre eles. É possível afirmar, inclusive, que não haveria uma esfera cognitiva ou racional completamente separada da esfera emocional.³⁸²

A relação comunicacional com a prova pessoal tem a aptidão de gerar sinais e domínios específicos da informação, que ostentam uma característica única, não admitindo reprodução (em ocasião posterior) do mesmo momento de imediação sobre os domínios do processo neuronal de processamento de informação e inferencial.³⁸³

³⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, cit., p. 122.

³⁸² Alguns estudos próprios do campo da neurociência sugerem que o lado emocional, inclusive, opera de forma autônoma e mais célere que a dita esfera racional, influenciando na tomada de decisões nos momentos limites, bem como em todas as opções feitas pelo ser humano. Por todos: LEHRER, Jonah. *O momento decisivo: o funcionamento da mente humana no instante da escolha*. Rio de Janeiro: Best Business, 2010, pp. 58 e ss. Tradução de Marcelo Schild. O mesmo estudo destaca, no entanto, que a mesma ciência que revelou a importância das emoções para a tomada de decisões também começa a mostrar o lado negro das sensações excessivamente intensas (p. 81).

³⁸³ Existe forte questionamento sobre a possibilidade de controle externo destas inferências. MESQUITA lembra que sempre se dirá que a credibilidade em concreto de cada meio de prova tem subjacente a aplicação de máximas da experiência comum que informam a opção do julgador. A sua aplicação concreta estaria fora de qualquer eventual controle, mas a legitimidade daquela regra da experiência, como forma geral abstrata, poderia ser questionada caso careça de razoabilidade (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 306). De outro

Essa partilha intersubjetiva de estímulos entre juiz e fonte de prova, convida o magistrado a aprofundar o contato direto a fonte da prova, aproveitando-se da riqueza de sinais que emana do seu interlocutor (sendo negada, em verdade, a possibilidade dos juízes *se tornarem mentalmente cegos*³⁸⁴ *ao comportamento do imputado ou das testemunhas sentados à sua frente*).

*Continuidade epistemológica e descontinuidade ideológica que acentuam a dificuldade de enquadramento da imediação, enquanto instrumento gnoseológico, nos arquétipos de epistemologia geral. Permanecendo próximo de mito do dado, ponto de vista segundo o qual a experiência sensorial nos dá certezas apropriadas para servir de fundamento ao conhecimento empírico e à ciência.*³⁸⁵

Por seu turno, além dos elementos externados e verbalizados, a intenção ou o ânimo com que se realiza uma ação, como tudo o que pertence à feição interna da conduta, tem existência real, e em tal sentido *é um fato*, sendo suscetível de prova, ainda que apresente maior dificuldade de reconstrução probatória.

Dentro da apreciação da prova,³⁸⁶ a doutrina costuma distinguir as operações de *interpretar* e *valorar*. Diz-se que *interpretar* uma prova supõe fixar o resultado, enquanto *valorar* uma prova significa outorgar a credibilidade que merece, atendendo ao sistema de valoração – taxado ou livre – estabelecido pelo legislador.

Uma primeira operação mental que deve ser efetuada pelo juiz é a de *interpretar* o resultado dos meios de prova, que significará fixar o que foi dito pela testemunha, quais são as máximas de experiência que são conferidas pelo perito ou qual é o conteúdo de um documento, para citar alguns exemplos dos meios de prova mais habituais.

lado, ANDRÉS IBÁÑEZ pontua que a informação que as pessoas podem transmitir mediante a linguagem gestual ou corporal, que normalmente acompanha as suas palavras, está carregada de ambiguidades e é de muito difícil interpretação sem risco de erro, ainda mais em um único contato e por quem carece de recursos técnicos para esse fim (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 28).

³⁸⁴ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 320. O autor destaca que o contato direto do tribunal integra uma *cognição cultural* (pp. 309-310). CABEZUDO RODRÍGUEZ pondera que é consubstancial aos princípios da oralidade, imediação e livre valoração da prova o examinar de gestos dos intervenientes na audiência, tais como os de turbção ou surpresa, através dos quais possa o juiz ou tribunal de instância fundar sua íntima convicção acerca da veracidade ou falsidade da declaração dos intervenientes na prova (CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 93).

³⁸⁵ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 312.

³⁸⁶ Por todos: MONTERO AROCA, Juan. La valoración de la prueba como garantía en el proceso civil, in: *III Congreso Panameño de Derecho Procesal*. Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, 2006, pp. 421-424.

Uma vez verificada a interpretação, o juiz deverá proceder a sua *valoração*, aplicando uma regra de livre valoração,³⁸⁷ consistente em determinar a credibilidade do testemunho, a razoabilidade das máximas de experiência expressadas pelo perito e sua aplicação ao caso concreto, ou se o documento é autêntico e reflete os fatos ocorridos na realidade.

Ocorre que esse processo é *complexo*, não surgindo quando do julgamento final, ao ser formalizada a sentença. Não constitui a decisão judicial um *fato isolado*, divorciado de tudo que o precedeu.

A decisão do juiz, especialmente em relação às questões de fato, se desenvolve e amadurece com o progresso da instrução probatória, precedida e antecipada por uma série de atividades e de *juízos parciais* ou *setoriais*.³⁸⁸

Neste ponto, a norma da imutabilidade física do juiz, como demonstrado, parece coerente a uma estruturação do procedimento cognitivo – como aquele que se forma na instrução – pela qual a decisão final é destinada a formar-se no fogo da contenda dialética entre as partes com verdades opostas, progressivamente, em paralelo com uma pesquisa realizada por *tentativa e erro* com base em hipóteses diversas de trabalho propostas.³⁸⁹

³⁸⁷ A imediação, entendida como intervenção pessoal e direta do juiz na prática da prova, pode apresentar-se como a condição inescusável para a livre valoração, pois só fundamentando o juiz sua convicção na *impressão imediata* recebida e não em referência alheias pode reputar-se esta como livre.

³⁸⁸ Não se olvida que, seja por força dos princípios da oralidade e da concentração, seja pela simples disposição legal, a audiência criminal deve ser una. No entanto, a prática forense revela que nem sempre o desejado modelo de audiência concentrada (com produção probatória, debates e sentença) é alcançado, podendo se desdobrar – principalmente nos chamados *processos complexos* – em muitas sessões. Ademais, a formação do convencimento judicial pode começar antes mesmo da demanda, quando, por exemplo, é chamado para intervir em uma *cautelar probatória* (como a produção antecipada da prova testemunhal). Logo, parece oportuno falar em um surgimento paulatino e progressivo do convencimento judicial. Sobre o tema, referindo-se ao procedimento cognitivo empregado pelo órgão competente, o que determina o próprio convencimento, através um suceder dialético de decisões parciais: UBERTIS, Giulio. *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*. Torino: UTET, 1995, p. 16 (onde fala de *dialética probatória interna*). De igual forma, CALAMANDREI já indicava que o convencimento do juiz se forma progressivamente através do contato pessoal com que ele se liga às partes e às testemunhas, para quem a instrução funciona como uma aquisição contínua e progressiva até a decisão final (CALAMANDREI, Piero. *Vocabulo Oralità nel processo...*, cit., p. 179). Ainda sobre o tema: MENNA, Mariano. *Studi sul giudizio...*, cit., pp. 38-42.

³⁸⁹ RENON, Paolo. *Mutamento del giudice...*, cit., pp. 24-26. Em reforço à ideia de formação paulatina, SCARANCA FERNANDES esclarece: *É certo que a demonstração do fato criminoso e de sua autoria não fica limitada somente a uma fase determinada, pois de alguma maneira, todas as diligências praticadas desde os primeiros atos investigatórios tendem a evidenciar a ocorrência do delito e a descobrir quem o praticou. Quando se refere a uma fase destinada à instrução da causa, é para designar uma fase cuja função primordial é produzir prova, que pode ser considerada no julgamento. Isso não significa que tudo obtido antes não possa ser levado em conta na decisão final, pois determinadas particularidades, como a urgência da prova ou a impossibilidade de sua repetição, tornam impossível uma regra rígida e inflexível de que só pode ser admitida a prova produzida na fase própria* (SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento...*, cit., p. 132).

Logo, a direta e continuada presença do órgão responsável pela decisão final ao desenvolvimento da instrução, surge como forma de garantia de uma decisão de *melhor qualidade*, ao permitir a cognição integral do acervo probatório e das alegações das partes.

É fundamental, como forma de transformar estas garantias num todo harmônico a necessidade de motivação, expondo-se o caminho de ponderações e convicções percorrido para que a decisão pudesse ser ditada.

*Vale acentuar que a necessidade da motivação se torna mais premente na medida em que se reconhece o papel desempenhado, no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados, como os de "bons costumes", "exercício regular do direito", "interesse público" e outros análogos; e que as hipóteses de discricção concedida pelo ordenamento ao órgão judicial marcam justamente esses pontos mais sensíveis do problema: ao contrário do que pareceria à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o Juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricção para cair no arbítrio.*³⁹⁰

Saliente-se que o recurso da motivação de fato não se satisfaz com a mera *remissão* para os meios de prova, havendo a necessidade de se revelar os motivos que levaram a dar como provados certos fatos e não os outros, sobretudo tendo em conta que o princípio geral em matéria de avaliação das provas é o da *livre apreciação* pelo julgador, devendo também indicar as razões de direito que conduziram à decisão concretamente preferida.

O livre convencimento não pode significar subjetivismo ou liberdade absoluta na forma e nos meios de obter o convencimento, mas apreciação racional e unicamente das provas que, com as devidas garantias processuais, tenham sido praticadas sob o princípio do contraditório no juízo oral. O raciocínio, portanto, não poderá ser meramente interno, mas deverá aflorar na sentença, tanto quanto se fundamente na prova direta como na prova indireta.

A *verdade dos fatos* não é o resultado de uma atividade inescrutável que se desenvolve (apenas) no interior do juiz, mas sim um produto de um trabalho de conhecimento que se estrutura em passos conhecíveis e controláveis,³⁹¹ como a coleta de informação, a

³⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões..., cit., pp. 87-88.

³⁹¹ Fala-se, neste sentido, em um *princípio de controle no processo penal*, como indeclinável em um Estado Democrático de Direito, afirmando-se, em decorrência, o princípio do duplo grau de jurisdição, que não deve faltar em causa penal alguma. O autor assevera ainda que o controle mais eficaz da valoração da prova praticada

comprovação de sua credibilidade, a análise de sua relevância e a formulação de inferências logicamente válidas que conduzem a conclusões justificadas racionalmente.³⁹²

Com caráter geral, a motivação da sentença, disposta como mandado constitucional no art. 93, inciso X, da CRFB, implica em dar a razão do por que da decisão e ser fundamentada em termos jurídicos.

Com caráter particular, a motivação fática exige a determinação dos fatos que resultaram provados e em virtude de quais provas. Como apontado por TARUFFO, a motivação do juízo de fato satisfaz a exigência de controle sobre a racionalidade da fundamentação do juiz sobre as provas.³⁹³

A decisão judicial deverá, assim, conter uma análise das provas praticadas, explicando e fundamentando a força probatória que atribui a cada uma delas, justificando a preeminência que atribui a alguma delas sobre as demais ou alguma das realizadas, justificando sua respectiva incidência sobre o fato declarado. Isso porque a presunção de inocência só pode ser afastada por uma prova que atenda o ônus da acusação, cuja valoração judicial de acordo com critérios racionais permita a culpabilidade do acusado.

Impõe-se uma observação: entende-se que os chamados *artifícios da motivação*,³⁹⁴ em que pese seu uso frequente pelos Tribunais brasileiros,³⁹⁵ mais do que *colocar em risco as funções de garantia*, acabam por constituir verdadeira burla ao dever de motivar, mormente quando em jogo a ponderação de provas pessoais e toda a subjetividade que as acompanham.

Partindo-se de critérios subjetivos (dotados, portanto, de sinais e domínios específicos da informação, únicos por natureza), cada prova pessoal deve ser submetida a um teste de eficácia junto a um processo neuronal de processamento de informação e inferencial,

com imediação, é o recurso de apelação, porém entendido não como um novo juízo, mas como um julgar de novo sobre todo o problema de fato e de direito daquele processo (SUAU MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., pp. 115-122).

³⁹² Trabalhando de uma forma mais direta, TARUFFO demonstra que a verdade não resulta de uma *intuição individual misteriosa*, mas de um procedimento cognoscitivo estruturado e comprovável de maneira intersubjetiva. Aduz, em conclusão, que desta forma, a prova desempenha sua função epistêmica, pois se apresenta como instrumento processual do qual se serve tipicamente o juiz para descobrir e conhecer a verdade sobre os fatos da demanda (TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre prueba y motivación*, in: *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 32-33. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez).

³⁹³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2002, p. 436. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán.

³⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões...*, cit., pp. 196 e ss.

³⁹⁵ Por todos: STJ – HC 40034/SP – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª Turma – j. 11/9/2007 – DJ 08/10/2007, p. 332.

o que acarreta (por se tratar de experiência única, repise-se) a formação de um conjunto de fundamentos específicos para cada prova.

Daí que recursos como *motivações remetidas* e *motivações coletivas* não satisfazem a garantia constitucional, tampouco valorizam os benefícios transferidos pela imediação processual.

De outro giro, as chamadas *motivações postergadas*, *diferidas* ou *retardadas* são a comprovação *confessada* da inexistência de motivação quando do lançamento do ato decisório. Se há necessidade de uma decisão posterior, em complementação ao ato já *decidido* (ou melhor, determinado), é porque, ao tempo da prolação do ato, inexistia motivação idônea ou suficiente para sua prática (ou, porque, o sujeito responsável pela decisão preferiu fazer um teste empírico, aguardando o resultado concreto, para então motivar seu ato anterior).

O método de conhecimento que a imediação favorece jamais poderá ser utilizado para justificar a falta de motivação das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que o dever de motivação servirá para corrigir os eventuais desvios na reta valoração judicial.

O dever de motivação, desta forma, acaba por constituir também uma consequência do princípio da imediação:³⁹⁶ é o dever que incumbe ao julgador em relação à fundamentação da sentença,³⁹⁷ sendo indispensável que sua convicção emane dos atos da instrução, já que são estes os que puderam ser apreciados e discutidos pelas partes e que estavam a seu alcance.

E, neste ponto, antecipa-se, o sistema de gravação (audiovisual) das audiências constitui uma ajuda decisiva para o julgador, ainda na primeira instância, para a missão de prolação da sentença: de um lado, porque o esquecimento é característico da condição humana e pode existir, não obstante a concentração requerida, um lapso de tempo entre as sessões de instrução e o julgamento; de outro, porque para o cumprimento da função jurisdicional provocada, para a fundamentação de suas decisões, o juiz não pode utilizar elementos distintos daqueles aportados ao processo e que são, a princípio, os que constam do suporte audiovisual correspondente; por último, porque o suporte audiovisual não só evita a dissipação de detalhes

³⁹⁶ De forma distinta entende MESQUITA, para quem a imediação integra-se no processo de valoração na parte relativa aos juízos não reportados a regras escrutináveis. Dessa forma existiria uma decomposição do domínio da livre apreciação subjetivista ligado à imediação e da valoração objetiva, vinculada às difusas *regras da experiência* (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 304).

³⁹⁷ BOVINO, Alberto. *Princípios políticos...*, cit. p. 86.

e pormenores da audiência não recolhidos na ata, mas permite que aflore no processo uma parte até agora oculta, que versa sobre o juízo de credibilidade.³⁹⁸

Acrescente-se que a gravação assume um importante papel na fase recursal: primeiro, por contribuir a concretizar, definir e justificar a causa de pedir da pretensão impugnatória, sobretudo quando esta se baseia em posturas dos atores judiciais (ao longo da audiência) ou em erros probatório derivados de diligências de caráter pessoal; depois, por socorrer o Tribunal *ad quem* na análise da impugnação e na cimentação de sua convicção.

Ao lado disso a gravação (ferramenta que também está à disposição do princípio da publicidade que informa o sistema acusatório de processo) servirá, ainda, ao controle público (ou *controle cidadão*³⁹⁹) da atuação dos sujeitos processuais.

4.3. Premissas ao sistema de impugnação da sentença pelo recurso de apelação

Fixadas as premissas relativas à conceituação, delimitação, incidência e efeitos da imediação como princípio informativo (do procedimento) no processo penal, constata-se que a progressão no estudo do sistema processual brasileiro descortina tema aparentemente olvidado pela doutrina e jurisprudência nacionais, consistente na repercussão desse princípio na fase recursal.

Em razão da vastidão expositiva que acarretaria a análise de todo o âmbito recursal, com suas diferentes e variadas modalidades no ordenamento pátrio,⁴⁰⁰ optou-se pela análise mais detida e proficiente da apelação criminal, instrumento que – dependendo da extensão da provocação realizada pela(s) parte(s) – permite a completa revisão fática e jurídica do processo e julgamento desenvolvimentos em primeira instância.

³⁹⁸ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, pp. 121-122.

³⁹⁹ BOVINO, Alberto. *Princípios políticos...*, cit., p. 85.

⁴⁰⁰ Cumpre assinalar que as conformações até agora ponderadas não deveriam alcançar os denominados *recursos raros* (recursos extraordinário e especial), na medida em que, teoricamente, seus marcos de cognição não se projetam sobre a revisão da valoração dos fatos – salvo por erros em documentos, cuja apreciação, de toda forma, não precisa de imediação – e, menos ainda, sobre uma nova valoração da prova pessoal. Expressado de outra forma, nos recursos raros o princípio da imediação opera radicalmente, determinando o objeto do mesmo: tudo o que requer valoração direta e pessoal do juiz está excluído desta categoria de recursos. Repise-se que, neste particular, a imediação funciona como fator de delimitação: por revisão dos fatos se entende unicamente a avaliação baseada na percepção direta e pessoal dos meios de prova por parte do órgão judicial (no entanto, a questão da imediação não impede, como será apontado, eventual revisão no que concerne à estrutura racional do discurso valorativo). A *contrario sensu*, todo aquele âmbito do processo de valoração do acervo probatório que não precise da imediação não é entendido como *questão de fato*, senão *de direito*, e poderia por isso ser objeto da revisão pelos Tribunais, mesmo que este não tenha contato direto com os meios de prova.

De igual sorte, em que pese o lançamento de comentários comparativos, a análise terá por norte o sistema brasileiro de apelação criminal, não sendo objeto de ponderação a situação dos Estados soberanos que, ao subscreverem pactos internacionais, estabelecem determinadas restrições (dentro do conceito de liberdade de configuração por parte do legislador interno), como aquelas referentes ao direito do condenado a uma revisão da manifestação judicial.

O atual estágio de desenvolvimento das garantias processuais penais, com especial ênfase determinada pelos pactos internacionais (como a Convenção Européia de Direitos de Homem, a Convenção Interamericana de Direitos do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, entre outros), como resposta a uma larga fase caracterizada pela permanente violação dos direitos humanos, importou no reconhecimento da necessidade de assegurar a todo acusado um processo equitativo (como já exposto nos capítulos anteriores) e a todo condenado o direito a que as razões de sua condenação possam ser revisadas por outro juiz ou tribunal. Restou estabelecido, assim, mediante normas supranacionais e como uma garantia adicional para o imputado que finde condenado, o chamado *direito ao recurso*⁴⁰¹ (ou a *dupla instância*, ou ao *duplo grau de jurisdição*) consubstanciado – primordialmente – pelo recurso de apelação, próprio de um processo penal de duas instâncias (fáticas).

E a apelação surge neste contexto, em perfeita consonância com os postulados do art. 14.5 do PIDCP, como meio de impugnação ordinário por excelência, que autoriza um órgão de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeira instância, sendo indicado como o recurso que permite a maior amplitude quanto a matéria impugnável, devolvendo ao tribunal toda a material de fato e de direito.⁴⁰²

⁴⁰¹ Sobre o tema: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., p. 593. Anote-se que, a teor do disposto no art. 14.5 do PIDCP, não se deduz a obrigatoriedade de estabelecer propriamente uma dupla instância, senão uma submissão do julgamento condenatório e da pena imposta a um tribunal superior, submissão esta que deverá ser conforme o prescrito pela lei (sendo que cada País fixará suas modalidades). Ademais, na interpretação conferida pelo TEDH, sentença de 13 de fevereiro de 2001, Caso Krombach c. França, tal preceito não institui o direito a uma segunda instância com repetição integral do juízo em primeira instância, mas alberga a garantia a que um tribunal superior controle a correção do juízo realizado em primeira instância, revisando a correta aplicação das regras que permitiram a declaração de culpabilidade e a imposição de pena no caso concreto.

⁴⁰² PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 882.

Esta *devolução* (ao Poder Judiciário) permite uma reavaliação sobre a qualidade do juízo anteriormente produzido, instaurando um verdadeiro *juízo sobre o juízo*,⁴⁰³ com vistas a certificação quanto à qualidade no resultado do raciocínio e da fundamentação usados na instância inferior.

Frise-se sobre a capacidade e os poderes da segunda instância na revisão do juízo anterior a existência de duas possibilidades abstratas e teóricas de atuação: por um lado, o chamado *modelo pleno de apelação*, que deflagra um *ius novorum*, onde toda a atividade probatória deve ser (re)feita em segunda instância, perante o órgão competente para análise do recurso; de outro lado, surge o *modelo limitado de apelação*, que dá lugar a uma *revisio prioris instanciae*, permitindo nova análise sobre o leque probatório produzido em primeira instância.

A doutrina⁴⁰⁴ anota que a primeira modalidade (*ius novorum*), se aplicado na sua pureza, pode conduzir a situações realmente injustas, indo contra a economia processual e podendo levar a dispersão, posto que a parte pode estrategicamente usar da primeira instância como simples base de experimentação, reservando provas que só em segunda instância poderá sacar e bradar, dependendo da sorte da evolução da contenda. Ademais, este sistema poderia levar a uma condição ficcional, pois, admitido o manejo da prova apenas em segunda instância, acabaria com idéia do recurso como fase de *revisão*, tornando-o numa fase originária de julgamento.

No sistema brasileiro, a segunda instância não constitui um novo juízo, em que é possível se aduzir toda classe de fatos e argumentos ou se formular pretensões novas sobre o caso. Via de regra, se trata de um segundo exame do previamente decidido na primeira instância. No entanto, em algumas poucas ocasiões, a revisão sobre os aspectos fáticos ou jurídicos do provimento impugnado na apelação poderá se realizar tendo em conta as alegações fáticas e as provas praticadas na segunda instância, se bem que esta possibilidade resulta muito limitada e restringida unicamente aos casos estabelecidos em lei.

Com relação às provas novas, o órgão ad quem, de ofício ou atendendo a requerimento das partes, poderá 'proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências' (art. 616 CPP). Tais

⁴⁰³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 32.

⁴⁰⁴ Por todos: SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación*..., cit., pp. 84-85.

diligências serão realizadas pelo próprio tribunal ou, em caso de baixa dos autos, pelo juiz da causa.

Esse dispositivo vem reforçar a idéia, exposta no estudo do efeito devolutivo dos recursos, de que o tribunal pode, nos limites da impugnação, conhecer na apelação de material probatório não submetido à apreciação do juiz antes da sentença, sem que haja aí violação ao preceito do duplo grau de jurisdição.

Tem havido, na jurisprudência, certa resistência à produção de prova nova. Assim, o STF anulou acórdão que, em recurso da acusação, majorou a pena, porque a apelação fundou-se em 'prova documental juntada após a sentença', afirmando ter havido 'cerceamento de defesa e supressão de instância' (HC 68.695-8-DF, DJU 19.12.1991, p.18.710). Por outro lado, tem-se declarado a inadmissibilidade de conversão do julgamento em diligência, em recurso exclusivo do réu, para ser feita nova prova contra ele (JTACrimSP 65/42, 68/334, 85/57; RT 503/350).

Essa conversão do julgamento em diligência poderá ser determinada pelo relator, quando a entenda necessária para a regularização formal do recurso ou complementação dos elementos de prova. Neste sentido, eram freqüentes as determinações para realização de interrogatório de réus revéis que, após a sentença, vinham a ser presos.

(...)

A decisão do tribunal será tomada por maioria de votos (art. 615 CPP). Havendo empate, o presidente da câmara, se não tiver tomado parte na votação, proferirá o voto de desempate. Caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu (art. 615, § 1º).⁴⁰⁵

Ocorre que, acostumada a sua atividade de *revisio prioris instantiae*, suportando com frequência uma sobrecarga de trabalho própria dos dias atuais, se compreende que seja a segunda instância brasileira pouco propícia (na verdade, bastante refratária) a praticar atividades probatórias que já foram (ou deveriam ter sido) praticadas na etapa anterior do processo.

De forma inconsciente ou autômata, a prática forense conduziu a uma rotina recursal onde, nos órgãos de apelação, sem a necessidade de reproduzir a atividade probatória já realizada, procede-se a revisão das conclusões da sentença de primeira instância para confirmar, reformar ou anular seus pronunciamentos. Porém, se no juízo *a quo* a prova deve ser praticada com rigorosa observância das exigências da oralidade e da presença imediata e permanente da pessoa competente para julgar, requisitos de validade para a valoração e interpretação das provas que diante dele forem produzidas, em um debate entre as partes com

⁴⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120. No mesmo sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal...*, cit., pp. 593 e 602.

igualdade de oportunidades, deve surgir o questionamento se pode um Tribunal (na função conferida pela apelação interposta) corrigir ou alterar a valoração dos resultados das provas pessoais realizadas pelo julgador de primeira instância (sem a adoção das mesmas precauções).

