Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FERNANDO MARTINHO DE BARROS PENTEADO

Oralidade e sua caracterização no direito processual penal

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FERNANDO MARTINHO DE BARROS PENTEADO

Oralidade e sua caracterização no direito processual penal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

São Paulo

2019

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

FERNANDO MARTINHO DE BARROS PENTEADO

Oralidade e sua caracterização no direito processual penal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva (Orientador).
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Julgamento: _____Assinatura:_____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor(a) Doutor(a) _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Para meu pai Jonas e minha mãe Marilene (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, meu orientador, pela amizade e ensinamentos transmitidos ao longo dessa jornada de iniciação científica no Mestrado.

Aos Professores Doutores Roberto Ferreira Archanjo da Silva e Claudio José Langroiva Pereira, pelas pertinentes críticas e sugestões feitas durante a Banca de Pré-qualificação, todas aceitas e incorporadas ao presente trabalho e que muito auxiliaram a consecução do objetivo final.

A todos os colegas alunos da Pós-Graduação em Direito da PUC-SP com quem tive o prazer e a honra de conviver durante o período do Mestrado e que certamente muito contribuíram, direta ou indiretamente, pelos debates travados em aula e fora dela.

A Tatiana Rollo da Costa, pela ajuda, paciência e compreensão, sem as quais este trabalho não existiria.

RESUMO

Forma primária de manifestação entre pessoas, a comunicação pela via oral acompanhou o desenvolvimento humano e repercutiu igualmente na estruturação dos sistemas processuais. A oralidade serviu como uma das bases para a ruptura do modelo processual dos Estados absolutistas e contribuiu para formar o processo penal contemporâneo, exercendo influência em diversos ordenamentos jurídicos. No Brasil, essa permeação foi lenta e, com raras exceções, somente a partir da edição das Leis 11.690/08 e 11.719/08, percebeu-se maior vigor do legislador em prol da oralidade. Com a intenção de fomentar a discussão, o objetivo do presente estudo é contextualizar historicamente a oralidade e os motivos jurídicos e políticos que justificaram sua adoção no âmbito do processo como meio adequado para a reconstrução dos fatos em juízo e potencializador de garantias processuais, examinando-a criticamente tendo como referência o direito processual penal positivo brasileiro no período pós 2008. Nesse cenário, o presente trabalho inicialmente aborda as etapas evolutivas do processo penal visando situar a oralidade em sua dimensão histórica. Num momento posterior, a natureza como norma jurídica e as variadas acepções usadas da oralidade são examinadas. Em seguida, os delineamentos teóricos colhidos da doutrina nacional e estrangeira e também da jurisprudência dos Tribunais Internacionais são apresentados para formar um paradigma da oralidade aplicável ao processo penal. A partir da identificação desses parâmetros, a legislação processual penal brasileira é confrontada de modo a aferir sua compatibilidade com o processo oral. A conclusão obtida aponta que apesar das alterações realizadas em 2008, o coeficiente de oralidade no Código de Processo Penal de 2008 não é satisfatório e demanda complementação legislativa.

Palavras-chave: Oralidade. Imediação. Processo oral. Prova testemunhal. Procedimento penal. Identidade física.

ABSTRACT

On being the fundamental way of expression between people, oral communication has been keeping pace with human development also resonating in the structuring of procedural systems. Orality served as one of the basis for the rupture of the procedural model of absolutist States and contributed to the development of the contemporary criminal procedure, influencing several legal systems. In Brazil, this transposition was slow and, with rare exceptions, was only after the enactment of Laws 11,690/08 and 11,719/08 that one could notice a greater engagement of the legislator in favor of orality. The aim of this study is to contextualize the orality and the juridical and political reasons that would legitimate its adoption in the scope of the legal process, as a proper means for reconstruction of facts in court, thus optimizing procedural guarantees. Therefore, this investigation sought to make a critical analysis of this topic within the Brazilian criminal procedural law in the post-2008 period. In this scenario, the present work initially addresses the evolutionary stages of the criminal procedure with the purpose of positioning orality within its historical dimension. Then, nature as a legal norm and the various concepts of orality are examined. Subsequently the theoretical framework drawn from national and foreign doctrine and also from the jurisprudence of the International Courts are presented for shaping an orality paradigm that could be applicable to criminal proceedings. Based on the identification of these guidelines, the Brazilian criminal procedural law is confronted in order to assess its compatibility with the oral proceedings.The conclusion reveals that, despite the changes made in 2008, the orality coefficient in the Criminal Procedure Code of 2008 is not satisfactory and demands legislative complementation.

Keywords: Orality. Immediacy. Oral proceedings. Oral testimony. Criminal procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
AgR	Agravo Regimental
AP	Ação Penal
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
ARESP	Agravo em Recurso Especial
art.(s)	artigo(s)
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CF/88	Constituição Federal de 1988
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal (Dec-lei 2.848/40)
CPC-39	Código de Processo Civil de 1939 (Dec-lei 1.608/39)
CPC-73	Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/73)
CPC-15	Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15)
CPP	Código de Processo Penal (Dec-lei 3.689/41)
CPPN	Código de Processo Penal da Nação Argentina
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça eletrônico
ed.	edição
EDcl	Embargos de Declaração
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
HC	habeas corpus
inc.(s)	inciso(s)
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal (Espanha)
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar 35/79)
MC	medida cautelar
n.	número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
p.	página
par.	parágrafo
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
QO	Questão de Ordem
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso ordinário em mandado de segurança
RHC	Recurso ordinário em habeas corpus
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
STC	Sentença do Tribunal Constitucional (Espanha)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
v.	volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 12

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA ORALIDADE NA SOCIEDADE E NO DIREITO 16
2.1 Linguagem e civilização 16
2.2 Breve histórico da escrita 19
2.3 O antagonismo oralidade/escrita e a contemporaneidade 24
2.4 A importância da história na compreensão do fenômeno jurídico 26
2.5 O direito arcaico 28
2.6 O direito antigo 32
2.6.1 Os direitos cuneiformes 33
2.6.2 O direito egípcio 35
2.6.3 O direito grego 36
2.6.3.1 Noções introdutórias 36
2.6.3.2 Organização judicial 38
2.6.3.3 Ação e procedimento 41
2.6.4 O direito romano 43
2.6.4.1 O processo comicial 45
2.6.4.2 As *quaestiones perpetuae* 48
2.6.4.3 A *cognitio extra ordinem* 53
2.7 O processo penal germânico 55
2.8 O processo romano-canônico 63
2.8.1 Generalidades 63
2.8.2 Procedimento e características 65
2.8.3 Sistema das provas legais 67
2.8.4 O direito comum 71
2.8.5 A oralidade e o direito romano-canônico 74
2.8.6 A escrita no direito processual penal e civil 76
2.9 O processo contemporâneo 77
2.9.1 Panorama geral no direito processual penal 77
2.9.2 Resumo da legislação revolucionária e a influência da oralidade 79
2.9.3 Brevíssimas considerações sobre a oralidade no processo civil contemporâneo 85

3 ACEPÇÕES E NATUREZA JURÍDICA 87
3.1 Acepções da oralidade 87
3.1.1 Oralidade como forma do ato processual (oralidade em sentido estrito) 87
3.1.2 Oralidade como modelo de processo (oralidade em sentido amplo) 92
3.1.3 Oralidade forte e fraca 97
3.1.4 Oralidade como garantia no direito internacional dos direitos humanos 97
3.1.5 Oralidade e seus sentidos no ordenamento jurídico brasileiro 100
3.2 Natureza jurídica 102
3.2.1 Breves considerações sobre os princípios 103
3.2.1.1 Vertente constitucional 105
3.2.1.2 Vertente dos princípios gerais do direito 109
3.2.1.3 Vertente sistematizadora 112
3.2.2 Critérios de distinção 115
3.2.3 Oralidade como princípio 122
3.2.4 Oralidade como regra 126

