

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Franciele Máira Rohde

METODOLOGIA ONLINE DA VIDEOCONFERÊNCIA NA
INSTRUÇÃO CRIMINAL: DOGMÁTICA PROCESSUAL E
ANÁLISE PRÁTICA

Passo Fundo

2014

Franciele Maíra Rohde

**METODOLOGIA ONLINE DA VIDEOCONFERÊNCIA NA
INSTRUÇÃO CRIMINAL: DOGMÁTICA PROCESSUAL E
ANÁLISE PRÁTICA**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Passo Fundo

2014

Franciele Maíra Rohde

METODOLOGIA ONLINE DA VIDEOCONFERÊNCIA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL: DOGMÁTICA PROCESSUAL E ANÁLISE PRÁTICA

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Aprovada em ____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan - Orientador

Prof. Me. Renato Fioreze- Primeiro integrante

Prof.^a. Me. Gabriela Werner Oliveira - Segunda integrante

À minha família e entes queridos pelo apoio, auxílio e o incentivo diário.

Ao Dr. Maurício Ramires pela gentileza em conceder-me a honra de analisar e estudar
uma decisão por ele proferida.

Ao Professor Dr. Gabriel Antinolfi Divan, meu orientador, por ter me ensinado, ajudado e
motivado a dar os primeiros passos nos estudos do Direito Processual Penal.

RESUMO

O presente trabalho aborda o estudo de um caso em que a vítima, residente no exterior, foi ouvida por meio de videoconferência. Primeiramente, com o escopo de dar embasamento teórico ao trabalho, foi abordada a questão relacionada à instrumentalidade do processo. Em seguida, a pesquisa adentrou na análise das normas que regulamentam a produção probatória no processo penal. Após, foi realizada uma análise de um caso concreto, em que a metodologia da videoconferência exigiu do magistrado exaustiva fundamentação, para estabelecimento de critérios objetivos para a realização do ato. Foi concluído que, embora se mostre com muita relutância nos ensinamentos doutrinários, é possível, sob a perspectiva prática e teórica, aceitar a realização da videoconferência como instrumento de concretização dos princípios da instrumentalidade e celeridade, sem comprometer as garantias constitucionais do réu. O método de pesquisa foi o dedutivo.

Palavras-chave: oitiva da vítima; videoconferência; possibilidade prática e jurídica.

RESUMO

This study investigates worked a case where the victim, a resident abroad, was heard by videoconference. First, with the scope to provide theoretical basis to work, was discussed related to the instrumentality of the process. Then the search entered in the analysis of the rules governing the production probative in criminal proceedings. After an analysis of a case in which the methodology of videoconferencing demanded the magistrate exhaustive reasoning to establish objective criteria for the realization of the act was performed. It was concluded that, although they had very reluctantly in doctrinal teachings, it is possible, under a theoretical and practical perspective, accepting the realization of videoconferencing as a tool for achieving the principles of instrumentality and speed without compromising the constitutional guarantees of the defendant. The research method was deductive.

Keywords: hearsay the victim; videoconferencing; ability and legal practice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A CONTROVÉRSIA DA FORMA COMO GARANTIA	10
2.1 Instrumentalidade das formas e forma como garantia.....	10
2.2 Consequências processuais da inobservância da forma pré-estabelecida	16
2.3 Prejuízo para a configuração das nulidades.....	23
3 DEPOIMENTO PESSOAL E INSTRUÇÃO CRIMINAL: COLHEITA DE PROVA E ELEMENTOS LEGAIS REGENTES	26
3.1 Características essenciais do depoimento pessoal	27
3.2 Do depoimento do ofendido.....	32
3.3 A videoconferência como meio de prova.....	36
4 VIDEOCONFERÊNCIA, FORMA PROCESSUAL E ANÁLISE CRÍTICA: TEORIA E PRÁTICA	48
4.1 Argumentos desfavoráveis e favoráveis ao uso do meio tecnológico da Videoconferência.....	48
4.2 Análise de caso sobre o formalismo processual e eficiência da norma jurídica ..	53
5 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1 INTRODUÇÃO

Há uma demanda social pela celeridade da prestação jurisdicional. Entretanto, os operadores do direito são confrontados com a exigência de que as garantias individuais sejam respeitadas.

Trata-se da compreensão de que os poderes do Estado são limitados pelas normas jurídicas. Por se tratar de um Estado democrático de direito, inserido no contexto republicano, o Poder Judiciário tem a sua atuação vinculada ao primado do Direito.

Assim, questiona-se quais seriam os instrumentos adequados para buscar uma prestação jurisdicional mais célere e eficiente, sem que garantias e direitos historicamente conquistados sejam desrespeitados.

Nesse sentido, a videoconferência pode constituir instrumento de concretização dos anseios pela redução das despesas com recursos humanos, econômicos e de tempo, na tramitação de um processo.

O presente trabalho está baseado em um estudo de caso. Os temas tratados em cada capítulo foram levantados a partir da relevância com o tema principal. Em outras palavras, o caso prático será confrontado com as normas jurídicas e a doutrina.

A análise irá ocorrer de tal forma: nos capítulos iniciais levantar-se-ão doutrinas relacionadas aos temas selecionados para a pesquisa, com as bases legais inerentes a cada uma delas. Em seguida, no terceiro capítulo, será analisada a possibilidade de se utilizar a videoconferência, contextualizando o caso concreto e pontuado as peculiaridades processuais trazidas por ele.

Com relação à instrumentalidade das formas, será abordada a sua máxima essência, que é assegurar os direitos e garantias processuais, exercendo o processo uma função constitucional-garantidora. Serão, por consequência, levantadas questões sobre nulidade processual e a configuração do prejuízo para as partes.

No capítulo seguinte, far-se-á a análise de questões estritamente relacionadas ao meio de produção de prova do depoimento pessoal. De forma inicial, será abordada a essencialidade do depoimento pessoal, uma vez que é o meio probatório mais utilizado na prática forense.

Ao passo que, o depoimento do ofendido mostra-se salutar para a desenvoltura do processo, isso porque, a vítima é a parte da relação direta do fato delituoso, sendo que sua oitiva é de extrema importância. Também será mencionado, o tratamento legal dado ao ofendido e uma consequente crítica a essa qualificação legal.

De modo a pontuar um novo método probatório, será analisada a hipótese do uso da videoconferência. Nesse momento, dar-se-á um enfoque voltado ao interrogatório do réu e a inquirição de testemunhas, uma vez que a lei que introduziu esse meio de prova alterou dispositivos do CPP relacionado a eles, sendo modificados os artigos 185 e 217 respectivamente, ambos do Código de Processo Penal.

O terceiro capítulo por sua vez, será dividido em duas partes; a primeira voltada ao meio tecnológico da videoconferência e a segunda para explanação do caso concreto. Será pontuado sobre o caso concreto escolhido para o estudo, onde será feita a contextualização do fato. Em seguida, levantar-se-ão os pontos inovadores e peculiares tomados nas decisões do processo e suas respectivas fundamentações.

Para tanto, foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, pois parte da generalidade dos entendimentos doutrinários, para a análise de um caso específico ocorrido na Comarca de Passo Fundo.

2 A CONTROVÉRSIA DA FORMA COMO GARANTIA

Para se verificar a problemática principal do presente estudo, neste capítulo, serão abordadas questões sobre a forma do processo penal e sua importância dentro dele; a instrumentalidade das formas; e a conceituação de prejuízo dentro do processo penal, nas questões pertinentes às nulidades.

No tocante à instrumentalidade das formas processuais, além de suas características principais, será mostrada a importância que ela tem dentro do processo penal, para que se possa construir a relação processual e para que se busquem elementos probatórios suficientes para uma decisão do magistrado.

Sobre a problemática da forma como garantia, será abordada a sua função dentro do processo penal, que essencialmente tem relação com os direitos e garantias do réu e, também, dos demais sujeitos envolvidos em uma relação processual. Ainda, serão analisadas as consequências jurídicas causadas pelo descumprimento das formalidades processuais previstas no ordenamento.

Neste capítulo, haverá referência sobre as nulidades processuais, cabendo análise da previsão legal de cada uma delas, além de um estudo sobre as principais características pertinentes a cada espécie, e as consequências causadas na incidência de uma nulidade.

Com relação à configuração das nulidades, será abordada a necessidade de haver prejuízo processual às partes, uma vez que não se pode declarar nulo o ato processual, sem que haja prejuízo. Dessa forma, será demonstrado o modo como esse elemento aparece e se concretiza na relação processual.

2.1 Instrumentalidade das formas e forma como garantia

O princípio da instrumentalidade do processo orienta a aplicação do direito processual como um todo. Na área penal, a institucionalidade constitucional da instrumentalidade do processo penal busca legitimar o direito de punir, no Estado democrático de direito.

Tendo uma ideia geral da questão da instrumentalidade no processo, Cabral (2010, p. 4), pondera:

Embora não haja um conceito único, considera-se forma como sendo o meio de exteriorização do ato jurídico. Se, por um lado, o ato jurídico é gerado pela vontade do sujeito que o pratica, ele se exterioriza, comunica-se e se transmite através de sua forma.

Sobre tal viés, é possível definir forma como sendo a reprodução dos fatos ocorridos no mundo factual para um plano jurídico, onde ganha forma e processamento a pretensão das partes envolvidas naquela contenda e, conseqüentemente, pela ação estatal se obtenha a resposta almejada.

Em se falando da instrumentalidade do processo, essa questão é trazida a fim de compreender o processo. Grinover et al explanam: “A regulamentação das formas processuais, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial [...]”. (2004, p. 21).

Por sua vez, segundo Lopes Jr., “(...) a forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu.” (2012, p. 1145). Ainda, a essência da razão pela qual há obrigatoriedade em seguir as formas processuais estabelecidas está diretamente ligada à compreensão da limitação de poderes. Lopes Jr., complementa:

Um sistema de invalidades somente pode ser construído a partir da consciência desse binômio (limitação do poder/garantia), pois são as duas forças em constante tensão no processo penal. O processo penal é um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, impondo severos limites ao exercício desse poder e também regras formais para o seu exercício. É a forma, um limite ao poder estatal. Mas, ao mesmo tempo, a forma é uma garantia para o imputado, em situação similar ao princípio da legalidade do direito penal. (2012, p. 1145).

Como refere o autor, a forma processual deve ser atendida para limitar o poder estatal e seus arbítrios. Serve também, como garantia ao sujeito que está respondendo o processo, de modo que se houver a inobservância da forma processual pré-estabelecida, tem-se a nulidade daquele ato, resultando em uma

consequência jurídica para o descumprimento do estabelecido. Ainda, pondera Lopes Jr.:

[...] se a norma descreve a forma como um determinado ato processual que deva ser praticado, a inobservância dessa forma conduz a um sinal de alerta, pois ali pode estar sendo violado um princípio que conduzirá à decretação de nulidade e ineficácia do ato. [...] Quando um ato é realizado em desconformidade com o modelo legal, ele gera risco de ineficácia do princípio constitucional que naquela forma se efetiva, que deve ser aferida no caso concreto e, em caso de real lesão, deve a nulidade ser decretada, retirando-se os efeitos do ato defeituoso e repetindo-o, com vistas à eficácia do princípio lesado. (2012, p. 1148-1150).

Pode-se extrair desse trecho a relação direta entre os temas “forma como garantia” e “nulidades”. A “forma como garantia” é tida como essencial ao processo penal, uma vez que serve para limitar a ação de punir e garantir ao que sofrerá as consequências da ação as suas devidas garantias constitucionais.

A respeito da finalidade da existência de um sistema de garantias processuais penais, Lopes Jr. argumenta:

[...] o sistema de garantias da constituição é o núcleo imantador e legitimador de todas as atividades desenvolvidas, naquilo que concebemos como a instrumentalidade constitucional do processo penal; é dizer: um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição. (2012, p. 1146).

Para Lopes Jr., não há como conceber a ideia de um sistema processual penal sem que a atenção se volte ao caráter constitucional. Isso significa que o processo deve servir para maximizar a eficácia das garantias ao indivíduo e, conseqüentemente, para limitar o poder estatal.

Sobre a perspectiva constitucional das garantias às formas processuais, Lopes Jr., refere que “O exercício da pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), como direito potestativo, deve ser limitado e não garantido. O poder deve ser limitado e legitimado pela estrita observância das regras do processo.” (2012, p. 1146), o que exige dos operadores do direito cuidado com a forma processual prevista, de modo que “[...] para punir, deve-se garantir.” (2012, p. 1146).

Dando sustentação a esses argumentos, Lopes Jr. entende que a essência do processo está na forma que justifica que “O sistema de garantias constitucionais está a serviço do imputado e da defesa, não da acusação.” (2012, p. 1146), por isso a notória obrigatoriedade em seguir as forma pré-estabelecidas para o processo.

As vantagens processuais que se têm com o respeito às formas, são compatíveis com o cumprimento das garantias processuais, que são obtidas a partir da observância dos ritos e formalidades adequadas. Entre essas vantagens, a principal é a segurança jurídica, fazendo com que as partes envolvidas tenham a certeza de que terão o julgamento mais adequado e criterioso, não deixando brecha para que se julgue de modo adverso do pretendido, causando sensação de incerteza processual. Sobre tal prisma, pondera Cabral (2010, p. 4):

As formalidades proporcionam segurança, ordenação e previsibilidade ao procedimento, gerando expectativas de comportamento que são absolutamente indispensáveis para qualquer sistema processual. Caso os rumos do processo dependessem exclusivamente do capricho das partes ou do juiz, por mais prudentes, diligentes e bem intencionados que fossem, as incertezas de seus caminhos produziriam uma instabilidade completamente indesejável. Assim, o fenômeno jurídico, e com ele o processo, com vistas a assegurar estabilidade às relações jurídicas, inevitavelmente deve se posicionar em alguma moldura formal.

Um dos modos mais eficazes que hoje se tem para combater os privilégios de alguma das partes, ou até mesmo das pessoas envolvidas no processo, sem sombra de dúvidas, é o formalismo dos atos processuais, que gera a própria eficiência dos atos praticados, como também de estabilidade processual. Nesse aspecto, Cabral (2010, p. 5):

No mais, ao proporcionar ordem, previsibilidade e eficiência, a forma é um freio legislativo aos impulsos humanos. Através do regramento legal, a vontade coletiva se impõe aos ímpetos dos litigantes e do juiz, num potente mecanismo de contenção de arbitrariedades. Especialmente num Estado de Direito, que é aquele em que impera a *rule of law*, não pode o poder estatal, exercido por meio de agentes públicos, permitir que as preferências e vontades pessoais prevaleçam sobre as prescrições normativas. Formalidades legais talvez seja o modo mais seguro de evitar-se o arbítrio dos julgadores.

Para Cabral, ainda, há mais um benefício obtido como resultado da prática das formas processuais:

As formas processuais possuem também enorme utilidade em operar a igualdade entre os sujeitos do processo. Ao reduzir a discricionariedade do julgador e balizar os atos processuais com requisitos previamente estabelecidos, as formalidades garantem que todos os litigantes e terceiros envolvidos na lide sejam isonomicamente tratados, vez que deverão enfrentar as mesmas curvas no traçado programado da rodovia judicial. (2010, p. 6).