E a questão gera não poucos problemas desde o ponto de vista do *meio* através do qual o Tribunal conhece do processo: como resultado de uma instância já encerrada, via de regra, recebe um *juízo* (no duplo sentido: de atividade jurisdicional e de atividade cognitiva formada) pronto, com a atividade probatória – principal⁴⁰⁶ – também já concretizada. Quando se depara com as chamadas provas reais, seu conhecimento equivalerá ao conhecimento originário, posto feito de forma direta e pessoal. O quadro, todavia, muda de figura quando se depara com as provas pessoais: em geral, esta categoria de provas é materializada sob a forma de termos e atas ou assentadas,⁴⁰⁷ transmitindo ao Tribunal um conhecimento mediato (e mediado) a partir das impressões do julgador *a quo*. Portanto, no modelo brasileiro, o Tribunal julga o recurso segundo a percepção do juiz de primeira instância, reduzida de forma mais objetiva e direta ao ser colocada em um termo escrito, por ação do secretário do juízo (mediante ditado). Este termo só reproduz o que o juiz quis e pôde transcrever, servindo de documento público em que constam as provas praticadas.⁴⁰⁸

ANDRÉS IBÁÑEZ adverte que neste *segundo juízo* perdem-se – ainda que não de todo, pois serviram para orientar o depoimento e fazer-lhe render – aqueles aspectos (os gestuais) da informação só perceptível mediante o contato direto com as fontes pessoais de

⁴⁰⁶ Fala-se em *atividade probatória principal* por se acreditar que, em regra, acusação e defesa tenham o dever e o interesse, respectivamente, de produzir atos de convencimento ainda perante aquele que primeiro conhece da causa, o que não exclui a possibilidade de produção probatória em segunda instância, ainda que de forma limitada (art. 616 do CPP).

⁴⁰⁷ Diferente é a situação da audiência de primeira instância que é gravada em suporte audiovisual, como será abordado mais a frente, neste mesmo capítulo.

⁴⁰⁸ A questão gerou debates acalorados na Espanha, onde o sistema normativo-judiciário atribuía ao secretário do juízo, sem a necessária supervisão do magistrado, a incumbência de redigir os termos e atas, fazendo constar como conteúdo a sua própria percepção sobre a prova presenciada em audiência (na medida das suas capacidades e possibilidades), o que trazia maiores dificuldades para que o segundo grau pudesse rever a prova, uma vez que sequer tinham acesso à percepção do juiz. Sobre o tema: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, cit., pp. 105 e ss. Assevera o autor que os Tribunais de Apelação se pronunciavam, antes da Sentença nº 167/2002 do Tribunal Constitucional espanhol, sobre o mérito da prova através do conteúdo das assentadas e termos produzidos pelo juízo de primeiro grau e, quando fosse o caso, sobre as declarações prestadas durante a fase preliminar e logo ratificadas em juízo. Tal conduta permitiria concluir que quanto ao recurso de apelação, manteve-se a concepção tradicional, própria do processo inquisitorial escrito.

prova: se enfrentarão dos dados menos fiáveis em sua significação e mais difíceis de interpretar com garantia de acerto.⁴⁰⁹

O trato que a valoração da prova testemunhal do juízo (oral) *a quo* recebe na apelação se explicaria por uma decisão do legislador, que, de todo modo, somente seria tácita. Isto abre a discussão sobre um ponto prévio: pode o legislador dispor livremente limitações que restrinjam ou eliminem o princípio da imediação? A resposta depende, como é claro, da hierarquia constitucional deste princípio. Caso se admita que tem a hierarquia de um direito fundamental, o legislador infraconstitucional não poderá elimina-lo, sendo possível sua restrição apenas quando em conflito com outro direito fundamental. De outra banda, não sendo dotada desta hierarquia, poderá ser livremente conformada pelo legislador ordinário.⁴¹⁰

Como exposto anteriormente, a imediação carece de *transcendência constitucional independente*,⁴¹¹ estando vinculada aos princípios informadores do procedimento, admitindo, assim, algumas modulações e limitações.

Ocorre que, ainda que não tenha referida *transcendência constitucional*, deve, na medida do possível, ser observada na segunda instância. Como bem observado por LOPES JR., a doutrina brasileira trata a *principiologia aplicável aos recursos a partir das regras específicas, sem explicar que os princípios do processo penal também regem o sistema recursal*, haja vista que *não existe uma nova situação jurídico-processual, senão um desdobramento do processo originário*.⁴¹² Assim, não apenas os princípios cardinais do processo penal deveriam ser observados na segunda instância: o princípio reitor do devido processo legal supõe que se de as partes análogas possibilidade quanto as alegações, a prova a

⁴⁰⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 32.

⁴¹⁰ Note-se, por oportuno, que ainda que se entenda que a imediação decorre de Convenção sobre Direitos Humanos (como a Interamericana ou a Europeia), sendo a norma dotada de *natureza supralegal*, não poderia desafiar o espaço de conformação constitucional do legislador. Assim, a opção por não regulamentar a norma no seio da Constituição (ao contrário do que fazem os espanhóis com a oralidade, por exemplo), mantém a conclusão do texto principal. Não se deve olvidar, em complemento, que as Cortes de Direitos Humanos raramente trabalham com um conceito autônomo de imediação, valendo-se na maioria das vezes do direito à ampla defesa, na modalidade autodefesa, com o direito do imputado de ser ouvido pelo Tribunal.

⁴¹¹ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, cit., p. 258 e 283. A autora destaca, invocando o famoso preceito daquela Corte, a Sentença nº 167, de 18 de setembro de 2002, que a exigência da imediação se insere no conteúdo do direito a um processo com todas as garantias (previsto no art. 24.2 da Constituição Espanhola), constituindo, assim, um subprincípio corporificador ou densificador do princípio do *devido processo* espanhol. A manifestação, em que pese majoritária, não é pacífica, havendo quem sustente se tratar de *uma condição constitucional de valoração da prova que se vincula com o direito ao juiz natural*. Neste sentido: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, cit., pp. 106-107.

⁴¹² LOPES JR., Aury. *Direito processual...* cit., p. 1166. O professor gaúcho, no entanto, não insere a imediação entre os princípios do processo penal.

praticar e as impugnações a realizar, sendo todo este arco procedimento acobertado pelas garantias constitucionais e legais.

As consequências da imediação no recurso de apelação deveriam ser bastante claras, porém, a lei processual é pouco precisa e isso gera complexos problemas teóricos. Considerada a apelação como um recurso que abre uma nova instância sobre os fatos e que conduz a uma nova valoração do conjunto probatório (incluída a possibilidade de nova prática probatória), o princípio da imediação não poderia sofrer nenhuma diminuição.

Porém, na prática da lei processual vigente e ante o silêncio legal, o objeto da apelação não se considera, a princípio, limitado pela imediação. Tanto é assim que na rotina forense de segunda instância, altera-se num *passe de mágica* a valoração proferida pelo julgador *a quo* e, quando da necessidade de realização de alguma atividade probatória (requerida pelas partes ou reputada necessária pelo Desembargador Relator), em nome de uma suposta celeridade processual, duas medidas podem ser adotadas: ou o Desembargador Relator, sozinho, realiza a instrução em segunda instância, ou delega tal atividade a um *juiz instrutor* ou *juiz delegado* de primeira instância.

Em ambos casos, com diferenças de graduações, há violação da imediação processual, afinal também constitui uma manifestação da imediação o fato de que a prova em segunda instância deva ser praticada diante de todos os magistrados que integram a Câmara ou Turma, e não apenas diante do Relator.⁴¹³

Em um processo que segue o modelo acusatório, em que a instrução processual segue a produção de prova feita sob a égide do princípio da oralidade-imediação e do contraditório no momento da sua formação, constituiria do ponto de vista lógico uma contradição a existência de um segundo juízo de mérito com base nos atos do processo e em provas já formadas por um *terceiro*.⁴¹⁴

Enfatiza a doutrina que o modelo oral de processo somente se verifica onde não se admite o recurso sobre matéria de fato e naqueles em que a prova é repetida no Tribunal de apelação. No modelo brasileiro, sem o processo eletrônico, a oralidade é limitada ao primeiro grau de jurisdição, afinal no processo pátrio, a segunda instância pode reapreciar a prova e reformar a sentença na matéria de fato sem repetir a produção da prova. Na apelação

⁴¹³ Neste sentido: ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*..., cit., p. 210.

⁴¹⁴ LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 7ª ed. Torino: G. Giappichelli, 2007, pp. 667 e ss.

brasileira, como regra, o imputado (diretamente) não é ouvido, as testemunhas não são reinquiridas, as perícias não são refeitas nem os peritos prestam novos esclarecimentos. Os magistrados dos Tribunais de apelação examinam apenas papéis, limitando-se a ler as transcrições inexatas dos depoimentos.⁴¹⁵ No Brasil, o modelo oral de processo é exclusivo do procedimento em primeiro grau de jurisdição. Como a oralidade é o modelo que melhor atende às garantias de um processo democrático e justo, é evidente que o sistema recursal deve ser repensado.⁴¹⁶

E esta nova reflexão sobre a atividade de revisão da segunda instância penal tem gerado uma grande instabilidade e incerteza na doutrina estrangeira.

Certo é que, em relação às provas produzidas sob a imediação judicial, o juiz *a quo* tem elementos mais fundados para calibrar a forma e a segurança com que são emitidas as manifestações das partes (comportamento processual das partes) e *declarantes* (imputado, testemunhas e peritos, quando ouvidos em juízo) que passaram sob sua apreciação, porém sem que isso impeça a revisão (nova valoração) pelo Tribunal, e a eventual modificação do seu resultado, quando seja exposto erro cometido por dito julgador. Estas faculdades revisoras serão tanto mais extensas quanto se revisem provas em que o *plus* da imediação seja geralmente irrelevante.

Ocorre que há quem sustente⁴¹⁷ que a revisão das provas pessoais (não reproduzidas em segunda instância) estaria excluída do rol de competências outorgadas ao Tribunal (por força da apelação), pois referidas provas são colhidas pelo magistrado *a quo*, sendo este e não os magistrados da apelação, o encarregado de estabelecer o valor do que é ou não dito, ressalvados, é claro, os casos de patente absurdo ou arbitrariedade.

A instância revisora, nesta linha de raciocínio, não poderia desconhecer nem neutralizar os aportes que surgem da imediação, derivada da relação pessoal direta do julgador responsável pela colheita da prova com os próprios meios de prova e com os envolvidos, para pretender negar a veracidade e contundência as expressões, a forma do crime, a razão das declarações e seu alcance, estabelecidos pelo sentenciante, de forma justificada (e que,

⁴¹⁵ CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo..., cit., p. 67.

⁴¹⁶ Como afirmado por BACIGALUPO ZAPATER, os princípios da imediação e da oralidade tem, além de sua extraordinária significação para o juízo oral, uma transcendência muito especial na configuração e na amplitude dos recursos contra as sentenças (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, p. 103). Ainda que não se reconheça *transcendencia constitucional* a estes princípios, sua identificação como subprincípios densificadores do devido processo legal força a conformação da segunda instância penal a seus efeitos.

⁴¹⁷ Por todos: CHAIA, Rubén A. *La prueba...*, cit., p. 462.

portanto, não deveriam ser substituídas por suposições indiretas inferidas de registros escritos e parciais).

Os arts. 8.2.h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e 14.5 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos serviriam como base legal deste posicionamento, ao fixarem o direito de revisão da *condenação* por instância superior.⁴¹⁸

No entanto, a questão não reside apenas em disposições normativas, alcançando dimensões mais amplas, pois, se o legislador exige a oralidade e imediação em primeira instância, não poderia simplesmente *esquecer* dessas garantias em segunda instância, onde o arco de garantias, como já anotado, deve permanecer íntegro. Desta forma, seria possível a revisão de tudo o que não esteja exclusivamente reservado a quem tenha estado presente como juiz à audiência oral e pública. Esta é a única parcela que os juízes da revisão não podem valorar, não só porque cancelaria os princípios da oralidade e da imediação, senão também porque diretamente não tomaram conhecimento destas provas, ou seja, a seu respeito vige um limite real de conhecimento.

Ao Tribunal, pelo sistema de documentação/registro escrito dos atos orais praticados em audiência, chegam os relatos da prova colhida pelo sentenciante, porém não chegam nem as provas testemunhais originais, nem as impressões originais das inspeções e comprovações realizadas no curso da instrução, pelo que o órgão revisor não poderia invadir o âmbito que configura a competência reservada precisamente aos juízes responsáveis pela colheita direta, que detem a imediação na recepção da prova, lhes correspondendo apreciar livre e prudencialmente a eficiência probatória.⁴¹⁹

⁴¹⁸ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, em interpretação própria das decisões do Tribunal Constitucional (e da Corte de Cassação), entende que não cabe reformar na segunda instância as sentenças absolutórias ditadas nas causas nas quais a prova depende em certa medida dos princípios da imediação e oralidade, limitando-se assim os direitos aos recursos das partes CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal, in: *Constitución y garantías penales*, vol. 15, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 23). Prossegue o autor asseverando que o acusado absolvido (em primeira instância) não tem a obrigação de submeter-se a um segundo procedimento oral perante o Tribunal quando não existe nenhum preceito legal que assim o estabeleça expressamente. A fundamentação legal expendida, no entanto, não exclui a liberdade de conformação do legislador pátrio, de estabelecer diferentes formas de recurso (desde que não restrinja as garantias mínimas fixadas nos pactos internacionais do qual é signatário), o que permite – e torna legítimo – a previsão de recurso para revisão das questões fácticas também para a parte acusadora.

⁴¹⁹ CHAIA, Rubén A. *La prueba...*, cit., p. 477. Anote-se que CHAIA adota uma postura radical (e minoritária) em relação à atividade revisora recursal, apontando que mediante a apelação não se poderia provocar um novo exame crítico dos testemunhos que deram base ao julgamento, uma vez que o valor de tais provas não se encontra preestabelecido, sendo matéria própria do juiz sentenciante (e que colheu a prova) determinar o grau de convencimento que os testemunhos possam produzir, pois ele conta com a imediação própria do debate oral, sem

Pode-se dizer que, por regra, boa parte da prova se faz na própria demanda de forma escrita, seja documental ou pericial (por meio da juntada de laudos, já que não existe o costume da inquirição oral dos expertos), pelo que a principal questão geralmente recai sobre a prova testemunhal. Não existe incompatibilidade entre o juízo oral e a revisão ampla na apelação, é dizer, na medida em que se realiza o máximo esforço revisor do que é possível revisar.

O Tribunal revisor, nesta linha, estaria impedido de revalorar as provas ou modificar os fatos porquanto não participou da instrução. Se isto fosse admitido, o valioso da imediação se perderia. O recurso, nestas condições, se limita a examinar a correção jurídica do julgamento quanto à aplicação da lei substantiva e quanto à observância das formas essenciais do processo, abstendo-se de incursionar por seu material histórico.

Esta orientação limitadora da capacidade revisora da apelação é recente na *história* do processo penal, sendo – de certa forma – *forçada* pela interpretação do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH), posteriormente encampada pela jurisprudência e doutrina estrangeiras (esta última, com algumas ressalvas).

4.4. A formação do posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH) sobre a atuação probatória da segunda instância penal

Embora a admissão da prova e, sobretudo, a necessidade da prova sejam questões essencialmente do foro nacional,⁴²⁰ elas podem assumir uma *relevância convencional* quando possam por em causa a equidade do próprio julgamento, como, por exemplo, na admissão de prova de um agente provocador,⁴²¹ ou na rejeição do depoimento de uma testemunha sobre o paradeiro do imputado no momento do crime,⁴²² ou, no que interessa de

que tal circunstância isente o sentenciador de expressar os motivos em que se fundam suas convicções (p. 480). Assevera em acréscimo, a possibilidade de revisão das provas pessoais importaria em *cancelamento* do princípio da publicidade (p. 477). Tal posicionamento o aproxima das posturas – minoritárias repise-se – que entendem que a apelação (mormente aquela que revolve matéria fática) deveria ser instrumento exclusivo da defesa.

⁴²⁰ TEDH, Sentença de 26 de março de 1996, Caso Doorson c. Países Baixos, § 67.

⁴²¹ TEDH, Sentença de 9 de junho de 1998, Caso Teixeira de Castro c. Portugal.

⁴²² TEDH, Sentença de 13 de julho de 2006, Caso Popov c. Rússia.

perto a pesquisa, na rejeição do depoimento das testemunhas no tribunal de recurso quando este condena depois de o tribunal recorrido ter absolvido.⁴²³

O artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos consagra o *direito a um julgamento público*, e o Tribunal Europeu de Direitos do Homem tem considerado sob esta garantia *quatro conjuntos distintos de direitos*: um referente ao *direito a um julgamento oral*,⁴²⁴ outro relativo ao *direito de estar presente no tribunal*,⁴²⁵ um terceiro respeitante ao *direito propriamente dito a um julgamento público*, quer em primeira instância,⁴²⁶ quer sobretudo no tribunal de recurso;⁴²⁷ e um quarto atinente ao *direito a prolação pública da decisão*, na primeira instância⁴²⁸ e no tribunal de recurso.⁴²⁹

Assim, sem falar direta e expressamente no princípio da imediação o Tribunal Europeu de Direitos do Homem passou a desenvolver uma *doutrina* sobre a valoração da prova em segunda instância, a partir do arco de garantias fixados para a atividade probatória em primeira instância.⁴³⁰

⁴²³ TEDH, Sentenças de 19 de fevereiro de 1996, Caso Botten c. Noruega; de 27 de junho de 2006, Caso Constantinescu c. Romênia; e de 18 de maio de 2004, Caso Destrehem c. França.

⁴²⁴ TEDH, Sentença de 6 de dezembro de 1988, Caso Barberà, Messegue e Jabardo c. Espanha.

⁴²⁵ TEDH, Sentenças de 2 de março de 1987, Caso Monnell e Morris c. Reino Unido, e de 19 de fevereiro de 1996, Caso Botten c. Noruega.

⁴²⁶ TEDH, Sentença de 14 de novembro de 2000, Caso Riepan c. Áustria.

⁴²⁷ TEDH, Sentenças de 26 de maio de 1988, Caso Ekbatani c. Suécia, e de 23 de junho de 1981, Caso Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Bélgica.

⁴²⁸ TEDH, Sentenças de 28 de junho de 1984, Caso Campbell e Fell c. Reino Unido, e de 24 de novembro de 1997, Caso Szücs c. Áustria.

⁴²⁹ TEDH, Sentença de 22 de fevereiro de 1984, Caso Sutter c. Suíça. Garantia esta que não se justifica no tribunal de recurso se o recurso for manifestamente infundado (Sentença de 22 de fevereiro de 1996, Caso Bulut c. Áustria) ou se tiver havido um julgamento público na primeira instância (Sentenças de 29 de outubro de 1991, Caso Jan-Åke Andersson c. Suécia, e de 29 de outubro de 1991, Caso Fejde c. Suécia), salvo se no tribunal de recurso se discutir e modificar a matéria de fato (Sentenças de 26 de maio de 1988, Caso Ekbatani c. Suécia, e de 29 de outubro de 1991, Caso Helmers c. Suécia) e, em particular, no caso de condenação pelo tribunal de recurso na sequência da uma absolvição do imputado pelo tribunal recorrido (Sentenças de 19 de fevereiro de 1996, Caso Botten c. Noruega, de 27 de junho de 2000, Caso Constantinescu c. Romênia, e de 18 de maio de 2004, Caso Destrehem c. França).

⁴³⁰ A Corte de Estrasburgo utiliza uma fórmula mais extensa para fazer referência ao universo simbólico do aqui identificado pelo princípio da imediação. Na verdade, o Tribunal não trabalha com a garantia da imediação expressamente, enquanto requisito para a correta valoração probatória, senão que se manifesta sobre as possibilidades do acusado de defender sua inocência de modo dialético perante o órgão *ad quem*, incluindo o direito a ser ouvido pessoalmente. O TEDH parece dar um enfoque, até por força do art. 6º, 1 e 3, da Convenção Europeia, ao contraditório e à dimensão adversarial. O TEDH, na sua fluidez argumentativa, tende a fazer depender efeitos prescritos da imediação essencialmente na sua instrumentalidade de direitos subjetivos, em particular a *possibilidade de o imputado se confrontar com a testemunha na presença do juiz que deve em último lugar tomar uma decisão relativa ao caso*. Assim, a Corte, reiteradamente, faz constar em suas manifestações a necessidade de oitiva pessoal e direta do imputado e das testemunhas e peritos.

Os pronunciamentos do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, a partir do *Caso Ekbatani*⁴³¹ passaram a restringir o âmbito de impugnação das *sentenças absolutórias*, ao proibir que possam ser valoradas de novo no marco do recurso de apelação, as provas pessoais obtidas sem imediação.⁴³²

Em *Ekbatani*, a Corte afirmou que o processo penal constitui um todo e a proteção do art. 6º não termina com o julgamento de primeira instância (assim, a fase perante a segunda instância não pode desmerecer a fase transcorrida na primeira no cumprimento das previsões estabelecidas na Convenção – conforme fundamentação do § 24), e que, por isso, para estabelecer se surge como justificada a prescindência no trâmite da apelação do princípio da audiência pública presencial, deve-se ter em conta em seu conjunto o processo tramitado em conformidade com o ordenamento jurídico interno e a tarefa que nele desenvolve o Tribunal de apelação, assim como também a maneira como os interesses do imputados foram expostos e protegidos perante dito órgão judicial (§§ 27 e 28).⁴³³

A isso, o *Caso Ekbatani* acrescentou que como a Corte já havia declarado, a falta de uma audiência pública na segunda ou terceira instância pode justificar-se pelas características do procedimento de que se trate, contanto que se tenha celebrado na primeira instância. Assim, nos procedimentos para autorizar a interposição do recurso de apelação, que se refiram exclusivamente a questões de direito e não as de fato, os requisitos do art. 6º da CEDH estão cumpridos, ainda que o Tribunal de apelação não tenha dado ao recorrente a faculdade de ser ouvido pessoalmente (§ 31).

Mesmo assim, destacam os *Casos Andersson*⁴³⁴ e *Fejde*⁴³⁵ que a publicidade constitui, sem dúvida, um dos meios para preservar a confiança dos Tribunais, no entanto, para determinar se os debates públicos correspondem a uma necessidade, como no processo em primeira instância, deve-se ter em conta outras considerações, como o direito a que a causa seja concluída em um prazo razoável e a necessidade de uma tramitação rápida dos assuntos debatidos.

⁴³¹ TEDH, Sentença de 26 de maio de 1988, *Caso Ekbatani c. Suécia*, § 32. Consolidando tal entendimento seguiram a Sentença de 29 de outubro de 1991, *Caso Helmers c. Suécia*, §§ 36, 37 e 39, a Sentença de 29 de outubro de 1991, *Caso Jan-Åke Andersson c. Suécia*, §§ 22, 23 e 28, e a Sentença de 29 de outubro de 1991, *Caso Fejde c. Suécia*, §§ 26, 27 e 32.

⁴³² SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 52-53.

⁴³³ No mesmo sentido segue a Sentença de 27 de junho de 2000, *Caso Constantinescu c. Romênia* (§ 53).

⁴³⁴ Sentença de 29 de outubro de 1991, *Caso Jan-Åke Andersson c. Suécia*, § 27.

⁴³⁵ Sentença de 29 de outubro de 1991, *Caso Fejde c. Suécia*, § 31.

O *Caso Ekbatani* afirma, por último, que na situação analisada, o Tribunal de apelação conheceu tanto das questões de fato como das de direito, e que, teria que estudar em seu conjunto a culpabilidade ou a inocência do imputado (§ 32), de forma que, dadas as circunstâncias, não se podia resolver num processo justo sem um exame direto e pessoal do imputado – que alegava que não havia cometido a ação considerada punível. Disso conclui que era exigível na apelação uma nova audiência, na presença dos interessados, pelo que, ao não ter se produzido tal nova audiência, se havia violado o art. 6.1 da CEDH.⁴³⁶

Assim, paulatinamente foi fixado que quando a instância de apelação é chamada a conhecer de um assunto em seus aspectos de fato e de direito e a estudar em seu conjunto a questão da culpabilidade ou inocência do imputado, não pode, por motivos de equidade do processo, decidir estas questões sem a apreciação das declarações apresentadas pessoalmente pelo próprio imputado que sustenta não ter cometido a ação considerada delitiva, precisando neste ponto, que, após o pronunciamento absolutório em primeira instância, o imputado deveria ser ouvido pelo Tribunal de apelação especialmente, considerando-se que foi o primeiro a condená-lo no marco de um procedimento dirigido a resolver sobre uma questão em matéria penal.⁴³⁷

Já no *Caso Tierce*,⁴³⁸ restou estabelecido expressamente que a ausência de fatos novos não é suficiente para justificar a exceção a necessidade de debates públicos na apelação, na presença do acusado, devendo-se ter em conta – sobretudo – a natureza das questões submetidas a revisão na apelação.

⁴³⁶ Cumpre assinalar que os *Casos Andersson e Fejde*, anteriormente destacados, partindo da mesma doutrina que as demais sentenças mencionadas, chegam à conclusão diferente (não violação do mencionado preceito da CEDH, em que pese a falta de audiência pública na apelação), ao entender que o recuso não suscitava questão de fato ou de direito que não pudesse ser resolvida adequadamente baseando-se nos autos (no primeiro caso, o imputado havia admitido o cometimento do fato pelo qual era acusado, e, no segundo, não havia questão acerca dos fatos relevantes para a decisão).