3.2.5 Oralidade como critério (artigo 2° da Lei 9.099/95) 127
3.2.6 Oralidade como técnica (ou regra técnica) 128

4 MARCOS TEÓRICOS E CARACTERIZAÇÃO 132
4.1 Audiência: elemento chave da oralidade 132
4.2 Fundamento político 135
4.3 Fundamento racional 137
4.3.1 Compreensão cênica 140
4.4 Fundamento instrumental 142
4.4.1 Livre convencimento e melhor averiguação do fato 144
4.4.2 Contraditório 147
4.4.3 Celeridade 148
4.4.4 Publicidade e controle dos atos estatais 150
4.5 Os elementos da oralidade 153
4.5.1 Forma oral como condição de validade dos atos processuais 153
4.5.2 Imediação 158
4.5.2.1 Aspectos conceituais 158
4.5.2.2 A relação oralidade/imediação 164
4.5.2.3 Acepções e sentidos da imediação 166
4.5.2.3.1 Imediação em sentido formal e material 166
4.5.2.3.2 Imediação em sentido estrito e amplo 169
4.5.2.3.3 Outros sentidos 169
4.5.3 Identidade física 170
4.5.4 Concentração 172
4.5.5 Irrecorribilidade das interlocutórias 176
4.5.6 Poderes de direção do processo pelo juiz 178
4.6 A prática de “despachar” com o juiz 179
4.7 Oralização e incorporação por leitura 181
4.8 Oralidade e relativização 183
4.9 Oralidade e o segundo grau de jurisdição 188
4.9.1 Modelos recursais 188
4.9.2 O duplo grau de jurisdição como fator de restrição à oralidade 191
4.9.3 Imediação e o julgamento da apelação 198
4.9.4 A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos 201
4.9.5 A jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha 204
4.9.6 A gravação em suporte audiovisual da audiência de primeiro grau 211
4.10 Oralidade, paralinguagem e linguagem corporal 215
4.11 Os novos expedientes tecnológicos (processo eletrônico e videoconferência) 224

5 ORALIDADE NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA 228
5.1 Notas sobre a estrutura procedimental original do Código de Processo Penal 228
5.2 Os procedimentos ordinário e sumário pós-reforma de 2008 233
5.2.1 Depoimentos de testemunhas e interrogatório fora da sede do juízo da causa 236
5.2.2 A videoconferência 238
5.2.3 O uso de intérpretes e de tradutores em depoimentos 241
5.2.4 Depoimento prestado por escrito 243
5.2.5 Debates 245
5.2.6 Gravações em sistema audiovisual 246
5.2.7 A identidade física do juiz (artigo 399, § 2°) 250
5.2.7.1 Alcance da norma 250

5.2.7.2 Exceções à vinculação 257
5.2.7.3 O juiz natural e a identidade física 264
5.2.7.4 Aplicação da sanção penal 267
5.2.8 O artigo 155 do Código de Processo Penal e a oralidade 269
5.2.8.1 A leitura de depoimentos anteriores e o testemunho de ouvir dizer 278
5.2.9 A prova produzida perante juízo incompetente e a prova emprestada 283
5.2.10 A irrecorribilidade das decisões interlocutórias 290
5.3 O procedimento dos crimes dolosos contra a vida 291
5.3.1 Antes da reforma de 2008 291
5.3.2 Após a Lei n. 11.689/2008 292
5.4 O procedimento sumaríssimo (Lei n. 9.099/1995) 302
5.5 A oralidade e o segundo grau de jurisdição no direito brasileiro 304
5.5.1 Aspectos procedimentais 304
5.5.2 A imediação e o julgamento do recurso de apelação 310
5.5.3 As ações penais originárias 320
5.6 A Lei n. 12.694/2012 e os juízos colegiados de primeiro grau 321
5.7 A audiência de custódia 324

6 CONCLUSÃO 330

REFERÊNCIAS 339

1 INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a oralidade no direito processual penal brasileiro e a forma como se manifesta na legislação vigente.

Desde tempos imemoriais, o meio oral de comunicação, forma primária de interação entre pessoas, sempre esteve presente e marcou o desenvolvimento do conhecimento humano.

Mesmo depois do surgimento da comunicação escrita, a oralidade continuou a predominar nas relações humanas. No atual estágio civilizatório, não obstante a relevância da escrita, é impensável prescindir da comunicação oral.

No âmbito do direito, não é diferente. A comunicação oral sempre foi essencial na evolução dos sistemas jurídicos, particularmente no âmbito do direito processual penal.

A oralidade se funda na ideia de que a exteriorização do pensamento pela voz e mediante o contato direto e pessoal é o meio mais indicado para a comunicação entre os indivíduos, o que é válido também para o processo, em especial se tratando da atividade probatória envolvendo fontes pessoais.

Em grande parte, a oralidade permeia e se confunde com a própria evolução do direito processual. Os avanços e retrocessos que marcaram o desenvolvimento da ciência processual, em maior ou menor grau, sempre consideraram a oralidade, assim como o seu contraponto situado na escrita, que também exerceu forte influência.

No processo contemporâneo, sob a forma do processo oral (*juicio oral*), a oralidade foi uma das bandeiras representativas da ruptura do modelo de administração da justiça típico dos Estados Absolutos, agora sob a premissa da publicidade e do contato direto e oral do órgão julgador com o acusado e as testemunhas.

Em maior ou menor grau, essa nova moldura penetrou os países do sistema continental (*civil law*), dentre os quais o Brasil, o que não necessariamente significou o abandono do processo escrito de matriz inquisitória.

Exemplo disso pode ser visto no Código de Processo Penal de 1941, no qual se percebe um procedimento predominantemente escrito. O fato chama a atenção, pois na primeira metade do século XX, a oralidade foi objeto de acirradas discussões. O Código de Processo Civil é de 1939, e sua preferência pela oralidade é indiscutível, um dos frutos dessa tendência.

O momento histórico, contudo, não foi aproveitado para o direito processual penal e o debate legislativo de um diploma processual penal com ênfase na oralidade permaneceu dormente por várias décadas.

Ao contrário de outros países da América Latina, como Argentina e Chile, onde a importância da oralidade sempre foi clara na doutrina e vinculada a garantias processuais, na doutrina brasileira a abordagem da oralidade no processo penal ficou dependente do processo civil, limitando-se por vezes a uma breve rememoração do modelo proposto por Giuseppe Chiovenda na primeira metade do século XX.

Quando muito, a lembrança à oralidade era recorrente apenas quando tratado o tema de sistemas processuais (acusatório, inquisitório e misto), mas sempre de forma periférica e lateral.

Além disso, não raro se via uma tendência extremista ou fatalista, ora apregoando-se como solução para todos os males do processo, ora como um modelo cuja realização prática é de difícil consecução, quando não impossível.

Em meados da década de 1990, a Lei n. 9.099/95 tornou possível a retomada do debate da oralidade no processo penal. O diploma regulamentou os juizados especiais para o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo.

Ainda que em âmbito reduzido, a Lei n. 9.099/95 deu fôlego a esforços doutrinários específicos sobre a oralidade e, mais importante, preparou terreno para a reforma do Código de Processo Penal de 2008, materializada na edição das Leis 11.690/08 e 11.719/08, que reformulou consideravelmente a parte das provas e o procedimento comum, flertando com um modelo de cariz oral.

Nessa linha, o objetivo da pesquisa é analisar criticamente a oralidade introduzida no Código de Processo Penal após 2008, seu alcance e suas fragilidades, tendo como base os subsídios históricos e os marcos dogmáticos estabelecidos pela doutrina nacional e estrangeira.

Somente com a contextualização histórico-teórica dos motivos jurídicos e éticos que justificaram a oralidade através dos tempos é que se pode alcançar uma concepção racional do fenômeno e aferi-lo criticamente conforme os tempos atuais, afastando assim o viés polarizado e permeado por paixões ou preconceitos.

A proposta temática ora apresentada pretende contribuir para colmatar a aparente lacuna na doutrina nacional no estudo da oralidade, especificamente considerando o processo

após as reformas de 2008, o qual se entende ainda carente de estudos mais abrangentes e aprofundados.

Para compreensão adequada dessa perspectiva, o trabalho abordará no capítulo 2, logo após a Introdução, a oralidade e a escrita como meios de comunicação do ser humano ao longo de sua trajetória e a relevante contribuição desses instrumentos na vida social, cultural e política.

Também serão revisitados os aportes históricos relacionados ao desenvolvimento do direito processual, das sociedades arcaicas passando pela Antiguidade até a formação do que se entende por direito romano-canônico, chegando ao limiar da contemporaneidade no Iluminismo e na Revolução Francesa, momento de reformulação das bases da oralidade.