Buscando um processo onde haja igualdade de tratamento e imparcialidade de julgamento, é necessário que se abstraiam as figuras particulares das partes. Nesse sentido, surge a figura do magistrado, como terceiro interessado, e a exigência de que se trabalhe apenas com os fatos que foram trazidos para o processo.

A forma que foi pré-estabelecida em texto de lei traz a renúncia (ou pelo menos é essa a intenção) a qualquer privilégio, arbitrariedade e/ou manipulação que possa vir a ocorrer, gerando estabilidade, que deverá ser seguida por qualquer pessoa envolvida na lide, não deixando espaço para julgamentos direcionados ou até mesmo para a arbitrariedade. A formalidade evita os excessos que possam surgir, seja entre os litigantes ou até mesmo em relação ao magistrado.

Os atos processuais produzidos com respeito às normas legais, ao formalismo e à instrumentalidade dos atos têm por sequência que os atos que compuseram o processo são válidos e terão eficácia jurídica. Consoante Grinover et al.:

Como consequência natural da fixação de regras legais para a realização dos atos processuais, somente aqueles atos praticados em conformidade com o modelo legal são considerados válidos perante o ordenamento e aptos a produzirem os efeitos desejados; [...]. (2004, p. 22).

Após ter feito uma primeira análise da forma do processo, faz-se necessária uma abordagem da problemática da instrumentalidade do processo penal. Todo e qualquer processo (entende-se aqui processo como instrumento) deve trazer em sua essência algum conflito, que dará sustentação a uma série de atos com suas devidas formalidades e ao final uma manifestação do Estado, que se tornará efetiva com a prolação da sentença pelo magistrado.

É relevante discutir a instrumentalidade do processo penal sob seu caráter constitucional, porque ele não visa apenas possibilitar uma decisão. O sentido teleológico do instrumento é conter o exercício abusivo e irregular do poder punitivo, para servir de garantia do cidadão.

Quando comparado com outras áreas do direito, o processo penal tem “a característica de que o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem por destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena.” (LOPES JR., 2012, pg. 78). Essa particularidade do processo penal demonstra que o seu caráter instrumental é mais destacado que no processo cível.

Não se pode ter uma pena, entende-se nessa monta como a reprovação, sem que haja um processo, e ele é tão imprescindível que “nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial [...]” (LOPES JR., 2012, pg. 78).

Quando se fala em instrumentalidade do processo penal, vêm à mente a falsa ideia de que ela serve apenas para o cumprimento da pretensão acusatória, ou seja, condenar. Mas “é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória).” (LOPES JR., 2012, p. 78).

Existe uma destinação do processo penal, que é a mais fundamental do que a explanada acima: é “a função constitucional do processo, como instrumento a serviço da realização do projeto democrático [...]” (LOPES JR. apud PRADO, 2012, p. 78).

Para Lopes Jr., a função constitucional do processo penal é de extrema relevância, ponderando que “nesse viés insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual.” (2012, p. 78).

Como o processo penal tem por peculiaridade o envolvimento da liberdade dos sujeitos nas discussões judiciais, em razão disso, deve se ter a maximização dos direitos individuais para que se possam conter os arbítrios e abusos do sistema. Essa “[...] noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana.” (LOPES JR., 2012, pg. 80).

Percebe-se, pelos argumentos levantados, que diferentemente do processo cível, o processo penal tem um fim em si mesmo. Além de ter como característica a instrumentalidade para a satisfação de uma pretensão (entende-se aqui como pretensão

acusatória), o processo penal tem uma finalidade muito mais relevante, e que merece ser observada nas relações procedimentais: a eficácia dos direitos e garantias fundamentais e individuais previstas na Constituição, servindo como uma forma de “freio” estatal (o caráter constitucional da instrumentalidade).

2.2 Consequências processuais da inobservância da forma pré-estabelecida

A condução do processo pelo magistrado deve obedecer às normas processuais previstas para o ato a ser praticado. Da mesma forma, o juiz deve observar as garantias constitucionais, a fim de obter um processo válido, evitando que institutos jurídicos, cuja finalidade seja a concretização de valores constitucionais, sejam violados.

Em uma compreensão do tema, Lopes Jr. refere qual é a destinação do sistema de nulidades. Ou seja, para Lopes Jr. as nulidades estão a serviço das garantias constitucionais:

O sistema de nulidades está a serviço do réu, pois o sistema de garantias constitucionais assim se estrutura, como mecanismo de tutela daquele submetido ao exercício do poder. A debilidade do réu no processo é estrutural e não econômica, [...], pois não existem direitos fundamentais do Estado ou da sociedade em seu conjunto: esses são direitos individuais. (2012, p. 1145).

Conforme acentua Schreiber e Amaral, “O juiz deve conduzir o processo na forma determinada nas leis processuais e respeitando as garantias constitucionais” (2010, p. 88). Isso para que tenha um julgamento mais transparente e que passe para as partes envolvidas uma sensação de segurança jurídica.

Em decorrência da aplicação dessas regras de forma no processo, diz-se que os atos praticados pelo magistrado foram válidos e têm, conseqüentemente, efetividade no plano da aplicabilidade. Desse modo, mostra-se de extrema relevância o tema levantado no item 1.1, sobre a forma como garantia nas questões das nulidades. Binder *apud* Lopes Jr. refere que:

Adequada é a afirmação de BINDER, de que as formas são a garantia que assegura o cumprimento de um princípio determinado ou do conjunto deles, sem esquecer de que o processo penal é um termômetro dos elementos autoritários ou

democráticos da Constituição [...]; logo, a eficácia das regras do devido processo penal (e da própria Constituição, em última análise) está atrelada ao sistema de nulidades. Eis a importância e dimensão do tema. (2012, p. 1145).

Nessa compreensão, pode-se ter como essencial o estudo da forma como garantia do processo penal e, principalmente, a influência dessa questão ao se tratar das nulidades, uma vez que somente será nulo o ato que descumprir a forma processual prevista em específico. Grinover *et al* ponderam:

Como consequência natural da fixação de regras legais para a realização dos atos processuais, somente aqueles atos praticados em conformidade com o modelo legal são considerados válidos perante o ordenamento e aptos a produzirem os efeitos desejados [...]. (2004, p. 22).

Em consonância, Aury Lopes Jr. faz uma breve conceituação de nulidade e levanta como ideia principal o cumprimento dos princípios contidos em determinado ato praticado, demonstrando que, se houver violação a esses princípios, deve ocorrer a anulação do ato, que deverá ser repetido em conformidade legal. Explana, sob tal questão, dessa forma:

A nulidade serve assim para dar eficácia ao princípio contido naquela forma. Anula-se o ato, sacando-lhe os efeitos, para a seguir repeti-lo segundo a forma legal, mas sempre de modo a garantir a eficácia do princípio constitucional que está por detrás dele. (LOPES JR., p. 1150).

Em contra partida, se ocorrer alguma violação às garantias constitucionais estabelecidas ou às normas processuais pré-estabelecida, tem-se um ato eivado de vício e, portanto passível de sanção. Portanto, cabe fazer a diferenciação entre sanção e vício, utilizando-se das palavras de Freitas:

A respeito da natureza jurídica das nulidades, há duas correntes que devem ser lembradas, uma entendendo que a nulidade é o vício ou defeito do ato processual e outra entendendo que é a sanção pelo vício. Todavia, pode-se dizer que a nulidade é ao mesmo tempo vício e sanção. Vício, porque torna o ato imperfeito, e sanção, por ser consequência derivada da imperfeição ou inviabilidade jurídica do ato. (2012, p. 95).

Freitas entende, portanto, que vício é aquilo que torna o ato imperfeito e sanção é a consequência que deriva do ato praticado em desconformidade legal ou da inviabilidade jurídica do ato.

Em sentido contrário, Lopes Jr. preceitua:

A sanção é uma reação ao comportamento vedado pelo ordenamento; portanto, é um efeito. Já a nulidade conduz à “falta de efeito”, ou seja, à ineficácia do ato. Logo, se pensarmos nulidade como sanção, isso pressupõe, necessariamente, a produção de um efeito. Mas não é esse o tratamento dado à nulidade, pois ela conduz à falta de efeito do ato. Portanto, pensar as nulidades como uma sanção seria o mesmo que afirmar ser um efeito a falta de efeito. (2010, p. 1148).

Para Lopes Jr., a ideia de sanção está intimamente ligada com a produção de efeitos. No entendimento dele, é errôneo falar em sanção para um ato que sequer produziu efeito, por justamente ter em sua essência a nulidade. Ou seja, um ato nulo é aquele que conduz à falta de efeito do ato. Seguindo a mesma linha de raciocínio, Tovo e Tovo *apud* Lopes Jr. complementa:

[...] ao contrário de grande parte da doutrina brasileira – nulidade não é sanção, pois nulidade/ validade são qualidades do ato jurídico conforme ele se apresente perfeito ou não. Sanção, por outro lado, é consequência objetiva, nunca uma qualidade da coisa. (LOPES JR., pg. 1148).

Ainda, Lopes Jr. corrobora que:

[...] não se pode chamar a nulidade de sanção, pois ela não é uma consequência objetiva. Consequência objetiva é a ineficácia do ato, de modo que a imperfeição jurídica (defeito) pode tornar o processo, no todo ou em parte, ineficaz. (LOPES JR., p. 1148).

Para Lopes Jr., a sanção é uma consequência objetiva. Ou seja, aquela que torna o ato ineficaz, não podendo fazer a relação sanção e nulidade, pois a segunda sequer produziu algum efeito real. Segundo Lopes Jr., seria um contrassenso dizer que há sanção de nulidade, haja vista o seu caráter punitivo e, conseqüentemente, não há como aplicar sanção a algo que não tem efeito jurídico.

Feito esse aparato conceitual, cabe nesse momento expandir os estudos sobre a questão dos atos inexistente, atos irregulares e atos nulos. Esses atos (qualquer um deles) têm-se consequências “para os que não atendem aos requisitos mínimos do modelo traçado pela lei” (GRINOVER *et al*, 2004, pg. 22) e que se diferenciam pelo grau de desvirtuamento legal. Grinover *et al* aponta que:

Em alguns casos, a desconformidade com o modelo legal é tão intensa que se chega a falar em *inexistência* do ato; em outros, ao contrário, o desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a forma foi instituída, de sorte que podem ser considerados meramente *irregulares*, sem que sua eficácia esteja em jogo; e, finalmente, para certos desvios de forma estabelece-se a sanção de *nulidade*, pela qual a lei possibilita que se retire a aptidão de produzir efeitos. (2004, p. 22).

Partindo de uma ideia principal, atos nulos são “(...) assim considerados os que não possuem os requisitos exigidos pela lei, e, portanto, o vício é de tal gravidade que nem sequer seria possível considerá-los atos processuais” (SCHREIBER e AMARAL, 2010. p. 89). Ou seja, esses atos praticados sequer tem em sua estrutura o preenchimento aos requisitos legais e como consequência há a desconsideração desses atos como atos processuais, configurando-se como inexistentes.

São atos processuais inexistentes “(...) aqueles aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles, o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais” (GRINOVER *et al.*, 2004, p. 22).

Ada Pellegrini Grinover *et al* argumenta que “são, na verdade, não-atos, em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade” (2004, p. 22).

Ainda, sobre tal aspecto, Nassif afirma que “os atos que tais não têm convalidação, apenas inexistem. São não-atos. Ex. Sentença assinada pelo Escrivão, Juiz sem jurisdição, etc.” (2001, p. 20). Exemplificando essa questão, Freitas pontua ato inexistente como aquele “(...) que infringe norma ou princípio constitucional de garantia, como sentença sem fundamentação ou sem a assinatura do juiz, laudo pericial sem a assinatura dos peritos etc.” (2009, p. 97).

Na visão de Nassif, os atos inexistentes pontuam-se dessa forma:

Falta elementos exigidos pela lei, desnaturando juridicamente o ato. Viola-se com relevância máxima, de maneira tão grave a forma que passa a ser considerado juridicamente inexistente. O ato pode existir de fato, mas para efeitos do direito ele é desprezado, não tem significado, não existe [...].(NASSIF, 2001, p. 20).

Pode-se dizer, após conceituação, que todo ato inexistente violou gravemente a forma procedimental ou as garantias constitucionais e, como consequência direta disso, têm-se a retirada dos seus efeitos do mundo jurídico, não deixando, por óbvio, de existir no mundo factual.

Passando a análise quanto aos critérios para o reconhecimento de um ato irregular, Freitas conceitua tal ato como “(...) aqueles em que o desacordo com o modelo legal é mínimo, não afetando a validade do ato.” (2009, p. 89). Ou seja, diferentemente do ato inexistente, o ato irregular compõem mera discordância como o preceituado em lei, não tendo afetado a validade do ato. Nesta análise Grinover *et al* preceituam ato irregular como “[...] situações em que o desacordo com o modelo legal é mínimo, não chegando a descaracterizar o ato; tem-se aí a mera irregularidade, que não afeta a validade do ato processual, porque a forma, [...], não é um fim em si mesma” (2004, p. 23).

Percebe-se, portanto, que as circunstâncias que caracterizam determinado ato como irregular é mais branda. Isso significa que não terá consequência nenhuma, ou se causar será de relevância mínima para o processo. É apenas uma desconformidade legal, que não afeta o processo num todo. Explica, também, Nassif que “apesar do defeito ou vício, estes têm relevância mínima, não afeta eficácia do ato (v.g. denúncia fora do prazo). Existe a inobservância de formalidade que não resulta em nulidade” (2001, p. 20).

Dando enfoque neste momento à terceira espécie de ato jurídico viciado, têm-se o ato nulo, que é preceituado por Nassif, que ato nulo “não produz efeito até ser convalidado, apresentado, pois, condição suspensiva para futura eficácia. Ex. Ausência de recurso de ofício, quando obrigatória sua interposição” (2001, p. 21). Em contra partida, Nassif faz uma diferenciação com os atos anuláveis, que conforme suas palavras são caracterizados por “efeitos até sua anulação, apresentado uma condição resolutiva. O ato anulável aparenta regularidade, podendo ser involuntário (erro) ou voluntário (dolo, fraude, simulação, etc.) (2001, p.20).

Ainda, sobre a conceituação de ato nulo, Schreiber e Amaral ponderam que ato nulo é “quando surtem efeitos, mas a lei possibilita que se retire dos atos a aptidão para

produzirem efeitos.” (2010. p. 89). Em outras palavras, ao se declarar um ato nulo, retiram-se do plano jurídico os seus efeitos que produziram caso fossem válidos.

Esse ato jurídico viciado, o ato nulo, se subdivide em duas categorias: nulidade absoluta e nulidade relativa. Sobre o viés da nulidade absoluta, as suas consequências jurídicas são mais cabais do que a relativa. Nas palavras de Nassif: “é ato sem sanção e cuja nulidade pode ser arguida a qualquer tempo. Não depende da prova do prejuízo e o interesse, por ser público, é presumido ou implícito” (2001, p. 21).