⁴³⁷ Uma versão bem delineada da orientação do TEDH pode ser encontrada na Sentença de 27 de junho de 2000, *Caso Constantinescu c. Romênia*, §§ 54, 55, 58 e 59. Mais recentemente, a orientação da Corte pode ser identificada na Sentença de 27 de novembro de 2007, *Caso Popovici c. Moldavia*, § 71, na Sentença de 16 de dezembro de 2008, *Caso Bazo González c. Espanha*, § 31, e na Sentença de 10 de março de 2009, *Caso Igual Coll c. Espanha*, § 37, onde se reitera que a condenação em apelação de quem foi inicialmente absolvido em primeira instância na qual se praticaram provas pessoais, sem que seja ouvido pessoalmente pelo Tribunal de apelação perante o qual se debateram questões de fato que afetam a declaração de inocência ou culpabilidade do recorrente, não está de acordo com as exigências de um processo equitativo, tam como preconizado pelo art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Reitere-se a ideia de que o TEDH não trabalha com um conceito autônomo de imediação, razão pela qual a garantia estaria ligada à autodefesa do imputado, sob o prisma do direito de ser ouvido pelo Tribunal (expressões da ampla defesa).

⁴³⁸ TEDH, Sentença de 25 de julho de 2000, *Caso Tierce e outros c. San Marino*, §§ 94, 95 e 96.

Por seu turno, o TEDH, no *Caso Cooke*,⁴³⁹ resolveu questão atinente a necessidade de audiência do acusado quando o órgão *ad quem* modifica a quantidade de pena, a partir de circunstâncias pessoais do autor. Nele, a principal questão a ser resolvida na segunda instância era um possível aumento da pena imposta (para prisão perpétua), o que exigiu uma nova valoração da personalidade do demandante e de seu caráter, incluindo o seu estado de ânimo no momento do cometimento do crime, o seu móbil e sua periculosidade e agressividade em geral. A Corte, tendo em conta a importância do que para o demandante estava em jogo, concluiu que era essencial para a equidade do processo a sua presença na audiência de apelação e uma oportunidade de participar, juntamente com o seu advogado, de modo que o Estado demandado tinha a obrigação positiva de garantir a presença do demandante para permitir que ele se defendesse por si mesmo, como exigido pelo artigo 6.3.c da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.⁴⁴⁰

Essa orientação reconhece que a insuficiência da ata do juízo como meio de documentação das provas de caráter pessoal – ainda que usada a estenotipia – vem marcada pela impossibilidade de refletir os aspectos comunicativos não verbais de toda declaração.⁴⁴¹ Na medida em que implica um contato direto com a fonte de prova, a imediação adquire verdadeira transcendência em relação as fontes de provas caracterizadas pela oralidade, isto é, as declarações, qualquer que seja o conceito emprestado.

A audiência pessoal do declarante evita os riscos de valoração inadequada procedente da intermediação entre a prova e órgão de valoração. Outrossim, nas provas pessoais, permite apreciar não apenas o essencial de uma sequência verbal trasladada a um escrito por um terceiro, senão a totalidade das palavras pronunciadas e o contexto e o modo como foram: permite acessar a totalidade dos aspectos comunicativos verbais ou não verbais, do declarante e de terceiros.

Neste sentido, a revisão feita pelo TEDH em sua jurisprudência expressa que é necessário que o Tribunal de apelação conduza um exame direto e pessoal do acusado e das

⁴³⁹ TEDH, Sentença de 8 de fevereiro de 2000, *Caso Cooke c. Áustria*, § 35.

⁴⁴⁰ No mesmo sentido, no próprio TEDH: Sentença de 19 de fevereiro de 1996, *Caso Botten c. Noruega*; TEDH, Sentença de 16 de dezembro de 2008, *Caso Bazo González c. Espanha*.

⁴⁴¹ Mas tal deficiência não pode predicar-se aos meios que com crescente qualidade transmitem ou reproduzem as declarações, como acontece com a videoconferência e com a gravação em suporte audiovisual, os quais obrigam a refletir se o conceito tradicional de imediação deve ser modulado diante do incessante progresso das técnicas de transmissão e reprodução da imagem e do som. Tal questão, todavia, ainda não foi objeto de análise pela Corte de Estrasburgo.

testemunhas apresentados pessoalmente, no sentido de uma nova audiência na presença dos demais interessados ou partes adversas.⁴⁴² Se alude assim a uma atividade processual que deve inserir-se na segunda Instância e que se identifica com uma audiência, pública e contraditória, na qual se realize um exame *direto e pessoal* – isto é, com imediação – das pessoas cuja declaração vá ser objeto de nova valoração. Este exame *pessoal e direto* importa na concorrência tempo-espacial de quem declara e ante quem se declara, pois a garantia se estriba tanto em que quem julga tenha ante de si quem declara, como que o declarante possa dirigir-se a quem está chamado a valorar suas manifestações.

O TEDH destaca que uma primeira situação se produz quando a declaração prestada em primeira instância é reproduzida na presença de quem a realizou, e este é questionado sobre o conteúdo daquela declaração. Fundamenta-se esta faculdade do órgão judicial no fato no ordenamento processual de apelação ser de natureza limitada (ou *revisio prioris instantiae*), isto é, de controle sobre o resultado da primeira instância, e não um *novum iudicium*, com repetição integral do juízo oral, pelo que a ausência de imediação em relação às provas pessoais praticadas em primeira instância não resulta obstativa de sua valoração se tal déficit de imediação vem compensado pela reprodução essencial das mesmas diante do novo órgão judicial que se dispõe a sua valoração, através do conteúdo do termo correspondente, ou por outro meio suficiente (como é, sem dúvida, a gravação audiovisual) que permita sua introdução na nova audiência perante esse órgão, que poderá apreciar-las no marco da nova atividade probatória e do debate a respeito, intervir em relação as mesmas, e perceber a reação do declarante acerca de sua declaração prévia, seja através de uma nova declaração, seja negando-se a mesma.⁴⁴³

As questões de fato controvertidas para análise forçada pela apelação (e que demandariam repetição da prova em segundo grau para respeito à imediação ou *a necessidade*

⁴⁴² Neste sentido: TEDH, Sentenças de 26 de maio de 1988, Caso Ekbatani c. Suécia, § 32, de 29 de outubro de 1991, Caso Helmers c. Suécia, §§ 36, 37 e 39, de 29 de outubro de 1991, Caso Jan-Åke Andersson c. Suécia, § 28, de 29 de outubro de 1991, Caso Fejde c. Suécia, § 32, de 9 de julho de 2002, Caso P.K. c. Finlândia, de 9 de março de 2004, Caso Pitkänen c. Finlândia, § 58, de 06 de julho de 2004, Caso Dondarini c. San Marino, § 27, de 5 de outubro de 2006, Caso Viola c. Itália, § 50, e de 18 de outubro de 2006, Caso Hermi c. Itália, § 64.

⁴⁴³ Neste ponto, a orientação exposta parece se distanciar – e muito – da realidade jurídica brasileira, pois, como de amplo conhecimento, o interrogatório (após as reformas ocorridas em 2003 e 2009, impostas pelas Leis 10.792 e 11.900) assumiu sua natureza (preponderante) de meio de defesa, não podendo ser utilizado como elemento de confronto em relação ao imputado. De outra banda, a garantia constitucional do direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII, CRFB) e a construção doutrinário-jurisprudencial que a segue impedem que o silêncio manifestado pelo imputado (consistente na recusa de prestar o primeiro ou o renovado interrogatório) seja valorado negativamente.

de oitiva pessoal do acusado que nega ter praticado o crime, para usar a expressão recorrente no TEDH⁴⁴⁴) são, na prática, somente as questões de credibilidade dos testemunhos, inspeções – pessoais – judiciais e certas apreciações sobre os fatores de individualização das penas, ou, quando for o caso, das medidas de segurança.⁴⁴⁵

A audiência pública em segundo grau seria, dessa forma, obrigatória quando o órgão *ad quem* tenha que estudar a culpabilidade ou inocência do acusado, pois deve decidir apreciando os testemunhos apresentados.⁴⁴⁶ Em tais hipóteses, quando se exige o exame direto e pessoal do acusado (exame que se estende às pessoas cuja declaração deve ser novamente valorada e que, naturalmente, estará submetido aos princípios do contraditório, publicidade e imediação), a existência de transcrições da audiência não é suficiente para excluir a celebração do ato oral em segunda instância.⁴⁴⁷ Já quando a divergência entre instâncias se restringe a questões puramente de direito, eventual condenação pelo Tribunal, sem a celebração de audiência pública para renovação da prova não viola o direito ao devido processo⁴⁴⁸.

É importante destacar também que se o TEDH colocou especial ênfase na presença do imputado perante o órgão de segunda instância e na possibilidade de intervir pessoalmente em sua defesa, a necessidade de celebração de audiência alcança também a exigência de ouvir as testemunhas (que previamente se manifestaram) quando a defesa da inocência daquele dependa de seus testemunhos⁴⁴⁹ (em verdadeira valorização do direito ao confronto) tendo enfatizado, neste sentido, que o exercício da defesa em segunda instância inclui propor testemunhas e submetê-las a um debate dialético.⁴⁵⁰

Cumprasse assinalar que, tendo por norte este entendimento, se não se praticam novas provas no Tribunal, ainda haveria a possibilidade de revisão das provas praticadas com

⁴⁴⁴ Em relação ao *peso da palavra do réu*, SCARANCE FERNANDES esclarece que os *movimentos atuais na Europa continental tendem a absorver as experiências inglesas e norte-americanas, adaptando-as aos seus modelos e regras procedimentais e, por isso, a manifestação do acusado passa a ter grande relevância na solução do processo* (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Teoria geral do procedimento...*, cit., p. 137).

⁴⁴⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, cit., p. 118. Gize-se que a *doutrina* do TEDH não veda ou proíbe nova valoração das provas pessoais, com a possibilidade de chegar a resultados distintos (aqueles alcançados pelo julgador *a quo*). Para tanto, exige sempre que o Tribunal de apelação ouça pessoalmente as testemunhas e o imputado, convocando-os em uma audiência, na qual se repita a instrução ou o(s) ato(s) de primeira instância afetado(s) pela nova valoração probatória.

⁴⁴⁶ Neste sentido: TEDH, Sentença de 24 de novembro de 2009, Caso Ieremeiov c. Romênia.

⁴⁴⁷ Neste sentido: TEDH, Sentença de 15 de julho de 2003, Caso Arnarsson c. Islândia.

⁴⁴⁸ Cf.: TEDH, Sentença de 16 de dezembro de 2008, Caso Bazo González c. Espanha; TEDH, Sentença de 29 de outubro de 1991, Caso Jan-Åke Andersson c. Suécia.

⁴⁴⁹ TEDH, Sentença de 29 de junho de 2008, Caso Spinu c. Romênia.

⁴⁵⁰ TEDH, Sentença de 25 de março de 1998, Caso Belziuk c. Polônia.

imediação em primeiro grau apenas nos casos de irrazoabilidade (como consequência da violação das regras de pensamento lógico e das máximas da experiência), de um injustificado afastamento dos conhecimentos científicos ou de arbitrariedade na sua ponderação. Da mesma forma, não se projeta a garantia da imediação quando o controle sobre a atividade probatória decidir sobre o atendimento do ônus probatório (para afastamento da presunção de inocência), se a prova foi constitucional e/ou legalmente obtida e introduzida no processo, se a prova foi racionalmente valorada e se os resultados dessa valoração estão suficientemente motivados na correspondente sentença, exemplos estes de situações que constituem possíveis pronunciamentos derivados do recurso de apelação alheios ao cânone da imediação.

Estão excluídos, ademais, da necessidade de reprodução da prova em segunda instância os casos em que há apenas valoração da prova documental, da classificação jurídica atribuída ou naqueles em que o órgão *ad quem* corrige as inferências indutivas a partir das que o órgão de primeira instância obteve o resultado probatório que deu lugar à absolvição.⁴⁵¹ Isso porque, constituindo a imediação a medula de tal doutrina (mesmo que não expressamente reconhecida), a revisão probatória estaria baseada em regras de experiência cuja aplicação não precisaria de um contato direto com o arsenal probatório. Nesta mesma linha, há quem sustente que a revisão da prova dos elementos subjetivos está sempre baseada em prova indireta e que a revisão de tais inferências probatórias por órgão *ad quem* não precisaria de imediação, pelo que a revisão da absolvição sustentada por tais pressupostos não apresentaria problemas constitucionais relevantes.⁴⁵²

Uma situação que não se enquadra propriamente numa exceção a regra de *renovação* da audiência em segunda instância é aventada pela doutrina espanhola: quando na apelação se praticam novas provas que foram indevidamente negadas ou que não puderam ser praticadas (mas foram propostas e admitidas). Ocorre que nestes casos, diante do

⁴⁵¹ De forma mais técnica e clara, SUAÚ MOREY é expresso ao apontar que não existe violação da posição jurisprudencial do TEDH quando o Tribunal de apelação, valorando a prova indiciária (que não tenha caráter pessoal), dá lugar a uma retificação da inferência (ou do juízo de inferência), sem modificação dos fatos provados (SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 125).

⁴⁵² Neste sentido: ALCÁCER, GUIRAO, Rafael. Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutórias y recurso de casación, in: *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 1, Barcelona, 2012, disponível em <<http://www.indret.com/pdf/874a.pdf>>, acessado em: 16 de dezembro de 2012.

conhecimento *originário* por parte do Tribunal, aparentemente não existiriam problemas, pois o recurso se resolveria sobre a base da percepção direta delas pelo órgão *ad quem*.⁴⁵³

Veja-se, neste eito, que a orientação imposta pelo TEDH não acaba por consagrar o recurso de apelação apenas em favor do condenado, com suposta perda da sua utilidade para o Ministério Público e para os prejudicados pelo delito quando a impugnação se funde em erros probatórios cometidos na sentença absolutória. Isto porque, na verdade, o recurso interposto por uma parte acusadora (Ministério Público, ofendido ou prejudicado) poderá livremente debater as *quaestio juris*, por interpretação ou aplicação errônea da lei penal, e dependerá de uma nova condição para a análise das *quaestio facti*, consistente na celebração de vista oral e pública em segunda instância, como forma de poder *rever* a valoração probatória da qual tenha partido o órgão *a quo* (na verdade, como a prova deve ser produzida diante do órgão *ad quem*, este não realizará a revisão da valoração do julgador de primeira instância, mas desenvolverá uma espécie de valoração originária, pelo contato direto com a prova produzida na sua presença).

A princípio, deveria-se aceitar que essa jurisprudência (do TEDH) salva duas exigências antagônicas: a de imediação judicial na produção de prova como exigência para proceder a sua valoração e a apelação como porta que abre uma segunda instância plenária, para tratar tanto as questões de fato como as de direito.

Eventual análise de fatos isolados (questões de fato e questões de direito) não traz qualquer dificuldade, *a priori*, para os intérpretes e para os aplicadores da lei. No entanto, invariavelmente, a conformação de um relato de fatos provados (seja condenatório, seja absolutório) pressupõe uma valoração conjunta de todo o acervo probatório, em geral composto por uma mescla de meios de provas pessoais (geralmente, a prolífera prova testemunhal) e reais (usualmente representadas pelas provas documentais), elaborando o julgador suas conclusões a partir de um cúmulo de inferências, baseadas na aplicação de regras de lógica e experiência. Isso implica que, no momento de analisar se a revisão de uma absolvição se sustentou ou não em uma nova valoração das provas pessoais, resultará muito difícil distinguir qual foi o resultado probatório de umas provas sobre as outras, ou se uma

⁴⁵³ No sentido do texto: Cf.: Sentença de 26 de maio de 1998, Caso Ekbatani contra Suécia, §§ 32 e 33. BACIGALUPO ZAPATER faz importante anotação, sobre a nova prova produzida de forma inédita em segundo grau, englobando-as na hipótese de *novo juízo de única instância sobre a prova nova*, no qual, por exemplo, o acusado absolvido em primeira instância poderia ser condenado sem direito a nenhum recurso de mérito (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, cit., pp. 107-108).

distinta valoração acerca da conclusão que se deva obter de determinados indícios implica também uma diferente conclusão sobre o valor probatório de uma prova testemunhal.

Assim, por exemplo, quando um órgão de apelação valora de modo distinto os indícios obrantes e, considerando irracional ou arbitrária a inferência do órgão *a quo* sobre o elemento subjetivo do ilícito, assume que a conduta foi dolosa, tal conclusão suporá também uma distinta conclusão sobre a credibilidade do acusado que em primeira instância negou querer causar a morte ou assumiu tal risco. Como se deve proceder nestes casos?

Imagine-se, ademais, que o órgão de primeira instância tenha baseado sua conclusão sobre a ausência de dolo na fiabilidade que as declarações do acusado ofereciam e, no entanto, o órgão de apelação encontra, independentemente do declarado pelo acusado, indícios suficientes (não pessoais) dos quais pode inferir a existência de dolo.⁴⁵⁴ Como se deve proceder?

Parece que o ponto determinante é a identificação de indícios que provenham inequivocamente da valoração de provas pessoais e que sejam inalienáveis da ponderação (entendida como raciocínio) a ser realizada pelo julgador, o que importaria na necessidade da realização de audiência pública e oral em segunda instância.

Nesta toada, o TEDH no *Caso Constantinescu*,⁴⁵⁵ seguindo o precedente estabelecido no *Caso Ekbatani*, afirmou que, quando uma instância de apelação é chamada a conhecer sobre um assunto de fato e de direito, e a estudar em seu conjunto a questão da culpabilidade ou da inocência, não pode, por motivos de equidade do processo, decidir sobre estas questões sem apreciação direta dos testemunhos apresentados pessoalmente pelo acusado, que mantém a alegação de que não cometeu o ato tido como um delito.

Isso conduz, pelo menos, a duas conclusões: a primeira que quando os indícios a partir dos quais se obtém a inferência proveem diretamente de declarações testemunhais, ainda que não se ponha em dúvida o declarado, será necessário que o órgão de segunda instância ouça tais testemunhos. A segunda é que nos casos em que o acusado tenha negado um determinado fato (por exemplo, o conhecimento ou a intenção de realizar a conduta), uma conclusão indiciária que contradiga o declarado suporá (ainda que implicitamente) uma

⁴⁵⁴ Neste sentido: ALCÁCER, GUIRAO, Rafael. Garantías de la segunda instancia..., cit.

⁴⁵⁵ Sentença de 27 de junho de 2000, *Caso Constantinescu c. Romênia*, §§55 e 61.

revisão da credibilidade do testemunho, lesiva ao processo com todas suas garantias, se este não tiver sido ouvido em segunda instância.⁴⁵⁶

O determinante, portanto, é o objeto do debate processual entre ambas instâncias: o órgão de apelação pode revogar uma absolvição a partir de prova documental sem celebrar vista se a absolvição se baseou – essencialmente – em uma valoração dessa mesma prova documental.⁴⁵⁷

Note-se, na mesma esteira, que algumas questões não são respondidas pela jurisprudência da Corte de Estrasburgo (diante do limitado número de casos postos a sua apreciação que, invariavelmente, são *respondidos* pelo sistema de citação de precedentes):⁴⁵⁸

O que fazer se a testemunha que declarou em primeira instância faleceu ou se encontra em lugar desconhecido ou não é possível fazê-la comparecer à repetição da audiência em segunda instância?

O que acontece se as testemunhas que declararam, no momento da repetição, alteram suas declarações em relação ao que já haviam dito, mediante nuances ou reticências, ou dizem que não recordam como se deram os fatos por ela observados ou que não lembram como foi sua declaração anterior?

⁴⁵⁶ Quanto a este segundo aspecto, há quem sustente que isso ocorreria não só em relação às provas indiciárias, mas, também, quando a condenação em segundo grau se baseia em prova documental, pois, ainda que sua valoração não precise de imediação, isso não significaria que o órgão de segunda instância possa revogar uma absolvição a partir da valoração da prova documental sem tomar em consideração das razões de absolvição, porque se o órgão *a quo* baseou a absolvição na credibilidade de determinados testemunhos, a condenação em segunda instância levará implicitamente a um diverso juízo sobre a credibilidade dos testemunhos nos quais o órgão *a quo* fundou sua absolvição, juízo este que demanda imediação. Neste sentido: Sentença do Tribunal Constitucional espanhol (STC) 46/2011, de 11 de abril: *A valoração probatória efetuada pelo Tribunal local, em que pese haver tomado em conta prioritariamente a prova documental, supôs uma revisão dos testemunhos prestados em primeira instância, sendo certo que as conclusões a que chega implicam, de modo expresse, em um juízo negativo sobre a credibilidade das declarações efetuadas pelos recorrentes e outras testemunhas acerca dos fatos opostos, o que deu lugar a absolvição em primeira instância.*

⁴⁵⁷ Essa postura traz ínsita o risco da denominada *argumentação de blindagem* por parte dos juízes de primeira instância, que, por meio da argumentação jurídica expendida na fundamentação de suas decisões, podem mesclar provas pessoais às provas documentais, apenas para proteger suas decisões (pelos mais variados motivos) contra revisões sem uma renovação da prova em segunda instância.

⁴⁵⁸ De casos correlatos é possível extrair alguma conclusão, mas, sempre, aproximativa. Assim, a Sentença TEDH de 2 de julho de 2002, Caso S.N. c. Suécia, §§ 46, 47, 52 e 53, admite a ausência de imediação em relação aos processos penais por delitos sexuais que afetem menores; e as Sentenças TEDH de 5 de outubro de 2006, Caso Viola c. Itália, §§ 67, 70, 72 a 76, e de 27 de novembro de 2007, Caso Zagaría c. Itália, § 29, admitem o uso da videoconferência condicionado a que se persigam fins legítimos – tais como *a defesa da ordem pública, a prevenção do delito, a proteção dos direitos à vida, à liberdade e à segurança das testemunhas e das vítimas dos delitos, assim como o respeito à exigência de prazo razoável* – e a que seu desenvolvimento respeite ao direito de defesa do acusado.

Cumprindo a exigência de repetir a prática da prova, o Tribunal de apelação já pode considerar-se em liberdade para realizar a nova e distinta valoração da prova?

Essa ausência de regulamentação precisa da atuação probatório-valorativa da segunda instância penal dá azo a proliferação de posições doutrinárias e jurisprudenciais extremamente divergentes, redobrando os custos e trabalhos das instâncias jurisdicionais penais.

De qualquer forma, a partir das decisões do TEDH, duas conclusões foram incorporadas pela doutrina e pela jurisprudência: a primeira é que a *doutrina* do Corte sobre as garantias da segunda instância não se limita à imediação (cujas menções se encontram em raras passagens), mas é projetada sobre a mais ampla garantia de defesa contraditória, de modo que o seu alcance se estende a qualquer valoração dos fatos, independentemente se a distinta apreciação valorativa é ou não sobre prova pessoal (o que *não importa*, necessariamente, na obrigatoriedade de celebração de nova audiência pública em *todos* os casos). A segunda é que, para assegurar as possibilidades de defesa contraditória, será necessário celebrar audiência oral com a presença do acusado, devendo em certas ocasiões – a fim de garantir a contradição – também intimar testemunhas cujas declarações possam ser relevantes para a decisão do órgão *ad quem*.

4.5. Balizamento e giro jurisprudencial do Tribunal Constitucional espanhol

Das premissas fixadas pelo TEDH, uma chama especial atenção: a audiência em segunda instância aparece como imprescindível se o delito imputado obriga a realização de um novo juízo fático, uma nova declaração dos fatos provados.⁴⁵⁹

E, a partir das diversas condenações prolatadas pela Corte de Estrasburgo, seu posicionamento passou a repercutir nas decisões de diversos Tribunais de cúpula de diferentes Países. Dentre elas, as manifestações do Tribunal Constitucional espanhol ganharam especial relevância, diante do giro acadêmico a que foi obrigada a doutrina daquela Nação, bem como pelo peso que as condenações sofridas pela Espanha tiveram na reformulação da legislação local.

⁴⁵⁹ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, p. 278.

Na Espanha,⁴⁶⁰ antes do ponto de inflexão jurisprudencial, o recurso de apelação determinava a competência plena do órgão *ad quem* – dentro dos limites impostos pela pretensão impugnatória – para o conhecimento e julgamento do litígio, sendo assente a possibilidade de, a partir de uma discrepante valoração da prova, chegar a uma conclusão distinta da alcançada em primeira instância, pois, tanto em relação ao que se refere a subsunção dos fatos a norma, como no que respeita à determinação de tais fatos através da valoração da prova, o julgador *ad quem* estaria em idêntica situação à do juiz *a quo*, e, consequentemente, poderia examinar e corrigir a ponderação efetiva pelo juiz anterior.⁴⁶¹

No entanto, esta jurisprudência acabou por mudar de rumo, como consequência da doutrina estabelecida pelo TEDH na interpretação do art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos do Homem. A mudança jurisprudencial ocorreu por meio da STC 167/2002,⁴⁶² o Tribunal Constitucional espanhol, cuja *doutrina*, apartando-se da então existente, foi reconhecida e seguida por muitas sentenças do mesmo Tribunal. O âmbito jurídico afetado é o da valoração da prova, tendo em conta que o recurso de apelação pode fundar-se, dentre outros motivos, no *erro de apreciação das provas* (passagem prevista no art. 790.2, LECrim⁴⁶³).

Referida sentença destacou que seria conveniente retificar a jurisprudência antes aludida (faculdade do Pleno daquele Tribunal), para adaptar mais estritamente a interpretação constitucional do direito fundamental a um processo com todas as garantias (art. 24.2 CE) às exigências da Convenção Europeia de Direitos Humanos e das Liberdades Públicas, de 4 de novembro de 1950, e mais em concreto às do art. 6.1 do mesmo diploma, segundo foi interpretado pela jurisprudência do TEDH.

⁴⁶⁰ CACHÓN VILLAR, Pablo. La doble instancia penal y el recurso de casación, in: *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 10, sep. 2006, p. 22

⁴⁶¹ Neste sentido: Sentenças do Tribunal Constitucional espanhol (STC) 43/1997, 172/1997 e 120/1999, dentre outras. Destaque-se, particularmente, a STC 120/1999, na qual assevera-se que *quem não tenha solicitado a prática da prova nem a celebração de juízo oral perante o órgão ad quem não pode invocar a vulneração do direito a um processo com todas as garantias, por falta de imediação, oralidade e contradição na fase de apelação*.