O estudo será centrado no direito de tradição continental (*civil law*), muito embora faça abordagens pontuais de institutos da *common law*, até porque a oralidade que tornou a permear o continente europeu no século XVIII foi influenciada diretamente pelo direito processual inglês.

No capítulo 3, os sentidos da expressão oralidade e sua natureza jurídica também serão investigados. Os múltiplos significados da oralidade e sua essência necessitam de decantação para que, em seguida, sejam estabelecidas suas bases teóricas.

As premissas conceituais da oralidade na contemporaneidade serão explicitadas no capítulo 4, incluindo as razões pelas quais um ordenamento jurídico (ainda) tem para adotá-la e seu respectivo valor intrínseco, sem prejuízo das finalidades pretendidas e da relação com outros institutos processuais.

Prosseguindo no exame teórico, os elementos que compõem o modelo oral de processo (imediação, concentração e identidade física), ou seja, o modo como a oralidade opera na realidade processual passará por um crivo individual.

O mesmo ocorrerá com outros pontos relevantes, como o julgamento em sede recursal de matéria fática oriunda de provas pessoais sem imediação, a linguagem corporal e os sinais não verbais emitidos pelo depoente durante a colheita da prova e sua utilização como elemento probatório passível de valoração pelo juiz.

No capítulo 5, uma vez fixadas as bases históricas e teóricas sobre a oralidade, proceder-se-á ao cotejo destas noções com a legislação processual penal brasileira pós 2008 a fim de averiguar sua compatibilidade com o modelo oral de processo.

O foco será nas alterações proporcionadas pela reforma processual penal de 2008 nas partes procedimental e probatória, mas abrangendo também as novas tecnologias de

comunicação, como o registro audiovisual como método de documentação de atos processuais praticados em audiência, assim como a videoconferência.

No mais, institutos recentes, como o julgamento colegiado em primeiro grau previsto na Lei 12.694/12 e as audiências de custódia (ou de apresentação) igualmente serão abordados.

Em suma, o presente estudo versa sobre a oralidade, ou mais especificamente, sua manifestação consubstanciada na formatação de um determinado modelo de processo (oral), cuja análise envolve sua evolução histórica, natureza jurídica, acepções e aspectos teóricos que o caracterizam, elementos esses que servirão de paradigma para a aferição crítica do modelo processual adotado pela legislação processual penal brasileira pós 2008 e o seu respectivo coeficiente de oralidade.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA ORALIDADE NA SOCIEDADE E NO DIREITO

2.1 Linguagem e civilização

O contraste entre oralidade e escrita, tão decantado na seara do direito processual, notadamente nos séculos XIX e XX, não é um fenômeno limitado ao âmbito jurídico.

Muito pelo contrário, a contraposição entre oralidade e escrita integra a história da humanidade, pois a comunicação é um produto do meio social e cultural e, acima de tudo, uma necessidade humana.

A sistematização da comunicação recebe o nome de linguagem. Por seu turno, linguagem constitui um meio de troca de informações, englobando expressões vocais e faciais, gestos, posturas, assobios, sinais de mão e escrita.[1]

A linguagem pode ser definida como um sistema de sinais sonoros (som), visuais (gráfico) ou gestuais capazes de permitir a comunicação entre os indivíduos. A linguagem oral compreende a fala (atividade que produz signos sonoros ou imagens auditivas), presumindo e valorizando a entonação e a mímica, e é facilitada pela situação concreta dos interlocutores.[2] Já a linguagem escrita é a representação visível da linguagem ou sua materialização por meios de sinais e sistemas gráficos correspondentes aos fonemas.

Em síntese, a linguagem pode ser entendida como o meio pelo qual se transmitem pensamentos complexos por símbolos arbitrários, normalmente expressões vocais gramaticais ou sua expressão gráfica numa sintaxe significativa.[3]

A linguagem humana guarda intrínseca relação com a sintaxe, regras que orientam o modo como palavras e elementos de frases e sentenças são conectados de modo a produzir sentido, pois sem ela não se pode conceber uma linguagem articulada.[4]

E a sintaxe só pode evoluir quando os humanos já tenham o desenvolvimento neural suficiente para processar determinado nível de informação e um aparato respiratório apto a controlar a respiração durante a fala. Esse processo de evolução neural e anatômica

---

[1] Walter Ong lembra que os seres humanos podem se comunicar de incontáveis maneiras, fazendo uso de todos os seus sentidos: tato, olfato, paladar e especialmente a visão e audição (ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 15).

[2] GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 16. O controle das mãos e da linguagem está intimamente ligado à fala humana e parece facilitar o processo cerebral que sustenta a capacidade linguística. Está presente para informar os ouvintes, mas também para permitir que o falante pense (FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 61).

[3] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 41.

[4] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 64-65.

teve início com o *homo erectus* há dois milhões de anos, completando-se quando do surgimento dos seres humanos modernos (*homo sapiens*), há 150.000 anos.[5]

Durante milhares de anos, a evolução da linguagem ocorreu simultaneamente com o cérebro e os órgãos da fala. O pensamento primitivo e as vocalizações evoluíram progressivamente para o pensamento sofisticado e a fala articulada.[6]

Sobre essa progressão rumo à fala, Steven Roger Fischer[7] traça a seguinte escala evolucionária, iniciando com o *australopithecus* e passando pelo *homo habilis*, *homo erectus* e *homo neanderthalensis* até chegar ao *homo sapiens*.

O *australopithecus* (4,1 milhões de anos), que era capaz de gestos e vocalizações como grunhidos, gritos agudos, suspiros etc. assemelhava-se muito ao *homo habilis* (2,4 milhões de anos), que tinha a capacidade de gestos, grunhidos e suspiros, mas não era anatomicamente capaz de articular a maior parte dos sons dos humanos, pois a laringe não havia descido.

Já ao *homo erectus* (2 milhões de anos) tem sido reconhecida certa capacidade de linguagem vocal, mas com expressões curtas e simples (incluindo proposições condicionais), pois as longas e complexas ainda eram anatomicamente impossíveis, pois o buraco na vértebra mais baixa através da qual passa a medula espinhal ainda era pequeno demais para que pudesse controlar a expiração.

O *homo sapiens* (300.000 anos) contava com processos mentais complexos, possivelmente com sentenças complexas, permitindo sociedades baseadas na fala. O *homo neanderthalensis* (300.000 a 30.000 anos) apresentava essas mesmas características, possivelmente formando sociedades baseadas na fala, muito embora essa espécie não tivesse a capacidade de pronunciar “a”, “i” e “u”. Finalmente, o *homo sapiens* moderno (150.000 anos) ostenta todas as características físicas necessárias para a fala conforme a conhecemos.

Há 50.000 anos havia certa indistinção entre as culturas dos *neanderthalensis* e dos *sapiens*, quando, então, novas tecnologias surgiram entre os últimos permitindo um salto evolucionário em relação aos *neanderthalensis*, que foram superados e extintos há aproximadamente 20.000 anos. Assim, os *sapiens* evoluíram em humanos modernos.[8]

---

[5] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 64-65.
[6] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 71.
[7] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 43-79.
[8] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 46; 49; 66; 70.

Estima-se que o pensamento humano moderno e o uso da linguagem falada conforme a conhecemos hoje foi alcançado pelo *homo sapiens* há 35.000 anos. Por outro lado, há 14.000 anos, o *homo sapiens*, única espécie de hominídeo que sobreviveu à evolução, já possuía milhares de línguas diferentes, agrupadas em centenas de famílias linguísticas, em diferentes pontos do globo terrestre.[9]

Já a escrita surgiu numa fase bem posterior. As plaquetas de barro de Uruk contendo listas de cereais e cabeças de gado são as formas de escrita mais antigas, datam de 6.000 a.C.[10]

Como se percebe, a escrita é relativamente recente considerando a vida em sociedade. Portanto, desde as fases mais rudimentares dos agrupamentos sociais e durante um largo período, os povos se desenvolveram e alcançaram complexidade na estrutura social sem o auxílio da escrita.

Nessas culturas de oralidade primária, os indivíduos se comunicavam e mantinham relações sociais exclusivamente pela fala, desenvolvendo-se e formando seu conteúdo cultural. O aprendizado se dava pela observação e pela prática, ouvindo, repetindo e fazendo o que lhes era dito e ensinado.[11]

Lembra Walter Ong[12] que a articulação pelo som é a forma mais natural, que dá proeminência ao sentido da audição e, por consequência, à fala. Onde houver pessoas, há uma inevitável tendência de se desenvolver uma linguagem, que pode ser ouvida e falada, por um sistema de som. Portanto, a linguagem possui uma base oral permanente.