Se compreende o caráter público da nulidade absoluta por ser “constatada a atipicidade do ato em relação a norma ou princípio processual de índole constitucional ou norma infraconstitucional garantidora de interesse público.” (REIS e GONÇALVES, 2011, p. 89). Para Grinover *et al*, a questão da nulidade absoluta é tratada dessa forma:

[...], a gravidade do ato viciado é flagrante e manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão; o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito; por isso, percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade [...]. (2004, p. 24).

Percebem-se alguns elementos inerentes à essência do ato nulo: a gravidade do ato viciado é de grande monta, podendo prejudicar os princípios do contraditório e/ou ampla defesa; o juiz ao perceber a nulidade deverá decretar tal ato nulo e a nulidade atinge o interesse público da questão envolvida.

Nas palavras de Schreiber e Amaral, o juiz tem uma função importante na detecção dessa nulidade absoluta, dizendo que “cabe ao juiz, inclusive de ofício, zelar para que o processo se desenvolva conforme as regras processuais.” (2010, p. 89).

Faz-se, pelas palavras de Reis e Gonçalves, uma clara definição sobre a necessidade de manifestação do magistrado ao declarar uma nulidade absoluta, que “[...] apesar de constituir vício grave, depende de ato judicial que a reconheça, uma vez que os atos processuais mostram-se eficazes até que outros os desfaçam.” (2001, p. 89).

Sobre tais características da nulidade absoluta, Reis e Gonçalves reforçam tais ideias ponderando:

O prejuízo para o processo é presumido e o vício não se convalida. Assim, não se exige a arguição em momento certo e determinado para que tenha lugar o

reconhecimento de sua existência, podendo, inclusive, ser decretada ex officio pelo juiz. (2001, p. 89).

Acrescenta o referido autor algumas características do ato absolutamente nulo: o prejuízo causado pelo ato é presumido, ou seja, não precisa de manifestação das partes alegando o vício (é dever do juiz, ao verificar a existência de um vício que cause nulidade absoluta, decretá-lo de próprio ofício); um ato absolutamente nulo não pode ser convalidado, isso significa que não se pode transformá-lo válido pelo simples fato de inexistir alegação sobre seu caráter (ato nulo não se convalida).

Passando para a matéria de nulidade relativa, de primeiro ponto, tem-se que é uma nulidade mais branda. Diferentemente da nulidade absoluta, para Nassif, “*tal ato admite sanção, mas a nulidade deve ser arguida em tempo certo*. Desafia a demonstração de prejuízo, e o interesse é o privado das partes.” (2001, p. 21). O caráter essencial da nulidade relativa é ser sanável. Deve ocorrer a demonstração do prejuízo para as partes e tem-se tempo certo e oportuno para que se alegue tal nulidade.

Nessa mesma linha de pensamento, Grinover *et al* complementa: “[...], já nas hipóteses de nulidade relativa, o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido.” (2004, p. 24).

Grinover *et al* deixa claro que a arguição do prejuízo é uma faculdade da parte prejudicada. Não basta tão somente à arguição da nulidade, necessita também a comprovação do prejuízo processual causado em virtude da nulidade, sendo assim uma faculdade à parte prejudicada que, uma vez alegado, deverá demonstrar o prejuízo sofrido. Segundo Schreiber e Amaral:

Além da existência de prejuízo [...], é preciso demonstrar as vantagens que a invalidade do ato possa representar para quem invoca a irregularidade. Não se declara nulidade em favor da parte que lhe deu causa, ou ainda se for manifesto seu desinteresse na convalidação do ato. Há desinteresse se o vício tiver prejudicado apenas a parte contrária [...], ou se o ato viciado não influir no deslinde da causa. (2010, p. 90).

Pelo exposto, depreende-se que a nulidade relativa exige que o prejuízo às partes deve ser alegado e demonstrado. Não basta alegar a existência do vício. Além do prejuízo, a parte deve provar também quais as vantagens que tal nulidade representa para a sua

tese acusatória ou defensiva. Ademais, não se declara a nulidade em favor da parte que lhe deu causa. Ou seja, não será declarado nulo um ato alegado pela defesa, se foi ela própria que deu ensejo a essa nulidade.

2.3 Prejuízo para configuração das nulidades

Quando se fala em prejuízo para as partes em decorrência de nulidades, necessário se faz a compreensão do princípio do prejuízo, que tem sua fundamentação legal no artigo 563 do Código de Processo Penal¹.

Para Bonfim, o princípio do prejuízo tem relação direta com outro princípio: “É princípio de íntima conjugação com o princípio da instrumentalidade das formas”. (2010, p. 733).

Tendo por base o conceito do princípio do prejuízo, pode-se concluir, portanto, que essa regra vale apenas para as nulidades relativas, uma vez que o prejuízo nas nulidades absolutas é presumido. Sob essa perspectiva, Nassif leciona que: “Por obvio, não tem aplicação às nulidades absolutas, que não dependem de demonstração do prejuízo para serem declaradas (é sempre presumido).” (2001, p. 28).

Ainda, sob essa perspectiva, Reis e Gonçalves ponderam:

Veja-se que independe de prova do prejuízo o reconhecimento de nulidade absoluta, uma vez que é ele evidente (manifesto) em tais casos, ou seja, nas hipóteses de nulidade absoluta o prejuízo é presumido. Em relação às nulidades relativas, por outro turno, necessária se faz a prova do prejuízo, para que a eiva seja reconhecida. (2001, p. 91).

Como se pode notar, a prova do prejuízo para a nulidade absoluta é presumida. No tocante à nulidade relativa se faz imprescindível a produção de provas do efetivo prejuízo. Segundo Bonfim: “[...] não será declarada a nulidade de ato processual inócua ou irrelevante, isto é, relativa a ato que não influenciou na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. É o que estabelece o artigo 566 do CPP.” (2010, p. 733).

¹Art. 563, CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”

Uma questão peculiar é que, mesmo se tratando de nulidade absoluta, deveria haver a demonstração do prejuízo causado, que ficaria ao encargo da parte adversaria provar a inexistência de prejuízo causado. Esse raciocínio é pensado visando salvaguardar o ato. Na visão de Bonfim:

Há, todavia, corrente doutrinária sustentando que o princípio do prejuízo é aplicável igualmente aos casos de nulidade absoluta, sendo, portanto, lícito que a parte *ex adversa*, visando salvaguardar o ato inquinado, demonstre nos autos a inexistência de prejuízo que foi estabelecido por força da presunção legal do caráter absoluto da nulidade. (2010, p. 734).

Nessa expectativa, Nassif defende que: “[...], em qualquer caso, mesmo que sejam absolutas e, assim, declaráveis de ofício, deve ser observado o princípio do interesse, agregado ao conceito de prejuízo efetivo ou potencial para o interesse da parte ou do processo.” (2001, p. 29).

Há, porém, em sentido contrário, entendimento de que não precisa se constatar o prejuízo causado: basta que haja a ocorrência da violação à lei. Sobre tal aspecto, Bonfim explica: “Para outros, não há que se contestar o prejuízo em si, mas a ocorrência ou não da precitada violação à lei, ou seja, da própria ocorrência da irregularidade. Uma vez comprovada, o prejuízo será consequência inevitável.” (2010, p. 734).

Após muito se discutir sobre essa questão na via judicial, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 523: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”.

Sobre essa distinção, Grinover *et al* pondera:

[...]; no primeiro caso, a ausência de defesa já caracteriza o dano, o que é intuitivo, pois vulnerado princípio fundamental expresso na Constituição; já na segunda situação, somente uma análise do conjunto de provas, alegações etc., ou até uma prova de circunstancia que poderia ter sido deduzida, levarão à conclusão sobre a efetividade do prejuízo ao direito de defesa. (2004, p. 34).

O que se pode extrair dessa passagem é que, em se tratando de falta de defesa no processo penal, gerará nulidade absoluta, pois viola princípio estabelecido na Constituição; já se tratando sobre a deficiência de defesa no processo penal, gerará nulidade relativa, uma vez que sua apuração depende de análise do caso e a verificação

das eventuais infrações ao ordenamento jurídico, para que, em consequência disso, seja declarada a nulidade do ato. Essa infração, no entanto, deve estar acompanhada de prejuízo às garantias constitucionais das partes.

Isso significa que o reconhecimento da nulidade requer um prejuízo ao réu pela violação material por parte do Estado às garantias constitucionais processuais. Em outras palavras, a nulidade deverá ser grave ao ponto de criar prejuízo que fragilize a legitimidade da atuação persecutória penal do Estado.

Para que se chegue a tema principal do presente estudo de caso, mostra-se indispensável a tomada do tema “depoimento pessoal”; a forma como é tratado pelo nosso ordenamento jurídico; a regulamentação do depoimento pessoal por videoconferência, que terá extrema importância para o deslinde da questão primordial deste trabalho, como forma de analisar as implicações jurídicas da tomada de depoimento da vítima por meio tecnológico.

3 DEPOIMENTO PESSOAL E INSTRUÇÃO CRIMINAL: COLHEITA DE PROVA E ELEMENTOS LEGAIS REGENTES

O depoimento pessoal é uma das espécies de meio de prova disponíveis no ordenamento jurídico. Neste capítulo, serão estudados os elementos fundamentais que caracterizam o depoimento pessoal, de acordo com as disposições legais e a compreensão desse instituto jurídico como instrumento para o exercício do contraditório.

Ainda, será explanada a forma como a lei processual penal qualifica o depoimento pessoal do ofendido, esclarecendo se o ofendido, dentro da relação processual, é tido como testemunha ou como mero declarante. A partir disso, será construída uma crítica ao modo previsto em lei.

Paralelo a isso, será abordada a tomada de depoimento por meio da videoconferência. Para tanto, faz-se necessário menção à Lei nº 11.900/2009, que regula as questões referentes às videoconferências.

Será mencionado como a legislação processual penal tem atendido, ou não, às inovações trazidas pela Lei nº 11.900/2009, tendo em vista que as alterações trazidas tenham modificado alguns artigos do Código de Processo Penal, com influência direta no interrogatório do réu e no depoimento de testemunhas.

Neste capítulo também há referência às inovações que a Lei nº 11.900/2009 trouxe para a tomada de interrogatório do réu e depoimento de testemunhas. Será exposta a justificativa que deu embasamento para o legislador, ao inserir o meio tecnológico da videoconferência como meio de prova.

Frente ao interrogatório do réu, essas alterações foram introduzidas com o enfoque em políticas criminais. Em contraponto, referente às testemunhas, a inserção se deu pelo fato de existir casos em que há risco de que o temor das testemunhas, em frente aos acusados, possa comprometer a fidedignidade do depoimento.

Será abordada a problemática da possibilidade de utilização desse meio tecnológico para colheita de depoimento do ofendido, mediante interpretação extensiva, uma vez que a nova Lei não deixa clara essa questão.

3.1 Características essenciais do depoimento pessoal

Cabe, antes de qualquer coisa, fazer uma compreensão epistemológica da palavra “prova”. Greco Filho conceitua como sendo: “A palavra ‘prova’ é originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar.” (1998, p. 196). Em complemento a essa passagem, Capez refere que “Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz [...] e por terceiros [...], destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.” (2011, p. 344).

Todo e qualquer ato praticado tem uma finalidade a ser alcançada, e no tocante às provas não é diferente. A finalidade “[...] destina-se à formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa.” (CAPEZ, 2011, p. 344). Sobre tal perspectiva, complementa Greco Filho:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado. (1998, p. 196).

Levando em consideração o trecho acima, verifica-se que a prova tem como utilidade a questão prática para a solução da contenda. Não se busca uma verdade absoluta que traz a certeza plena, mas elementos suficientes para o convencimento do juiz e que, com isso, ele consiga julgar de forma adequada a contenda. Ainda, Tourinho Filho pondera:

[...]. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar esse fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela maneira. (2013, p. 234).

Com base na explicação, pode-se dizer que a questão da prova no processo penal há de ser bem preparada ou produzida, uma vez que o processo é o meio pelo qual o juiz decidirá por seu convencimento, a partir das provas levantadas pelas partes. Segundo Capez:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre o tema jurídico, pois a discussão não terá objeto. (2011, p. 344).

O estudo referente às provas é relevante, pois são elas que darão sustentação fática e jurídica para se formar o processo. De nada adiantaria ter um processo em andamento sem a existência de provas idôneas, que são coletadas de forma a observar os trâmites legais e os procedimentos previstos na legislação processual.

As provas são de extrema importância dentro de um processo, principalmente no penal, por envolver a liberdade do sujeito. Será por meio das provas coletadas que o magistrado terá embasamento para tomar a sua decisão, pois “é o Juiz quem vai dizer se o acusado é culpado ou inocente, e para tanto ele precisa saber o que realmente aconteceu, quando e como aconteceu.” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 234).

Disso se depreende que a prova possui um objeto. Para Capez:

Objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação de pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual. (2011, p. 344).

Devem ser objeto de prova apenas aqueles fatos, circunstâncias e alegações, que fazem relação com a contenda. Dois são os elementos indispensáveis para poder ser objeto de prova: questões relevantes ao caso em concreto e que dessa relevância denote alguma função, aplicação ou utilidade para o processo.

Nesse mesmo sentido, Tourinho Filho diz que “somente os fatos que possam dar lugar a dúvida, isto é, que exijam comprovação, é que constituem objeto de prova. Desse modo, excluem-se os fatos notórios”. (2013, p. 235). E, com relação às questões da relevância das provas, o autor pondera que “tanto a evidência como a notoriedade não podem ser postas em dúvida. Ambas produzem no Juiz o sentimento da certeza em torno da existência do fato.” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 235).

No entanto, há fatos que não precisam ser provados, ou seja, aqueles fatos que independem de prova. Segundo Capez:

a) *Fatos axiomáticos* ou *intuitivos*: aqueles que são evidentes. [...]. b) *Fatos notórios* (aplica-se o princípio *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova). É o caso da *verdade sabida* [...]. c) *Presunções legais*: porque são conclusões decorrentes da própria lei [...]. d) *Fatos inúteis*: [...]. São os fatos, verdadeiros ou não, que não influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real. [...] (2011, p. 345).

Logo, os fatos que não são evidentes, nem notórios, não partem de presunções legais e não se sejam inúteis, devem ser provados no processo penal, pois a sua produção tem relevância no deslinde da causa. Cabe aqui, também, a produção de provas sobre fatos admitidos ou aceitos. Os fatos admitidos pelas partes no processo penal (diferentemente do processo civil) exigem que se faça prova, “[...], porque o juiz pode questionar o que lhe pareça duvidoso ou suspeito, não estando obrigado à aceitação pura e simples do alegado uniformemente pelas partes.” (CAPEZ, 2011, p. 346).