⁴⁶² A ocasião, o Pleno do Tribunal Constitucional Espanhol era composto pelos Magistrados Manuel Jiménez de Parga y Cabrera (Presidente), Pablo García Manzano, Pablo Cachón Villar, Vicente Conde Martín de Hijas, Guillermo Jiménez Sánchez, María Emilia Casas Baamonde, Javier Delgado Barrio, Elisa Pérez Vera, Roberto García-Calvo y Montiel e Eugeni Gay Montalvo.

⁴⁶³ *Artículo 790.*

(...)

2. *El escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia.*

Como já assentado, a insuficiência da ata do juízo como meio de documentação das provas de caráter pessoal – ainda que usada a estenotipia – vem marcada pela impossibilidade de refletir os aspectos comunicativos não verbais de toda declaração. Na medida em que implica um contato direto com a fonte de prova, a imediação adquire verdadeira transcendência em relação com as fontes de provas caracterizadas pela oralidade, de modo que sua dimensão de garantia resulta vinculada à exigência de que os processos sejam predominantemente orais, sobretudo em matéria penal.

A partir da STC 167/2002⁴⁶⁴ passa a vigorar na Espanha uma nova posição jurisprudencial, assim alinhavada:

Em primeiro lugar, a STC 167/2002 destaca que o fato de que um Tribunal de apelação esteja investido de *plena jurisdicción* não implica que sempre e necessariamente, em aplicação do art. 6º da CEDH, exista um *derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar*.⁴⁶⁵

Em segundo lugar, a Sentença centra a questão a resolver no caso, qual seja, no *conteúdo do direito fundamental a um processo com todas as garantías* (em referência ao art. 24.2 da Constituição Espanhola), entre as quais se integra a exigência de imediação, pode encontrar-se um limite para a revisão da valoração da prova pelo órgão chamado a decidir o recurso de apelação, e se tal possível limite foi respeitado no caso. Para sua solução não é suficiente examinar se foi respeitada ou não a literalidade do atual art. 790 da LECrim⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Seguiram-se imediatamente a STC 167/2002, as STC 230/2002, de 9 de dezembro, e 68/2003, de 9 de abril.

⁴⁶⁵ Orientação estabelecida com base nas premissas fixadas nas manifestações do TEDH, nas Sentenças de 26 de maio de 1988, Caso Ekbatani c. Suécia, § 32; de 29 de outubro de 1991, Caso Helmers c. Suécia, § 36; de 29 de outubro de 1991, Caso Jan-Åke Anderson c. Suécia, § 27; de 29 de outubro de 1991, Caso Fejde c. Suécia, § 31; de 22 de fevereiro de 1996, Caso Bulut c. Áustria, §§ 40 y 41; de 8 de fevereiro de 2000, Caso Cooke c. Áustria, § 35; 27 de junho de 2000, Caso Constantinescu c. Romênia, §§ 54 e 55; e de 25 de julho de 2000, Caso Tierce e outros c. San Marino, §§ 94 e 95.

⁴⁶⁶ Artículo 790.

1. La sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente, y la del Juez Central de lo penal, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia. Durante este período se hallarán las actuaciones en la Oficina judicial a disposición de las partes, las cuales en el plazo de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia podrán solicitar copia de los soportes en los que se hayan grabado las sesiones, con suspensión del plazo para la interposición del recurso. El cómputo del plazo se reanudará una vez hayan sido entregadas las copias solicitadas.

La parte que no hubiera apelado en el plazo señalado podrá adherirse a la apelación en el trámite de alegaciones previsto en el apartado 5, ejercitando las pretensiones y alegando los motivos que a su derecho convengan. En todo caso, este recurso quedará supeditado a que el apelante mantenga el suyo.

Las demás partes podrán impugnar la adhesión, en el plazo de dos días, una vez conferido el traslado previsto en el apartado 6.

(antigo art. 795 da LECrim⁴⁶⁷), sendo necessário em todo caso partir de uma interpretação de tal preceito em conformidade com Constituição, até onde seu sentido literal o permita, para

2. El escrito de formalización del recurso se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, y en él se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico en las que se base la impugnación. El recurrente también habrá de fijar un domicilio para notificaciones en el lugar donde tenga su sede la Audiencia.

Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

3. En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

4. Recibido el escrito de formalización, el Juez, si reúne los requisitos exigidos, admitirá el recurso. En caso de apreciar la concurrencia de algún defecto subsanable, concederá al recurrente un plazo no superior a tres días para la subsanación.

5. Admitido el recurso, el Secretario judicial dará traslado del escrito de formalización a las demás partes por un plazo común de diez días. Dentro de este plazo habrán de presentarse los escritos de alegaciones de las demás partes, en los que podrá solicitarse la práctica de prueba en los términos establecidos en el apartado 3 y en los que se fijará un domicilio para notificaciones.

6. Presentados los escritos de alegaciones o precluido el plazo para hacerlo, el Secretario, en los dos días siguientes, dará traslado de cada uno de ellos a las demás partes y elevará a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados.

⁴⁶⁷ Artículo 795.

1. La sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia provincial correspondiente y la del Juez Central ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dentro del plazo de diez días a partir del siguiente al de su notificación. Durante este período se hallarán las actuaciones en Secretaría a disposición de las partes.

2. En el escrito de formalización del recurso que se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación y se fijará el domicilio para notificaciones.

Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

3. En el mismo escrito de formalización, podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que formule en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión.

4. Recibido el escrito de formalización del recurso, el Juez dará traslado a las demás partes por un plazo común de diez días y transcurrido el mismo, se hayan o no presentado escritos de impugnación o adhesión, elevará en los dos días siguientes a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados.

5. Recibidos los autos, si en el recurso no se propone prueba, la Audiencia los examinará y dictará sentencia en el plazo de diez días, devolviéndolos al Juez a efectos de ejecución del fallo.

dar-lhe a entrada para as exigências do direito fundamental a um julgamento com todas as garantias.

Em terceiro lugar, ressalta – como *elemento chave* que caracteriza o problema constitucional do caso – o fato de que o Tribunal Constitucional se encontrava diante de uma sentença absolutória em primeira instância, que foi revista na apelação e substituída por uma sentença condenatória. E assinala que a dificuldade de uma interpretação constitucionalmente conforme do então art. 795 da LECrim para sua aplicação ao caso não é evidentemente a mesma que poderia ser suscitada no caso de sentenças condenatórias em primeira instância e nos recursos de apelação contras elas interpostos pela parte condenada buscando a absolvição ou pela parte acusadora pretendendo uma condenação de maior gravidade. Conclui sobre este ponto, afirmando que as dificuldades de interpretação conforme nestes casos não devem conspurcar a análise da solução a ser pronunciada.

Em quarto lugar, a mencionada Sentença recorda que o recurso de apelação no procedimento penal abreviado, tal e como aparece configurado no ordenamento espanhol, outorga plenas faculdades ou plena jurisdição ao Tribunal *ad quem* para resolver quantas questões sejam suscitadas, sejam de direito ou de fato, dado seu caráter de *novum iudicium*. Porém, afirma que no exercício das faculdades que o art. 795 da LECrim outorga ao Tribunal *ad quem* devem ser respeitadas de qualquer forma as garantias constitucionais estabelecidas no art. 24.2 da Constituição Espanhola.

Em quinto lugar, reafirma a referida Sentença a exigência de que deve ser respeitado o princípio da imediação na apelação (observando-se a necessidade de oitiva pessoal do imputado, permitindo a valoração e ponderação), o que não havia sido feito no caso levado ao seu conhecimento, com a conseguinte violação do direito fundamental a um processo com todas as garantias.

Por último, a Sentença afirma que a audiência pública na segunda instância pode ter lugar sem necessidade de prévio requerimento da parte, contrariando o precedente até

6. Cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada, la Audiencia podrá acordar la celebración de vista, citando a las partes.

7. Si los escritos de recurso contienen proposición de prueba, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la prueba propuesta y, en el mismo acto, señalará día para la vista dentro de los quince días siguientes.

8. La vista se celebrará empezando por la práctica de la prueba. A continuación las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.

Cumpra observar que a Ley de Enjuiciamiento Criminal foi reformada pela Lei nº 38/2002, alterando a redação e numeração do art. 795, que passou a figurar na forma registrada na nota antecedente.

então seguido, representado pela STC 120/1999, de 28 de junho, que entendia pela impossibilidade de realização da audiência, haja vista a ausência de pedido defensivo. Na nova orientação, reconheceu-se que, tratando-se de apelação da acusação contra absolvição prolatada em primeira instância, caberia ao apelante estabelecer os pressupostos precisos para que o Tribunal pudesse satisfazer a pretensão por ele formulada (ou seja, incumbiria à acusação o dever de requerer a realização da audiência). Ademais, na forma da antiga redação do art. 795.6 da LECrim, a audiência poderia ser determinada – de ofício – pelo próprio Tribunal, quando reputasse necessário para a correta formação da sua convicção.⁴⁶⁸

A orientação do Tribunal Constitucional espanhol se forma em torno de uma situação muito concreta: seu marco se circunscreve, talvez pela especial proteção que entende se deva ao acusado, talvez como consequência de uma aproximação parcial a certos postulado do TEDH, a resolução de recursos promovidos como consequência de um litígio criminal finalizado mediante sentença condenatória (em segunda instância) depois da absolvição – ou condenação *menor* – da pessoa imputada em primeira instância. Dito de outra forma, a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, desde a STC 167/2002, vem considerando que não é possível a adoção de um elemento fático determinante da condenação obtido mediante uma nova valoração (pejorativa) das declarações prestadas no ato do juízo.

Desta forma, desde a STC 167/2002 se reconhecem limites constitucionais a possibilidade de revisão fática das sentenças absolutórias. Tais limites derivam da exigência de respeitar os princípios da publicidade, imediação e contraditório na valoração das provas. Nestes casos o órgão de apelação não pode operar uma modificação dos fatos provados que conduza à condenação do acusado depois de realizar uma diferente valoração da credibilidade das declarações dos acusado, ofendidos ou testemunhas, na qual se fundamenta a modificação do relato de fatos provados e a conclusão condenatória, se tal modificação não vem precedida de um exame direto e pessoal dos acusados, ofendidos ou testemunhas, em um debate público, no qual se respeita a possibilidade de implementação do contraditório. Os referidos princípios configuram, em verdade, garantias do ato de valoração da prova ou do processo de conformação dos fatos.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Neste particular: TEDH, Sentença de 8 de fevereiro de 2000, Caso Cooke c. Áustria, § 43.

⁴⁶⁹ O princípio da imediação, que faz parte do direito a um processo com todas as garantias, exige que se a avaliação dos fatos se sustente em provas de caráter pessoal (basicamente a declaração testemunhal e a do próprio acusado), estas provas hão de ser novamente praticadas na segunda instância perante o órgão *ad quem*, caso

Ao contrário, não será necessária a celebração de vista na apelação quando o recurso restringe-se à revisão de valoração de prova documental, nem quando a revisão da absolvição se sustentar sobre uma diferente conclusão probatória a partir de fatos-base definitivamente provados, pois em tais casos o julgado se baseia em regras da experiência e não necessitaria na imediação. Por último, não será preciso ouvir o acusado ou testemunhas quando a controvérsia entre ambas as instâncias girar exclusivamente sobre questões de direito (como a classificação ou valoração jurídica dos fatos). Em suma, o núcleo da doutrina do Tribunal Constitucional se cifra na valoração sobre a credibilidade das declarações prestadas (bem como de eventual prova *personalíssima* praticada, como o caso da inspeção judicial).⁴⁷⁰

Observe-se atentamente que o Tribunal Constitucional estabelece uma limitação às faculdades dos Tribunais de apelação, consistente na impossibilidade de revisão fática em prejuízo do réu (sem renovação da atividade probatória).⁴⁷¹ Esta limitação constitui uma consequência do modelo processual da apelação adotado, que é um modelo de apelação limitada ao não incluir a reprodução probatória (integral e obrigatória).⁴⁷²

Para além do acerto em concentrar em um direito distinto e autônomo o que era garantido de forma mais ampla e inominada pela jurisprudência do TEDH (que influenciou a linha orientadoras sobre a imediação, surgida a partir da STC 167/2002, com o reforço das garantias da segunda instância penal), o Tribunal Constitucional espanhol praticamente equipara seu *standard* garantístico com aquele que, por muitos anos tinha sido dotado pela Corte de Estrasburgo. Esta última orientação não substitui a doutrina *tradicional*, mas a complementa.

Assim, a linha iniciada com a STC 167/2002 estaria centrada na garantia da imediação como condição epistemológica para que o órgão judicial possa efetuar uma correta

pretenda-se corrigir a valoração feita sobre as mesmas pelo órgão *a quo*. Neste linha, em visão voltada ao processo civil: DEL POZO PÉREZ, Marta. La quebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil, in: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. II. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, pp. 240-241.

⁴⁷⁰ SUAU MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 58.

⁴⁷¹ Para CABEZUDO RODRÍGUEZ, a conclusão quanto a impossibilidade de reforma das sentenças de primeiro grau baseadas em provas pessoais decorrentes da STC 167/2002 deveria ser estendida também para os casos de sentenças de primeira instância condenatórias. Aduz que tanto a parte acusada como a acusadora deveriam ser amparadas pela doutrina constitucional: se a ausência de imediação com as provas pessoais é o que determina que o órgão *ad quem* se veja impedido de substituir a ponderação da atividade probatória realizada em primeira instância, este argumento será tão válido e aplicável quando quem questiona essa valoração é a acusação, como quando quem o faz é o imputado (CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...* cit., p. 125).

⁴⁷² CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. *El derecho a la doble instancia...*, cit. p. 8.

valoração do material probatório, e esta última poria o acento nas possibilidades do próprio acusado exercer a sua defesa, seja manifestando-se diante do juiz as razões de sua inocência, seja submetendo ao contraditório (ou exercendo o direito ao confronto⁴⁷³) as declarações de testemunhas.

Neste sentido, a *exigência de audiência pessoal* – que não é equiparável com o direito a última palavra⁴⁷⁴ – não só garante que o acusado possa declarar diante do órgão que pela primeira vez irá condená-lo, como também, quando isso seja necessário a sua defesa, que o acusado possa confrontar sua versão dos fatos com a de quem tenha declarado contra ele. Por isso, em determinados casos, a satisfação de dito direito de defesa passa necessariamente pela intimação das testemunhas que declararam em primeira instância, não só para que o órgão judicial possa ouvi-las com imediação (na perspectiva da STC 167/2002), senão, sobretudo, para que o acusado possa confrontar seu testemunho e defender-se frente a acusação (perspectiva do TEDH⁴⁷⁵).

Registre-se, em acréscimo, que referida *exigência de audiência pessoal* em segunda instância (quanto ao imputado absolvido em primeira instância) satisfaz-se com a concessão da oportunidade de declarar perante o Tribunal de apelação, ainda que ele não faça uso de tal chance.⁴⁷⁶

Os limites desta orientação jurisprudencial são os seguintes:

Em primeiro lugar, em que pese manifestações em contrário,⁴⁷⁷ só é de aplicação a favor do condenado, pelo que não se pode condenar o absolvido, porém, se for para se absolver o condenado, se permite ao tribunal de apelação revisão a valoração das provas pessoais efetuadas pelo juiz de primeira instância.

Em segundo lugar, só afeta a revisão das provas pessoais praticadas na primeira instância. Por isso: a) devem ser praticadas novas provas em segunda instância, para que possa ser prolatada condenação (em função dessa nova atividade probatória); e b) se a sentença se baseia em provas reais, como documentos, também cabe o posterior controle da valoração destas provas, sempre que não comporte indiretamente desvalorar provas pessoais.

⁴⁷³ Sobre o tema, por todos: MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto...*, pp. 74 e ss.

⁴⁷⁴ Neste sentido: ALCÁCER, GUIRAO, Rafael. *Garantías de la segunda instancia...*, cit.

⁴⁷⁵ Que passou a ser seguida também na Espanha, a partir da STC 45/2011, de 11 de abril.

⁴⁷⁶ Neste sentido: STC 186/2005, de 4 de julho.

⁴⁷⁷ Por todos: CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...* cit., p. 125.

Em terceiro lugar, só alcança o controle dos fatos, reitere-se, porém não a questões jurídicas, como a qualificação jurídica do delito, a existência ou não de um concurso de delitos etc.

Em quarto, não afeta o raciocínio indiciário de primeira instância que pode ser controlado na apelação, sempre que os indícios não se deduzam das provas pessoais (tal qual como verificado na *doutrina* do TEDH).⁴⁷⁸ De igual sorte, não é exigível a imediação quando se trata de revisar a razoabilidade do discurso de valoração da prova (ou seja, é possível a revisão do concernente à estrutura lógica do juízo sobre a prova produzida: regras de lógica, os princípios da experiência e os conhecimentos científicos).⁴⁷⁹

Diante de julgados que seguem esta toada, o Tribunal Constitucional modulou sua doutrina para concluir que se viola o direito a um processo com todas as garantias quando *sobre a base de indícios que provenham inequivocamente da valoração de provas pessoais, se corrigem a conclusões de órgão a quo, sem celebrar nova vista e sem ter podido, portanto, examinar direta e pessoalmente tais provas.*⁴⁸⁰

O determinante, remarque-se, é o objeto do debate processual entre ambas instâncias: o órgão de apelação pode revogar uma absolvição a partir de prova documental sem celebrar vista se a absolvição se baseou – essencialmente – em uma valoração dessa mesma prova documental.

Neste marco, não decorre do novo marco jurisprudencial a necessidade de que o imputado seja ouvido na segunda instância como requisito ineludível para ditar o Tribunal de apelação uma sentença condenatória.⁴⁸¹ Ressalta-se apenas a impossibilidade de que um

⁴⁷⁸ PICÓ I JUNOY sustenta que esta doutrina resulta criticável porquanto não respeita o tradicional sistema legal da apelação como uma *revisio prioris instantiae*, sendo ilógico exigir do Tribunal de apelação que realize imediação naquilo que vai revisar, pois, então, não estará revisando, mas *julgando*; e porque, de fato, supõe eliminar a segunda instância para as sentenças absolutórias (isto é, incide o direito ao recurso legalmente previsto que forma parte do direito a tutela judicial efetiva). Cf.: PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 169-170.

⁴⁷⁹ Neste sentido: STC 170/2005, de 20 de junho. Em relação à revisão da razoabilidade do discurso valorativo da prova, a STC 338/2005, de 20 de dezembro, apresenta maior complexidade, sendo assentada a possibilidade de revisão do controle externo de tal discurso. Enquanto no caso STC 170/2005 o controle e seu efeito ocorreram sobre o próprio discurso (no sentido de que a inferência tinha de ser outra) sem incidir sobre os elementos ou meios de prova, no caso STC 338/2005, no qual o controle e seu efeito se estendem não apenas ao próprio discurso valorativo, mas vão mais além, para incidir sobre o elemento de prova (a testemunha) de forma a outorgar-lhe credibilidade, em que pese a falta de imediação.

⁴⁸⁰ Neste sentido: STC 120/2009, de 18 de maio; STC 24/2009, de 26 de janeiro; STC 36/2008, e 25 de fevereiro, e STC 217/2006, de 3 de julho.

⁴⁸¹ Não há qualquer violação quando a condenação prolatada em apelação (tanto se o imputado tivesse sido absolvido em primeira instância, quanto se a apelação apenas agrava sua situação em relação a anterior

Tribunal que não tenha presenciado determinadas provas – que exigem a imediação para sua valoração – dite uma sentença condenatória, contrariamente ao critério do juiz que presidiu o juízo *a quo*, precisamente como base em tais provas. Nestes casos, o critério do julgador *a quo*, baseado na especial vantagem que lhe proporciona a imediação, ganha contornos inamovíveis.

Logo, a determinação de em quais situações se tenha violado o princípio da imediação terá um caráter casuístico e circunstancial, pois o decisivo é se a condenação de quem havia sido absolvido em primeira instância tem causa, em primeiro lugar, em uma mudança substancial dos fatos provados e, se assim for, se tal apreciação probatória encontra fundamento numa nova reconsideração dos meios probatórios cuja correta e adequada apreciação demanda a imediação processual.⁴⁸²

Diante deste novo quadro empírico, CALDERÓN CUADRADO⁴⁸³ afirma que, atualmente, em razão da falta de imediação em segunda instância, a maioria das revisões feitas pelos Tribunais se colocam como meramente negativas. E mais, como consequência de sua atitude favorável à manutenção do respeito absoluto pelos fatos declarados provados, não estão acessando ao reexame, ainda quando este tenha sido solicitado, do juízo fático realizado na primeira *fase* do processo. A exceção estaria naquelas hipóteses de admissão e prática de novas provas ou de repetição das provas estritamente pessoais.

Por seu turno, CABEZUDO RODRÍGUEZ⁴⁸⁴ assevera que é sabido que a STC 167/2002 *provocou um verdadeiro cataclismo processual e, em boa medida, por sua falta de clareza se abriram diversos canais interpretativos do regime legal vigente.*

condenação) não altera o substrato fático sobre o que se assenta a sentença do órgão *a quo*, ou quando, apesar de dar-se tal alteração, esta não resulta da análise de meios probatórios que exijam presenciar sua prática para sua valoração ou, finalmente, quando o órgão de apelação se divorcie do pronunciamento fático do juiz de primeira instância, por não compartilhar do processo dedutivo empregado a partir de fatos-base tido por acreditados na sentença de primeira instância e não alterados na apelação, porém a partir dos quais o órgão *ad quem* deduz outras conclusões distintas às alcançadas pelo órgão de primeira instância, pois este processo dedutivo, na medida em que se baseia em regra da experiência não dependentes da imediação, é plenamente fiscalizável pelos órgãos que conhecem na via recursal sem diminuição de garantias constitucionais (neste sentido: STC 272/2005, de 24 de outubro).

⁴⁸² CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit. pp. 117-118.

⁴⁸³ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal. Una aproximación a la reforma proyectada, in: *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 14, ene. 2008, p. 395. Registre-se, por uma questão de fidelidade a idéia original, que a autora entende que a reprodução das provas pessoais em segunda instância seguiria uma interpretação *contra legem* da doutrina estabelecida pelo Tribunal Constitucional.

⁴⁸⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 115.

E ele tem razão. A aplicação desta nova orientação jurisprudencial comporta a discussão de determinados problemas na segunda instância penal.

A princípio, apenas as questões de fato são relevantes para a finalidade de estabelecer se deve haver ou não audiência pública na segunda instância. As questões de direito não gerariam a necessidade de tal audiência pública,⁴⁸⁵ pois não versam sobre uma diferente ponderação acerca da credibilidade das declarações orais prestadas em primeira instância.

Assim, a adoção pela segunda instância de qualificação jurídica distinta, que não comprometeria os princípios da publicidade e imediação – que integram na conceituação espanhola o direito a um processo com todas as garantias – não demandaria a realização de nova audiência.

Apenas em relação às provas pessoais (interrogatório do imputado e declarações do ofendido, testemunhas e/ou peritos) é que se exige a imediação, na medida em que a percepção sensorial da declaração serve para julgar sobre a credibilidade do declarante acerca dos fatos sobre os quais depõe. É esta *credibilidade subjetiva* (verossimilhança da declaração) sobre o que se sustenta a exigência de imediação na prova pessoal.⁴⁸⁶

Outro problema que gera acalorados debates diz respeito ao emprego das novas tecnologias da informação e da comunicação como ferramentas para registrar a audiência oral de primeira instância e como possível instrumento de substituição da prova oral pessoal em segunda instância.

Por meio da Sentença 120/2009,⁴⁸⁷ o Tribunal Constitucional espanhol afirmou que, a despeito da gravação audiovisual da audiência de primeira instância, não pode desaparecer nos Tribunais de apelação a garantia da imediação. Afirma que quando estes órgãos resolvem não realizar audiência pública, deverão respeitar a valoração feita pelo julgado *a quo* sobre a sinceridade dos declarantes, podendo reformar a valoração ouvindo pessoal e diretamente os declarantes, porém não visualizando uma gravação da audiência (à

⁴⁸⁵ Tal orientação foi posteriormente ratificada, na forma da STC 209/2003, de 1º de dezembro, e STC 113/2005, de 9 de maio.

⁴⁸⁶ Diferente é a situação quando a falta de credibilidade recai em dados objetivos (impossibilidade física dos fatos narrados em uma declaração exculpatória; flagrante contradição com o que é comprovado documentalmente; incorreção técnica pericialmente comprovada etc.), pois, em tais casos, o magistrado da apelação pode valorar a declaração sem a presença pessoal do declarante.

⁴⁸⁷ Sentença 120, de 18 de maio de 2009, da Primeira Sala do Tribunal Constitucional espanhol, composta pelos Magistrados María Emilia Casas Baamonde (Presidenta), Javier Delgado Barrio, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Manuel Aragón Reyes e Pablo Pérez Tremps.

exceção daqueles casos em que a lei permite que se declare de outro modo, como nas situações que envolvam menores vítimas de delitos sexuais, testemunhas que se encontrem no exterior etc.).⁴⁸⁸

Qualquer modo de praticar-se as provas pessoais que não consista na coincidência material, no tempo e no espaço, de quem declara e quem julga, não é considerada uma forma alternativa de realização das mesmas, sobre cuja eleição possa decidir livremente o órgão judicial sem um modo subsidiário de praticar a prova, cuja procedência vem sujeita à concorrência da causa justificada, legalmente prevista.