Daniel Antoniotti ressalta que a fala espontânea representa, muito proximamente, o próprio processo de pensar, pois o modo de falar natural e imediato, "com suas formas descuidadas, seus recomeços e suas vacilações, permite ao ouvinte ter acesso direto a um pensamento não disfarçado".[13] Por sua vez, a escrita é a antítese da espontaneidade, impedindo a percepção sobre as vacilações, as pausas e outros trejeitos comuns ao ato de falar.

---

[9] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 72-73.

[10] HORCADES, Carlos M. **A evolução da escrita**. História ilustrada. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2004, p. 17. O autor menciona que os desenhos rupestres encontrados em cavernas pré-históricas não podem ser considerados formas de escrita, mas antes manifestações artísticas e mais emocionais do que o ato racional de criar sinais que representem ideias quando associados (HORCADES, Carlos M. **A evolução da escrita**. História ilustrada. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2004, p. 16).

[11] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 17.

[12] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 15.

[13] ANTONIOTTI, Daniel. **Oralidad y argumentación en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 37.

A oralidade, pois, é a forma de comunicação mais antiga estabelecida pelo homem e teve papel fundamental na formação da cultura e no desenvolvimento intelectivo ao longo da história.

Estima-se que tenham existido milhares de linguagens faladas pela humanidade, entretanto, pouco mais de uma centena delas desenvolveram um sistema de escrita. Das mais de 3000 línguas faladas atualmente, pouco menos de 80 possuem um sistema de escrita. Não há como saber quantas línguas desapareceram ou se fundiram com outras.[14]

Vale lembrar que mesmo atualmente remanescem sociedades ágrafas, como é o caso de diversas comunidades indígenas mantidas em reservas legais. Tais povos mantém uma sociedade primariamente oral, ou seja, sem contato com a escrita.

É inolvidável, por outro lado, que o aparecimento da escrita, igualmente fruto de um processo lento e que passou por diversas fases, rompeu as barreiras então existentes e abriu infindáveis possibilidades ao gênio humano.

A escrita foi uma das maiores invenções da humanidade, pois inaugurou uma nova forma de comunicação e sofisticou a produção do conhecimento, tornando mais fácil e seguro a guarda e a transferência desse conhecimento às futuras gerações.

Nas sociedades em que a escrita é difundida, os efeitos sobre a língua falada é profundo. A escrita preserva, nivela, padroniza, determina, enriquece a língua, gerando muitas outras implicações sociais, com o que se pode dizer que a sociedade atualmente conhecida não existiria sem a escrita. Todavia, ainda assim a escrita é a segunda capacidade mais importante, perdendo apenas para a aquisição da própria língua falada.[15]

E essa conclusão continua válida mesmo considerando o advento da era eletrônica, pois os modernos meios de comunicação contemporâneos constantemente recorrem à oralidade, ainda que de formas diversificadas e por ora incomuns.

2.2 Breve histórico da escrita

A importância da escrita é facilmente constatável ao perceber a divisão convencionada entre história e pré-história, ou seja, os períodos anterior e posterior à escrita.

Conforme observa Charles Higounet,

---

[14] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 15. Para Steven Roger Fischer, há 4000 línguas no mundo (FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 96).

[15] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 110.

> A escrita faz de tal modo parte de nossa civilização que poderia servir de definição dela própria. A história da humanidade se divide em duas imensas eras: antes e a partir da escrita. Talvez venha o dia de uma terceira era que será: depois da escrita. Vivemos os séculos da civilização escrita. Todas as nossas sociedades baseiam-se sobre o escrito. A lei escrita substituiu a lei oral, o contrato escrito substituiu a convenção verbal, a religião escrita se seguiu à tradição lendária. E, sobretudo, não existe história que não se funde sobre textos.[16]

O aparecimento da escrita revolucionou a comunicação entre os indivíduos. A necessidade de se obter um meio de expressão permanente e com possibilidade de sobreviver no tempo e no espaço foi força motriz no aparecimento da escrita.

A aquisição desse instrumental, isto é, de um conjunto de sinais com sentido pré-estabelecido por uma sociedade, foi uma caminhada gradual, não uniforme e vinculada diretamente às necessidades da vida em comunidade.[17]

Tendo como berço o Oriente Próximo, a escrita se disseminou lentamente pela Europa e pela Ásia.

As formas de escrita mais antigas datam de 6000 a.C, no caso, as plaquetas de barro de Uruk, com listas de cereais e cabeças de gado.[18] Contudo, para Walter Ong, os primeiros escritos verdadeiros, entendendo-se aqui a utilização corrente e apoiada em regras definidas, datam de 3500 a.C. e são encontrados entre os sumérios na Mesopotâmia, consubstanciando-se na escrita cuneiforme.[19]

Segundo Steven Roger Fischer, é possível que a escrita tenha surgido uma única vez em determinado local e posteriormente tenha sido imitada por outras sociedades. Aparentemente, em suas origens mais remotas, a escrita apareceu como melhoramento de um sistema de contagem e de classificação.[20]

Os novos métodos e técnicas de agricultura, assim como o incremento do comércio entre os povos e a necessidade de efetuar registros e controles de mercadorias,

---

[16] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 10.
[17] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 11.
[18] HORCADES, Carlos M. **A evolução da escrita**. História ilustrada. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2004, p. 17. Já Steven Roger Fischer alude a placas de argila encontradas na Mesopotâmia datadas de 8000 a.C. como as precursoras da escrita (FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 111).
[19] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 101. Por outro lado, ressalva Steven Roger Fischer que em sua grande maioria, os pesquisadores apontavam que a escrita teria surgido ao sul da Mesopotâmia; lembra, ainda, que indícios arqueológicos recentes apontam o aparecimento da escrita inicialmente na ampla faixa que vai do Egito até o Vale do Indo, influenciando povos vizinhos a criarem seus próprios sistemas (FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 107).
[20] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 108-109.

inequivocamente precipitaram o surgimento da escrita. Aos poucos, outras áreas do conhecimento humano foram impregnadas pela escrita, dentre elas o direito.[21]

Por outro lado, o acesso à escrita e sua utilização permaneceram restritos, pois somente sacerdotes, literatos e nobres tinham acesso a esse recurso, o que fez com que a comunicação oral permanecesse a forma mais frequente de comunicação.[22]

As dificuldades inerentes ao aprendizado e a escassa disseminação resultaram numa associação da escrita com um certo misticismo e veneração.

Além disso, os diversos materiais de suporte à escrita utilizados ao longo dos séculos (pedra, ardósia, tijolo, cerâmica, mármore, osso, folha de palmeira, couro, vidro, ferro, bronze e outros metais, papiro, pergaminho e papel) não eram necessariamente de fácil acesso, ao menos em quantidades adequadas, além do custo relativamente alto.

O papiro foi utilizado sobretudo na Antiguidade e sua fabricação era monopólio do Egito até o século VII. A matéria prima era o caule de um junco cultivado no Vale do Nilo, que formava um material pouco resistente, mas abandonado somente no século XI. Já o pergaminho teve uso principalmente na Idade Média (comum a partir do século IV e praticamente exclusivo do século IX ao XIII) e era feito a partir da pele de cordeiro, bode ou de veado novo, sendo resistente e liso. Por fim, o papel teve origem na China. Há registros de seu uso a partir do século II, tendo por base trapos de cânhamo e linho. Atualmente, os papéis são tecidos de fibras vegetais de diversas proveniências e fabricados em larga escala.[23]

---

[21] Entretanto, muito antes disso, os seres humanos já usavam "marcas semióticas" (*memory aides*) na forma de avisos, lembretes e sinais para comunicação com o intuito de preservar a memória, valendo-se de símbolos para tanto (entalhes em madeiras, arranjo de pedras etc.). Se tais "marcas semióticas" fossem consideradas como escrita, esta provavelmente seria quase tão antiga quanto a linguagem oral. Todavia, tais manifestações não têm o condão de caracterizar uma forma de escrita propriamente dita, que demanda não apenas lembretes e avisos, mas um sistema codificado de sinais visíveis onde é possível que o escritor determine as palavras exatas as quais o leitor extrairá do texto (controle da mensagem e do sentido do texto entre escritor e leitor). Por isso, estas marcas semióticas podem ser consideradas no máximo como antecedentes da escrita, mas não tiveram a importância e não reestruturaram a sociedade humana como ocorreu com a escrita (ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 101-103). Em sentido semelhante, Charles Higounet aponta variados meios primitivos de comunicação: tambor, gestos, pinturas rupestres, envio de objetos, cordas com nós, bastões com entalhes, alguns de inegável complexidade, pois utilizados para cálculos. Segundo o autor, estes esforços, existentes ainda hoje em certas sociedades, não podem ser tidos como escrita propriamente dita, pois esta depende de uma representação gráfica (HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 12).