Então, todos os fatos pertinentes, relevantes e que não estão ligados a presunções legais necessitam ser provados. Greco Filho pondera: “Em resumo, conclui-

se que o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos a presunção legal.” (1998, p. 198).

No tocante aos meios de provas admissíveis no processo penal, Nucci faz uma breve conceituação: “são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo.” (2014, p. 364). Em complemento, Greco Filho também refere que: “meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato.” (1988, p. 199).

Em nosso código de processo penal (artigos 158 a 250) estão previstas possibilidades que o legislador trouxe para se buscar a verdade dos fatos alegados, ou seja, meios de prova. Dentre eles está previsto a perícia, a confissão, o interrogatório, etc.. Conforme Greco Filho: “esses são os chamados meios legais.” (1988, p. 199).

Há de se fazer, também, uma distinção entre meio de prova lícito ou ilícito. Para Nucci, a principal diferença entre eles está nos: “(...) meios de prova lícitos - que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos - contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz.” (2014, p. 364).

Referente aos meios de provas ilícitos, Nucci explana que o seu caráter ilícito não é pura e simplesmente pelo fato de o meio de prova ir contra ao ordenamento jurídico, “mas também, os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito [...]” (NUCCI, 2014, p. 364).

Não se pode afirmar que, pelo fato de ter previsão legal para os meios de prova no ordenamento jurídico, não se pode ter outros meio. Conforme Greco Filho: “(...) outros, porém, são admissíveis, desde que consentâneos com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitem os valores da pessoa humana e a racionalidade.” (1998, p. 199).

Equivocadamente, ainda se fala no principio da verdade real, que vigoraria no sistema de provas. Mas, para Lopes Jr., “[...], se superarmos o mito da verdade e assumirmos a sentença como ato de convencimento do juiz, ainda mais cuidado com as formas processuais se deve ter.” (2012, p. 1148).

Em outras palavras, “o processo penal é um ‘modo de construção do convencimento do juiz’, fazendo com que as limitações imanentes à prova afetem a

construção e os próprios limites desse convencimento.” (LOPES JR., 2012, p. 565). Desse modo, não se há como buscar uma “verdade real” sobre os fatos, pois o processo penal trata de uma construção do convencimento do juiz.

Quando se fala em verdade real é necessário ter cautela, uma vez que: “[...] está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; [...] com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); [...]” (LOPES JR., 2012, p. 566).

Em outras palavras, o mito da verdade real “nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que ‘os fins justificam os meios’.” (LOPES JR., 2012, 567). Entretanto, hoje prevalece o entendimento de que na persecução penal do Estado “[...] só se legitimaria a verdade formal ou processual.” (2012, p. 567). Essa verdade que se busca no processo penal, chamada de formal ou processual, é definida por Lopes Jr.:

Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes. (2012, p. 567).

Como explica Lopes Jr.: “[...] a verdade processual não pretende ser a verdade. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. [...]” (2012, p. 567). A verdade formal “[...] é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial.” (LOPES JR., 2012, p. 567).

Valorizar o formalismo no método de produção de provas tem como finalidade “[...] presidir normativamente a indagação judicial, protegendo a liberdade dos indivíduos contra a introdução de verdades substancialmente arbitrárias ou incontroláveis [...]” (2012, p. 568). Ou seja, valorizar a determinação legal e minimizar as ideias subjetivas que podem causar prejuízos para a defesa.

Importante fazer uma diferenciação entre verdade processual, fática e jurídica. A verdade processual é a “[...] que vai definir a verdade processual como uma verdade aproximativa, aquela limitada ‘*por lo que sabemos*’, e, portanto, sempre contingente e relativa. [...]”. A verdade processual fática “[...] é uma verdade histórica, porque se refere a fatos passados [...]”. A verdade jurídica “[...] é classificatória, pois diz respeito à qualificação jurídica dos fatos passados a partir do rol de opções que as categorias jurídicas oferecem.” (LOPES JR. *apud* FERRAJOLI, 2012, p. 568).

Justificando que é mito a busca pela verdade real no processo penal, Lopes Jr. acentua que “[...] é o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.” (2012 p. 568).

Para que se tenha segurança jurídica nessa possibilidade de criação de novos meios de provas pelo magistrado e para superar quaisquer dúvidas restantes é que “[...] a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas.” (CAPEZ, 2011, p. 378).

Em consequência a toda explanação, Tourinho Filho afirma que “[...] a tendência, hoje, é no sentido de se abolir a taxatividade, tendo-se, contudo, o cuidado de se vedar qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade da pessoa humana.” (2013, p. 240).

3.2 Do depoimento do ofendido

Para que se componha uma relação processual penal, terá que existir a parte que praticou (ou tentou praticar) determinado ação, a parte que sofreu as consequências daquela ação. Em outras palavras, haverá a figura do réu e da vítima. Para os fins desta pesquisa, o enfoque será no sujeito passivo dessa relação: a vítima ou ofendido.

Importante a delimitação e conceituação de quem seja essa vítima/ofendido. Tourinho Filho preceitua que: “Ofendido ou vítima é o sujeito passivo da infração.” (2013, p. 329). Nessa mesma linha, vítima “[...] é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime.” (TOURINHO FILHO, p. 329).

Na condição de titular do direito de punir, o Estado é sujeito passivo das tipificações penais. Segundo Tourinho Filho: “Por outro lado, atendendo ao interesse publicístico da repressão às infracções penais, há quem diga que em toda e qualquer infração penal o único sujeito passivo é o Estado.” (2013, p. 330). Pois, “Toda a infração penal constitui um atentado à ordem jurídica e, por conseguinte, ao Estado.” (TOURINHO FILHO, p. 330).

Mas, em contrapartida, a lei refere a palavra “ofendido” também àquela pessoa que teve a violação de algum de seus interesses. Sobre isso, Tourinho Filho explica: “Mas, quando a lei fala em ofendido, quer referir-se àquele que diretamente sofre a ação violatória da norma, àquele que sofre a lesão, ou como diz Maggiore, o titular do direito ou do bem jurídico injuriado (vida, integridade física, honra, propriedade, etc.” (2013, p. 330).

Para Tourinho Filho, a questão sobre o compromisso legal do ofendido: “[...] é de observar que o ofendido chamado a fazer declarações nem presta compromisso nem está obrigado a dizer a verdade.” (2013, p. 333).

Na legislação processual brasileira, ofendido não é testemunha. Ou seja, é tido como declarante. Sobre essa questão, Greco Filho pondera:

No processo penal, distingue-se com precisão a testemunha, que presta compromisso e depõe sob pena de falso testemunho, das demais pessoas ouvidas, como o ofendido, parente do acusado (art. 206), parentes do ofendido, menores, que não prestam compromisso e são considerados “declarantes”. Assim, a testemunha presta depoimento; os demais fazem declarações. (1998, p. 231).

Percebe-se que por não prestar compromisso legal, o ofendido pode mentir ou esconder a verdade, não ficando sujeito ao crime de falso testemunho. Seu depoimento é tido meramente como uma declaração. Segundo Capez:

[...] Na nossa legislação, ofendido não é testemunha. Contudo, embora não prestando o compromisso de dizer a verdade, pode falseá-la, sem praticar o crime de falso testemunho, respondendo, porém, por denúncia caluniosa se der causa a investigação policial ou processo judicial, imputando a alguém crime de que o sabe inocente. (2011, p. 432).

Ocorre que, ao deparar-se com a figura do ofendido, percebem-se fragilidades na compreensão do instituto jurídico. Trata-se de parte indispensável da relação processual (conforme trata o artigo 201 CPP), porém o seu papel perante o ordenamento jurídico é parcial, uma vez que não presta compromisso legal. O ofendido tem a obrigação de comparecer aos atos processuais e tem-se a necessidade de colher o seu depoimento, para que se possa formar a convicção do magistrado.

Quanto ao valor probatório do depoimento pessoal do ofendido, Nucci pondera que: “[...] trata-se de ponto extremamente controverso e delicado na avaliação da prova.” (2014, p. 481). Isso porque o ofendido e o agressor estão em polos diferentes e, pelas palavras de TOURINHO FILHO, “[...] ambos procuram narrar os fatos a sua maneira, e, por isso mesmo, suas declarações devem ser aceitas com reservas.” (213, p. 335).

No tocante à palavra da vítima, a reserva se dá pelo fato de que emoções estão muito afloradas. Tourinho Filho relata que:

É de ponderar, entretanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta particularidades, desvirtuando os fatos. (2013, p. 335).

Movidas pelos sentimentos, muitas vezes, as vítimas acabam se expressando de forma a não elucidar com clareza os fatos verdadeiramente acontecidos. Por isso, deve-se analisar de forma relativa sua declaração, aproveitando somente o essencial, que tem relação com a prática delituosa, ficando a cargo de o magistrado fazer essa triagem.

Como fala Nucci: “[...] assim, cumpre apenas destacar alguns pontos de cautela para o juiz analisar a fala do ofendido [...]” (2014, p. 481).

Na visão de Nucci, é fundamental que o magistrado tenha um olhar criterioso no momento da produção das provas, para que consiga verificar o lado verdadeiro dos fatos, diferenciando daqueles que não correspondem com a verdade. Em suas palavras, “O ideal é buscar o magistrado conhecer bem a personalidade de ambos os envolvidos – réu e vítima – para aferir, com maior precisão, quem está, por certo, mentindo, ou se ambos estão.” (NUCCI, 2014, p. 483).

A relativização da palavra da vítima no momento de valoração das provas, no entanto, encontra uma exceção: quando a matéria se tratar de crimes sexuais. Segundo Capez: “[...] salvo em crimes praticados às ocultas, como são os crimes contra os costumes [...]” (2011, p. 432), é de extrema importância a palavra da vítima. Como salienta Tourinho Filho: “Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime.” (2013, p. 336).

Para Tourinho Filho, essa questão é trazida de forma muito parecida com a explanação acima. O autor chama essa exceção de delitos clandestinos, ou seja, aqueles delitos cometidos longe dos olhos das testemunhas. Em outras palavras, “Assim, naqueles delitos clandestinos *qui clam comittit solent* – que se cometem longe dos olhares de testemunhas – a palavra da vítima é de valor extraordinário.” (TOURINHO FILHO, 2013, p. 336). Em complemento, Tourinho Filho pondera que:

Nos crimes contra a liberdade sexual, e. g., a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como corruptor, estupro etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem. (2013, p. 336).

Parece lógico afirmar que a palavra da vítima (ofendido ou ofendida) possui valor probatório privilegiado em crimes contra a liberdade sexual, uma vez que o ato ou a tentativa dele ficará adstrito às pessoas envolvidas na cena do crime, o que, por sua vez, ocorre de maneira clandestina. Se não fosse considerada essa relativização probatória,

seria muito difícil haver condenação de algum sujeito ativo que, por óbvio, na maioria das situações, negará a ocorrência do fato. A palavra da vítima, nos crimes sexuais, possui uma força probatória gigantesca.

3.3 A videoconferência como meio de prova

Não há como se negar a necessidade do direito se adequar às novas tecnologias disponíveis na era digital. Nesse sentido, entrou em vigor a Lei nº 11.900/2009, que modificou e inseriu artigos no vigente Código de Processo Penal. Nesse sentido, Dimercian e Maluly:

A Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009, alterou o CPP, para prever expressamente a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais pelo sistema de videoconferência, como a acareação, o reconhecimento de pessoas e coisas e a inquirição de testemunhas ou tomada de declarações do ofendido, quando dependam da participação de pessoa presa (art. 185, § 8º, do CPP). (2012, p. 341).

Pode-se extrair, desse trecho, que a nova lei previu não somente a possibilidade de interrogatório por videoconferência, mas também, a inquirição de testemunhas, a declaração do ofendido e até mesmo as acareações, que poderão ser realizadas por esse novo aparato tecnológico. TAVORA e ALENCAR discorrem sobre esse assunto da seguinte forma:

A tendência reformista do Código de Processo Penal veio consagrar a polêmica possibilidade de interrogatório por videoconferência, mediante a edição de lei constitucionalidade material duvidosa. A Lei nº 11.900/2009 trouxe a previsão de que, excepcionalmente, o magistrado, por decisão suficientemente motivada, possa realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. A designação de interrogatório 'eletrônico', nesses termos, poderá ocorrer de ofício ou a requerimento de qualquer das partes. (2014, p. 563).

Veja que os autores levantaram quatro características necessárias para que o interrogatório seja feito por meio da videoconferência: a) o caráter excepcional desse

recurso, ou seja, não se pode aplicar como regra esse mecanismo, apenas em situações previstas em lei; b) a decisão do magistrado que optar pelo uso desse recurso deve ser suficientemente motivada, elegendo-se argumentos que sustentem a realização do ato por esse meio; c) pode ser por videoconferência ou outro meio tecnológico de transmissão de sons e imagens; d) e a escolha deste meio pode ser por opção de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes envolvidas.

A possibilidade trazida pela Lei 11.900/2009, que modificou o artigo 185 do Código de Processo Penal, tem um enfoque voltado ao réu, visando questões de política criminal (pelos custos, perigo de fuga, etc.). Em contra partida, essa mesma Lei alterou o artigo 217 do Código de Processo Penal, que se volta à problemática da intimidação das testemunhas no momento de seu depoimento. Nesta hipótese, será autorizado a se proceda à tomada de depoimento pelo meio da videoconferência.

Nas palavras de Dimercian e Maluly, essas características estão previstas no artigo 185, §2º, do Código de Processo Penal: “O uso desse sistema ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real deve ser excepcional e pode ser requerido por qualquer parte (acusação ou defesa) ou ser determinado, de ofício, pelo juiz.” (2012, p. 341).

A Lei 11.900/2009, que modificou alguns artigos do Código de Processo Penal e introduziu a videoconferência, deixou claro o seu caráter excepcional e, ao ser determinado pelo magistrado a colheita de prova por esse instrumento, conclui-se que a sua decisão deve estar pautada e fundamentada em algum dos incisos do parágrafo segundo (§2º) do artigo 185, do Código de Processo Penal. Para OLIVEIRA: “Bem se vê, contudo, que as citadas regras (da videoconferência) somente serão aplicadas excepcionalmente, para determinadas e específicas situações, não se impondo como regra geral.” (2014, p. 4017).

Sobre esse mesmo aspecto, Dimercian e Maluly acrescentam:

A decisão judicial que determina o uso da videoconferência ou de qualquer outro recurso semelhante deve ser fundamentada e atender a uma das finalidades previstas nos incisos do § 2º do art. 185, CPP. Estas devem ser vistas como os fundamentos necessários à adoção do sistema. (2012, p. 341).

Neste trecho os autores reforçam a ideia do caráter excepcional da videoconferência. Uma vez adotado o sistema, o juiz deve fundamentar a sua decisão na situação concreta, submetendo-a a um dos incisos do parágrafo 2º, do artigo 185, do Código de Processo Penal.

Cabe, neste momento, após ter feito uma introdução sob os aspectos básicos da videoconferência, analisar o artigo 185, §2º, do Código de Processo Penal, onde estão elencadas as hipóteses em que é cabível o uso de tal mecanismo.