Assim, o Tribunal Constitucional espanhol entende que os Tribunais locais podem durante a audiência pública realizada na sua presença reproduzir a gravação da audiência em primeira instância para constatar a *reacción do seu declarante original*, seja através da nova declaração, seja negando-se a mesma.⁴⁸⁹

Ou seja, para o Tribunal Constitucional a gravação do ato de primeira instância serve como *elemento de provocación* para a *nova atividade probatória* a ser realizada em audiência pública em segunda instância. É tida, para efeitos de apelação, como meio de prova valiosíssimo, mas não chega a substituir a declaração na apelação, mas se coteja, se relaciona, se combina com tais decalrações.⁴⁹⁰

4.6. Interlúdio necessário: a questão da gravação das audiências de primeira instância e sua posterior reprodução perante o órgão revisor *ad quem*

A jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol acerca da gravação audiovisual da audiência (em DVD ou suporte equivalente), para posterior reprodução, desde a STC 120/2009, de 18 de maio (reiterada depois nas STC 02/2010, de 11 de janeiro, e STC

⁴⁸⁸ SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., pp. 151-152. Na linha da ressalva feita, encontram-se no TEDH: Sentença de 2 de julho 2002, Caso S.N. c. Suécia, § 46, 47, 52 e 53, no qual se admite a ausência de imediação em relação a processos penais por delitos sexuais em que resultem afetados menores; Sentença de 5 de outubro de 2006, Caso Viola c. Itália, e Sentença de 27 de novembro de 2007, Caso Zagaría c. Itália, onde se admite o uso da videoconferência, condicionado a que se persigam fins legítimos, tais como a defesa da ordem pública, a prevenção de crimes, a proteção dos direitos à vida, à liberdade e à segurança das testemunhas e das vítimas dos delitos, assim como a exigência do prazo razoável e que seu desenvolvimento respeite o direito de defesa do imputado.

⁴⁸⁹ SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 155.

⁴⁹⁰ SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., pp. 156-157.

30/2010, de 17 de maio) tem negado virtualidade a mesma como substituta à celebração da vista oral com aptidão de satisfazer a garantia da imediação.

Argumenta-se com base na *doutrina* do TEDH, que exige um *exame direto e pessoal* por parte do órgão julgador, porque a imediação não consiste só na imagem e na palavra, senão também *nos aspectos comunicativos não verbais*, o que exige que o Tribunal realize um *exame direto e pessoal do acusado e das testemunhas, em uma nova audiência na presença das demais partes*, de modo que *quem julga tenha diante de si quem declara* e que o *declarante possa dirigir-se a quem foi chamado a valorar suas manifestações*.

Mas se esse é o critério que deve prevalecer, como se outorga valor aos atos de prova realizados *à distância* mediante videoconferência, quando não é possível a imediação física?⁴⁹¹

Como bem anotado por CALMON,⁴⁹² o século XX foi o século da tecnologia, mas o século XXI está sendo o século da transformação cultural como consequência dos avanços tecnológicos do século anterior, sendo dever das diversas instâncias sociais (e a instância jurídica não foge deste chamado) a análise, previsão e preparação para as alterações que esse contínuo progresso está provocando no modo de viver das pessoas.

Com a gravação do som (e depois da imagem) e com os meios modernos de gravação, a linguagem oral (informatizada) torna a ser a espécie mais eficiente de linguagem, sendo relevante retornar aos estudos da oralidade no processo judicial, pois sua única deficiência foi definitivamente superada. Quer dizer: a linguagem oral não é mais perdida no tempo e pode ser muito melhor registrada do que a linguagem escrita. Essa, por seu turno, está perdendo totalmente sua importância milenar. Hoje em dia o registro escrito em papel é totalmente desvalorizado, dentre outros motivos porque o papel toma muito

⁴⁹¹ Desde uma perspectiva brasileira, a partir da vigência da Lei nº 11.900/09, que alterou a redação do art. 185 do CPP, permitindo a realização do interrogatório *on line*, tal procedimento, apesar de excepcional, passou a ser justificável (e lícito) quando presente pelo menos um dos requisitos do § 2.º do art. 185, devidamente fundamentado pelo magistrado. Cf.: STJ, AgRg no HC 199414/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, j. 18/9/2012. Note-se, ademais, que se postura descrita no texto principal não é suficiente, também não haveria imediação – sequer em primeira instância – quando se realiza interrogatório ou oitiva de uma testemunha presa, por videoconferência. Neste ponto, aliás, a postura do TEDH seria contraditória, ao negar imediação em um ato para a primeira instância e negá-lo para a instância superior, quando sua orientação afirma que o mesmo arco de garantias que vige na primeira fase do processo, deve vigor na segunda.

⁴⁹² CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo..., cit., p. 69. Prossegue o autor afirmando que quando CHIOVENDA tratou da oralidade, *sequer a máquina de escrever manual era um instrumento universal e sua utilização passava muito longe do processo judicial*. Ainda não se imaginava a possibilidade de se registrar a voz em um gravador, instrumento inventado somente na década em que o mestre italiano faleceu. *Discutir oralidade e escrita quando não existiam máquina de escrever nem gravador de áudio é completamente diferente de discutir esses meios de comunicação em um mundo informatizado*.

*espaço, é frágil em sua conservação e sua produção é antiecológica. Com as tecnologias atuais, a fala e a escrita se aproximaram, pois ambas são registradas e armazenadas em computador, em meio magnético e ótico.*⁴⁹³

A adoção e prática das tecnologias da informação e da comunicação no processo proporcionam melhor qualidade nos elementos da oralidade. Na verdade, a atual tecnologia de registro audiovisual tem a aptidão de eliminar o *último aspecto inconveniente dos processos orais*,⁴⁹⁴ consistente na necessidade de tornar escrito – para viabilizar o registro – aquilo que era (e deveria continuar sendo) oral.

O fracasso dos termos, assentadas ou atas de audiência como uma forma de documentar os acontecimentos e incidentes processuais e as provas de caráter pessoal – mesmo quando o uso de estenotipia permita consignar literalmente as palavras pronunciadas no curso do ato – é dado pela impossibilidade de refletir aspectos da comunicação não-verbal de qualquer declaração (fator que é agravado pela *filtragem* do acontecido ou da versão apresentada feita – ainda que involuntariamente – pelo juiz quando da narração ao secretário do Juízo para consignação do que deverá ficar registrado).

Certamente tal deficiência não pode ser pregada sem aqueles meios que, com crescente qualidade, transmitem ou reproduzem as declarações, como acontece com a videoconferência e a gravação audiovisual, que levam a necessária avaliação se o conceito tradicional de imediação deverá ser modulado em razão do constante progresso nas técnicas de transmissão e reprodução de som e imagem.

Acrescente-se a essa lista que, atualmente, as questões da fidelidade das gravações realizadas e das eventuais deficiências técnicas, diante dos inúmeros avanços tecnológicos (e do barateamento dos custos relacionados a tais ferramentas), restaram superadas.

TARUFFO⁴⁹⁵ crê que em alguns casos o uso das novas tecnologias pode desempenhar um papel positivo na eficiência do processo, porém, isso ocorrerá

⁴⁹³ CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo..., cit., p. 72.

⁴⁹⁴ STORME, Marcel. Más voz y menos letra: en defensa de la oralidad en los procesos judiciales, in: CARPI, Federico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. I. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 49.

⁴⁹⁵ TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura..., cit., p. 264. O autor assevera, no entanto, que observar um vídeo não é o mesmo que viver diretamente a situação representada, pois, ainda quando seja possível excluir de maneira segura a manipulação ou as falsificações, se estaria diante de uma representação na qual não se pode intervir e que não admite modificações. Ressalva, expressamente, o caso da videoconferência, na qual todos os

essencialmente quando da preservação do que originalmente foi dito ou escrito. Um exemplo disso seria a gravação de sons ou a filmagem de uma audiência oral, como no caso de interrogatório ou de declarações testemunhais.

Segundo entende, tais recursos seriam bem úteis porque o juiz – e, principalmente, o magistrado da apelação – estará em capacidade em qualquer momento de ouvir o que se disse ou o que ocorreu durante a audiência.

As vantagens de tal sistema são óbvias: evita a transformação da prova oral em escrita, dado que o que foi oral prossegue sendo oral, e permite a qualquer um perceber *exatamente* o que aconteceu durante a audiência. Por seu turno, a imediação pode ser exercida ainda que uma testemunha esteja distante, a prova oral colhida em audiência pode ser revista pelo próprio julgador (caso a concentração não se efetive) ou pelo órgão recursal não mais como letras mortas de relatos inexatos, o público pode participar melhor das atividades jurisdicionais e o tempo do processo – se as ferramentas forem bem utilizadas – pode diminuir, proporcionando mais qualidade as decisões.

Num processo acelerado de evolução tecnológica – com a proliferação dos mediadores mecânicos de captação e registro, melhorias de fiabilidade e preservação dos suportes distintos dos humanos – geram-se desenvolvimentos em que as situações podem ser captadas na dimensão visual e acústica e mecanicamente reproduzidas.

Em termos de *experiências sensoriais* do Tribunal através dos meios tecnológicos, no processo, podem ser destacados: a) novas interações no acesso dos julgadores ao evento; b) mecanismos de escrutínio e auditagem hierárquicos *a posteriori* do julgamento de fato; c) a problematização em bases distintas da idéia de imediação, atendendo a novos meios de acesso comunicacional às fontes de prova pessoal; d) o desenvolvimento, nos últimos anos, de novas formas de contato do tribunal com eventos por força do alastramento, nos diferentes espaços sociais, de mecanismos de captação de imagem (além das câmaras fixas, banalizaram-se as móveis, de registro fotográfico e de vídeo, muitas vezes inseridas em telefones celulares, *verbi gratia*).⁴⁹⁶

participantes podem desempenhar um papel ativo na determinação do que irá ocorrer. Neste caso, a técnica não está dirigida à conservação de uma representação da audiência, mas provê uma forma distinta de realiza-la.

⁴⁹⁶ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., pp. 300 e ss. O autor destaca que, quando os registros mecânicos constituem um medidor com o próprio evento, surge a ilusão de acesso direto ao fato, com um peculiar efeito persuasivo. Existiria uma espécie de sentimento universal de que esse tipo de prova possui uma imediação e realidade que lhe conferem um efeito particularmente persuasivo. Esclarece, ademais, que o lastro da

A tecnologia parece compreender, na epistemologia probatória legal, novos conceitos de imediação relativos ao evento, novas imediações juridicamente relevantes, mesmo que, por vezes, apenas integradoras de experiências sensoriais confinadas a um sentido (ou a sentidos limitados).⁴⁹⁷

A evolução tecnológica permite inovadores registros mecânicos de produção de prova em audiência, da *experiência de imediação* do Tribunal de julgamento, permitindo, assim, novas vias de acesso para controle hierárquico por uma segunda instância.⁴⁹⁸

Não por outro motivo, a evolução tecnológica introduz uma nova linha de problematização sobre o núcleo do conceito de imediação, a relação sem mediadores do Tribunal com o arguido e as fontes pessoais de prova que depõem no processo.

Neste aspecto, a ideia de um *processo do tipo eletrônico* – ou, ao menos, informatizado, com a incorporação e utilização das tecnologias da informação e da comunicação – força a necessidade de nova reflexão sobre os pilares conceituais que balizam a aplicação dos princípios processuais no Brasil.

A utilização dessas tecnológicas na administração da Justiça parece depender de três condições: a) dotar os tribunais dos meios técnicos precisos; b) proporcionar ao pessoal (com especial ênfase aos sujeitos processuais) a adequada formação para se servir desses meios a serviço da administração da Justiça; e c) introduzir mudanças organizativas que façam possível o aproveitamento dessas tecnologias.⁴⁹⁹

cultura da imediação convive com uma reduzida ponderação das virtualidades e riscos de mediadores mecânicos, em especial da utilização de vídeo: a aparência de imediação e a experiência do espectador enquanto testemunha potenciam as capacidades analíticas do observador.

⁴⁹⁷ Ao contrário do que ocorre na Espanha, na experiência portuguesa parece ganhar peso um conceito de imediação menos restritivo da interação sem mediadores. A inexistência de imediação em audiência por via da audição de gravações de som obsta que se considere que a adição obrigatória e genérica de mediadores (humanos) a registros mecânicos disponíveis sobre conversações em casos em que não existe nenhuma limitação sensorial específica do Tribunal ou a carência particular de outros mediadores (como a tradução) é perniciosa no plano epistêmico, da fiabilidade probatória e da contraditoriedade da audiência. Pelo que a transcrição por princípio das conversações indicadas como prova apresenta-se um custo sem vantagens processuais (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 302).

⁴⁹⁸ A luz da cultura judicial centrada na *percepção imediata* da prova, o acesso aos dados informativos na segunda instância se apresenta mais distante das *condições epistemicamente ideais* (MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 303), razão principal do interesse pelo estudo de substitutos ao modelo de reprodução da prova oral no órgão *a quo*.

⁴⁹⁹ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, cit., p. 33. É claro que a adoção das ditas tecnologias deve ter por parâmetro o grau de compatibilidade aos princípios que durante séculos foram forjados para amoldar e configurar os elementos estruturais (essenciais) básicos do processo penal.

São tais ferramentas – gravação das audiências em primeira instância e sua ulterior projeção na fase de recurso – que facilitam o acesso a um *segundo juízo virtual e positivamente imediato*.⁵⁰⁰

A paulatina incorporação das tecnologias da informação e da comunicação ao cotidiano (e a cultura) da sociedade tem como consequência a produção de transformações cada vez mais relevantes e plurais a quem possa acessar as mesmas. Elas se convertem em instrumento básico e fundamental não só para a renovação de hábitos em esferas como o trabalho, o comércio, a educação ou a aprendizagem, mas também para a modernização das administrações públicas e dos serviços que as mesmas prestam aos cidadãos.

No particular tema desta pesquisa, a reprodução da gravação goza de uma viabilidade e superioridade técnica, pois permite verificar a existência de erros sobre a valoração do conteúdo da prova, sobre seus elementos objetivos, bem como sobre os comportamentos adotados em audiência por todos os sujeitos processuais. Na medida em que se exige do órgão *ad quem* uma comparação entre o dito pelo juiz na sentença e o que ocorreu no ato oral, não há dúvida de que a gravação é um instrumento de registro (ou, com o perdão da palavra polissêmica, de *documentação*) capaz e eficiente para a realização desta atividade.

Na gravação se contém o desenvolvimento integral da audiência e, precisamente por isso, sua reprodução proporcionará as chaves e sinais para descobrir aquelas posturas que, relacionadas com a atividade interpretativa, as regras da lógica, da experiência e da razão, se encontram na própria motivação.

CALDERÓN CUADRADO adverte, no entanto, que as coisas não são iguais quando se trata de erros na valoração em si mesma considerada: nestas hipóteses, a suficiência da gravação em ordem à verificação de sua existência e a emissão do posterior juízo fático não se presume nem se aceita de maneira geral. Essa falta de unanimidade tem a ver com a entrada em jogo de uma série de percepções individuais, captadas *in situ* e conectadas a circunstâncias ambientais concretas que, inclusive, podem guardar relação com presenças/attitudes/intervenções alheias a própria prova pessoal objeto de apreciação. Estas

⁵⁰⁰ Expressão cunhada por CALDERÓN CUADRADO (*La encrucijada...*, cit., pp. 369-370) que reconhece a impossibilidade de equiparação do produto da gravação com o contato pessoal e direto com a pessoa que declara. Daí o uso do termo *juízo virtual*, para indicar uma *imediación que gozará da mesma natureza*.

nem sempre são recolhidas no suporte audiovisual e menos ainda e especificamente na sentença.⁵⁰¹

4.7. Posicionamento crítico sobre a atividade probatório-valorativa na segunda instância penal e a conformidade da imediação às tecnologias da informação e da comunicação

O processo de modernização social (com sua inerente *revolução tecnológica*) é um fenômeno irrefreável, que acaba(rá) por *contaminar* a realidade jurídica, com a imposição da incorporação de novas figuras ao direito material e ao direito processual: tal constatação traz profundos reflexos na seara jurídica, não apenas no plano acadêmico, com a necessidade de desenvolvimento de reflexões e pensamentos voltados para o *mundo digital* ou *virtual*, abarcando negócios jurídicos eletrônicos, realidades alternativas, *stalking* virtual etc., como também na realidade forense, enfrentando a questão da virtualização de processos,⁵⁰² a proliferação de atos eletrônicos e a compassada incorporação de atos judiciais tecnológicos, como a videoconferência e a gravação audiovisual dos atos judiciais realizados, o que força a criação de sistemas e aplicações para informatizar a gestão das atividades ordinárias do Poder Judiciário e dos demais operadores jurídicos.

Usar a *venda de Themis* ou simplesmente fechar os olhos a esta realidade, não afastará o Direito das novas tecnologias e permitirá apenas que o descompasso – sempre – existente entre a dinâmica social e a norma legislada torne o processo um instrumento obsoleto, incapaz de solucionar ou atender a contento os conflitos humanos.

Nesta altura da investigação, não se permite descurar que a exigência de um juízo imediato, para além de ser uma mera forma processual que responda a razões de oportunidade, constitui para as partes uma verdadeira garantia de um processo justo.

Aliás, tem-se por sacramentado que as garantias processuais afetam o sistema legal de recurso estabelecido quando há, como ocorre no caso brasileiro, mais de uma instância e na apelação se podem *ver* de novo todas as questões (fática e jurídicas). Também na segunda instância deve respeitar-se a imediação em relação às atuações orais nela realizadas.

⁵⁰¹ CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, cit., pp. 375-376.

⁵⁰² CABEZUDO RODRÍGUEZ faz expressa referência ao chamado *principio de continuidade eletrônica da gestão dos processos judiciais*, em virtude do qual será factível a apresentação eletrônica de documentos perante os Juízos ou Tribunais competentes, que, em continuidade, dispensarão o mesmo tratamento (gerando um processo integralmente eletrônico) – CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 55.

Isso, no entanto, não significa que, algumas ocasiões, possa ser necessário renunciar a sua presença ou modular o seu alcance, por meio do novo delineamento do seu conceito (lido ou atualizado, de acordo com a realidade tecnológica). Numa realidade (social) de eliminação de barreiras espaço-temporais,⁵⁰³ a manutenção de um processo de mat(r)izes inquisitivas – escrito, secreto e moroso – não mais se justifica. Como o duplo grau pode organizar-se em consentir uma repetição da atividade probatória antes praticada, é mais que provável que esta garantia não chegue a desdobrar-se em toda sua extensão quando do exercício da faculdade recursal.

É precisamente aqui onde parece importar o sistema de protocolização estabelecido e onde as novas tecnologias da imagem e do som deixam de ser indiferentes para adquirir sua verdadeira dimensão.

O sistema de *atas*, *termos* ou *assentadas*, meio mais difundido na prática forense brasileira, impõe extremas restrições e grandes doses de subjetivismo (e, as vezes, de obscuridade, pela falha no registro fidedigno do atuado) a atividade de registro das provas orais. O seu caráter conciso (são registrados apenas os acontecimentos mais significativos) impede qualquer aproximação a valoração probatória por quem tenha posterior acesso a este material, além de evitar qualquer tipo de controle a possíveis faltas de natureza processual ocorridas durante a prática do ato processual (uma vez que, em regra, da ata consta a visão do *juiz-condutor* sobre os acontecimentos da audiência, sendo uma tendência irrefutável a omissão de confrontos e desentendimentos com as partes, quando estes *desfavorecem* a figura do juiz).

Daí a importância da adoção de uma ferramenta que permita a percepção da *linguagem audiovisual*,⁵⁰⁴ consistente em gravação da imagem e do som das audiências, assegurando com isso a legitimidade do ato e uma constância fidedigna do ocorrido em audiência. Ademais, a gravação das audiências acaba por constituir um elemento dissuasório de primeira ordem para qualquer intento de fustigações protelatórias ou desarrazoadas, estabelecendo, outrossim, uma maior confiança das partes e demais intervenientes do processo.

⁵⁰³ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 53. O autor reconhece a existência de *brechas digitais* (o que se entende como falhas técnicas e de estrutura, exclusão digital, custos para implementação das tecnologias etc.), o que não prejudicaria a afirmação anterior.

⁵⁰⁴ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La encrucijada...*, cit., p. 66. Em consequência, a autora entende que a substituição da ata pelo suporte audiovisual é algo irreversível (p. 72).

O ponto de inflexão na realidade brasileira ocorreu na segunda metade da década passada, por meio das Leis nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (que disciplina o denominado *processo eletrônico*)⁵⁰⁵ e 11.719, de 20 de junho de 2008 (que alterou o Código de Processo Penal, na parte relativa aos procedimentos).

Na esteira do § 1º do art. 405 do CPP (incluído pela Lei nº 11.719/2008),⁵⁰⁶ o Conselho Nacional da Justiça veiculou a Resolução nº 105, de 6 de abril de 2010, que dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência.⁵⁰⁷

Com o louvável objetivo de facilitar determinadas atuações judiciais, as últimas reformas penais tem sido pródigas na previsão de novos mecanismos tecnológicos com um alcance até agora não contemplado. Esta é a situação decorrente do uso de dispositivos técnicos, como a videoconferência⁵⁰⁸ e outros sistemas de comunicação de imagem e som, para a prática material de determinados meios de prova tradicionais.

⁵⁰⁵ Destaca CALMON que essa lei cria o processo judicial completamente sem papel, em que as partes e seus advogados, juízes e todos os demais sujeitos do processo deverão enviar suas petições e documentos em formato digital, de qualquer computador, em qualquer lugar onde estejam. Da mesma forma, as sentenças e demais atos judiciais e dos auxiliares da justiça são elaborados em formato eletrônico e comunicados as partes por meio da rede mundial de computadores. As audiências são gravadas em áudio e vídeo e não são transcritas. *Para o julgamento dos recursos, os juízes do órgão recursal deverão assistir aos atos diretamente em seu computador, valendo-se, é claro, dos modernos instrumentos de pesquisa, que lhes facilitam encontrar em fração de segundo o trecho de um depoimento porventura mencionado por uma das partes em seu recurso ou resposta* (CALMON, Petrónio. O modelo oral de processo..., cit., pp. 72-73).

⁵⁰⁶ Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

⁵⁰⁷ Norma disponível em conteúdo eletrônico e acessível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_105_06042010_11102012191007.pdf. Em que pese a nítida preservação dos ideais da oralidade, os consideranda revelam que questões meramente utilitaristas é que conduziram a adoção da Resolução, pois pondera-se a economia temporal produzida pelo acolhimento do comando do art. 405 e §§ do CPP, destacando-se expressamente *que para cada minuto de gravação leva-se, no mínimo, 10 (dez) minutos para a sua degravação, o que inviabiliza a adoção dessa moderna técnica de documentação dos depoimentos como instrumento de agilização dos processos*. Para uma abordagem doutrinária sobre o tema (e também contrária à transcrição das gravações), vinculada ao princípio da imediação: CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada...*, cit., pp. 124 e ss.; HERRERA ABIÁN, Rosario. *La intermediación como garantía...*, cit., pp. 151 e ss.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de intermediación...*, cit., pp. 55 e ss.

⁵⁰⁸ Neste sentido, a Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, que altera dispositivos do Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. Neste particular, existe vasta orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido da invalidade do interrogatório por videoconferência antes da publicação da Lei nº 11.900/09, principalmente diante

Nesta mesma medida, as inovações tecnológicas acabam por afetar diretamente a vigência e o dimensionamento do princípio da imediação,⁵⁰⁹ como acontece com a possibilidade de gravação das audiências realizadas em primeiro grau (do mencionado da nova redação do art. 405, § 1º, do CPP, e da Resolução nº 105/2010 do CNJ), que substitui o sistema de assentadas, atas e termos escritos, que, pela filtragem feita pelo Magistrado quando do ditado do que apreendeu na exposição das partes, testemunhas ou peritos, colocava uma versão *parcial* daquilo que historicamente ocorreu em audiência.⁵¹⁰

Na experiência brasileira, o órgão *ad quem* (responsável pelo conhecimento da apelação) goza de plenas faculdades para revisar todo o material probatório (jurídico e fático) praticado na primeira instância. No entanto, não se deve esquecer que perante o juiz de primeira instância se praticam o testemunho, o interrogatório, a ratificação e impugnação do exame pericial e a própria inspeção judicial, com todas as vantagens da imediação (na sua acepção clássica), pelo que o Tribunal, cuja apreciação ficará restrita a prova registrada/documentada (e, no máximo, ao que pode ser visto no sistema de gravação da prova), se limitaria a ponderar se a valoração da prova testemunhal e do interrogatório é ilógica, arbitrária ou se aparta das previsões legais.

Neste eito, o respeito aos fatos provados não pode significar que o Tribunal de apelação deva permanecer impassível diante de valorações manifestamente irrazoáveis ou arbitrárias: seguir de forma simplista e radical a orientação praticada pela STC 167/2002 importaria numa *blindagem do juízo de valoração* do julgador de primeira instância.⁵¹¹

de legislações estaduais que regravamo tema. Para uma pesquisa bem divisada sobre a questão: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&livre=%28interrogatorio%24+ou+audiencia%24+adj3+instru%E7%24+ou+audiencia%24+adj5+testemunha%24%29+com+%28videoconferencia%24+ou+teleconferencia%24+ou+virtual%24%29+n%E3o+%28hc.clas.+e+105640%29+n%E3o+%28hc.clas.+e+123761%29> (acessado em 22 de dezembro de 2012).

⁵⁰⁹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 64.

⁵¹⁰ Tal sistema conta(va) ainda com os sempre possíveis erros de digitação da pessoa responsável por colher a narrativa formulada pelo juiz, erros estes que se agravaram pela prática do *copiar e colar* que os sistemas informatizados de digitação permitem.