[22] GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 16.

[23] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 17-18. Para o autor, o suporte da escrita exerceu influência no desenvolvimento da escrita. O uso do papiro modificou o traçado das letras nos antigos alfabetos semíticos. Na China, a descoberta do papel teve como consequência a transformação dos caracteres, cujo desenho se afastou dos objetos que eles representavam. Por seu turno, debate-se na escrita romana se a passagem do rolo de papiro ao caderno ou ao livro de pergaminho provocou ou não a grande metamorfose do século III. E ainda, os instrumentos usados para escrever também tiveram importância na variação das formas gráficas: cinzel, martelo, giz, carvão, estilete, pincel, estilo (haste de ferro ou de mármore), cálamo e pena de pássaro. Com a invenção da imprensa no século XV, esses instrumentos manuais foram em grande parte substituídos e uma nova fase evolutiva começou (HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 19-20).

A escrita guarda relação direta com a língua e os costumes da sociedade do período em que se dá sua utilização. Ajusta-se para alcançar objetivos específicos, acomodando e suprindo as novas e diferentes necessidades de uma determinada sociedade. E essa contínua mudança se reflete ainda hoje, bastando lembrar a adição de sinais externos e a expansão semântica de sinais antigos (%, @, etc.), já incorporados na escrita atual.[24]

A respeito das classes e tipos de escritas, Charles Higounet[25] argumenta que sob o aspecto evolutivo podem ser percebidas três etapas essenciais entre as escritas primitivas e a escrita ocidental atual, consubstanciadas nas escritas sintéticas, analíticas e fonéticas.

O estágio mais elementar é aquele em que um sinal ou grupo de sinais serve para sugerir uma frase ou as ideias contidas numa frase. São as chamadas escritas sintéticas.

O estágio seguinte foi a decomposição da frase em seus elementos, as palavras, onde cada sinal passou a servir para notar uma palavra, formando as chamadas escritas analíticas. Na escrita analítica, a leitura é sempre conjuntural, ainda que as representações permitam compreender o texto.

O último estágio foi a notação dos sons, mais precisamente a notação dos elementos fonéticos que constituem as palavras, dando origem às escritas fonéticas, que podem ser silábicas ou alfabéticas.[26] Na escrita fonética, os símbolos representam sons que podem ser decodificados, como o som da palavra "cavalo", que significa o animal.[27]

Das escritas alfabéticas, indicativos da origem do alfabeto são encontrados na escrita pseudo-hieróglifa das inscrições de Biblos (cidade do atual Líbano) e nos escritos de Ugarit, em Ras Shamra (norte da Síria). As inscrições de Biblos são datadas de 1500 a 1400 a.C. e gravadas em pedra ou bronze em número de dez ao todo. Apesar dos aspectos de sinais, não utilizam elementos ideográficos e sinalizam a passagem do sistema silábico para a escrita alfabética.[28]

Os escritos de Ugarit, datados de 1500 a.C., utilizam um alfabeto consonantal (cada sinal refere uma consoante ou um dos três sons vocálicos – *a*, *e* e *u* – combinado com o

---

[24] FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 109-110,

[25] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 11-14; 24.

[26] Existem diversas classificações das escritas. Dentre outras, há a pictográfica, que utiliza pictogramas ou ilustrações, onde uma figura símbolo representa um som falado que, por consequência, traduz o objeto representado, como por exemplo, o desenho de um cavalo significa o animal cavalo (FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p.108). Já a escrita ideográfica usa símbolos que representam ideias, coisas concretas, ações e abstrações (HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 40). Assim, a associação de duas ideias gera uma terceira, isto é, a relação signo-objeto: o símbolo que significa "dia" combinado com o símbolo "agora" resulta no símbolo que representa o "hoje" (HORCADES, Carlos M. **A evolução da escrita**. História ilustrada. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2004, p. 18).

[27] HORCADES, Carlos M. **A evolução da escrita**. História ilustrada. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2004, p. 18.

[28] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 60-62.

alef semítico). Tal escrita tem aspecto cuneiforme, mas seus desenhos são mais simples e o número de sinais reduzido (trinta), afastando-se de qualquer sistema de escrita analítica ou sintética.[29]

Para Charles Higounet, estas descobertas confirmam a invenção do alfabeto pelos fenícios, cuja escrita se difundiu amplamente a partir do de 1000 a.C.[30]

Os gregos foram influenciados pelo alfabeto fenício, que foi adaptado de forma gradual, formando o alfabeto grego aproximadamente no fim do segundo e início do primeiro milênio a.C.. A forma, ordem e nome das letras confirmam a derivação do alfabeto fenício.[31]

Os gregos fizeram a transformação de maior importância no alfabeto, já que desenvolveram um alfabeto completo com vogais, o que lhes deu ascendência sobre as demais culturas.[32]

Charles Higounet aponta aspecto semelhante do alfabeto grego:

> A importância do alfabeto grego é capital na história de nossa escrita e da civilização. Além de ter servido para notar a mais rica língua de cultura do mundo antigo e de ter transmitido a mensagem de um pensamento incomparável, ele foi também o intermediário ocidental entre o alfabeto semítico e o alfabeto latino, intermediário não apenas histórico, geográfico e político, mas estrutural, pois foram os gregos os primeiros a ter a ideia da notação integral e rigorosa das vogais.[33]

As escritas alfabéticas estão diretamente ligadas aos pictogramas antigos. Como visto, as escritas primitivas representam coisas, ideias etc. através de símbolos. Todavia, com o tempo, a relação de representação entre os símbolos e as coisas foi se perdendo e o símbolo passou a representar o som em si mesmo. Considerando a redução do som a uma forma visível, o alfabeto grego seria o mais adaptável de todos os sistemas de escrita em razão do

---

[29] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 64.

[30] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 66. Por sua vez, Steven Roger Fischer também faz referência aos escritos de Ugarit e de Biblos, mas menciona ainda um protoalfabeto datado de 1500 a.C., usado em Canaã como pictogramas. Para o autor, a escrita fenícia de Biblos teria durado de 1.300 a 1200 a.C., quando sucumbiu ao alfabeto de Canaã (FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 121).

[31] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 87. Raquel Souza assinala a existência de uma escrita mais antiga dos gregos: "A escrita dos gregos durante a civilização micênica foi a linear B, uma escrita silábica, utilizada para escrever uma forma arcaica do grego nos séculos 16 a 13 a.C., muito antes de os gregos terem inventado a escrita alfabética. Essa escrita foi decifrada somente em 1952 por Michael Ventris, um arquiteto inglês. Antes disso, achava-se que a escrita linear B não fosse grego. Depois da destruição da civilização micênica no século XIII a.C., os gregos ignoraram a arte da escrita durante séculos. A tradição grega data a adoção do alfabeto fonético a partir da primeira olimpíada, ou seja, em 776 a.C., data esta aceita pela maioria dos arqueólogos e historiadores" (SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 43). Ainda nesse sentido, Steven Roger Fischer também faz referência a uma escrita hieroglífica de Creta e suas simplificações estilizadas linear A e linear B, que teriam sido abandonadas nos últimos séculos do segundo milênio a.C. (FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009, p. 120).

[32] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 106.