O inciso I, parágrafo 2º, do art. 185, do Código de Processo Penal, traz a seguinte redação: “I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento”. Sobre essa primeira possibilidade, Dimercian e Maluly pontuam:

Na primeira hipótese de utilização de videoconferência, o deslocamento do acusado do local onde se encontra recolhido até o fórum pode gerar um perigo à segurança pública ou porque aquele é integrante de uma organização criminosa ou porque o mesmo pode fugir. Neste último caso, não importa se o preso é membro de tal espécie de grupo, desde que haja fundada suspeita de que sua fuga pode ocorrer. (2012, p. 342).

O legislador se preocupou com o risco de fuga do preso. Ou seja, pretende mitigar o risco de que, no deslocamento entre o local em que ele está recolhido, até o local aonde acontecerá à audiência, possa ocorrer a fuga do preso durante o percurso; ou, ainda, se o preso oferece risco à segurança pública, havendo essas possibilidades, é cabal que o juiz determine o seu interrogatório por videoconferência.

Já o inciso II do parágrafo 2º, traz a seguinte redação: “II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;” (artigo 185, 2º, II, CPP). Essa hipótese é mais clara a sua verificação. Távora e Alencar exemplificam essa hipótese como “a exemplo da avançada idade.” (2014, p. 563).

Dimercian e Maluly pontuam: “A segunda situação prevista é mais simples de se constatar, porque depende apenas da verificação do estado de saúde do acusado ou de outra circunstância pessoal, que pode impedir o seu deslocamento até o fórum”. (2012, p. 342).

Nesse caso, percebe-se que há uma maior preocupação com a pessoa do réu. Ou seja, o maior beneficiário é o próprio réu. Para Nucci, essa questão é vista de forma similar, ponderando que: “Parece-nos que, nessa situação, o interesse na videoconferência é maior do ponto de vista do próprio réu, devendo ser respeitada a sua participação à distância.” (2014, p. 444).

Com relação ao inciso III, do parágrafo 2º, do art. 185, do Código de Processo Penal, tem-se a seguinte transcrição: “III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do artigo 217 deste Código”.

Essa hipótese é aberta e não traz fixação de parâmetros na lei. Nucci comenta que: “A influência no ânimo de testemunhas e vítimas é subjetiva e relativa.” (2014, p. 444). Por consequência, o magistrado deverá ter maior cautela no momento da escolha por essa alternativa. Nas palavras de Dimercian e Maluly, essa terceira hipótese é vista de forma similar:

A terceira hipótese prevista para o emprego da videoconferência busca a conveniência da instrução criminal, uma vez que a presença física do acusado perante a testemunha ou a vítima pode influir no teor das narrativas destas, que intimidadas podem omitir detalhes relevantes, mitigando a descrição dos fatos ou mesmo exasperando o ocorrido para agravar a acusação. Busca, assim, garantir a apuração da verdade real. (2012, p. 342).

Os autores buscaram explicar nesse trecho a possibilidade em que a presença física do réu possa causar algum constrangimento às vítimas e testemunhas, devendo o juiz optar pela videoconferência para resguardar a instrução criminal, uma vez que a presença do réu perante as vítimas ou testemunhas cause incômodo e desconforto, podendo influenciar na veracidade dos depoimentos das mesmas.

Por fim, a quarta hipótese, prevista no parágrafo 2º, traz a seguinte redação: “IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.” (artigo 185, 2ª, IV, CPP). Pelas palavras de Nucci, essa quarta hipótese: “trata-se de outra hipótese vaga, a demandar análise criteriosa e ponderada do magistrado.” (2014, p. 444).

Segundo Dimercian e Maluly (que também se referem a essa hipótese como vaga): “A lei não descreve quando ocorre esta situação, devendo, portanto, o magistrado

avaliar o caso concreto, para justificadamente reconhecer a sua existência e determinar o emprego da videoconferência.” (2012, p. 342).

Em uma primeira análise, seria difícil entender o que é essa questão de ordem pública e quais são os parâmetros que o magistrado tem para caracterizá-la. Mas a doutrina refere e preconiza questão de ordem pública como àquelas situações em que a repercussão do caso foi tão grande, que a presença do réu ao fórum possa vir a causar transtornos ao bom andamento do processo.

Nucci tenta explicar que: “A *ordem pública* equivale, sob certo aspecto, à segurança pública, pois se entende não haver tumulto, nem quebra da rotina na vida dos cidadãos, por conta da ocorrência de um crime.” (2014, p. 444).

Para deixar mais clara essa quarta hipótese, Távora e Alencar ponderam que questão de ordem pública é “[...] como quando a presença do réu ao interrogatório possa conturbar o bom andamento da comarca, com manifestações, e até mesmo risco a integridade física do imputado e dos presentes.” (2014, p. 563).

Esse tema da videoconferência está longe de ser pacífico na doutrina e nos tribunais. Existem, por óbvio, doutrinadores que refutam essa possibilidade. Outros, em sentido contrário, aprovam essa modalidade. Sob este prisma, cabe analisar alguns dos argumentos pró e contra o sistema de videoconferência.

Um dos principais argumentos levantados contra a videoconferência é “[...] que esse recurso tecnológico agrediria o direito de o acusado estar perante o juiz, isto é, o de sua presença real no interrogatório, pois estatui o artigo 185, *caput*, do CPP que o acusado comparecerá perante a autoridade judiciária.” (CAPEZ, 2011, p. 410).

Esse argumento, que vai contra o procedimento tecnológico, não encontra apenas respaldo no Código de Processo Penal, mas também na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Capez preconiza: “No mesmo sentido, prescreve a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no sentido de que toda pessoa detida deve ser conduzida à presença de um juiz.” (2011, p. 410).

Há de primeira banda rechaçar esse argumento por dois motivos: primeiro, porque a expressão “presença da autoridade” há de ser compreendida e interpretada conforme época atual, ou seja, o direito sofre, e sofreu inúmeras alterações em seu texto

legal. Há de se compreender que “[...] quando tais diplomas foram editados, respectivamente, nos idos de 1941 e 1969, nem sequer cogitava da existência do sistema de videoconferência.” (CAPEZ, 2011, p. 410).

O ideal, por óbvio, seria a presença física do acusado perante o juiz, “[...] mas o Direito não se encontra apenas no plano ideal, forjado na mente humana, sob ele há um pano de fundo concreto, que exige soluções concretas, viáveis.” (CAPEZ, 2011, p. 410).

Em segunda análise, pode-se argumentar que, por meio da videoconferência, as garantias do réu estariam suprimidas. Sob esse aspecto, Capez pondera: “Estar perante o juiz, dadas as condições da realidade, pode, uma vez garantidos os direitos dos acusados, como o fez a Lei, significar ser interrogado pelo sistema de videoconferência, sem que isso implique o aniquilamento desses direitos.” (2011, p. 410).

Sob esse argumento, Dimercian e Maluly ponderam:

[...] não há qualquer norma constitucional obrigando, e a legislação ordinária não o exige, a presença física, no mesmo ambiente, do réu na sala de audiências do fórum. Se o réu pode assistir a tudo o que está se passando na audiência, intervir e comunicar-se com o seu defensor reservadamente, para viabilizar a sua defesa técnica, ou mesmo com o próprio juiz de direito, não há limitação a suas garantias constitucionais. O acusado estará frente a frente com todos os sujeitos processuais. A sua comunicação com estes será em tempo real. (2012, p. 346).

Não há de se discordar da argumentação desse trecho, uma vez que todas as garantias do réu foram observadas pela Lei e, conseqüentemente, não há que se falar que as garantias do réu estariam suprimidas ou reduzidas. Em consonância, Capez complementa:

Além do que o avanço da tecnologia é tamanho que não haverá prejuízo aos presos, dada a qualidade do som e da imagem do sistema de videoconferência, trazendo ao juiz os mesmos subsídios que a presença física proporcionaria para a formação de sua convicção; e, o mais importante, as garantias individuais deles serão resguardadas por membros do Ministério Público, da Magistratura, pela Ordem dos Advogados do Brasil e demais pessoas envolvida nessa operação. (2011, p. 410).

Sob tais argumentos, não se pode dizer, pela visão do autor, que a videoconferência retira do réu as suas garantias individuais, uma vez que os agentes do processo estão ali para também fiscalizar e observar as regras pré-estabelecidas, principalmente com relação às garantias individuais dos acusados.

Outro argumento que vai contra ao uso da videoconferência é de que seu uso reduziria a garantia da autodefesa e que, em razão disso, pudesse acontecer algum tipo de tortura física ou psicológica ao réu.

Na visão de Capez, há redução das garantias de autodefesa do réu, “[...] pois não proporcionaria ao acusado a serenidade e segurança necessárias para delatar seus comparsas; e de que não haveria a garantia de proteção do acusado contra toda forma de coação ou tortura física ou psicológica.” (2011, p. 409).

Em que pese as críticas, no entanto, a Lei que introduziu o mecanismo da videoconferência teve a cautela e a preocupação com o acusado e resguardou, de forma expressa, os seus direitos perante o ato, como por exemplo, ao exigir a presença de um advogado no local em que se encontra recolhido e de onde prestará o interrogatório. Nessa perspectiva, Capez argumenta:

[...] prever o direito à entrevista prévia e reservada com o seu defensor; a presença de um defensor no presídio e um advogado na sala de audiências do fórum, os quais poderão comunicar-se por intermédio de um canal telefônico reservado; da mesma forma, o preso poderá comunicar-se pelo canal com o advogado presente no fórum, na medida em que é possível que este faça reperguntas ao réu. Além do que, assegurou-se sala reservada no estabelecimento prisional para a realização do ato, a qual será fiscalizada pelo Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, pelos corregedores e pelo juiz da causa, de forma a garantir a lisura do procedimento, bem como a publicidade do ato. (2011, p. 410).

Não se pode cogitar, depois de ter explanado todos os direitos assegurados ao réu, que foram introduzidas pela Lei, que o interrogatório por videoconferência ofenderia às garantias de autodefesa do réu (suprimindo ou até mesmo reduzindo garantias). Isso

porque há previsão expressa na Lei, não sendo passível de discricionariedade a obtenção ou concessão.

Com relação às salas reservadas no estabelecimento prisional, Dimercian e Maluly completam:

Prevê o CPP, também, a possibilidade de fiscalização da sala do presídio destinada à realização dos atos por videoconferência pelos juízes corregedores do estabelecimento prisional, pelos juízes da causa, como também pelo Ministério Público e pela OAB. (2012, p. 342).

Após levantar todos os argumentos contra ao sistema de videoconferência, percebe-se que “[...] na essência, nada mudou, já que o réu poderá valer-se de todos os seus direitos constitucionalmente assegurados, afastando-se qualquer posicionamento contrário à videoconferência.” (CAPEZ, 2011, p. 410).

Em sentido contrário, existem argumentos que são pró à utilização do sistema de interrogatório por videoconferência, aludindo inúmeras vantagens. Com relação ao principal argumento favorável à utilização desse mecanismo tecnológico, está a economia de gastos públicos com transportes de presos. Segundo Dimercian e Maluly “[...] representa uma economia para o erário público, que deixa de expedir ofícios, requisições etc., evita gastos com o transporte do acusado;” (2012, p. 343).

Nas palavras de Capez, essa questão se mostra de forma similar:

[...] deve-se pontuar que constitui um avanço incomparável na prática forense, impedindo que milhões de reais mensais com despesas de transporte sejam gastos, além da necessidade de um contingente significativo de policiais militares para a realização da escolta. (2011, p. 411).

Utilizando-se do sistema de interrogatório por videoconferência, não se tem a necessidade de condução, deslocamento do réu do presídio até o fórum em que prestará depoimento. Com isso, os gastos com condução, escolta, transporte, expedição de ofícios, requisições são reduzidos, representando uma economia bem significativa para o Estado.

Por outro viés, podem-se perceber mais benefícios a esse sistema tecnológico “[...] não interrompe a rotina do preso na cadeia; [...] e impede fugas.” (DIMERCIAN e MALULY, 2012, p. 343). Nesse mesmo sentido, Capez explana: “Sem falar no risco que sofrem os policiais e a população em geral com o perigo de fuga dos presos no trajeto até o fórum ou retorno ao presídio.” (2011, p. 411).

Por óbvio que o mais adequado a se fazer é não retirar o preso do local onde ele encontra-se segregado, por motivos inerentes a essa prática, como a possibilidade de fuga no trajeto de um lugar para o outro; e também para que não se altere a rotina dos presos, é possível evitar-se tais aspectos utilizando o interrogatório por videoconferência, que mantém a organização interna e externa dos segregados.

Por fim, tem-se a celeridade como argumento em benefício da videoconferência. No sistema processual atual, faz-se cada vez mais necessário e útil se ter atos concentrados e céleres, para que se tenha um cumprimento de expectativa relacionado com o prazo razoável que demanda cada ato. Segundo Capez:

[...] a utilização da videoconferência imprimirá maior agilidade ao processo penal, em consonância com o princípio da celeridade processual, expressamente acolhido pelo Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e a própria Magna Carta, em seu art. 5º, LXXVIII. (2011, p. 411).

Ao analisar as vantagens e desvantagens da adoção do sistema da videoconferência, pode-se perceber que, embora muito longe de ser pacificada a questão, caminha-se rumo à adoção desse sistema, por existir mais benefícios do que prejuízos pela sua utilização. Sob a mesma orientação, Capez leciona:

Nesse contexto, a edição da Lei não importou em flexibilização dos direitos e garantias individuais, mas em mera adaptação de um ato processual a um novo procedimento, o qual atende aos novos postulados da sociedade e do Poder Judiciário. (2011, p. 411).

Em uma análise ao §8º, do artigo 185, do Código de Processo Penal, verifica-se que o legislador previu: “[...] à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.” (artigo 185, §8º do CPP).

Como se pode extrair do texto, “Interessante notar que a Lei nº 11.900/2009 não se limitou a autorizar o emprego desses recursos tecnológicos apenas no ato do interrogatório [...]” (CAPEZ, 2011, p. 408), mas deixou aberto para outros atos processuais, como por exemplo, inquirição de testemunhas e tomada de declarações do ofendido.

O §3º, do artigo 222, do Código de Processo Penal, segundo CAPEZ, permite a utilização da videoconferência: “[...] na hipótese em que a testemunha morar fora da jurisdição, a sua oitiva poderá ser realizada por meio de videoconferência [...]” (2011, p. 408). Em relação a isso, Nucci defende o caráter de eventualidade dessa videoconferência. (2014, p. 548).

Consoante Silva e Freitas: “Na medida em que a videoconferência pode evitar a expedição de carta precatória ou rogatória, ela reforça a inderrogabilidade da jurisdição assim como os princípios do juiz natural e da identidade física do juiz.” (2012, p. 362).