⁵¹¹ SUAU MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., pp. 99-100. Dependendo da forma como se entende a imediação, ela pode dar azo a sobrevalorização da significação de dados somente apreciáveis por quem os percebe diretamente, porém, que são por demais ambíguos e equívocos, abertos ao uso incontrolado do arbítrio e a redução de erro em juízo. Há quem considere um grave inconveniente a aceitação da duvidosa máxima de experiência em matéria de imediação, que conduziria a uma *blindagem* do juízo e da decisão de primeira instância frente a crítica em outro plano jurisdicional, posto que alguns elementos de convicção, considerados fundamentais para a formação do critério judicial em tema de fatos, por sua difícil ou impossível verbalização, por sua prática intraduzível em palavras, resultariam impassíveis de fiscalização. O assunto tem, ademais, notável transcendência no plano da motivação, já que produz o efeito de que certos aspectos da valoração da prova e

A chamada *quebra da imediação na segunda instância*⁵¹² não deve levar a privação das faculdades revisoras dos Tribunais, senão a extremar sua prudência, pois, obviamente, o julgador *ad quem* não goza da posição privilegiada do juiz de primeira instância, não obstante a – hoje inquestionável – fidelidade dos sistemas de gravação das atuações judiciais.

A atual configuração do recurso de apelação, com revisão plena do material – fático e jurídico – da primeira instância, conduz a um panorama confuso ou contraditório entre a oralidade e segunda instância: por um lado, a amplitude do controle do material probatório praticado em primeira instância, e, por outro, a necessidade de respeitar a valoração probatória realizada pelo juiz *a quo*. Dessarte, partindo-se da confusão – jurisprudencial – criada, enquanto o legislador não regula de maneira específica a matéria, encontram-se três alternativas⁵¹³ para responder a pergunta se pode o órgão de segunda instância alterar a valoração judicial das provas pessoais praticadas com imediação pelo juiz de primeira instância?

1) A primeira orientação sustenta que só resulta factível reformar uma sentença absolutória da primeira instância quando se tenham praticado de novo, na segunda instância, as provas pessoais que dependam do princípio da imediação.

Esta é uma solução antieconômica, dilatória e pouco eficiente: *antieconômica*, porque exige voltar a repetir a prova pessoal, com os gastos que isso supõe para os cidadãos que devem voltar a declarar, em detrimento, por exemplo, de sua atividade profissional, e para o próprio sistema judicial (e, conseqüentemente, para toda a sociedade); *dilatória*, porquanto voltar a repetir a prova em segunda instância comportará um evidente atraso na tramitação do recurso de apelação, pois exige a celebração de audiências que, como é lógico, são limitadas no tempo; e é *pouco eficaz*, porquanto a pessoa que deve voltar a declarar perante o Tribunal de apelação está já prevenida sobre que tipo de perguntas serão efetuadas, perdendo-se o efeito surpresa sobre a inquirição (perde-se, assim, a espontaneidade das testemunhas, que já sabem as conseqüências do que disseram na ocasião anterior).

certas decisões quando a fonte de conhecimento seja exclusiva ou basicamente pessoal, seriam de impossível – ou muito difícil – justificação. Neste sentido: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre prueba..., cit., p. 59.

⁵¹² HERRERA ABIÁN, Rosário. *La inmediación como garantía...*, cit., p. 66.

⁵¹³ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La encrucijada...*, cit. pp. 372-373. Seguindo idêntica divisão: CACHÓN VILLAR, Pablo. *La doble instancia penal...*, cit., p. 36.

Ademais, essa *repetição* das provas praticadas em primeira instância importaria na identificação de inconvenientes de toda índole que isso acarreta: implica a introdução de uma *apelação plena*, significando inventar-se um trâmite que não está previsto em lei (por importar na repetição de *todas* ou algumas provas que já foram praticadas, com caráter obrigatório e não facultativo, como consta atualmente do art. 616 do CPP).

Ainda no campo das críticas, é indubitável que quanto à solução que prima pela reprodução da prova restariam garantidos o contraditório, a imediação e a publicidade da prova na fase da apelação. Todavia, a segunda instância, assim entendida, constituiria em realidade (ou seria transformada em) um *novum iudicium*.

Tal reprodução – integral – da prova passa por um problema no ordenamento brasileiro: não há previsão expressa na legislação vigente, cujo art. 616 do CPP somente consigna a *faculdade* de atividade probatória, dentro de um juízo discricionário do magistrado competente. Neste sentido, portanto, se poderia entender, a princípio, que a pretendida reprodução de prova constituiria ato processual *contra legem*.

Em que pese não existir uma previsão expressa quanto a reprodução da prova, caberia uma interpretação da lei que a faça possível: na orientação jurisprudencial sobre as provas pessoais já analisada, a exigência de que o processo ocorra com todas as garantias em todas as instâncias e a necessidade (mais que simples conveniência) de que o órgão judicial de apelação possa resolver conhecendo conjuntamente de todo o atuado, justificaria que o conteúdo da audiência de segunda instância se estenda, não apenas aos informes forenses e as provas solicitadas e admitidas, senão também as provas pessoais praticadas na instância por serem necessárias para a comprovação de qualquer um dos fatos objeto do debate. Cabe destacar que a *ratio* que fundamenta a competência da primeira instância (em matéria de prova), passaria a fundamentar também a instância da apelação, pois o processo com garantias se estende, como é claro, a todos os graus jurisdicionais.

Contudo, não se podem desconhecer os efeitos inerentes a este sistema probatório: conduz ao menoscabo ou substmação do primeiro juízo; se pratica quando já se conhecem os efeitos (condenação ou absolvição) do primeiro juízo, com a conseguinte possibilidade de adequar a segunda declaração (a prova pessoal que se reitera) ao fim processual pretendido; há uma maior distância temporal em relação à comissão/omissão dos fatos, o que pode dificultar a memória; se produz uma maior dilação no trâmite processual.

Aliás, o largo tempo transcorrido até sua produção da margem a prejuízos incontestáveis: a debilidade da apelação está no deficiente manejo da prova, pois o novo juízo oral (a segunda instância) se veria dificultado pela passagem do tempo e sofre uma piora na qualidade da prova.⁵¹⁴

Em acréscimo, a valoração da prova praticada em primeira instância, com imediação, não admite revisão, posto que quando o órgão *ad quem* pratica a *mesma prova* realizada em primeira instância, porém com imediação, acaba por produzir uma *nova prova* (com resultados possivelmente distintos aos produzidos em primeira instância), e como esta *nova prova* será praticada na segunda instância, tampouco sua valorização pode ser objeto de contraste nem recurso (consequências que se materializam ao considerar que a falta de imediação em segunda instância impediria um juízo sobre o juízo previamente realizado).

O dado-base que deve ser levado em consideração não é que o órgão de segunda instância vá carecer de contato direto com as fontes pessoais de prova. É que *este contato, em condições de certa genuinidade, só está ao alcance, e por uma vez, de um primeiro julgador*, cuja decisão não pode tornar-se blindada, apenas por este fator, a fiscalização jurisdicional (superior).⁵¹⁵

*O exame das fontes de prova pessoais em regime de imediação não pode reiterar-se senão é ao preço de uma importante perda de autenticidade, e de fiabilidade, portanto, dos dados que se puderam obter. Isso devido a que o uso dos correspondentes meios probatórios e o conhecimento pelos submetidos a eles do resultado já atribuído a suas contribuições em uma primeira apreciação, condicionam – de forma não necessariamente consciente, ainda que também – ulteriores comportamentos.*⁵¹⁶

A reprodução probatória em segunda instância não garante que as provas reproduzidas resultem mais confiáveis, críveis e verazes do que as da primeira instância,

⁵¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso...*, cit., p. 121. O autor prossegue invocando lição que aponta que do magistrado integrante do Tribunal se exige, com piores *ingredientes*, que faça um *assado* melhor do que o juiz de primeira instância.

⁵¹⁵ SUAU MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 108. O autor pondera, em exercício de reflexão, que se a nova valoração do Tribunal de apelação decorre do percebido por meio de gravação, entende-se que em termos gerais, não devem descartar-se as faculdades revisoras desse órgão, não só porque a solução contrária equivaleria a negação de efetividade do meio técnico que introduz a gravação em segunda instância, mas porque a repetição de provas que exigem imediação e que dera como resultado uma sentença condenatória, poderia exigir por sua vez a *repetição deste juízo*, com o que se aproximaria do sistema do *novum iudicium*, repetição completa do novo juízo (p. 126).

⁵¹⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 31.

especialmente se ponderados o tempo transcorrido desde a prática dos fatos e os prejuízos e pré-condicionamentos com que poderiam voltar a declarar algumas testemunhas que já depuseram no processo.

Na esteira de SUAÚ MOREY,⁵¹⁷ ademais, deve-se lembrar que não é desdenhável o argumento *metajurídico* consistente na carga psicológica que poderiam sofrer aquelas pessoas conscientes de que sua declaração (em segunda instância e com imediação) pode dar lugar a uma mudança radical da decisão que norteia o processo (com relação aquela prolatada em primeira instância), máxime quando a questão tenha adquirido ressonância pública, coisa frequente atualmente, e com acompanhamento próximo por parte dos meios de comunicação.

2) A segunda posição reza que não cabe reformar na segunda instância as sentenças absolutórias ditadas nas causas em que a prática da prova dependa em grande medida do princípio da imediação, limitando-se assim o direito ao recurso das partes prejudicadas e do Ministério Público (pois, assim, as sentenças absolutórias ditadas em primeira instância, cujo pronunciamento fora baseado em provas pessoais – e, portanto, dependentes da imediação – não seriam passíveis de recurso).

Aqueles que negam a possibilidade de reforma, alegam dois argumentos: a proteção da devida imediação judicial (no seu conceito clássico e estanque no tempo) e o caráter restritivo da regulação do recurso de apelação.

Esta posição, como alinhavado no início deste capítulo, é insustentável na realidade brasileira, mormente diante da liberdade de conformação do legislador pátrio. Não suficiente, a garantia de imediação deve ceder em atenção a proteção de outros interesses, como *os direitos das vítimas a que se revise uma sentença absolutória* (também reconhecido em tratados internacionais, sob a cláusula do direito a persecução penal⁵¹⁸): a idéia de uma instância fático-processual única é fruto de uma interpretação radical – e descabida – do princípio da imediação.⁵¹⁹

3) Como última solução, caberia a possibilidade de que no juízo celebrado em primeira instância se proceda à filmagem das audiências (gravação, por óbvio, de *natureza*

⁵¹⁷ SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., pp. 108-109.

⁵¹⁸ As Cortes Internacionais tem conceitos fortemente arraigados sobre a necessidade de efetividade da persecução penal estatal. Neste sentido, por todos: CARVALHO RAMOS, André de. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, pp. 09-55, 2006.

⁵¹⁹ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La encrucijada...*, cit., pp. 382-383.

oficial e pública, realizada pelo juiz e seus secretários), com a faculdade de que, caso a apelação discuta o erro na valoração das provas pessoais, o Tribunal possa visualizar a gravação, para exame e deliberação, com a possibilidade do órgão judicial *ad quem* controlar a valoração da prova feita pelo juiz de primeira instância e, neste caso, proceder a realização de sua própria valoração.

Esta hipótese significaria a perpetuação do juízo em suporte audiovisual e a reprodução da gravação perante o Tribunal. Para tanto, haveria a necessidade de generalizar a instalação de aparatos e ferramentas de suporte audiovisual nos órgãos jurisdicionais penais de primeira instância e, ademais, seria necessária se prever legalmente a possibilidade de que a visualização da filmagem supra adequadamente a imediação de que carece a segunda instância.

Não se olvida que o exame das atuações gravadas permite um controle da prova de primeira instância, ainda que, certamente, a imediação obtida através destes meios técnicos não seja igual à obtida mediante a presença pessoal a produção da prova, pois se tratam de *imagens do passado*, sem a presença contemporânea em relação às *vivências diretas e intransferíveis dos protagonistas*.⁵²⁰

No entanto, de qualquer forma, há um conhecimento direto e uma observação também direta da prova e de quem a efetua ou protagoniza, que se crê seja suficiente aos fins da imediação e do processo com garantias.

É certo também que não haveria a possibilidade de *confronto* na segunda instância em relação a prova gravada (como seria suscetível com a técnica da reprodução da prova), porém, não há dúvida de que o Tribunal *ad quem* possa apreciar o *confronto* havido na primeira instância, que considera-se ser o relevante para os fins processuais (e decisórios, principalmente).

Esta opção importa em um simulacro de *transporte temporal ao passado*, onde o tribunal, deixará de lado a atividade probatória nova (porém, repetida) e poderá se concentrar na sua função típica de instância de revisão.

Neste sentido, e admitida esta solução, a segunda instância se constituiria propriamente uma *revisio prioris instantiae* (em detrimento de sua visão como um *novum iudicium*).

⁵²⁰ CACHÓN VILLAR, Pablo. La doble instancia penal..., cit., pp. 37-39.

Considerando que se respeita a imediação e o contraditório de forma suficiente (já que as partes poderão dialogar com a segunda instância no momento da reprodução da gravação), entende-se que esta solução – sistema de gravação – é melhor e mais adequada (do que as demais expostas) aos fins do processo.

Relembre-se que a imediação tem um valor epistemológico, pois obedece a idéia de que o contato direto do juiz com o material probatório supõe uma maior credibilidade de acerto na decisão. Com a gravação (audiovisual) se potencializam a oralidade e a concentração: a oralidade sai robustecida e, de certo modo, possibilita o cumprimento de determinados princípios como a publicidade; a concentração abrevia a temporalidade da atuação processual, se opõe à dispersão, favorecendo, portanto, a economia processual.

Ademais, com a gravação a valoração dos aspectos de linguagem não verbal pode ser revisada na apelação graças, precisamente, a gravação do som e da imagem da audiência de primeira instância.⁵²¹

O desenvolvimento dos acontecimentos decorrentes da interpretação jurisprudencial (espanhola) e da exigência de repetição das provas que estejam (de alguma maneira) conectadas com as provas de caráter pessoal, leva a considerar que a gravação das audiências deveria ser nestas situações mais que suficiente para garantir e para ter por respeitado o princípio da imediação. Ainda que a gravação não seja perfeita, é necessário ponderar os inconvenientes que podem acarretar a repetição das provas para conceder a gravação da audiência a entidade e o peso suficiente para que a segunda instância constitua garantia suficiente.⁵²²

Quando se grava(m) a(s) audiência(s) realizada(s) em primeira instância, o tribunal poderá rever a prova praticada, ainda que seja certo que a imediação produzida em primeira instância não seja a mesma da que se possa lograr mediante um CD, DVD ou qualquer outro suporte apto para a gravação e reprodução do som e a imagem.⁵²³ Com isso e garantiria a plena virtualidade e eficácia do recurso de apelação, pois se assegura sua plena natureza legal de revisão de todo o praticado em primeira instância (a *revisio prioris*

⁵²¹ SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., pp. 143-144.

⁵²² SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 86.

⁵²³ Ausente a percepção original imediata, é possível que alguns aspectos da linguagem corporal se limitem em certa medida, como também é certo que ao tribunal não será possível a formulação de esclarecimentos ao declarante. No entanto, outros aspectos da sua linguagem poderão ser controlados: a insegurança, titubeios ou nervosismo nas respostas, o tom da voz, a firmeza e rapidez nas contestações, a mímica ou gestual empregado, as retificações ou respostas evasivas, a capacidade explicativa etc.

instantiae), e não se pode deslembrar que o direito ao recurso legalmente previsto forma parte do devido processo legal.

Esta solução, em certa medida, parece ter sido preconizada pelo legislador brasileiro (art. 405, § 1º, do CPP), que constituiu a gravação audiovisual como meio ordinário de documentação das audiências, considerando que este mecanismo permite de alguma forma que *a imediação com a prova praticada na primeira instância prolongue sua vigência*.⁵²⁴ Comparativamente, esta solução na Espanha (em relação a procedimentos anteriores à reforma que tornou obrigatória a gravação das audiências⁵²⁵) foi *desativada* pelo Tribunal Constitucional, que estabeleceu que a imediação não pode ser substituída pela gravação da audiência de primeira instância, em razão do que, apesar de existir referida gravação, o tribunal de apelação não pode voltar a valorar as provas pessoais em função do que tenha sido gravado.

Na opinião de PICÓ I JUNOY, esta segunda solução – ainda que considerada a orientação do Tribunal Constitucional – é a mais adequada, pois alcança o justo ponto de equilíbrio entre a garantia da imediação e a existência de uma segunda instância revisora no âmbito do processo penal.⁵²⁶

Aliás, neste ponto e retomando a opção do Tribunal Constitucional espanhol, é importante consignar uma advertência: estando já bem estabelecido e claramente definido o alcance da doutrina constitucional incorporada pela STC 167/2002, constata-se que o TEDH emitiu quatro acórdãos⁵²⁷ recentes colocando em tela a doutrina do Tribunal Constitucional, condenando a Espanha precisamente nos casos em que a Corte espanhola se servia da doutrina para considerar que nos casos analisados a imediação não teria sido comprometida.

Referidas condenações ocorreram porque a jurisprudência do TEDH não gira – nem nunca girou – em torno da garantia da imediação, enquanto requisito para a correta valoração probatória, senão que se projeta sobre as possibilidades do acusado de defender sua

⁵²⁴ Neste sentido: CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal...*, cit., pp. 207-208.

⁵²⁵ No período compreendido pela pesquisa, não foram identificados pronunciamentos do Tribunal Constitucional Espanhol sobre a gravação audiovisual da audiência de primeira instância em relação a casos ocorridos após a vigência da lei que tornou obrigatória referidas gravações.

⁵²⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales...*, cit., pp. 170-171.

⁵²⁷ Sentença de 10 de março de 2009, Caso Igual Coll c. Espanha; Sentença de 21 de setembro de 2010, Caso Marcos Barrios c. Espanha; Sentença de 16 de setembro de 2010, Caso García Hernández c. Espanha; e Sentença de 25 de outubro de 2011, Caso Alemanara Álvarez c. Espanha.

inocência de modo dialético perante o órgão *ad quem*, incluindo o direito a ser ouvido pessoalmente.

O Tribunal de Estrasburgo, desde o *Caso Ekbatani*, tem reiterado que as garantias do devido processo (art. 6.1 da Convenção Europeia sobre Direitos do Homem) são exigíveis em sua plenitude na segunda instância, pois o processo penal constitui um todo e a proteção do art. 6º não termina com o julgamento em primeira instância.

No entanto, na hora de valorar as exigências garantísticas que deve satisfazer a apelação, é preciso ponderar as singularidades do processo de que se trate, atendendo especialmente ao alcance das faculdades de revisão que tem o órgão de apelação segundo sua configuração legal em cada Estado-Nação e as possibilidades de alegar e defender seus interesses por parte do acusado.

Assim, a celebração de uma audiência pública em segunda instância não será exigível em todo caso, podendo sua ausência justificar-se pelas características do procedimento de que se trate.

Nesta alheta, diferente da concepção do Tribunal Constitucional espanhol, que parte da garantia da imediação como contato direto do juiz com a prova pessoal, para o TEDH, o fundamento por traz da exigência radica na garantia de defesa contraditória (na dialética defensiva).

Por este exato motivo, ele afirmou que do princípio de celebração dos debates públicos deriva o direito do acusado de ser ouvido pessoalmente pelos Tribunais de apelação. Desde este ponto de vista, o princípio da publicidade dos debates persegue a finalidade de assegurar ao acusado seu direito de defesa.⁵²⁸

O TEDH não declarou que é exigível em todos os casos a audiência pública em segunda instância, independentemente da natureza das questões que devem ser julgadas. A publicidade constitui certamente um dos meios para preservar a confiança dos Tribunais, porém, também o direito a um processo em prazo razoável e a necessidade de conferir um tratamento rápido aos assuntos devem-se ter em conta para determinar se os debates públicos são necessários depois do processo em primeira instância.

Desta forma, a ausência ou falta de debates públicos em segunda instância pode ser justificada pelas características do procedimento que seja analisado, como, por exemplo,

⁵²⁸ TEDH, Sentença de 6 de julho de 2004, Caso *Dodarini c. San Marino*.

em recursos limitados a questões de direito, nos quais se cumprem os requisitos do art. 6.1 da Convenção Europeia, ainda que o Tribunal de apelação não tenha dado ao recorrente a faculdade de ser ouvido pessoalmente.

Não se pode afirmar que mediante a projeção do conteúdo da gravação da audiência, o órgão de segunda instância se coloca em idêntica posição ao julgador *a quo*. Não obstante, entende-se que a projeção do conteúdo da gravação confere ao tribunal diversas garantias de acerto consideráveis, sobretudo no referente à apreciação da prova de caráter pessoal.⁵²⁹

Se – acertadamente – o valor da eficiência não pode comprometer de forma alguma, no plano subjetivo, as garantias do imputado e, no campo objetivo, a qualidade da descoberta/definição processual do caso, é razoável perguntar sobre a intensidade das garantias adicionais efetivamente derivadas da reiteração da oitiva de uma testemunha – por seu turno, operada em uma ulterior distância de tempo dos fatos objeto do processo – ou da leitura do conteúdo de um registro que reproduz fielmente os resultados do exame realizado em contraditório entre as partes⁵³⁰.

A orientação do Tribunal Constitucional espanhol parece partir de uma inversão de valores quanto à ponderação do princípio da presunção de inocência (como *norma de juízo*⁵³¹), uma vez que, assim como feito no período da inquisição, recomenda e autoriza a atividade probatória apenas para justificar um conceito já determinado na consciência do julgador, invertendo o *iter* probatório normal, no qual a prova é utilizada como fonte de formação (e não de justificação) do convencimento judicial.

Nada impede que o Tribunal, assistindo a reprodução da gravação da audiência do órgão *a quo*, constate que o juiz agiu de forma equivocada, deixando escapar, malversando ou subvertendo elementos de convicção verbais ou não verbais expressados por uma testemunha ou pelo próprio imputado (e a renovação da atividade probatória em segunda instância não serviria para corrigir esta falha, pois se estaria diante de uma nova atividade, sujeita, portanto, a outros acontecimentos).

⁵²⁹ SUAÚ MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación...*, cit., p. 145.

⁵³⁰ Neste sentido: AGHINA, Ernesto. *Gli effetti del mutamento...*, cit., p. 97.

⁵³¹ Em profundo estudo dedicado ao tema, ZANOIDE DE MORAES indica que a presunção de inocência, sob a roupagem de *norma de juízo*, orienta toda decisão, *no instante de se analisar o material probatório produzido para a formação da convicção judicial*, repousando sobre a *determinação da suficiência da atividade probatória, para reverter o estado de inocência constitucional* (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência...*, cit., pp. 468-469).

No entanto, o grande alarido em torno da reprodução da gravação da audiência de primeira instância versa sobre dois pontos: 1) a impossibilidade de *interação comunicacional* (ou *intervenção ativa*) com a prova oral (re)exibida, o que impediria a instância superior de realizar novos questionamentos ao declarante (testemunha, perito ou o próprio imputado), e 2) o foco unilateral e imóvel da filmagem (ou simplesmente as *limitações técnicas* dos recursos/suportes empenhados), que não abarcaria todos os aspectos das salas de audiência.

É fato inquestionável que o visionado na gravação em nenhum caso colocará o tribunal de apelação na mesma situação do órgão de primeira instância. Ocorre que a função revisora do Tribunal, entende-se, prescindiria desta necessidade de interação comunicacional com a prova registrada. A uma, porque essa interação seria – como já destacado nestas linhas – com a *nova prova* e não com aquela enfrentada e valorada pelo julgador *a quo* (apenas o sistema de gravação com técnicas atuais pode trasladar a realidade do debate ocorrido em primeira instância para o Tribunal, permitindo aos novos julgadores – os revisores – posicionarem-se em situação semelhante a de quem julgou pela primeira vez a prova praticada). E, a duas, porque o sistema processual nacional já tem uma regra própria para os casos de *dúvida* (ou de insuficiência da atividade probatória): a *presunção de inocência como norma de juízo*.

Logo, se o Tribunal, ao apreciar a prova já produzida, permanecer em estado de incerteza, não deve realizar nova atividade probatória para buscar a condenação (ou complementar a atividade probatória do acusador), devendo reconhecer que o princípio da presunção de inocência não foi suficientemente afastado (não tendo a acusação se desincumbido do seu ônus).

De outro lado, a questão da imobilidade do foco das imagens segue as mesmas críticas da ferramenta da videoconferência, considerada como sistema de transmissão de imagens e sons, que, pelas limitações técnicas de seu atual desenho, só permite a visão de um plano fixo, próximo e oblíquo do sujeito.⁵³²

Se olvida (ou se omite, de forma propositada) que o cotidiano forense também conta com juízes *imóveis*, *fixados em suas cadeiras*, incapazes de circular pela sala de audiência (para não falar nos seus entornos e corredores do Fórum), captando pessoalmente as

⁵³² CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 69.

mesmas imagens que seriam captáveis por um equipamento eletrônico de transmissão remota. Aliás, raras vezes existe a aplicação no cotidiano forense das normas da lei instrumental penal que *permitem* a inquirição de testemunha fora da sede do Juízo (art. 220 do CPP) ou que *obrigam* o interrogatório do réu preso, em sala própria, no estabelecimento em que estiver recolhido (art. 185, § 1º, do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.900/09). Neste caso, *curiosamente*, existe uma constante ameaça a segurança dos sujeitos processuais, que não autorizam ou recomendam seu deslocamento a unidade prisional.