[33] HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003, p. 87.

emprego de vogais, pois foi essa característica que o tornou o ancestral de todos os demais alfabetos modernos.[34]

2.3 O antagonismo oralidade/escrita e a contemporaneidade

Não raro a escrita é vista como possuidora de estrutura complexa, formal e abstrata, enquanto a fala teria estrutura simples (ou até ausente), informal, concreta e dependente do contexto. Tradicionalmente, a escrita é considerada como a verdadeira forma de linguagem.[35]

A tensão oralidade/escrita já era sentida na Antiguidade, quando Platão apresentou uma série de objeções à escrita: a) torna os homens mais esquecidos, pois não permite que exercitem a memória já que passam a depender de uma fonte externa; b) não implica necessariamente em sabedoria, pois apesar de possibilitar uma grande soma de informações, quem as receberá não necessariamente terá educação suficiente para compreendê-las, tornando assim um sábio imaginário; c) a escrita é inerte, pois apesar de alcançar e abranger todas as coisas, não permite que seja contestada e não pode ser interrogada, ao contrário do que ocorre no discurso oral onde é possível uma interação entre o orador e o ouvinte, pois quando uma pessoa é indagada para esclarecer o que está falando há possibilidade de uma pronta reação/explicação.[36]

A escrita incrementa exponencialmente o potencial de qualquer linguagem, pois amplia os sentidos das palavras conforme as necessidades do meio social, sem com isso excluir os significados originais.[37]

---

[34] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 107. Nesse sentido, lembra Carlos M. Horcades que a letra "H" se desenvolveu a partir do pictograma protocanaanita de uma cerca, colocada em duas posições (horizontal e vertical). Mais tarde, tomou a forma de um retângulo seccionado ao meio. No grego arcaico se tornou "H", sendo também adotado para o latim. E ainda, a letra "A" apareceu em inscrições proto-sinaicas, sendo inicialmente desenhada como a cabeça de um boi, cujo nome era provavelmente *alp*, que é uma palavra canaanita que corresponde ao hebreu *aluf*, que quer dizer boi. A forma da letra foi se modificando com o passar do tempo até atingir a última forma, no caso, "A", que foi aceita por todos e foi copiada pelos romanos. Por sua vez, a letra "O" se desenvolveu a partir da representação pictográfica de um olho na escrita protocanaanita e assim por diante em relação às demais letras (HORCADES, Carlos M. **A evolução da escrita**. História ilustrada. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2004, p. 21-22).

[35] FÁVERO, Leonor Lopes; ANDRADE, Maria Lúcia da Cunha Vitório de Oliveira; AQUINO, Zilda Gaspar de Oliveira. **Oralidade e escrita**. Perspectivas para o ensino de língua materna. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012, p. 11-12. Em uma postura igualmente crítica, Walter Ong lembra a persistente tendência de se atribuir à escrita a forma básica de pensar do ser humano (ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 15).

[36] PLATÃO. **Diálogos III**. Fedro (ou Do Belo), Eutífron (ou Da Religiosidade), Apologia de Sócrates, Críton (ou Do Dever), Fédon (ou Da Alma). Tradução, textos complementares e notas de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2015, p. 101-104. Curiosamente, tais objeções poderiam ser opostas também em relação ao aparecimento dos computadores e outros aparelhos eletrônicos (calculadoras etc.) frente aos livros.

[37] Walter Ong explica a expressão "grafoleto": "um grafoleto é uma língua transdialética formada por uma prática acentuada da escrita. Esta confere a um grafoleto um poder muito maior do que o possuído por um dialeto puramente oral. O grafoleto conhecido como inglês padrão coloca à disposição do usuário um vocabulário registrado de pelo menos um milhão e meio de

Contudo, isso não pode significar o desprezo à oralidade, tão necessária como a escrita para o desenvolvimento do pensamento humano. O discurso oral é a coluna de sustentação de toda a comunicação verbal, pois as palavras não são feitas de letras, mas de unidades funcionais de som (ou fonemas).[38]

Os textos escritos se relacionam direta ou indiretamente com o mundo do som, que é o habitat natural da linguagem. Ler um texto significa convertê-lo para o som, em voz alta ou na imaginação do leitor. Nesse sentido, a escrita nunca dispensará a oralidade.[39]

Sob uma perspectiva histórica e a partir da teoria do desenvolvimento, a fala é a condição primária, pois culturalmente as pessoas aprendem a falar antes de ler e escrever. Isso porque a comunicação oral é natural para o homem, já que salvo eventuais patologias fisiológicas ou psicológicas, todos aprendem a falar, mas nem todos aprendem a ler e escrever, o que corrobora o fato de que praticamente todas as culturas fazem uso da comunicação oral, mas não necessariamente da escrita, como nas sociedades ágrafas ainda existentes atualmente.[40]

Pode-se dizer, ainda, que a comunicação por sinais sonoros é mais rápida e intuitiva do que a comunicação escrita, pois as pessoas aprendem a se comunicar primeiro pela palavra falada do que pela escrita. Na palavra escrita é o sinal visível que faz o cérebro lembrar da correspondência com o sinal audível. Logo, há um processo de tradução desse sinal visível. Já no sinal sonoro não há essa etapa intermediária de decodificação, pois o homem usa o sinal audível para exteriorizar seu pensamento antes do sinal visível afeto à escrita.[41]

Na atualidade, a oralidade continua presente, seja em seu sentido tradicional, seja assumindo uma nova dimensão. O crescente avanço da tecnologia tem revelado uma nova face da oralidade. O telefone, rádio, televisão, aparelhos de som inauguraram o que se poderia chamar de era da segunda oralidade, potencializada com a popularização dos computadores pessoais, a internet e o aparelho celular.

---

palavras, das quais se conhecem não apenas os significados presentes, mas também centenas de milhares de significados passados. Um dialeto simplesmente oral terá comumente recursos de apenas alguns milhares de palavras, e seus usuários não terão virtualmente nenhum conhecimento da história semântica real de qualquer uma dessas palavras" (ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 16).

[38] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 13-14.

[39] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 16.

[40] FÁVERO, Leonor Lopes; ANDRADE, Maria Lúcia da Cunha Vitório de Oliveira; AQUINO, Zilda Gaspar de Oliveira. **Oralidade e escrita**. Perspectivas para o ensino de língua materna. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012, p. 13.

[41] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 152.

Essa nova era se baseia num forte sentimento de grupo e de comunidade (interatividade, conectividade, ausência de fronteiras, globalização), na ênfase no momento atual e presente (tempo real, *on line*) e no uso de fórmulas rápidas e imediatas.

Conforme argumenta Walter Ong, essa oralidade secundária possui notáveis semelhanças e diferenças com a oralidade tradicional (primária):

> A oralidade secundária é extraordinariamente semelhante à primária, e ao mesmo tempo notavelmente diferente dela. Como a oralidade primária, a secundária gerou um forte sentimento de grupo, pois ouvir as palavras faladas transforma os ouvintes em um grupo, um verdadeiro público, exatamente como a leitura de textos escritos ou impressos os transforma em indivíduos, faz com que eles se voltem para dentro de si. Porém, a oralidade secundária dá sentido a grupos incomensuravelmente mais amplos do que os da cultura oral primária – a "aldeia global" de McLuhan. Além disso, antes da escrita, os povos orais tinham um espírito de grupo, porque nenhuma alternativa viável se apresentara. Em nossa época de oralidade secundária, temos um espírito de grupo de modo autoconsciente e programático. O indivíduo sente que ele, como indivíduo, deve ser socialmente perceptivo. À diferença dos membros de uma cultura oral primária, voltados para o exterior porque são poucas as oportunidades para que se voltem para dentro de si, somos voltados para o exterior porque nos voltamos para nosso interior. De modo semelhante, onde a oralidade primária promove a espontaneidade porque a reflexão analítica efetuada pela escrita não está disponível, a oralidade secundária promove a espontaneidade porque, mediante a reflexão analítica, decidimos que a espontaneidade é benéfica.[42]

A incorporação dessas novas tecnologias relacionadas à segunda oralidade, como o processo digital, a videoconferência e a gravação de depoimentos e debates, tem conferido novo impulso à oralidade no campo processual.

2.4 A importância da história na compreensão do fenômeno jurídico

O acúmulo de conhecimento é vital para o processo de evolução. Desde sempre o ser humano se aproveitou de experiências passadas com a finalidade de progredir nas mais diversas áreas do conhecimento.

Nas palavras de Cláudio De Cicco, a história pode ser definida "como a ciência da reconstrução do passado cultural da civilização humana para melhor compreensão do presente."[43] Tem como objetivo estabelecer uma relação de causa e efeito entre os fatos que no passado contribuíram para as transformações da cultura humana.