Além da inderrogabilidade da jurisdição, Silva e Freitas apresentam outras características que possibilitam a videoconferência para oitiva de testemunhas e/ou vítimas residentes fora da comarca ou até mesmo do país:

Tudo que é dito é registrado (de modo fidedigno). Finalmente pode-se falar na fidelidade do registro (que é fundamental, sobretudo, para o momento recursal). Ela não afeta a qualidade da prova. A distância espacial não impede a presença física (remota) do réu na audiência. Não obstaculiza o diálogo. Todo ato é realizado perante a autoridade judiciária (não se viola o princípio do juiz natural nem a identidade física do juiz). (2012, p. 363).

Os autores enfatizam a questão da fidedignidade do depoimento tomado por videoconferência, uma vez que, para o processo, tem-se mais segurança no depoimento

colhido por videoconferência, uma vez que é real, iminente e direto entre as partes, do que se tivesse que traduzir, por exemplo, uma carta rogatória tomada no idioma estrangeiro e tenha sido traduzida para a língua oficial. Perde-se a fidedignidade daquele depoimento. Ainda, Silva e Freitas defendem:

A participação de todos se dá em tempo real. A distância só é espacial, não temporal. Nada é virtual (tudo é real e fisicamente visível). A tecnologia supera o distanciamento, aproxima temporalmente as pessoas e dá concretude a todas as garantias constitucionais. Nada se perde. Não se viola o princípio do devido processo legal, nem a ampla defesa e nem o contraditório. (2012, p. 363).

Não há como compararmos a fidedignidade de um depoimento tomado por carta precatória ou rogatória, que deverá ser reproduzido ou transcrito para o papel, do que esses mesmos depoimentos tomados de forma visível, clara, ultrapassando todas as barreiras espaciais que possam ter entre aquele que está depondo e aquele que está vendo e ouvindo simultaneamente seu depoimento. É como se o depoente pudesse estar presente, de certa forma, naquele processo por meio da videoconferência.

Passando, por fim, para a análise da última inovação trazida pela Lei, o artigo 222-A do Código de Processo Penal tem o seguinte conteúdo: “As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.” (artigo 222-A, *caput*, do CPP). O seu parágrafo único prescreve: “Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 222 deste Código.” (artigo 222-A, parágrafo único, do Código de Processo Penal).

Como assenta Capez: “[...] o artigo 222-A acrescentado pela Lei ao Diploma Processual Penal, dispõe que as cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.” (201, p. 409).

Antes da edição dessa Lei, “[...] por força de omissão legislativa, o sistema de videoconferência vinha sendo utilizado, ainda que sem lei federal disciplinando a matéria, o que foi objeto de diversos questionamentos.” (CAPEZ, 2011, p. 409). Foi justamente isso que a Lei nº 11.900/2009 veio regulamentar.

Ao fazer alusão à finalidade trazida pela nova lei, Capez comenta: “Com essa Lei, portanto, logrou-se legitimar o uso desse recurso tecnológico em nossa prática forense, suprindo o vício de ordem formal relacionado à competência para legislar sobre o tema.” (2011, p. 409).

Após a promulgação da Lei nº 11.900/2009, passou-se a ter a possibilidade de colher a prova testemunhal por meio da videoconferência, suprindo a necessidade de celeridade processual, fidedignidade dos depoimentos, entre outros argumentos já levantados no presente estudo.

Ao ter se analisado a conceituação do depoimento pessoal e sua consequente base legal, verifica-se que a relevante questão da tomada do depoimento do ofendido, após a Lei nº 11.900/2009, trouxe a possibilidade de se aplicar a videoconferência não somente aos interrogatórios dos réus, mas também para a colheita dos depoimentos das vítimas.

Tais abordagens darão fundamentação e base teórica para a análise crítica empreendida no terceiro capítulo. Ou seja, analisará um caso concreto sob as perspectivas levantadas nos dois capítulos iniciais.

4 VIDEOCONFERÊNCIA, FORMA PROCESSUAL E ANÁLISE CRÍTICA: TEORIA E PRÁTICA

A Lei nº 11.900/2009, que alterou o artigo 185 do Código de Processo Penal, abriu a possibilidade de se realizar o interrogatório por meio da videoconferência. Porém, essa mesma Lei trouxe inovações no tocante ao depoimento de testemunhas e do ofendido, pois há entendimento de que também poderão ser ouvidos por esse meio tecnológico, alterando, por consequência, o artigo 217 do Código de Processo Penal.

A análise da matéria será dividida em duas partes: a primeira irá trazer elementos de discussão sobre a videoconferência – metodologia *online*; a segunda se deterá em analisar um caso concreto.

Inicialmente, serão levantadas questões referentes ao meio tecnológico da videoconferência em si. Ou seja, argumentos que são contrários ao uso e argumento que são favoráveis a essa inovação, encerrando, dessa forma, a parte teórica e doutrinária.

Por fim, será invocado um caso concreto, ocorrido na Comarca de Passo Fundo. Sob a perspectiva da fundamentação teórica desenvolvida ao longo do trabalho, far-se-á a crítica pertinente, relacionando os temas e demonstrando a adequação e validade do procedimento adotado no caso concreto.

4.1 Argumentos desfavoráveis e favoráveis ao uso do meio tecnológico da videoconferência

Desde que foi promulgada a Lei nº 11.900/2009, surgiram muitas discussões sobre a sua validade, constitucionalidade e aplicabilidade. Segundo Jesus: “A possibilidade de realização de atos processuais pelo sistema de videoconferência sempre causou intensa polêmica na doutrina e na jurisprudência.” (2013, p. 205).

Diante das inúmeras críticas e argumentos levantados pela doutrina e jurisprudência, faz-se necessário, neste momento, analisar aquilo que é pertinente ao tema videoconferência, com um enfoque no sistema operacional.

Não há como falar do assunto videoconferência, sem que venha à tona o modo mais tradicional, que é o interrogatório do réu. As discussões doutrinárias predominantes giram em torno do “interrogatório”, por ele ser o “pano de fundo” do assunto. Mas a Lei nº 11.900/2009 ampliou a aplicabilidade e “[...] a audiência de interrogatório também engloba a inquirição do ofendido e das testemunhas. [...]”. (JESUS, 2013, p.205).

A crítica que se pode fazer à lei que introduziu o interrogatório por videoconferência, é que há uma lacuna que possibilita a interpretação de que se pode utilizar o método cibernético para ofendido e testemunhas, pois a lei não deixou clara a recepção ou a refutação dessa hipótese.

No tocante ao interrogatório pela videoconferência, os argumentos favoráveis e contrários a sua utilização já foram exauridos em momento oportuno, não sendo relevante analisá-los novamente. O que se mostra indispensável para esse espaço é a análise da possibilidade de extensão compreensiva da lei quanto às testemunhas e ofendido e, por consequência, as críticas e/ou incentivo que a doutrina faz ao seu uso.

Para que se possa realizar tal análise, mostra-se importante verificar as vantagens ou desvantagens do uso da videoconferência para a tomada de depoimento de testemunhas e ofendido e, diferentemente do enfoque dado ao interrogatório, agora se demonstrará como fundamental a análise dos métodos "cibernéticos" em si, ou seja, como essa tecnologia influencia ou não na tomada de depoimento das partes.

Uma das críticas mais comuns é que o resultado da utilização da videoconferência, como forma de tomada de depoimento, é a impessoalização. Ou seja, a perda do contato face a face do magistrado para com a parte (seja ela testemunha, ofendido ou réu).

Nessa perspectiva, o Ministro Carlos Britto (*apud* RANGEL) se posicionou contra o uso da videoconferência, por ter uma distância física entre o réu e o juiz: “O acesso à jurisdição é acesso ao juiz natural, que não é virtual” (2010, p. 572). Esse fragmento diz respeito ao réu, mas pode-se fazer uma compreensão extensiva e aplicar a mesma crítica para a tomada de depoimento de testemunhas e ofendido, uma vez que também se perde o contato físico nestas hipóteses.

Sobre tal ponto, o Presidente da OAB/SP Luiz Flávio Borges D’Urso (*apud* AQUINO, NALINI) posicionou-se desfavorável ao uso da videoconferência: “[...] sob o

fundamento que tal procedimento cercearia o princípio da imediação, de molde a impossibilitar o contato físico do julgador com o réu, circunstância de relevo para a formação da convicção do magistrado [...].” (2009, p. 240).

Dando suporte ao argumento da impessoalidade da videoconferência, Rangel complementa: “A virtualidade da videoconferência não pode substituir o contato físico do réu com seu juiz natural.” (2010, p. 575). Ou seja, utilizando esse meio tecnológico, o contato físico, presencial, perde-se em razão da virtualidade, o que caracterizaria uma perda considerável para o processo.

Aludiu o Ministro Cezar Peluso, relator do HC 88914/SP, D.J 14/08/2007: “[...] em termos de garantia individual, o virtual não vale como se real ou atual fosse, até porque a expressão ‘conduzida perante’ não contempla a possibilidade de interrogatório on line”. (BRASIL, 2014).

Ainda, sobre o posicionamento desfavorável ao meio tecnológico, por cercear o contato físico entre o magistrado e as partes, especialmente voltado ao réu, é a ideia de que: “[...] somente a presença física do juiz poderia garantir a liberdade de expressão do acusado em sua autodefesa.” (AQUINO e NALINI, 2009, p. 242). Da mesma forma, a interpretação pode ser ampliada e aplicada não somente ao réu, sob o entendimento de que fica clara a perda do contato físico entre o julgador e os sujeitos do processo.

Tendo por base o trecho acima, a perda do contato físico ou presencial gera consequências processuais para o réu, sendo causa para cerceamento de defesa, ou até mesmo “[...] afronta o devido processo legal e seus corolários princípios (ampla defesa, contraditório, publicidade, juiz natural).” (RANGEL, 2010, p. 575). Trata-se de tese com um embasamento puramente defensivo.

O que diferencia a interpretação do uso da videoconferência com relação à testemunha ou ofendido tende a trazer benefícios para a parte acusadora (Ministério Público), de modo que, com a sua utilização, a tomada de provas se dá em um ritmo mais célere, agilizando-se a fase instrutória, o que em algumas situações pode não ser benéfico para o réu (no caso de condenação).

Para os que apoiam a utilização da videoconferência, um dos argumentos é que se tem a celeridade processual, uma vez que a fase instrutória se conclui em um ritmo muito mais acelerado do que se tem no modo tradicional.

Buscaram-se novas tecnologias para facilitar, agilizar e operacionalizar os atos processuais, pois em determinadas situações a instrução probatória é tão extensa e complexa (na existência de inúmeras cartas precatórias, por exemplo) que acaba por escoar o prazo de pretensão punitiva do Estado, comprometendo a celeridade processual e causando, entre outras sensações, a disseminação da ideia de descrédito da função jurisdicional. Em outras palavras, o uso da tecnologia da videoconferência: “[...] para aqueles que o defendem, é uma maneira de agilizar, desburocratizar e trazer economia à Justiça.” (RANGEL, 2010, p. 581).

Nesse aspecto, o Deputado Federal Luiz Antonio Fleury (*apud* AQUINO, NALINI) ponderou: “Muitas vezes se dá a ultrapassagem do prazo legal para a conclusão da instrução, com o conseqüente relaxamento da prisão, difundindo a idéia de impunidade e contribuindo para o descrédito do Poder Judiciário.” (2009, p. 240).

Ainda, sobre o prisma da celeridade processual, se mostra útil à utilização da videoconferência: “[...] razão pela qual a adoção da tecnologia [...] é medida imperiosa e que se impõe, pois não só vai agilizar os processos, diminuindo sobremaneira o tempo do julgamento, como vai evitar os constantes transtornos.” (AQUINO E NALINI, 2009, p. 241).

Existem algumas posições doutrinárias que rechaçam o argumento da perda do contato físico entre o magistrado e as partes, sustentando que a videoconferência é um “[...] modo seguro de cumprir com os ditames da lei, sem correr riscos com eventual fuga dos segregados.” (AQUINO E NALINI, p. 239). Contrários a ideia da impessoalidade, AQUINO e NALINI, ponderam:

Nem se argumente que ferido estaria o princípio da imediação, conseqüente este que coloca frente a frente o preso com o magistrado, de molde que este tenha possibilidade de inferir suas reações, pois tendo em vista o avanço tecnológico a parafernália eletrônica empregada não se consubstanciaria em óbice para alcançar esse *desideratum*. (2009, p. 239).

Em sede de controle concentrado, em um julgamento do *Habeas Corpus* nº 90900/SP, a ministra Ellen Graicie se opôs ao reconhecimento da inconstitucionalidade e referiu que “o sistema de videoconferência é uma nova forma de contato direto, não necessariamente no mesmo local.” (AQUINO, NALINI; 2009, p. 242). Ainda, Aquino e Nalini ressaltam:

Além de não haver diminuição da possibilidade de se verificarem as características relativas à personalidade, condição sócio-econômica, estado psíquico do acusado, entre outros, por meio da videoconferência, é certo que há muita a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que reflete a ideia da ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado, para a realização do seu interrogatório. (2009. p. 242).

Percebe-se, nesse trecho, que fica demonstrada a desnecessidade do contato físico entre o magistrado e o acusado, pois já se tem em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de colher o interrogatório por meio da carta precatória ou rogatória, por exemplo, que também não possibilitam o contato físico entre as partes. Nem por isso são considerados atos nulos. Ao contrário, não há controvérsia de que são atos plenamente perfeitos.

Pode-se, por analogia, estender a explanação feita com relação às testemunhas e o ofendido, pois há possibilidade de colheita de seus depoimentos também a distância (carta precatória e/ou rogatória), não demonstrando nenhum tipo de vício ou nulidade a tomada de seus depoimentos por meio da videoconferência, pelo simples fato de não estarem as partes presentes fisicamente.

Outro argumento levantado pelos que não são favoráveis à videoconferência, é a possibilidade de se ocorrer problemas técnicos com o sistema. Quando se fala em “problemas técnicos” do sistema, não está apenas fazendo referência a possíveis falhas, perdas de arquivos ou na qualidade do som e da imagem, mas, principalmente, para aqueles que não aceitam a tecnologia. Esta argumentação está voltada à dificuldade de percepção dos detalhes daquele depoimento, ou seja, teme-se que o magistrado não consiga detectar algum tipo de abuso, incômodo ou constrangimento que o acusado possa sofrer no local onde está prestando o interrogatório.

Voltado a essa preocupação, Rangel assenta que: “No mínimo, o legislador pensa que esse vídeo será de qualidade digital HD MAX como telas das TVs modernas com TV a cabo. Ingenuidade.” (2010, p. 580). É de ressaltar que os equipamentos do sistema da videoconferência, por ser uma alteração legislativa muito recente, não estão implantados em todas as Comarcas.

Todavia, exige-se o cuidado para que os equipamentos de videoconferência sejam de tecnologia atualizada, não tendo qualquer tipo de falha, atraso, cortes no som e na imagem. Aquino e Nalini trazem: “[...] em razão do posicionamento das câmeras,

não há que se cogitar em impossibilidade do interrogado estar sendo ameaçado por quem que fosse, daí cai por terra qualquer argumento nesse sentido.” (2009, p. 239).