Ademais, como observado com extrema acurácia por MESQUITA:

*A defesa de imediação como forma de cognição, no plano empiricista não tem suporte na supremacia do controlo dos focos de percepção pelo observador, existindo estudos empíricos que apontam para a mais-valia no plano da capacidade analítica da experiência da audição de um testemunho vídeo por comparação com a testemunha ao vivo.*⁵³³

A gravação das audiências tem como efeito imediato a eliminação de determinadas corruptelas processuais – que já havia assumido a forma de normalidade –, que subvertem gravemente a ordem processual em detrimento de princípios de grande transcendência. Da mesma forma, o princípio da oralidade se reforça toda vez que, constando audiovisualmente o acontecido durante a audiência, desaparece a natural desconfiança das partes sobre a fidelidade das assentadas manuscritas. Do ponto de vista da concentração, a gravação põe fim à habitual dispersão temporal e espacial da atividade probatória. A publicidade também resta favorecida, pois este sistema de documentação possibilita a extensão da publicidade das audiências para além do próprio ato, favorecendo a satisfação dos fins sociais inerentes ao princípio da publicidade. Por fim, em que pese a impossibilidade de haver identidade entre visualizar presencialmente e contempla-las através de um monitor, a gravação permitirá com todos os matizes possíveis perpetuar a imediação do julgador, projetando-se essa possibilidade na segunda instância.⁵³⁴

⁵³³ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime...*, cit., p. 311.

⁵³⁴ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 77. O autor chega a reconhecer que diante do atual quadro legislativo na Espanha (e, principalmente, por força da *crise interpretativa* inaugurada na doutrina e na jurisprudência pela STC 167/2002), a visualização da gravação pelo Tribunal de apelação teria a mesma finalidade das assentadas e termos manuscritos quando se invocava erro na apreciação das provas: serve apenas para verificar a correção (ou a inexistência de corruptelas) do processo lógico-decisório seguido na sentença. *E nada mais* (p. 129-130).

O certo é que a classe de imediação processual favorecida mediante o uso destes sistemas de gravação audiovisual será exclusivamente a presencial ou passiva, porém, a superioridade desta forma de documentação e conhecimento em relação às assentadas e termos manuscritos é irrefutável.⁵³⁵

Diante dessa limitação da prova e da concepção do recurso de apelação como posto pelo sistema brasileiro, acredita-se que solução reside nos novos meios técnicos de registro e reprodução, que vão ajudar o órgão *ad quem* a uma mais correta valoração da prova. Não se pode equiparar a percepção da prova praticada através de um suporte audiovisual, por exemplo, porém é possível afirmar que se o juiz *ad quem*, ao revisar o juízo fático externado pelo julgador de primeira instância, conta com a possibilidade de visualizar a prática da prova através do vídeo a ruptura da imediação é menor que quando só se conta com o reflexo documental da ata.⁵³⁶

E a isto pode-se acrescentar a lição de ANDRÉS IBÁÑEZ⁵³⁷ que entende que a falta desse contato original com uma parte do material probatório não representaria um obstáculo insolúvel para a racional valoração de seu rendimento por outro tribunal, sempre que se tome como ponto de partida a segunda instância uma correta e fiel documentação do acontecido em primeira instância – e a gravação audiovisual cumpriria esta condição⁵³⁸ – assim como uma sentença motivada com o necessário rigor.

É indiscutível que o sacrifício – total ou parcial – da imediação é o preço que é preciso pagar para a consecução – total ou parcial – da dupla instância, salvo, é claro, se ordene a repetição da prova (pessoal, bem entendida) perante o tribunal superior.⁵³⁹ No

⁵³⁵ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., pp. 77-78. O autor, reproduzindo uma manifestação do Tribunal Supremo espanhol, fala em *imediação de segundo grau*, asseverando que a reprodução da gravação em segunda instância não constitui em si mesmo uma autêntica imediação, mas apenas uma reprodução por meios técnicos da imediação de primeira instância. A gravação é uma forma distinta da escritura e mais completa de estender a assentada e os termos da primeira instância.

⁵³⁶ HERRERA ABIÁN, Rosario. *La inmediación como garantía...*, cit., p. 69. A autora faz referência à questão da admissão em juízo das diligências preliminares, apontando ser necessário *reconhecer as vantagens da introdução das novas tecnologias no processo. A documentação da diligência em suporte apto à gravação e reprodução da imagem, como requisito para a valoração da diligência preliminar como prova em juízo, apresenta, na prática, vantagens infinitamente maiores que a simples leitura do registro no qual se tenha transcrito o declarado. Não se pode negar que estes avanços técnicos inspiram certa desconfiança por sua tendência a substituir a imediação real, porém o que se conseguirá é que a reprodução em vídeo não seja um substituto da imediação, mas um substituto daqueles casos em que era violada a imediação* (pp. 150-151).

⁵³⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação..., cit., p. 26.

⁵³⁸ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La encrucijada...*, cit., p. 162.

⁵³⁹ CALDERÓN CUADRADO, María Pía. El legislador ante la garantía..., cit., p. 393. Neste ponto, sobre a base do caráter instrumental do princípio da imediação, TONINI chega a propor uma *concessão pragmática* segundo a

entanto, enquanto descartada esta opção pelo atual titular da potestade legislativa, e os argumentos que giram em torno da eficiência do instrumento processual (custo e duração, v.g.), deve-se trabalhar com a hipótese veiculada pelo art. 405, § 1º, do CPP.

Permitindo-se a utilização da gravação, se estaria diante de uma imediação que operaria em similares condições à vigente nas situações de prática da prova pessoal mediante o recurso a videoconferência (reconhecendo-se, todavia, que neste último caso se trata de uma *imediação virtual, simultânea e contraditória*,⁵⁴⁰ enquanto que no caso da gravação da audiência em primeiro grau se estaria diante de uma imediação *virtual e diferida*, conformada pela questão da *presunção de inocência como norma de juízo*).

Os avanços das tecnologias audiovisuais ofertam uma saída natural aos problemas anteriormente elencados. Particularmente, a gravação das audiências, com todas suas limitações, pode ser considerada um remédio aceitável na atual situação.⁵⁴¹

Sem que seja obrigado concluir sobre a preocupação última do legislador ao estabelecer a gravação por meios audiovisuais das audiências em primeira instância, registra-se apenas uma sugestão, *de lege ferenda*, para que o legislador brasileiro dispense um tratamento mais detalhado a atividade probatória em segunda instância, adequando a norma do art. 616 do CPP aquela estampada no art. 405, § 1º, do mesmo diploma.

qual seria possível renuncia-lo a qualquer momento, quando necessário para implementar o valor em função do qual ele é posto (TONINI, Paolo. Cade la concezione massimalista del principio di immediatezza, in: *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 1992, pp. 1137-1138).

⁵⁴⁰ ESCALADA LÓPEZ, María Luisa. La valoración de las pruebas de carácter personal en la segunda instancia penal, in: *Revista general de derecho procesal*, nº 17, mar.-2009, pp. 23-24.

⁵⁴¹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *Del principio de inmediación...*, cit., p. 207.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa foi desenvolvida tendo por norte a demonstração do conteúdo da imediação processual penal e suas relações com a atividade probatória, com a identidade física do juiz, a prolação da sentença e o julgamento do recurso de apelação.

Ao fio do exposto, é possível alinhar, de forma sintética, as principais conclusões obtidas ao longo desta tese.

A evolução histórica, malgrado tenha sua origem situada em zona obscura, revela o seu surgimento como resposta ao sistema inquisitorial de processo, em clara oposição ao modelo de atuação de *juiz instrutor* responsável pela colheita da prova que seria transmitida, geralmente em regime de sigilo, aos juízes do mérito, para avaliação *mediada* e prolação da sentença.

Apresenta-se, desta forma, como instrumento político, de negação de modelos autoritários de atuação na área criminal. Aliás, trata-se de recurso politicamente utilizado quando se pretende dar a um sistema maior matiz democrático e de garantias, ao permitir a participação ativa, direta e pessoal, do juiz e das partes na produção da prova. Tem uma forte carga histórica político-institucional, constituindo uma clara reação contra o formalismo obscuro da cultura processual própria da justiça do Antigo Regime.

Quanto ao seu conteúdo princípio da imediação predetermina a situação e atitude processual do juiz competente para conhecer da causa, ou de uma concreta fase ou incidente, diante dos sujeitos contendores e dos elementos que vão servir para formar sua convicção, toda vez que impõe ao julgador a obrigação de encontrar-se em conexão direta e em unidade espaço-temporal com eles.

Tratando-se de atividade de alegação e probatória das partes, a imediação resulta decisiva para o *êxito* do processo porque condiciona a percepção do julgador como via de conhecimento judicial por antonomásia, sobretudo, no vigente modelo processual penal, e, também, porque se manifesta como a técnica demonstrativa por definição em ordem à configuração do conceito de prova válido.

Assentou-se que a imediação é uma *técnica de formação das provas, não um método para o convencimento do juiz*, gozando, portanto, um *valor instrumental*, destinado a auxiliar a melhor técnica de busca da verdade ou de accertamento do fato. Ao pretender que o

juiz (e também cada uma das partes) possa conhecer em toda sua significação o material da causa, deseja-se remarcar o propósito de obter naquele(s) a interpretação ou representação mais fiel do problema do fato e do direito que se discute em juízo, como a visão mais exata possível dos fatos e acontecimentos controvertidos pelas partes e nos que estas fundam suas posições de pleito (é dizer, intenta-se pôr o julgador nas melhores condições possíveis de observação para cercá-lo o quanto possível do conhecimento da verdade processual).

Após enfrentar as questões referentes à definição de seu conteúdo, procurou-se fornecer um conceito próprio, onde se destacou que o *princípio da imediação consiste na contemporânea e contínua interação comunicacional entre juiz, partes e provas (pessoais), a fim de que o julgador possa conhecer pessoal e diretamente as alegações das partes e o acervo probatório do processo, desde sua iniciação.*

Claro que, para o correto funcionamento do sistema, este conceito deve ser trabalhado à luz das contribuições oriundas do princípio da oralidade e do princípio da concentração (dando margem ao surgimento do princípio da identidade física do juiz).

No que toca à natureza jurídica, identificou-se que, no regramento brasileiro, a imediação carece de *transcendência constitucional independente*, figurando como princípio informativo do procedimento probatório, centrado na oportunidade legislativa (o conteúdo específico do instituto agora versado, em qualquer ordenamento processual, será fruto mais da inspiração do legislador, sobretudo da história cultural, social e institucional da coletividade em cujo nome deverá ser pronunciada a decisão judicial).

Dito regramento, no entanto, não é expresso, uma vez que nem a Constituição, nem as Convenções Internacionais, tampouco as leis processuais penais pátrias cuidam diretamente deste princípio. O interesse no estudo surge a partir de uma leitura sistemática do Código de Processo Penal pós reforma de 2008, com a introdução de um modelo oral e concentrado de procedimento, o que favorece proliferação da imediação.

Quando o legislador ordinário implantou – ainda que implicitamente – em seus dispositivos, na órbita da recente reforma do Código de Processo Penal (por força das Leis nº 11.689/2008 e 11.719/2008), o princípio da oralidade, quis na verdade significar que o ambiente de audiência deve ser por ele regido e os corolários e elementos de densidade próprios que lhe subjazem. Assim, deve-se reconhecer a imediação como parte fundante deste

moderno modelo processual (balizado pelo princípio acusatório) de acerto (ou busca) da verdade processual.

No campo da atividade probatória, objeto do segundo Capítulo, entende-se inquestionável a aparição, nas últimas décadas, de uma série de garantias processuais que resultam indispensáveis na construção da maquinaria que permite aos sujeitos processuais o cumprimento de suas funções. Estas garantias não só vêm compartilhando tarefas com os princípios capitais, indiscutidos e expressamente formalizados, mas somam-se a elas na tentativa de um *melhor acerto do fato debatido*.

O processo moderno é regido pelas prescrições de conteúdo ideológico (e processual, é claro) estabelecidas nas modernas Constituições elaboradas a partir do final da Segunda Guerra Mundial, que fixaram solenemente, como Lei Fundamental, a garantia de quem em todos os processos serão observados e aplicados os princípios ou critérios que definem uma atuação judicial equitativa e justa.

É exato sustentar que a prova declarativa oferece a avaliação do juiz e das partes não apenas um fato, mas uma *experiência*, isto é, um fato assim como apreendido pelos sentidos do declarante. Para tanto, deve-se ter em mente que o objeto da confiabilidade das declarações adquiridas pode conter, ainda, *poluição* intencional ou involuntária do seu conteúdo por parte de quem depõe.

Então, em relação à prova, para além de ser usada para um acesso ao universo subjetivo intraduzível de cada experiência sensorial única estabelecida quando da atividade probatória relacionada às chamadas provas pessoais, a imediação apresenta-se como mecanismo de aprofundamento da inquirição. Vale dizer que a imediação não se presta a mera ratificação de máximas de experiência, mas, antes, funciona como um elemento de conexão na *interação comunicacional*, permitindo que as partes, no exercício do contraditório e do direito ao confronto, submetam as fontes pessoais a um verdadeiro teste de credibilidade e de autenticidade.

Assim, a necessidade de imediação (e de produção inferenciais justificadas com base no produzido em interação comunicacional) acaba por assegurar que a audiência não se transforme em uma *fantasia* ou *alegoria justificativa* de decisões já tomadas (ou formadas) pelo julgador, com base na atividade preliminar não submetida à tensão dialética.

Para que se obtenha este resultado, juiz e partes devem buscar a melhor opção probatória, que, em termos de prova pessoal, será sempre aquela que permitir a maior eficácia da imediação. Logo, não é dado aos sujeitos processuais, por questões de comodidade ou utilitarismo processual substituir um meio de prova pessoal por outro real, quando a fonte originária estiver disponível.

Ainda no campo probatório, marcou-se como imprescindível a substituição da arcaica forma de registro das audiências (por meio de atas, termos ou assentadas), devendo o Poder Judiciários se estruturar, em conformidade com o *sugerido* pelo legislador processual (e *determinado* pelo Conselho Nacional da Justiça), passando a adotar a gravação dos atos em suporte audiovisual que permita sua posterior reprodução.

Resulta imprescindível a adequação à realidade social do que se considera instrumento dos juízes no exercício de sua potestade jurisdicional. Ignorar os avanços sociais importa em grave retrocesso e uma equivocação sem precedentes, sobretudo depois de comprovar que esses avanços científicos e tecnológicos não apenas se instalaram com força na vida ordinária, como estão demonstrando que um bom uso dos mesmos facilita notavelmente sua transformação.

Tais recursos, além de facilitar as próprias partes e o juiz nas hipóteses em que o princípio da concentração for suplantado, tem efeitos óbvios e positivos na atividade revisora desenvolvida pela segunda instância.

No entanto, neste particular, um alerta foi consignado: o uso de recursos tecnológicos, numa tentativa de interação comunicacional, *nunca deve ser usado para diminuir a capacidade de imediação de um meio de prova*, devendo ser reservado à substituição de meio de prova que anulam ou restringem a imediação em maior grau.

Registra-se, por oportuno, que restou superado o modelo de *completo isolamento argumentativo* do julgador de primeira instância, restando demonstrado que, mesmo nos casos em que o julgamento ocorreu com base em provas pessoais, a segunda instância, por meio da renovação da atividade probatória (que não constitui *renovação*, mas, na verdade uma *nova* produção, com resultados sensoriais distintos) ou da reprodução da gravação do ato de primeira instância, quando disponível.

O respeito aos fatos provados não pode significar que o Tribunal de apelação deva permanecer impassível diante de valorações manifestamente irrazoáveis ou arbitrárias:

seguir de forma simplista e radical a orientação atualmente praticada pela STC 167/2002 importaria numa *blindagem do juízo de valoração* do julgador de primeira instância, o que é inadmissível.

Ao longo da pesquisa, tendo como certa a ideia de que o raciocínio aqui desenvolvido não deve servir apenas para ilustrar livros, mas deve gozar de alguma pretensão de concretude e realização prática, procurou-se partir de uma tentativa de atender a realidade e não a utopia.

Buscou-se, assim, assentar as bases para uma regulamentação adequada do princípio objeto desta pesquisa, que fuja de um puritanismo exacerbado, incapaz de adaptar-se à realidade e às situações corretamente qualificadas como excepcionais; e, ao mesmo tempo, que permita superar a ambiguidade que caracteriza o atual estado das coisas, resultado de uma desregulamentação que pôs nas mãos dos tribunais de justiça a efetiva vigência do princípio da imediação e cujo fracasso se evidencia em uma jurisprudência que nega os reais contornos do princípio do juiz natural e que se coaduna com legislações que ressuscitam figuras nefastas ao modelo acusatório de sistema processual.

Entende-se, no entanto, que o principal mecanismo para garantir a observância do princípio, será dispor – em lei – que sua ausência importará hipótese de nulidade absoluta, sob pena de *esquecimento* ou *afrouxamentos oportunistas* do princípio estudado.

Ao final destas linhas, colhem-se os perenes ensinamentos de CHURCHILL que servem de epígrafe a este trabalho: o progresso é feito todos os dias e cada etapa desenvolvida é gratificante. No entanto, sabe-se que à frente se abrirá um *tortuoso caminho sem fim*, que impedirá o acesso ao fim da jornada. Mas essa simples possibilidade de *caminhar* e enfrentar os desafios é que apresenta à experiência toda sua glória.

O caminho do trabalho com a imediação ainda é incipiente e a estrada se perde no horizonte, mas a satisfação do trajeto já percorrido – com os frutos hauridos e as companhias conquistadas – já valem o esforço da tentativa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho probatorio*. Barcelona: Bosch, 2012.

ABEL LLUCH, Xavier; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (Dir.). *Estudios sobre prueba penal*. Vol. I. Madrid: La Ley, 2010.

AGHÜHE, Adolfo. *Derecho Procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950. Traduccion de Leonardo Prieto Castio.

ALBANO, Alessandro. *I poteri istruttori del giudice penale*. Padova: CEDAM, 2003.

ALBERTON, Genaceia da Silva. Considerações sobre o principio dispositivo e o principio da oralidade segundo Cappelletti. *Estudos jurídicos*. São Leopoldo. v. 21, n. 62, p.75-86. set./dez. 1991.

ALCALÁ-ZAMORA, NICETO. Processo oral y abogacia, in: *Estudos de Teoria General e Historia Del Proceso*, Vol. II, México, 1974.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, jul-set., 1999, p. 55/66. Tradução de Luís Afonso Heck.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, jul-set., 1999, p. 67/79. Tradução de Luís Afonso Heck.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.

ALONSO GOMES, Décio. Algumas (breves) questões sobre o laudo psicológico e sua utilização judicial, *in*: PAULO, Beatrice Marinho (coord.). *Psicologia na prática jurídica: a criança em foco*. Niterói: Impetus, 2009.

_____. (Des)Aceleração processual: abordagens sobre dromologia na busca do tempo razoável do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. (In)Atividade probatória: provocação para reacender o debate sobre os poderes instrutórios do juiz no processo penal, *in*: *Revista do Ministério Público*, v. 21, p. 85-91, jan./jun. 2005.

ALVIM, Arruda, Exegese do art. 132 do Código de Processo Civil. *In*: *Estudos Jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forence, 1979.

AMODIO, Ennio. Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un aproccio comparativo, *In*: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, v. 42, n. 01, p. 03-09, gen./mar. 1999.

ANDOLINA, Elena Augusta. *Gli atti anterioriall' apertura Del dibattimento*. Milano: Giuffrè, 2008.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Sobre o valor da imediação (uma aproximação crítica). *In*: *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1-32, 2006. Tradução de Lédio Rosa de Andrade.

_____. Sobre a motivação dos fatos na sentença penal. *In*: *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 61-117. Tradução de Lédio Rosa de Andrade.

_____. Sobre prueba y proceso penal, *in*: *Discusiones*, nº 3, Buenos Aires, 2003, p. 57-69.

_____; TARUFFO, Michele; CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fabían Ignacio; CESANO, José Daniel. *Prueba en materia penal*. Buenos Aires: Astrea, 2009.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. *La impugnación de los hechos probados en la casación penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. São Paulo: Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

_____. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. A regra da identidade física do juiz na reforma do Código de Processo Penal, *in*: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 200, p. 13-14, jul./2009.

_____. *Direito Processual Penal*. T. 1 e 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. Tribunal do júri – lei 11.689, de 09.06.2008, *In*: Moura, Maria Thereza Rocha de Assis (coord). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008., José Roberto dos Santos. O Código Modelo na América

Latina e na Europa. Relatório brasileiro. In: *Revista de processo, nº 113, jan. fev. 2004. São Paulo: Revista do Tribunal.*

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar/abr. 2007.

_____. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BALLIN, Mariane F. H. Hirsch. *Antecipative criminal investigation theory and counterterrorism practice in Netherlands and the united States*. Hagua: TMC Asser Press, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Standar do probatório no processo Penal*. In: *Revista da AJUFERGS*, Porto Alegre, nº 04

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. *Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporaneas del proceso penal, In: *Revista de Processo*, São Paulo, n.86, p. 196-203, abr./jun. 1997.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito, In: *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Problemas de La intermediación em el proceso civil. In: *Revista de Processo nº 34*, abr.-jul./1984. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *Reformas processuais e poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 2004

BARGI, Alfredo. *Procedimento probatorio e giusto processo*. Napoli: Jovene, 1990.

BARGIS, Marta. *Profili sistematici della testimonianza penale*. Milano: Giuffrè, 1984.

BARTOLI, Márcio. A identidade física do juiz no processo penal. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, Edição Especial, p. 18, ago./2010.

BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal: conceptos fundamentales y principios procesales – introducción sobre la base de casos*. Buenos Aires: Depalma, 1986. Tradução de Conrado A. Finzi.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O Código Modelo na América Latina e na Europa – Relatório Brasileiro. In: *Revista do Processo*, nº 113, jan. fev. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BELLUTA, Hervé. Premesse per uno studio sui poteri istruttori dell'organo giudicante. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, v. 46, n.4, p.1213-1244, out./dic. 2003.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. O Código Modelo na América Latina e na Europa – Relatório Brasileiro. In: *Revista do Processo*, nº 113, jan. fev. 2004. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BLANCO SUÁREZ, Rafael *et. all.* *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

BOHLANDER, Michele, *Principles of german criminal procedure*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

_____. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 341-352.

_____. A Lei Estadual n. 11.819, de 05/01/05 e o interrogatório por videoconferência - primeiras impressões, in: *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, nº. 148, p. 2, 2005.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, nº 38, p.122-141, abr./jun., 2002.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.

CABEZUDO RODRIGUES, Nicolás. *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. Aproximación a la teoría general sobre el principio de inmediación procesal. De la comprensión de su trascendencia a la expansión del concepto, *In: AA. VV., Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, V. II, Valencia, 2008, p. 317/335.

_____. La administración de justicia ante las innovaciones tecnológicas: del entusiasmo a la desconfianza por el olvido legal, *In: Revista jurídica de Castilla y León*, nº 7, 2005, p. 155/210.

_____. Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal, *In: Revista jurídica de Castilla y León*, nº 14, 2008, p. 185/221.

CACHÓN VILLAR, Pablo. La doble instancia penal y el recurso de casación, *in: Revista jurídica de Castilla y León*, nº 10, sep. 2006, p. 13/64.

CAFFERATA NORES, Jose. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

CAFFERATA NORES, Jose; AROCENA, Gustavo A. *Temas de derecho procesal penal (contemporáneos)*. Córdoba: Mediterránea, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961.

_____. *Proceso y democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

_____. Immediatezza. In *Dugesto delle discipline penalistiche*, VI, Turin, 1922. Ed.?

_____. *De las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943. Traducción de Santiago S. Melendo..

CALDERÓN CUADRADO, Maria Pía. *La encrucijada de una justicia penal tecnológicamente avanzada: sobre la grabación de las vistas, los recursos y la garantía de la inmediación*. Madrid: La Ley, 2011.

_____. El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal. Una aproximación a la reforma proyectada, in: *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 14, ene. 2008, p. 355-414.

CALHEIROS, Maria Clara. A construção retórica do processo penal, In: MONTE, Mário Ferreira (Dir.) *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 359/369.

CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século xxi,. In: *Revista do Processo*, nº 178, Revista dos Tribunais, dez. 2009

CÁMARA RUIZ, Juan. Las facultades del juez en la actividad probatoria y la oralidad, In: CARPI, Federico; ORTELSS RAMOS, Manuel Pascual (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. 2. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 165/174.

CAMBI, Eduardo. *Cross examination: leitura cruzada do novo art. 212 do CPP para o processo civil*, in: *Revista jurídica Consulex*, nº 299, jun. 2009, Brasília: Consulex, p. 41.

CANDAU PÉREZ, Alfonso; TARUFFO, Michele; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual do princípio da oralidade. *Revista jurídica*. Porto Alegre, v.50, n. 297, p.12-18, jul. 2002.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1962.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1947.

_____. *Cuestiones sobre el proceso penal*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*, 1944, U.T.E.H.A., t. III. Tradução de Nicelo Alcalá Zamora y Santiago Sentis Melendo.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Registro audiovisual da prova penal, in: PACHELI DE OLIVEIRA, Eugênio (Coord.). *Direito e processo penal na justiça federal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106-114.

CASTRO, Torquato. Prática ab-rogatória das praxes forenses contra a oralidade, a concentração e a imediateza. Fracasso da reforma processual brasileira, na sua prática, In: *Revista jurídica*. Vol. 42, ano 7, nov.-dez. 1959, p. 7-16.

CAVALLO, Vincenzo. *La sentenza penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1936.

CAVALLONE, Bruno. Riflessioni sulla cultura della prova, In: *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, Vol. 51, lug.-set. 2008, p. 947/983.

CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale: profili istituzionale*. 3ª ed. Torino: UTET, 2007.

CHIAVARIO, Mario; MARZADURI, Enrico. *Le prove*. Torino: UTET, 1999.

CHINNICI, Daniela. *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

_____. *L'immediatezza nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol. 3. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1940. Tradução de E. Gomez Orbaneja.

_____. Procedimento oral, in: *Revista Forense*, nº 74. Rio de Janeiro: Forense, 1938.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. T. III. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998.

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomos I e II. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

COLOMA, Aurelia Maria Romero. La valoración psicologica de la prueba de testigos en el proceso penal. *Revista de la facultad de derecho*. Universidad Complutense, Madrid, n. 74, p. 801-806, 1989.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Prova e lessico processuale, In: *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, anno 1997, n. 98.