O direito, como produto cultural em constante mutação e variável conforme o tempo e o espaço, igualmente se beneficia de uma análise retrospectiva. Na verdade, o estudo adequado de qualquer instituto jurídico passa pelo exame da história voltado à pesquisa das

---

[42] ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998, p. 155.
[43] DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15.

origens e finalidades, pois imprescindível apurar as concepções originais, desenvolvimento e forma de utilização ao longo da experiência jurídica.

Segundo José Henrique Pierangelli,

> A importância do estudo das nossas legislações pretéritas se revela não só para a compreensão de certos institutos, mas também porque o legislador, não é raro, recorre a essas legislações e à experiência vivida, para enfrentar os problemas sociais do momento. [...] É verdade que tais institutos redivivos assumem um novo colorido, roupagem nova, mas as suas raízes são encontráveis no seu conteúdo histórico.[44]

O Direito surgiu em decorrência de necessidades do ser humano e do meio social, político, econômico e cultural de determinada sociedade e, justamente por tal característica, não permanece estático, mas se transforma constantemente conforme as condições assim o exigirem.

Desta forma, "não há como desvinculá-lo da realidade histórica, pois é preciso saber como este direito foi, até ontem, para entendê-lo hoje, e melhorá-lo, amanhã."[45]

Essa circunstância evidentemente se aplica ao direito processual, pois como lembra J. M. Othon Sidou, "desde quando despontam as noções de direito, já aparecem de modo mais ou menos preciso as formas orientadoras do modo de fazer justiça."[46]

No mais, a natureza instrumental do direito processual sempre demostrou permeabilidade aos influxos sociais e políticos de cada época, o que também justifica o estudo retrospectivo.[47]

Por estas razões, mostra-se prudente a contextualização histórica da oralidade nos diversos sistemas processuais e sua respectiva evolução, pois assim pode ser melhor traçada sua influência e relevância nos tempos atuais.

Evidentemente que não se trata de revisitar todos os sistemas em seus pormenores, mas apenas delinear as principais características dos modelos que, segundo o entendimento corrente, contribuíram para formar o processo penal contemporâneo.

---

[44] PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**. Evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983, p. 12.
[45] AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 22.
[46] SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado**. Histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 20.
[47] Segundo Antonio Scarance Fernandes, "a história do processo penal é marcada por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, de afirmação e preservação de suas garantias. Essa diversidade de encaminhamentos são manifestações naturais da eterna busca de equilíbrio entre o ideal de segurança social e a imprescindibilidade de se resguardar o indivíduo em seus direitos fundamentais" (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 17). Semelhante é a lição de Mauro Cappelletti: "Cada sistema processual é, em realidade, o espelho fiel da concepção da vida, que prevalece em dado lugar e em dado momento da história dos povos!" (CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005, p. 426).

Para Mauro Cappelletti, “a única maneira válida de tratar essa questão está, a nosso juízo, em colocar a solução do problema do significado ou valor da ideia da oralidade a partir de uma análise histórico-comparativa, e não dogmática”. Isso porque seria insuficiente uma investigação teórica que se limitasse a obter um conceito de oralidade e analisasse sua correspondência (parcial ou total) com a realidade processual de determinado ordenamento jurídico.[48]

2.5 O direito arcaico

A distinção entre pré-história e história residente no conhecimento e utilização da escrita se aplica ao direito, pois como pontifica John Gillissen, “não se pode estudar a história do direito senão a partir da época em relação à qual se remontam os mais antigos documentos escritos conservados.”[49]

Percebem-se, pois, as dificuldades no estudo do direito arcaico, próprio dos povos sem escrita. A ausência de registros derivados da escrita dificulta sobremaneira a perquirição do direito então aplicado nas sociedades primitivas.

João Mendes de Almeida Jr. demonstra pessimismo ao abordar o tema: “fazer o histórico das instituições judiciárias e formas do processo criminal dos povos antigos seria um trabalho de consumir a saúde e a existência”.[50]

No entanto, ainda que escassos os registros, não se deve abandonar a análise dos aspectos desta fase do direito, muito embora deva haver prudência nas conclusões decorrentes do estudo desses tipos de sociedades.[51]

A formação de qualquer agrupamento social, por mais rudimentar que seja, demanda um conjunto de normas de convivência que materializam o elemento jurídico daquele grupo, evocando o brocardo *ubi societas, ibi jus*.

Admite-se, assim, mesmo nas sociedades simples, anteriores ao surgimento do Estado e da escrita, um conjunto de normas não escritas e de natureza consuetudinária que versavam sobre a convivência e o comportamento de seus integrantes.[52]

---

[48] CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 33.
[49] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 31.
[50] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 16.
[51] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 32.
[52] PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35. Por sua vez, os direitos arcaicos e o modo de vida das sociedades primitivas são abordados pela antropologia, que tem como objeto o estudo da cultura, termo

Em maior ou menor grau, o direito já tinha percorrido uma longa trajetória até que os povos primitivos adquirissem o conhecimento para a elaboração e o uso da escrita.[53]

No momento em que os povos entram na história, muitas das instituições públicas (organização dos grupos sociopolíticos) e civis (casamento, poder familiar, sucessão, contratos) já existem[54], o mesmo podendo se dizer do direito penal.

Segundo John Gilissen,[55] os direitos dos povos sem escrita ostentam as seguintes características: a) são direitos não escritos (as normas abstratas são ainda bastante limitadas); b) são numerosos, ou seja, cada comunidade possui seu próprio costume e tende a viver isolada e sobrevive de seus próprios recursos, não havendo contato com outras comunidades, salvo eventuais conflitos ou guerras; c) são direitos diversificados, podendo haver tanto diferenças relevantes como muitas semelhanças; d) trata-se de um direito impregnado de religiosidade, confundindo-se em grande parte a norma jurídica com a religiosa, ainda que não totalmente; e) são direitos em nascimento, não havendo uma distinção específica do que é jurídico e do que não é.

Ainda assim, trata-se de um direito que dispõe de meios para constranger os membros de modo a assegurar o respeito às normas e manter a coesão do grupo.

Nesse campo, o direito penal possui lugar de destaque. Segundo Mário Curtis Giordani, "quanto mais remontamos no tempo, tanto mais importante é o lugar reservado ao direito criminal: as primeiras leis são sobretudo códigos de penalidades."[56]

---

esse de difícil definição, podendo ser considerado como o conjunto de valores, costumes, práticas, crenças, instituições, atividades e interesses no âmbito social. A cultura distingue os homens dos outros animais, por isso se diz que os animais são seres naturais; os humanos, seres culturais. Discute-se quando teria surgido essa diferença, entendendo alguns que ocorreu, dentre diversas teorias, no momento em que o homem inventou uma norma que, quando transgredida, resultaria em alguma sanção ao transgressor, pois exigida pela comunidade. Para outros, a diferença foi estabelecida quando iniciada a comunicação por símbolos (ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Victor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 414-417).

[53] Para os romanos, a aquisição da escrita se deu entre os séculos VI e V a.C., já para os germanos apenas no século V d.C., e ainda, para certos povos da Austrália, da Amazônia e África Central, somente no século XIX e até mesmo no século XX d.C. Determinadas sociedades ainda hoje permanecem sem a escrita. O direito já existia entre tais povos antes da escrita, cuja complexidade é variável. Essa diferença entre sistemas jurídicos pode ser notada do estudo das comunidades ágrafas atuais, pois enquanto algumas ostentam um direito relativamente desenvolvido, mesmo se comparados com sociedades que dominam a escrita, outras são bastante rudimentares (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 31-33).

[54] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 31.

[55] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 35-37. O autor menciona ainda uma fase de pré-direito, na qual o grupo social se conforma com a tradição e adere a elas por receio da reprovação social e de forças sobrenaturais; já na fase de direito, haveria uma organização de um poder político capaz de assegurar a regulação social por meio de um aparelho jurídico capaz de normatização (prevenção e repressão). A superação da fase de pré-direito ocorreria quando da passagem do comportamento inconsciente de cumprimento das normas para o consciente, refletido e inteligente (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 35-37).

[56] GIORDANI, Mário Curtis. **História do direito penal entre os povos antigos do Oriente próximo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 2.