A possibilidade de falha técnica deve ser sanada com planejamento e preocupação com a qualidade dos equipamentos utilizados e, ainda, o treinamento dos envolvidos. Não há como se dizer que com a utilização desse sistema implantado nas Comarcas perde-se a fidedignidade dos depoimentos. Muito pelo contrário, as imagens, sons e cores poderão ser transmitidas com excelente qualidade, de forma que o magistrado tenha percepção perfeita do que está ocorrendo na outra sala, onde está se colhendo os depoimentos.

Após ter feito o estudo dos aspectos mais relevantes sobre a tecnologia da videoconferência, da existência de pontos de vista distintos entre eles e a consequente conceituação de cada um, cabe agora partir para o último aspecto a ser explanado nesse trabalho: a análise de um caso concreto.

4.2 Análise de caso sobre o formalismo processual e eficiência da norma jurídica

Após as explanações sobre o conteúdo dogmático, com o objetivo de dar embasamento teórico e doutrinário, neste momento será analisado um caso concreto, em que foi utilizado o sistema de videoconferência para a oitiva de uma vítima de crime de violência sexual, na Comarca de Passo Fundo.

Antes de tudo, é de extrema relevância deixar claro que não haverá menção dos nomes das partes envolvidas, nem de detalhes processuais que possam levar o leitor a identificar o caso em específico. Isso por que, trata-se de crime contra a liberdade sexual e, por consequência, sua tramitação ocorreu em segredo de justiça. Dessa forma, utilizar-se-ão nomes fictícios (sem qualquer correspondência real com os nomes verdadeiros).

Inclusive, não será mencionado o número do processo em primeiro grau, nem o número do acórdão em segundo grau, a fim de tomar o máximo de cautela no tocante à identidade das partes, por estar ainda com o prazo para eventual ação de revisão criminal. Assim, evita-se qualquer tipo de riscos ou eventuais problemas gerados pela exposição indevida das partes, bem como para evitar a configuração da quebra do sigilo judicial.

Será exposta, nesse exame, uma breve contextualização do caso, com o respectivo histórico, sem citar minuciosamente os detalhes, a fim de salvaguardar a identidade e intimidade dos envolvidos. Após, serão levantadas algumas inovações trazidas pela solução encontrada pelo magistrado que instruiu o processo. Por fim, será confrontada a forma encontrada para a resolução do fato específico com tratamento dado pela legislação, comparado ao que efetivamente se pode aplicar.

O presente trabalho de conclusão de curso teve como origem, motivação e engajamento teórico, decisão proferida pelo magistrado Doutor Mauricio Ramires, que, na época dos fatos, exercia suas funções na 1º Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo. Foi de grande realce a inovação, coragem e ousadia tomada pelo magistrado ao proferir àquela decisão, que se mostra de extrema relevância tornar público a solução encontrada, levando-a ao conhecimento para outras pessoas. Mais salutar, ainda, é analisar os fundamentos e “caminhos” técnicos que levaram o magistrado a essa decisão.

Em síntese, Ministério Público denunciou os investigados Pedro e José pela prática de: a) 1º fato - furtos qualificados de dois aparelhos de som pertencentes às vítimas A e B, com incurso no art. 155, *caput*, c/c o parágrafo 4º, incisos I e IV, na forma do art. 29, *caput*, duas vezes, ambos do Código Penal; b) 2º fato- roubo majorado de diversos bens pertencentes às vítimas Carla e Maria com incurso no art. 157, *caput*, c/c o parágrafo 2º, incisos I, II e V, na forma do art. 29, *caput*, ambos do Código Penal; c) 3º, 4º e 5º fatos - estupro praticado contra as vítimas Carla e Maria, incorrendo nas sanções do art. 213, *caput*, três vezes, do Código Penal.

O presente trabalho baseia-se no 2º fato (roubo majorado) e no 3º, 4º e 5º fatos (estupro). Com relação ao 1º fato (furtos qualificados) não houve nenhuma questão processual peculiar a ser analisada.

Ocorre que, poucos dias após os fatos, devido ao abalo moral, físico e psicológico sofrido pelas vítimas, ambas mudaram. A vítima Maria mudou-se para o Estado de São Paulo e a vítima Carla mudou-se para os Estados Unidos da América (onde já se encontrava, antes da ocorrência dos crimes).

Como todos os fatos levados ao conhecimento da autoridade policial, gerou-se um inquérito policial e, conseqüentemente, levado ao Ministério Público que ofereceu denúncia contra os réus. Após ser a denúncia recebida pelo magistrado e juntado aos autos as respectivas defesas técnicas dos réus, o processo estava pronto para instrução e julgamento.

Encontrou-se um problema na fase instrutória: o conflito entre a razoável duração do processo, já que os réus estavam presos cautelarmente, e a necessidade de se expedir carta rogatória para oitiva da vítima Carla nos Estados Unidos. Isso porque, demoraria um tempo inestimável para ser cumprida, acarretando um atraso dificilmente previsível para o trâmite do processo.

O depoimento que se buscava obter por meio da carta rogatória era de extrema importância processual, pois se tratava da vítima que sofreu a maior parte das agressões sexuais, não podendo o processo esperar tanto tempo para julgamento, isso por diversas razões.

Uma delas é porque se trata de crime sexual e a prova dos fatos se dá essencialmente pelo depoimento dos envolvidos na relação direta do crime. Ou seja, o crime sexual ocorreu entre a vítima e o réu, não podendo ser suprida a falta da vítima por outro meio probatório, mostrando-se indispensável a sua oitiva.

Outra razão é pela celeridade processual. As cartas rogatórias demoram para serem cumpridas e devolvidas ao juízo de origem. Isso acarretaria, sem sombra de dúvidas, atrasos e consequências processuais prejudiciais, tanto à defesa quanto ao Ministério Público.

As cartas rogatórias possuem trâmite complexo. Ou seja, teria que se passar por traduções do depoimento prestado, podendo acarretar a perda da fidedignidade e da clareza do relato da vítima. Além do mais, tem-se a questão do distanciamento de comunicação entre as partes, o que poderia prejudicar o exercício do contraditório.

Ademais, tratava-se de processo com réus presos cautelarmente, o que exige tramitação preferencial. Com a expedição da carta rogatória, essa regra seria de um completo imaginário.

Outra problemática era de que a Comarca de Passo Fundo não possuía (e continua não possuindo) o sistema de videoconferência implantado pelo Tribunal de Justiça. Todavia, no entendimento do magistrado que presidiu a instrução do processo, essa questão da falta de aparelhagem tecnológica não poderia se mostrar determinante para a não realização da audiência, uma vez que se demonstrava imperioso a colheita do depoimento pessoal da vítima Carla, com urgência.

O Ministério Público pediu para que a inquirição da vítima residente em território estrangeiro fosse realizada pelo método da videoconferência, na forma do artigo 222, §3º, do Código de Processo Penal. A defesa dos réus, por sua vez, concordou expressamente com a realização do ato por videoconferência.

Argumentou-se que a legislação processual não é clara no tocante à aplicabilidade da videoconferência nas cartas rogatórias, deixando espaço para interpretação extensiva. O artigo 222 do Código de Processo Penal:

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

O artigo 222-A, do Código de Processo Penal, prescreve:

Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

Parágrafo único. Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 222 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

O *caput* do artigo 222 do CPP trata da inquirição da “testemunha que morar fora da jurisdição do juiz”, sendo que o §3º, por sua vez, trata sobre a possibilidade de utilização da videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, como meio de inquirição de testemunhas que moram fora da jurisdição do juiz. Já o parágrafo único do artigo 222-A rege: “Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 222 deste Código.”.

Literalmente, pode-se pensar que o §3º do artigo 222 não incide quando a testemunha morar fora do território nacional, uma vez que são aplicáveis “às cartas rogatórias” apenas o §§1º e 2º.

A fim de solucionar todas essas questões de procedimentalidade e de obter um resultado prático eficiente, o magistrado Doutor Maurício Ramires exarou uma decisão, delimitando um roteiro procedimental para a realização do ato por meio de videoconferência.

Para isso, o juiz analisou a regra dos artigos 222 e 222-A, ambos do Código de Processo Penal, com uma perspectiva interpretativa e extensiva. O julgador foi buscar na própria legislação a autorização para aplicar ao caso concreto a possibilidade de inquirir a vítima Carla, residente no estrangeiro, pelo uso da videoconferência.

Para isso, referiu que o parágrafo único do artigo 222-A não faz menção ao §3º do artigo 222, simplesmente porque o §3º, ao contrário dos §§1º e 2º, não trata da expedição de carta, mas justamente de sua dispensa. No entendimento do magistrado, o §3º elege o método da videoconferência como forma de substituir a expedição de carta. Por isso, a norma do art. 222-A não mencionou as cartas rogatórias, porque, no caso de sua aplicação, carta não haverá.

O magistrado continuou explicando que os §§1º e 2º do art. 222 são dois dispositivos que regulam diretamente o procedimento de expedição de precatória, o que pressupõem mesmo a deprecação. Por isso, são aplicáveis também aos casos em que houver a expedição da missiva internacional, uma vez que se tem a mesma forma procedimental inerente ao outro tipo de carta.

O §1º do art. 222 diz que “A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal”; e o §2º desse mesmo artigo fala que “Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo o tempo, a precatória, uma vez será juntada aos autos”. Fica notória que a intenção do legislador, nesses dois parágrafos, foi regulamentar a forma como se procede a expedição da carta, ou seja, regulamentar a procedimentalidade, seja ela carta precatória ou rogatória.

O §3º do artigo 222 do Código de Processo Penal, na visão do magistrado, deve ser compreendido sobre outro viés. O §3º não disciplina a deprecação nem o rogo de depoimento, mas, ao inverso, possibilita uma alternativa às cartas. Podendo-se pensar que: a) ou depreca-se uma carta e segue-se respeitando o processamento elencado nos §§1º e 2º do art. 222, do CPP; b) ou faz-se a colheita do depoimento pelo método da videoconferência, suscitado no §3º do art. 222, do CPP, não importando o tipo de carta

escolhida. É por essa razão que o parágrafo único do art. 222-A não menciona o §3º do art. 222.

O magistrado conclui seu raciocínio dizendo que o §3º do art. 222 do CPP é aplicável à “testemunha que morar fora da jurisdição do juiz”, o que inclui, evidentemente, a testemunha que morar no exterior.

Percebe-se que a análise feita pelo magistrado foi fundada em interpretação extensiva, uma vez que, pelos dispositivos legais, podem-se tirar duas interpretações adversas entre si:

a) pela aplicação literal, não se aplica a videoconferência nas cartas rogatórias, pois o parágrafo único do artigo 222-A, do CPP, diz que apenas os §§1º e 2º do artigo 222 são aplicáveis às cartas rogatórias, excluindo o §3º do artigo 222 do CPP;

b) pela interpretação extensiva (defendida pelo magistrado), a razão pela qual o artigo 222-A em seu parágrafo único não menciona o §3º, do artigo 222, e menciona apenas os §§1º e 2º do artigo 222, é porque estes tratam de apenas do procedimento que a carta rogatória deverá seguir.

Ou seja, os §§1º e 2º disciplinam regras de procedimento que as cartas devem seguir, pois fala de impossibilidade de suspensão da instrução criminal, da devolução e do cumprimento da carta. Já o §3º mesmo artigo, rege sobre a possibilidade de videoconferência. Percebe-se que há, então, alternativas: ou depreca-se a carta e seguem-se os procedimentos previstos nos §§1º e 2º do artigo 222; ou faz-se o depoimento por videoconferência, sendo dispensada a procedimentalidade dos parágrafos anteriores.

Se houvesse menção do §3º do artigo 222 no parágrafo único do artigo 222-A, logicamente carta não haveria. Uma vez que as regras trazidas pelos §§ 1º e 2º são apenas para o caso em que não há videoconferência, mas sim que a colheita do depoimento será feito pelo modo tradicional de expedição de carta, seja ela precatória ou rogatória. Em outras palavras, o §3º, ao contrário dos §§1º e 2º, não trata de expedição de carta, mas justamente da sua dispensa.

Seguindo essa linha de raciocínio, o §3º do artigo 222 do CPP, aplica-se à “testemunha que morar fora da jurisdição do juiz”. Podendo ser aplicado, também, à testemunha que morar em território estrangeiro, uma vez que esta se encontra fora da jurisdição do juiz. Sendo então que o artigo tem sua aplicabilidade igualitária entre às cartas precatórias e rogatórias, em razão de que as testemunhas de ambas localizam-se fora da jurisdição do juiz.

Ainda no despacho do julgador, invocou-se o art. 5º, LXXVIII, da CF/88, prezando pela celeridade processual, uma vez que o processo se tratava de réus presos, tendo preferência na tramitação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Dessa forma, diante da fundamentação da decisão do magistrado, a qual seguiu uma linha de raciocínio bem clara (celeridade processual, sem deixar de observar as garantias e direitos assegurados dos réus), designou-se a colheita do depoimento da vítima Carla, residente em território internacional, pela videoconferência.

Existia, ainda, outra questão a ser resolvida pelo magistrado: a Comarca de Passo Fundo não possuía o sistema de videoconferência, que é implantado nas Varas pelo Tribunal de Justiça.

Ficava a dúvida de como se faria a realização de uma audiência criminal, com réus presos e, por consequência, a necessidade de se fazer o reconhecimento pessoal dos acusados. Também, havia preocupação com a preservação da integridade psicológica da vítima, que fora a mais afetada pelo crime, uma vez que foi violentada mais de uma vez pelo mesmo acusado. Por esses motivos, devia-se ter muita cautela e parcimônia na realização do ato instrutório.

O magistrado manifestou grande preocupação, pois não poderia dar nada errado durante a audiência, uma vez que o depoimento da vítima deveria ser transmitido com a maior perfeição possível.

Necessitava-se que o som fosse “limpo”, sem ruídos, atrasos ou atrapalho durante a inquirição. Precisava-se também, ter uma imagem muito bem visível, de alta qualidade na resolução, para evitar que a imagem ficasse desconfigurada, ou que fosse interrompida, ou até mesmo que as partes não pudessem ver com clareza as reações da vítima. Isso tudo foi pensado e planejado para que pudesse ter o máximo de elementos probatório, que depois interfeririam na convicção do magistrado.

A fim de resolver o problema da falta de aparelhagem tecnológica, o magistrado encontrou a solução na própria lei. Arguindo o §3º do art. 222, do CPP, que trata que o depoimento poderá ser tomado por videoconferência, “[...] ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real [...]”.

A resposta para o problema estava no próprio texto de lei. O magistrado entendeu que o legislador delegava outras opções ao aplicador do direito. O ato poderia ser realizado por meio da videoconferência ou, na falta desse, por outro meio tecnológico de

transmissão de sons e imagens em tempo real. Percebe-se que a lei não obrigou o uso da videoconferência, mas deu escolha aos aplicadores do direito entre recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Foi então que o juiz decidiu realizar a audiência para inquirir a vítima Carla, residente nos Estados Unidos da América, pelo programa *Skype*. O *Skype* permite a transmissão de vídeo e áudio em tempo real, proporcionando ao magistrado que gravasse as perguntas e respostas em áudio e vídeo, utilizando o sistema de gravação audiovisual (sistema rotineiramente utilizado nas audiências criminais), ficando os dados além de transcritos aos autos, armazenados em CD.