_____. Garanzie minime del giusto processo civile negli ordinamenti ispanolatinoamericani. In: *Revista de processo*. São Paulo, v. 28, n. 112, p.159-176, out./dez. 2003.

_____. *Le prove civili*. Torino: UTET, 1999.

_____. Garanzie costituzionali e giusto processo. *Revista de processo*. São Paulo, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

_____. Valori etici e ideologie del giusto processo (modelli a confronto). *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 52, n. 3, p. 887-938, set. 1998.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal, *in: Constitución y garantías penales*, vol. 15, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 13-58.

CONSO, Giovanni. *Costituzione e processo penale*. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. *Istituzioni di diritto processuale penale*. 3^a ed. Milano: Giuffrè, 1969.

_____. Sui rapporti tra le nullità assolute e le nullità relative, *In: Studi in memoria di Filippo Grispigni*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 493-509.

CONTE, Mario; GEMELLI, Maurizio; LICATA, Fabio. *Le prove penali*. Milano: Giuffrè, 2011.

CONTI, Carlotta. Mutamento del giudice e rinnovazione del dibattimento: variazioni in tema di diritto alla prova, *in: Diritto penale e processo*, vol. 6. Milano: Ipsoa, 2003, pp. 742-746.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 7^a ed. Milano: Giuffrè, 2003.

_____. *Ideologie del processo penale*. Milano: Giuffrè, 1966.

_____. Scrittura e oralità nel rito probatorio, *In: Studi in onore di Francesco Antolisei*. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1965, p.311-373.

_____. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.

CORTÉS Domingues, V. La Constitución española y los principios rectores del proceso civil. En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro, *In: Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, n. 01, p. 26-51, 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4ª ed. Montevideo: BdeF, 2009.

CRISTOFOLINI, Giovanni. Poderes da parte e poderes do juiz: instrução do processo, *In: Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, p. 177-180, 1940.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. *Manuale di diritto processuale penale*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 2006.

_____; _____. *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti: commento alla legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c. d. legge sulla videoconferenza)*. Milano: Giuffrè, 1998.

DALTOÉ CEZAR, José Antonio. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DAMASKA, Mirjan. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press, 1997.

_____. On hearsay and its analogues, *In: Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 76, p. 425-458, 1992.

_____. Presentation of evidence and factfinding precision, *In: University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, n. 123, p. 1.083-1.106, 1974-1975.

_____. Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: A comparative study, *In: University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, n. 121, p. 506-589, 1972-1973.

D'ANDRIA, Mario. Giudizio e procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica, *In: LATTANZI, Giorgio; LUPO, Ernesto. Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*. Vol. VI. Milano: Giuffrè, 2008.

DAYENOFF, David Elbio. *El juicio oral en el fuero penal*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

DEAN, Giovanni; GARUTI, Giulio; MAZZA, Oliviero. *Procedura penale*. Torino: G. Giappichelli, 2010.

DELLA MONICA, Giuseppe. *Contributo allo studio della motivazione*. Padova: CEDAM, 2002.

_____. L'esame a distanza delle persone áme se a programmi o misure di protezione. *In: DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia (org.). Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti: commento alla legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c. d. legge sulla videoconferenza)*. Milano: Giuffrè, 1998.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processos penais da europa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Tradução de Fauzi Hassan Choukr e Ana Cláudia Ferigado Choukr.

DEL pozo Perez, Marta. La quebra de la intermediación en la segunda instancia del proceso civil. In: CARPI, Frederico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Vol. II. València: Universitat de Valencia, 2008.

DENTI, Vittorio. *Estudios de derecho probatorio*. Buenos Aires: Valletta, 1974.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomos I e II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

_____. *Teoria general de la prueba judicial*. Buenos Aires, 1976.

DE SANTO, Victor. *La puebra judicial*. 3ª Ed. Buenos Aires: Universidad, 2005.

DIEZ-PICAZO GIMÈNEZ, Ignacio. Algunas reflexiones acerca de la regulación de los procesos declarativos ordinarios en la nueva ley de enjuiciamiento civil. In: *ICADE*, nº 50 (may-ag0 2000). Madrid.

DINACCI, Felippo Raffaele. *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*. Padiva: CEDAM, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. III. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições do direito processual civil*. Vol. VII. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. *A instrumentalidade do processo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOBKE, Velela. *Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

DOMINIONI, Oreste. *La prova penale scientifica*. Milano: Giuffrè, 2006.

_____; CORSO, Piermaria; GAITO, Alfredo; SPANGHER, Giorgio. *Procedura penale*. Torino: G. Giappichelli, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Tradução de Jefferson Luiz Camargo.

EISNER, Isidoro. *La inmediación en el proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1963.

ELLERO, Pietro. *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*. Buenos Aires: El Foro, 1994. Tradução de Adolfo Posada.

FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Tomos 1, 2 e 3. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2009.

FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Algunos problemas procesales suscitados por el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, *In: Revista de Instituciones Europeas*. Vol. 7, nº 2, 1980, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

_____. *Sugerencias sobre el anteproyecto de bases para el codigoproceso civil de 1966*. Valencia: Secretariado de Publicaciones Intercambio Científico y Extensión Universitaria, Universidade de Valencia, 1966.

_____. El processo ante el Tribunal de Aguas de Valencia, *in: Estudos de derecho procsal en honor a niceto Alcalá-Zamora y Castilho*.

_____. *El tribunal delas Aguas de la Vega de Valência y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economia)*, 2ª ed. Corregido y aumentado, Valencia: 1988.

FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno: descrita à luz de alguns ordenamentos processuais centro-europeus. *In: Revista*

de processo. São Paulo, ano 10, n. 39, p. 27-34, jul./set. 1985 (tradução de Wanderlei de Paula Barreto).

FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO, Juan Manuel. La aplicación de las nuevas tecnologías al procedimiento penal, *in: Cuadernos de Derecho Judicial: La instrucción del sumario y las diligencias previas*. Vol. 3. Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 1998, p. 113-140.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Tradução de Ana Paula Zamer *et al.*

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. *La prova nel dibattimento penale*. 4ª ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito processual penal*. V. 1. Coimbra: Coimbra, 1974.

FLORIAN, Eugenio. *Delle prove penali*. 3ª ed. Varese: Cisalpino, 1961.

FOLGUEIRO, Hernán Luis. *Principio de inmediación: hacia una fundamentación epistemológica. Lecciones y ensayos*. Buenos Aires, n. 72/74, p. 307-314, 1998-1999.

GAITO, Alfredo. *La prueba penale*. Torino: UTET, 2008

GALLUCCI, Enrico. La rinnovazione del dibattimento a seguito del mutamento del giudice, *In: Le riforme relative al dibattimento*. Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, dicembre 2003.

GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto. El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002, in: *Constitución y garantías penales*, vol. 15, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 289-326.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, Pedro M. La oralidad en La prueba pericial: El regimen de intervencion Del perito en juicio a La luz de La doctrina de las audiencias. In: CAPRI, Frederico; ORTELLS RAMOS, Manuel (ed.) *Oralidad y escritura en un processo civil eficiente*. Valencia: Universitat de Valencia, 2008.

GAROFOLI, Vincenzo. Giudizio, regole e giusto processo: i tormentati itinerari della cognizione penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, v. 43, n. 2, p.412-421, apr./lug. 2000.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Freedom of proof?* El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita, in FERRER BELTRÁN, Jori *et al.* Estudios sobre la Prueba. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

_____. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA: Cuadernos de filosofía del derecho*. Alicante, n. 28, p. 127-139, 2005.

_____. *La argumentación en el derecho*. 2ª ed.. Madrid: Palestra, 2005.

_____. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José, *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Dercho Procesal*, Madrid: 2003

_____. *Manual de derecho procesal penal*, I Madrid: Colex, 2008, p 527

GIOSTRA, Glaucio. Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità. *Rivista di diritto processuale*. Padova, v. 47, n. 4, p.1130-1169, ott/dic. 1992.

_____. La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Milano, p. 1019-1028, lug/sett. 2005.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. Tomo I (problemas fundamentales del derecho). Madrid: Marcial Pons, 2010. Tradução de Miguel Ángel Cano Paños, Cristian Celdán Kuhl, León García-Comendador Alonso, Jacobo López Barja de Quiroga, Juan Delgado Cánovas e Mónica Tirado Pablos.

_____. *Princípios gerais do processo penal*. Belo Horizonte: Líder, 2002. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira.

_____. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

_____. *Derecho processal civil*. Barcelona: 1936 Traducción por Leonardo Castro com adiciones de Niceto Acalá Zamora y Castillo.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A garantia da motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988, *In: Processo penal e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 59-84, 2009.

_____. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In* YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303/318.

_____. Presunção de inocência: princípios e garantias, *In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 121-142, 2003.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Ministério Público e acusação penal no sistema brasileiro, *In: Pena y estado*, Buenos Aires, v. 02, p. 139-151, 1997.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista brasileira de ciências criminais*. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar/abr. 2007.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONZÁLEZ GARCÍA, Jesús María. Oralidad, intermediación y medios técnicos de grabación y reproducción de la imagen y el sonido en el proceso civil: haciendo de la necesidad virtud, *In: CARPI, Federico; ORTELSS RAMOS, Manuel Pascual (Eds.). Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. 2. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 73-92.

GORLA, Gino. Comportamento processual delle parti e convincimento Del giudice. *In: Revsita de Distritto Processuli Civile*, nº 1, ano 12, Podova: CEDAM, 1935

GÖSSEL, Karl-Heinz. *El proceso penal ante el estado de derecho: estúdios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Grijley: Lima, 2004. Tradução de Miguel Polaino Navarrete.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5, p. 213/269, 2003-2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do novo processo penal na América Latina, *In: Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 488-494, 2006.

_____; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, *in: A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 77-86, 2000.

_____. A instrução processual penal em Ibero-América, *in: Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, n. 06, p. 72-86, abr./jun. 1994.

_____. Prova emprestada, *in: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 1, nº 4, p. 66-67, out./dez. 1993.

_____. Le garanzie del processo penale nella nuova Costituzione brasiliana, *In: Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, v. 03. Milano: Giuffrè, p. 659-672, 1991.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUEDES, Jefferson Carús. *O princípio da oralidade: procedimento por audiências no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

HERRERA ABIÁN, Rosario. *La inmediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*. Granada: Comares, 2006.

HIRSCH, Günter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial, *In: Reforma judicial: revista mexicana de justicia*, n° 14, 2009, p. 189-202.

IACOVIELLO, Francesco M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El nombre de la “inmediación” en vano, *In: La ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Tomo II (D-98), 2003, p. 1726/1735.

_____. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

JUÁREZ LÓPEZ, Josep Ramon. *La credibilidad del testimonio infantil ante supuestos de abuso sexual: indicadores psicosociales*. Tese de Doutorado apresentada à Universidade de Girona, 2004.

KALB, Luigi. La partecipazione a distanza al dibattito, *In: DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia (org.). Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti: commento alla legge 7 gennaio 1998, n.º 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*. Milano: Giuffrè, 1998.

KEANE, Adrian. *The modern Law of evidence*, 8ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. 3ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

KISCH. W. *Elementos de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista do Derecho Privado, 1940. Traducción e adiciones de derecho español por L. Pietro Castro.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan.-fev. 2001.

LARONGA, Antonio. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2002.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Oralidade e duplo grau de jurisdição. *Revista do advogado*. São Paulo, n. 40, p. 48-54, jul. 1993.

LEHRER, Jonah. *O momento decisivo: o funcionamento da mente humana no instante da escolha*. Rio de Janeiro: Best Business, 2010. Tradução de Marcelo Schild.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOZZI, Gilberto. Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento, *In: Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, n. 45, p. 1159/1192, 2002.

_____. I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale, *In: Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, n. 40, p. 669-693, gen./mar. 1997.

MAIER, Julio B. J.. *Derecho procesal penal. Tomo I: fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2002 (2ª reimpressão da edição de 1996).

_____. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal? Un aspecto parcial de la lucha entre inquisición y composición. *In: Jueces para la democracia*, nº 49, mrc. 2004, Madrid..

_____. El ministerio público: ¿Un adolescente? *In: El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, p. 17-36, 2000.

_____. *Dercho procesal penal*. Tomo I, 2ª ed. Buenos Aires, Del Puerto, 2002

_____. Situación de la justicia penal y problemas de los sistemas penales escritos, *in: Ciencias penales*, San Jose: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1991.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Buenos Aires: El Foro, 1996. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Mariano A. Redin.

MARTINEZ, Oscar José. Las nuevas herramientas procesales y tecnológicas y la superación de la dictomía entre oralidad y escritura. *Revista del colégio de abogados de La Plata*. La Plata, v. 40, n. 61, p. 237-261, ene./dic. 2000.

MARTINO, Corrada di; PROCACCIANTI, Teresa. *La prova testimoniale nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2010.

MASSA, Michele. *Contributo all'analisi del giudizio penal di primo grado*. Milano: Giuffrè, 1976.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves. *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*. Coimbra: Almedina, 1999.

MENNA, Mariano. *Il giudizio d'appello: studi di procedura penale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

_____. *Studi sul giudizio penale*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre aprova do processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Cimbra, 2011

MÌNISCI, Francesco; CURRELI, Claudio. *Il pubblico ministero: compiti e poteri nelle indagini e nel processo*. Milano: Giuffrè, 2011.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*. 9ª ed.. Madrid: Reus, 1959. Tradução de Antonio Quintano Ripolles.

MOLE, Nuola, HARBY, Catharina, *The night to a fais Trial a guide to the implementation of Article6 of the European Convention on Huñan Rights*, 2ª ed. Belgium: Council of Europe, 2006.

MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

_____. *La legitimacion em El proceso civil*, Madrid: Civitas, 1994

_____. *La intervención adhesiva simple*. Barcelona, Ed. Hispano Euroéia, 1972

_____. *La prueba em el processo civil* -6ª ed. Pamplona: Civitas, 2011

MONTESINOS GARCIA, Ana. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

MORELLO, Augusto. *La prueba. Tendencias modernas*. 2ª ed. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *A prova por indícios no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NICOLÁS, Juan Antonio; FRÁPOLLI, María José. *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

NICORA, Attilio. *Il principio di oralità nel diritto processuale civile italiano e nel diritto processuale canonico*. Roma: Università Gregoriana, 1977.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Vol. I – 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ODERICO, Mario A. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Ideas, 1952.

PALACIO, Enrique Lino. *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

PAPAGNO, Claudio. *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*. Milano: Giuffrè, 2009.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Del Profesional, 2007.

PASTOR, Daniel Roberto. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002.

PAULESU, Pier Paolo. *Giudice e parti nella “dialettica” della prova testimoniale*. Torino: G. Giappichelli, 2002.

PÉREZ GIL, Julio. Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal, *In: Revista jurídica de Castilla y León*, nº 14, 2008, p. 223/248.

PERONI, Francesco. Lineamenti del sistema probatorio nel giudizio penale di secondo grado. *Rivista di diritto processuale*. Padova, v. 50, n. 2, p. 433-471, apr./giug. 1995.

PIATO JUNIOR, Duilio. Vinculação do juiz ao processo. *Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, v. 19, n. 1/2, p. 167-174, dez. 1990.

PICO ABIAN, Juan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2012.

PICO I JUNOY, Joan; CERRATO GURI, Elisabeth. El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia civil, *In: CARPI, Federico; ORTELSS RAMOS, Manuel Pascual (Eds.). Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. 2. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 225-234.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PINHEIRO FILHO, Renato. O princípio da oralidade no processo civil: a utilização da forma de comunicação oral e a concentração dos atos processuais numa perspectiva de conferir maior celeridade ao processo. *Revista da Esmape*. Recife, v. 4, n. 10, p. 305-330, jul./dez. 1999.

PISANI, Andrea Proto. Giusto processo e valore della cognizione piena. *Rivista di diritto civile*. Padova, v. 48, n. 2, p. 265-280, mar./apr. 2002.

PLAZAS, Florencia G.; HAZAN, Luciano A. (comps.). *Garantías constitucionales en la investigación penal: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

POZO PÉREZ, Marta del. La quiebra de la inmediación en la segunda instancia del proceso civil, *In*: CARPI, Federico; ORTELSS RAMOS, Manuel Pascual (Eds.). *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Vol. 2. Valencia: Universitat de Valencia, 2008, p. 235/244.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. ISão Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006

RENON, Paolo. *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*. Torino: G. Giappichelli, 2008.

REVILLA GONZALES, José Alberto. *El interrogatorio del imputado*. Valencia: Tirant La Blanch, 2000.

RODRIGUES, Benjamim Silva. *Da prova penal*. Tomo I. 3ª ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. Tradução de Gabriela Córdoba e Daniel Pastor.

RUDI, Daniel Mario. *Protección de testigos y proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

SAMMARCO, Angelo Alessandro. *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 2001.

SCALTATI, Adolfo. *Trattado di procedera penale*. Vol. II, Tomo I. Torino: UTET, 2009.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. V. 2, T. I. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHLOSSER, Peter. Oralidad e intermediación en el proceso civil en Alemania, *In: Reforma judicial: revista mexicana de justicia*, nº 14, 2009, p. 257-276.

SCHUMANN, Heribart. The Law of crimine procedure. In: ZERLL, Joachim; REIMANN, Mathias (ed.) *Introductionto German law*. 2ª ed. Hague: Kluver Law Internacional,

SOUZA, Artur César de. *Contraditório e Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STAHN, Casten; SLUITER, Göran. *The emergina practice of the international criminal couert*. Lieden: Martinus Nijhoff, 2009.

SUAU MOREY, Jaime. *Inmediación y apelación en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2010.

TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010. Tradução de Daniela Accatino Scagliotti.

_____. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Tradução de Laura Marínquez e Jordi Ferrer Beltrán.

_____; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; CANDAU PÉREZ, Alfonso. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 60, n. 2, p. 451-480, giug. 2006.

_____. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento dei giudice. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 55, n. 3, p. 665-695, set. 2001.

_____. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, v. 51, n. 3, p. 553-573, sett. 1997.

_____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio, *In: Rivista de diritto processuale*, Padova, n. 02, p. 420-448, apr./giu. 1990.

_____. *Rethinking the standards of proof*. 51. *American Journal of Comparative Law* 659, 200.

TONINI, Paolo. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 8^a ed. Milano: Giuffrè, 2010.

_____. *Diritto processuale penale: manuale breve*. Milano: Giuffrè, 2010.

_____. *La prova penale*. 4^a ed. Padova: CEDAM, 2000.

TONINI, Paolo; CONTI, Carlotta. *Il diritto della prove penali*. Milano: Giuffrè, 2012.

TROTT, Stephen. O uso de um criminoso como testemunha. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, nº 37, p. 68-93, abr./jun. 2007. Tradução de Sérgio Fernando Moro.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

UBERTIS, Giulio. *Argomenti di procedura penale*, III. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*. 2ª ed. Milano: Raffaello Cortina, 2009.

_____. Il contraddittorio nella formazione della prova penale. In YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide (orgs). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 331/340.

_____. (org.). *La conoscenza del fatto nel processo penale*. Milano: Giuffrè, 1992.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VANZ, Maria Cristina. *La circolazione della prova nei processi civili*. Milano: Giuffrè, 2008.

VARELLA CASTRO, Luciano. Inmediación judicial: agonía de una fundamental garantía, In: *Justicia: revista de derecho procesal*, nº 1, 1987.

VÁZQUEZ SOTELO, José Luiz. Prólogo. In: SUAUI Morey, Jaime. *Inmediación y apelación em el processo penal: jurisprudencia TC y reformas procesales*. Barcelona: Bosch, 2010.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*. Tomo II. 3ª Ed. Cordoba: Marcos Lerner, 1986 (atualização de Manuel N. Ayán e Jose I. Cafferata Nores).

ZAZA, Carlo. *La sentenza penali: struttura ecasistica*, 2ª. Ed. Milano: Giuffre, 2011.

ZAPPALÀ, Enzo (org.). *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè, 1999.

ZEBRAL, Alessandra Vilhaça Gorgulho. O valor da oralidade no Estado Democrático de Direito. In: Uma, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R.R. (coord) *Temas para uma perspectiva crítica do Direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. RIO DE Janeiro: Lúmen Iuaris, 2010

RESUMO

A presente tese tem como objetivo analisar o princípio da imediação no ato de produção da prova pessoal no processo penal. Para tanto, no Capítulo I é examinado o seu conteúdo, com todas as suas nuances (evolução histórica, conceito, natureza jurídica, abrangência, classificações doutrinárias, o perigo de sua malversação e comparações com legislações estrangeiras). No Capítulo II são abordadas as relações da imediação com a atividade probatória e suas repercussões na prática e registro dos atos processuais pessoais. Serão enfrentados, ainda, os princípios correlatos e as exceções e limitações a imediação. No Capítulo III são analisados a questão da imutabilidade do juiz responsável pela colheita da prova e os efeitos da imediação na prolação da sentença. Por derradeiro, no Capítulo IV é tratada a imediação na apelação criminal e a possibilidade de utilização de gravações audiovisuais ou a necessidade de repetição da atividade probatória em segunda instância. A conclusão obtida é a de que a imediação, em que pese não ter dimensão constitucional reconhecida ou implícita, constitui princípio informador de grande relevância para o processo penal, figurando na base da caracterização do sistema acusatório moderno. Por conseguinte, em regra deve ser priorizada a formação da prova por meio da interação comunicacional, devendo haver um aprimoramento da estrutura do Judiciário nacional, para que as situações de quebra da imediação não entrem em um regime de normalidade no cotidiano forense. Conforme orientação recente dos Tribunais Internacionais, o princípio da imediação vem se afirmando como princípio inafastável do arco de garantias que compõem o devido processo legal, admitindo sua restrição apenas em casos de comprovada impossibilidade de implementação, quando em conflito com direito fundamental de cidadão envolvido com o caso penal ou em que o respeito a ela acarrete um custo social que seja tanto *significativo* quanto *desproporcional*.

PALAVRAS-CHAVE

Processo penal; sistema acusatório; princípios processuais; prova penal; valoração da prova; imediação processual.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the principle of immediacy upon production of proof in criminal proceedings. Therefore, in Chapter I is examined its contents, with all its nuances (historical evolution, concept, legal nature, scope, classifications doctrine, the danger of its misuse and comparisons with foreign legislation). In Chapter II addresses the relationship of immediacy with evidential activity and its impact on practice and personal record of procedural acts. Will be met, yet the principles and related exceptions and limitations immediacy. In Chapter III are analyzed the question of the immutability of the judge responsible for the collection of evidence and effects of immediacy in the delivery of the judgment. For the ultimate in Chapter IV is treated immediacy in criminal appeals and the possibility of using audiovisual recordings or the need for repeat evidential activity on appeal. The conclusion is that immediacy, despite not having recognized or implicit constitutional dimension, is of great relevance principle informant for the prosecution, figuring the basis of the characterization of the modern adversarial system. Therefore, as a rule should be prioritized the training of proof communication through interaction, and there should be an improvement of the structure of the national judiciary, so that instances of breaches of immediacy not enter into a scheme of normality in everyday forensic. As recent guidance of the International Tribunals, the principle of prompt comes up stating the principle unremovable arc guarantees that comprise due process, admitting its restriction only in cases of proven impossibility of implementation, when in conflict with the fundamental right of citizens involved with the criminal case or in that respect it entails a social cost that is both meaningful as disproportionate.

KEY WORDS

Criminal proceedings; adversarial system; procedural principles; criminal evidence; assessment of evidence, principel of immediacy.

RIASSUNTO

La presente tesi ha come obiettivo quello di analizzare il principio dell'immediatezza nell'atto della produzione della prova nel processo penale. Così, nel I Capitolo si accertano il suo concetto e tutte le sue peculiarità (evoluzione storica, contenuto, natura giuridica, estensione del suo significato, classificazione nella dottrina, il rischio della sua cattiva utilizzazione ed anche comparazioni nei confronti degli ordinamenti giuridici stranieri). Nel II Capitolo vengono sviluppati i rapporti tra l'immediatezza e l'attività probatoria e le loro ripercussioni nella pratica e nel registro degli atti processuali penali. Sono ancora fronteggiati i correlati principi e le eccezioni e i limiti all'immediatezza. Nel III Capitolo vengono analizzati le questioni sull'immutabilità del giudice responsabile dalla raccolta delle prove e gli effetti dell'immediatezza nell'emanazione del provvedimento giurisdizionale. Finalmente, nel IV Capitolo viene analizzata l'immediatezza nell'appello penale e la possibilità dei registri audiovisivi oppure la necessità di ripetizione dell'attività probatoria in secondo grado di giudizio. La conclusione ottenuta è nel senso che l'immediatezza, nonostante il mancato riconoscimento del suo rango costituzionale, neppure implicitamente, costituisce un principio informativo di enorme rilevanza per il processo penale, alle fondamenta della caratterizzazione dell'odierno sistema accusatorio. Per questo, come regola generale deve diventare prioritaria la formazione della prova attraverso l'interazione comunicativa, dovendo avere un perfezionamento della struttura del potere giudiziario nazionale, allo scopo che i casi di non osservanza del principio dell'immediatezza non diventino un paradigma di normalità nel quotidiano forense. In conformità con la recente giurisprudenza dei Tribunali internazionali, il principio dell'immediatezza si sta affermando come indeclinabile nel complesso di garanzie inerenti al giusto processo, essendo ammissibile la sua limitazione soltanto nei casi di palese impossibilità d'implementazione, quando in contrasto con un diritto fondamentale del cittadino sottomesso alla persecuzione penale oppure quando il rispetto al summenzionato principio produca un costo sociale che oltre ad essere significativo sia anche sproporzionale.

PAROLE CHIAVE

Processo penale; sistema accusatorio; principi processuali; prova penale; valutazione della prova; immediatezza processuale