No dia 27/07/2012, a audiência foi realizada via *Skype*. Tomando os devidos cuidados, por exemplo, com a diferença de fuso horário entre o Brasil e os Estados Unidos da América; o sistema foi testado diversas vezes antes de se proceder a audiência marcada (testado áudio, a tela do computador onde seria visualizada a inquirição da vítima e outros detalhes). Teve-se toda uma preparação prévia, para que a audiência saísse perfeita e, ao final, o ato foi praticado conforme planejado, sendo que foram supridas todas as expectativas. Em síntese, a audiência foi bem sucedida.

Para o ato de reconhecimento, os réus foram levados à sala de audiências, sem seres vistos pela vítima, e foram alinhados junto com dois outros indivíduos (voluntários). Todos foram identificados por números (de 1 a 4). Depois, os quatro indivíduos foram focalizados pela câmera e a vítima pode visualizá-los (mas foi observado que os réus não pudessem ver a vítima pela tela de computador).

Após o reconhecimento pessoal foi gravado e a vítima pode reconhecer com segurança os autores do fato, identificando-os pelos respectivos números. Percebeu-se que não houve nenhuma diferença entre o reconhecimento pessoal realizado de forma presencial e o virtual. Uma vez que todas as formalidades legais para o ato foram respeitadas, podendo a vítima reconhecer com segurança os acusados. Não se gerou qualquer perda ou prejuízo processual pelo fato do reconhecimento pessoal ter sido feito por videoconferência.

Não obstante a essas peculiaridades processuais inerentes a esse caso, teve mais uma particularidade que surgiu no decorrer da inquirição da vítima Carla: a vítima manifestou interesse em prestar seu depoimento sem a presença dos réus na sala de audiência, pois manifestou constrangimento com a presença deles.

Acontece que o artigo 217 do Código de Processo Penal traz a seguinte redação: “Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou

sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor”.

Ao se fazer uma leitura desse artigo, percebe-se uma causa de excepcionalidade. Ou seja, parece surgir que a retirada dos réus da sala de audiências não seria possível quando o depoimento for tomado por videoconferência. Em outras palavras, a retirada dos réus da sala de audiência é possível quando há constrangimento da vítima, exceto se o depoimento for realizado por videoconferência.

Diante dessa situação, o magistrado arguiu o artigo 201, §6º, do Código de Processo Penal: “O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido [...]”.

O magistrado se deteve à regra do artigo 201, §6º, do Código de Processo Penal. E, para isso, fundamentou sua decisão no sentido de que se tratava de acusação de crime sexual, em que a exposição da intimidade e da vida privada da ofendida é inerente ao seu depoimento. Seria, neste caso, evidentemente compreensível que a ofendida sinta-se constrangida em relatar as agressões íntimas que teria sofrido na presença de seus agressores, a tal ponto que o constrangimento pudesse prejudicar a veracidade de seu depoimento.

Sobre a regra prevista no artigo 217 do Código de Processo Penal, o magistrado manifestou-se no sentido de que tal regra não faria sentido algum se fosse entendida como uma garantia apenas contra o constrangimento ocasionado pela presença “física” do réu, no mesmo recinto em que o ofendido, como se fosse uma proteção contra uma ameaça de agressão do acusado contra a vítima no momento da audiência. Na visão do magistrado, contra esse tipo de constrangimento (o físico) há outros modos de garantia, como a presença de escolta ou o uso excepcional das algemas.

Além disso, para o juiz Maurício Ramires, a ausência do acusado protege a vítima do constrangimento “moral”, que não é ocasionado por qualquer comportamento comissivo do réu no momento da audiência. O constrangimento “moral” é o abalo psicológico que a vítima de um suposto crime sexual sofre ao saber que seu agressor está vendo seu rosto e ouvindo suas palavras no momento em que relata ao Estado suas sevícias de cunho íntimo, ainda que através de uma tela.

Seguindo o raciocínio do magistrado, não obstante o texto do artigo 217 do Código de Processo Penal, a preocupação do Estado com a garantia, na medida do

possível, da tranquilidade e da paz de espírito da vítima, no momento de seu depoimento judicial, como corolário de seu direito constitucional à intimidade e à própria dignidade, aplica-se igualmente no caso da audiência por videoconferência, pois são esses os valores que justificam a ausência do réu na coleta presencial da prova.

Com relação à ampla defesa e o contraditório, o magistrado posicionou-se no sentido de que não ficaram esses direitos maculados, em razão do acompanhamento integral do ato pela defesa técnica e pelo fato de que o depoimento ficou, na íntegra, gravado e transcrito nos autos, podendo ser consultado pelos réus, inclusive antes de seus interrogatórios.

Defendeu o magistrado que, a rigor, não há diferenças no tocante ao trabalho da defesa ao se retirar o réu da sala de audiências, seja ela presencial ou por videoconferência, pois, nos dois modos de audiências, se estiver justificada a retirada do réu da sala, não acarretaria em cerceamento de defesa.

Ademais, o sistema adotado garante vantagem ao exercício da ampla defesa, em comparação à solução óbvia da expedição de carta rogatória. Em face de que, na videoconferência, mesmo sem a presença dos réus na sala de audiências, a defesa técnica tem a possibilidade de acompanhar diretamente e de modo simultâneo o ato, inclusive fazendo intervenções que acharem pertinentes, o que não ocorreria na audiência realizada por carta rogatória.

Dessa forma, o magistrado declarou a nulidade parcial sem redução de texto do artigo 217 do CPP. Ainda explicou que é uma forma de controle de constitucionalidade em que não se nega a vigência nem validade ao dispositivo normativo, nem mesmo há qualquer redução ou alteração na literalidade do texto legal. O que há é apenas uma expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação.

Dadas as circunstâncias do caso (por se tratar de crime sexual e a vítima manifesta constrangimento com a presença dos acusados), mesmo sendo inquirida à distância e por videoconferência, no entendimento do magistrado, a expressão “somente na impossibilidade dessa forma” (videoconferência) não pode ter aplicação.

Referente a essa decisão tomada pelo magistrado, em retirar os réus da sala de audiência durante o depoimento da vítima Carla, houve a concordância das respectivas defesas técnicas.

O que tornou esse fato tão peculiar e curioso, a ponto de servir como tema de um trabalho de conclusão de curso, foram as peculiaridades que o envolvem e,

consequentemente, as benesses processuais resultantes disso, de modo a efetivar-se pela ousadia e inovações trazidas pelo magistrado.

Seria, por óbvio, muito mais cômodo e fácil ao magistrado ter aplicado a esse caso o modo mais comum para a sua resolução, que seria a expedição da carta rogatória. Mas, em razão da sensibilidade, envolvimento e dedicação do magistrado, foi percebido que se tratava de um caso especial e que o processo necessitava de cuidado e tratamento diferenciado.

Isso, não só pelo fato de ter sido um crime de natureza grave, mas porque o magistrado sabia das consequências jurídicas que a tomada, ou não, de suas decisões causariam no processo. Um exemplo disso, era a possibilidade de arguição de nulidade por parte da defesa com relação ao modo como foi realizado o depoimento da vítima Carla, por ter sido uma decisão considerada inovadora.

Todavia, esse caso foi muito bem estruturado e pensado em cada ação tomada no processo, sempre levantando em consideração as possíveis consequências que causariam. Dessa forma, todas as inovações trazidas pelo magistrado foram muito bem fundamentadas, a fim de evitar nulidades e garantir às partes a fiscalização das decisões judiciais.

Esse processo teve recurso defensivo impetrado ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado pela 6ª Câmara Criminal. A tese defensiva que moveu o recurso não tem relação com as técnicas e decisões inovadoras (requereram a redução da pena). O recurso de apelação foi conhecido, entretanto foi negado provimento em decisão unânime.

A fim de demonstrar a celeridade processual obtida com a utilização do método da videoconferência, vão alguns dados temporais do processo: a denúncia foi recebida em 02/04/2012; a inquirição da vítima Carla foi realizada em 27/07/2012; a inquirição da vítima Maria foi realizada em 10/09/2012; o interrogatório dos acusados foi realizado em 31/10/2012; e a sentença prolatada em 28/12/2012.

Percebe-se que, entre a data do recebimento da denúncia e a data em que a vítima Carla foi ouvida por videoconferência, se passaram exatos três meses e vinte e cinco dias. Parece ilusório que se consiga ouvir uma vítima que reside em outro país, em pouco mais de três meses. Nota-se uma agilidade processual incomum para processos dessa complexidade.

Por sua vez, a vítima Maria (residente em São Paulo), ouvida por meio de carta precatória, demandou cinco meses e oito dias, mesmo com a tramitação preferencial.

Chega a ser irônico pensar que, para uma carta precatória ser cumprida dentro do território nacional, demore quase o dobro do período exigido para a oitiva vítima residente em território estrangeiro.

O tempo total de duração do processo, ou seja, da data em o Estado tomou ciência do fato ocorrido (data do recebimento da denúncia), até a data que se exerceu seu *jus puniendi* (data da prolação da sentença do magistrado), passaram-se oito meses e vinte e nove dias.

Após a contextualização do caso, na conclusão será feito um comparativo entre o que já foi estudado nessa pesquisa. Fazendo um paralelo de informações entre as doutrinas levantadas e o resultado do trabalho desenvolvido nos autos do processo criminal.

A conclusão confrontará o caso concreto com a posição doutrinária relativa a utilização da videoconferência. Conseqüentemente, ter-se-ão contrariedades e o papel da conclusão é justamente invocar essas contrariedades.

5 CONCLUSÃO

A possibilidade da realização da oitiva de testemunhas, informantes e o interrogatório por videoconferência pode contribuir para a celeridade processual, sem prejuízos para a instrução processo.

Com relação à forma como garantia, verificou-se que o rito previsto em lei serve como limitador do poder estatal, atuando, também, como garantia em benefício das partes, uma vez que permite o controle sobre a sequência de atos que compõem o processo, gerando segurança jurídica aos envolvidos na relação processual. Tal aspecto está intimamente ligado com a instrumentalidade do processo penal.

No processo em tramitação perante a 1ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo, a interpretação das normas processuais a partir de uma perspectiva instrumentalista, permitiu que a videoconferência fosse realizada, não obstante a ausência de um sistema específico para tanto.

As decisões judiciais estão exaustivamente fundamentadas, permitindo amplo controle das partes sobre as razões que levaram o magistrado a adotar a videoconferência.

Poder-se-ia argumentar que, no caso em tela, o magistrado não poderia ter autorizado a retirada dos réus da sala de audiências durante o depoimento da vítima (art. 217 do CPP).

Entretanto, inclusive essa questão foi confrontada pelo julgador. Argumentou que o constrangimento causado à vítima pela presença física dos acusados se demonstrava viável, subdividindo o constrangimento causado à vítima em “físico” e “moral”.

Ausente o constrangimento físico, a questão chave desse problema está no que o magistrado classificou como constrangimento “moral” (causado pelo transtorno e abalo psicológico que a presença do acusado causa na vítima).

No crime sexual, o abalo psicológico da vítima é tão expressivo que, pelo simples fato da vítima ter conhecimento de que os seus agressores estão ouvindo ou vendo a narração dos fatos, pode comprometer a veracidade de seu depoimento, mesmo que nesse caso seja por meio de um a tela de computador.

Dessa forma, conclui que, no caso concreto, o constrangimento moral é fundamento suficiente para compreender que não houve violação à forma processual pré-estabelecida. Não houve dos direitos e garantias dos réus, porque a defesa técnica

permaneceu em tempo integral controlando a produção da prova durante o depoimento por videoconferência.

Seguindo a lógica de que não houve violação de direitos inerentes aos sujeitos processuais, conclui-se, por consequência, que não ficou configurado prejuízo processual para as partes, uma vez que foram respeitados os direitos assegurados e os trâmites legais.

Com relação à inovação consistente na tomada do depoimento da vítima residente no exterior por videoconferência, as vantagens mitigam qualquer dúvida quanto a viabilidade da utilização da técnica para a coleta de provas. Diferentemente do que teria ocorrido se tomado o depoimento pelo método tradicional (carta rogatória), na videoconferência a defesa técnica pode ter acesso e influência direta e atual sobre o depoimento, exercendo dessa forma, o direito de defesa dos réus de modo intenso.

A hipótese da videoconferência com meio de prova é válida, pois a Lei nº 11.900/2009 trouxe a possibilidade do uso dessa tecnologia. Dessa forma, o caso em análise está em conformidade com a legislação.

Percebeu-se que os aspectos vantajosos prevaleceram sobre os desvantajosos. Isso porque, não houve a incidência de nenhuma desvantagem processual (falha técnica, ruído no áudio, atraso de transmissão, etc.). Mas o contrario é verdadeiro: há apenas resultados favoráveis (celeridade, clareza no depoimento, transmissão em tempo real sem interferências externas, etc.).

Ficou evidente que a fidedignidade do registro obtido pela videoconferência foi muito superior ao que se poderia obter com uma carta rogatória, que teria de passar por traduções, além de apresentar as dificuldades e o distanciamento da comunicação por escrito. Acrescentado a isso, o ato permitiu às partes o exercício direto do contraditório, com a participação imediata na audiência, o que seria evidentemente impossível no uso da carta.

Diante da realidade encontrada na era digital, é necessário que o legislador e os operadores do direito estejam atentos às novas tecnologias. Inobstante às resistências encontradas ao uso tecnológico, se faz imprescindível destacar os benefícios trazidos ao processo.

Não obstante a relutância de parte da doutrina em permitir a utilização dos novos meios tecnológicos ao processo, pautando-se em pensamentos e/ou argumentos clássicos, que de certa forma mostraram-se ultrapassados, é de extrema importância introduzir ao processo métodos que se mostrem eficientes e céleres para a solução do

conflito. De modo otimista, pode-se pensar que a solução para agilizar e “desafogar” o Poder Judiciário brasileiro seja através da utilização de mecanismos tecnológicos, frente aos tradicionalmente praticados.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* nº 88914/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Cezar Peluso. Sessão de 14/8/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489888>>. Acesso em: 10 out. 2014.
- CABRAL, Antonio Passos. **Nulidades no Processo Moderno**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FREITAS, Jayme Walmer de. **Coleção exame da OAB, Segunda fase, Área penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- JESUS, Damásio E. de. **Código de Processo Penal Anotado**. 26. ed. São Paulo: Srraiva, 2013.
- LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASSIF, Aramis. **Considerações sobre nulidades no processo penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Processo penal: procedimentos, nulidades e recursos.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SCHREIBER, Simone; AMARAL, Thiago do. **Coleção Roteiros Jurídicos, Vol. 1, Direito processual penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Marco Antônio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de Processo Penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal.** 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.