Tais povos eram formados por tribos ou clãs com escassa diferenciação de papéis sociais e reduzida noção de individualidade. Assim, o direito, visto como conjunto normativo voltado para a convivência de seus integrantes, somente podia ser apreendido através dos usos e costumes ancestrais, advindo sua observância do hábito e da reverência aos aspectos sacros.

É o que aponta Antônio Carlos Wolkmer:

> Certamente que ainda não se trata de um direito escrito, porém de um conjunto disperso de usos, práticas e costumes, reiterados por um longo período de tempo e publicamente aceitos. É a época do direito consuetudinário, largo período em que não se conheceu a invenção da escrita, em que uma casta era a responsável por conservar as tradições. O costume aparece como expressão da legalidade, de forma lenta e espontânea, instrumentalizada pela repetição de atos, usos e práticas. Por ser objeto de respeito e veneração, e ser assegurado por sanções sobrenaturais, dificilmente o homem primitivo questionava sua validez e sua aplicabilidade.[57]

Nas civilizações arcaicas, os fenômenos naturais que fugiam da normalidade do cotidiano não tinham explicação, por isso o homem primitivo atribuía tais acontecimentos a entidades e seres sobrenaturais, que influenciavam a vida da comunidade.[58]

Eram os chamados totens (um animal, um fenômeno da natureza ou uma planta etc.), que guardavam relação com uma família ou com toda a tribo. Os totens eram respeitados por todos aqueles que com eles se relacionavam e a violação poderia gerar graves castigos.[59]

Como expressão de uma religiosidade arcaica, o totemismo servia para estreitar os laços de determinado grupo. Plausível, assim, que as primeiras proibições e os castigos deles advindos tenham origem no descumprimento das relações totêmicas. Acreditava-se que a infração totêmica atrairia a ira da entidade desrespeitada sobre todo o grupo, razão pela qual os castigos eram ministrados ao infrator coletivamente com o intuito de desagravar o ente ofendido para que este não se vingasse e punisse toda a comunidade ou família.[60]

Quando a infração podia ser reparada e não ofendia as condições existenciais da sociedade, bastava uma sanção restitutiva. Porém, em infrações graves ou se o mal era irreparável, a punição do indivíduo era essencial, pois significava a destruição simbólica do crime.[61]

---

[57] WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 4.
[58] PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983, p. 118.
[59] PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983, p. 118. Com sentido semelhante, havia as violações do tabu.
[60] PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983, p. 119.
[61] BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 2. ed. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 69.

Dentre as penas estavam a perda da paz e a vingança de sangue. A primeira era aplicada contra membros da própria tribo e significava a exclusão da proteção totêmica e a consequente expulsão do grupo, deixando o indivíduo à mercê de inimigos (outros grupos), de animais selvagens e das intempéries.[62] Já a segunda sanção consubstanciava a retaliação corporal, normalmente a morte, e tinha caráter totalizador e não individualizado, podendo atingir os bens do infrator e até seus familiares. Era aplicada inicialmente a estrangeiros e posteriormente estendida aos integrantes do grupo.[63]

O caráter religioso do direito arcaico permitia que os chefes religiosos atuassem como intérpretes e executores das normas, pois quase sempre anunciavam ter recebido as leis de entidades divinas, fazendo com que o ilícito se confundisse com a quebra da tradição religiosa e o cumprimento do direito se desse pelo receio da vingança divina.[64]

Especificamente quanto ao processo penal, esses povos, por constituírem sociedades de natureza primariamente oral, invariavelmente se valiam do costume transmitido oralmente pelas gerações e marcado por revelações sagradas como forma de controle, não apenas no cotidiano, mas também na aplicação dos castigos, cuja execução era fortemente ritualizada.

As exteriorizações jurídicas nesse tipo de sociedade, incluindo as práticas processuais penais, estão relacionadas a procedimentos e solenidades no emprego da palavra falada.

---

[62] O clã era considerado uma unidade e qualquer violação que prejudicasse essa unitariedade, mormente aquelas ligadas aos aspectos religiosos, era vista como desagregadora. O estado anterior deveria ser restaurado mediante a exclusão do infrator da coletividade. Assim, em se tratando do direito penal dos povos arcaicos, costume, religião e opinião pública estavam intrinsecamente ligadas.

[63] PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983, p. 120. Aníbal Bruno acrescenta que vingança de sangue para indivíduos do mesmo grupo apareceu em momento posterior. Quando a vida em sociedade adquiriu maior complexidade e o número de grupos e subgrupos aumentou, multiplicando a prática de condutas indesejáveis, a infração passou a ser vista como uma agressão ao próprio grupo e a punição assumiu a forma de vingança social (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 2. ed. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 72). O autor esclarece que havia a vingança privada, mas esta não caracterizava uma sanção penal propriamente dita: "Fala-se comumente da vingança privada como de uma forma de reação que se tenha manifestado desde as origens, nos grupos mais primitivos. A vingança foi um fato geral entre as tribos, uma exercendo sobre outro ato vingativo contra ação agressiva a qualquer dos seus membros, ação agressiva real, de um membro de outra tribo, ou assim suposta de acordo com as ideias mágicas dominantes nos grupos arcaicos. Foi consequência da solidariedade entre os membros do mesmo clã, que é uma das forças de coesão e, portanto, de continuidade do grupo. Mas essa vingança é um ato de guerra, não uma pena" (BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. t.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 70).

[64] WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3. Para João Gualberto Garcez Ramos, o ato de punir tinha a essência de um ato coletivo, pois inexistia uma figura específica que exercesse a autoridade. As violações eram punidas não pela atuação de uma autoridade designada, mas pela autoridade do grupo todo ou de parte dele (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 28). Por seu turno, Manoel Pedro Pimentel refere que, muito embora o castigo fosse executado coletivamente, pois representava a reconciliação dos demais membros com a entidade então aviltada, os infratores eram punidos com sanções ditadas pelos encarregados do culto, que era o chefe religioso e normalmente acumulava a função de líder do grupo. Caso estes papéis fossem desempenhados por membros diversos (chefe religioso e chefe temporal), normalmente havia uma aliança entre ambos (PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983l, p. 119-120).

Para João Gualberto Garcez Ramos, o aperfeiçoamento do sistema primitivo caminhou na direção de criar instrumentos para preservar os grupos envolvidos nas contendas, quais sejam, a limitação da resposta penal (mínimo de proporcionalidade ao castigo obtida com a lei de talião) e a possibilidade de uma composição (compensação econômica ao grupo do ofendido para evitar o estado de guerra permanente). Essas limitações teriam provocado consequências no âmbito do processo penal, iniciando o paulatino aparecimento da autoridade incumbida da administração da justiça e de seu cerimonial, que mais tarde se materializaria na figura do juiz.[65]

2.6 O direito antigo

A transição das sociedades arcaicas para as primeiras civilizações da Antiguidade pode ser caracterizada por três fatores históricos: a) o surgimento das cidades; b) a invenção e domínio da escrita e; c) o advento do comércio.[66]

A origem da cidade, aqui compreendida como um lugar de satisfação do ser humano no plano coletivo, desvinculada de aspectos como sobrevivência, alimentação e proteção contra um ambiente hostil, situa-se no período paleolítico. [67]

O grau de complexidade adquirido em razão do caráter urbano (obras de engenharia e serviços disponibilizados) e comercial (transporte de gêneros pela via terrestre e marítima, postos de abastecimento, necessidade de arrecadação fiscal e uso de calendário etc.) passou a exigir um direito mais estável e abrangente do que costumes ou tradições religiosas, pois era necessário um conjunto de normas seguidas em toda a extensão do reino e que estipulassem algum tipo de tribunal ou juiz para resolver eventuais controvérsias.[68]

---

[65] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 29.

[66] PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

[67] PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13. Para o autor, a fundação das cidades é o passo seguinte numa escala evolutiva de organização social do homem onde inicialmente houve a superação da fase do nomadismo e o estabelecimento em aldeias, resultante da sedentarização no território, que passa a ser cultivado (período neolítico), prosseguindo-se no desenvolvimento que então ensejará as primeiras cidades (PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13).

[68] PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 22.

Por essas razões, a "transmissão oral da cultura começa a se tornar insuficiente para preservação da memória e identidade dos primeiros povos urbanos, que já possuem uma estrutura religiosa, política e econômica mais diferenciada."[69]

O aparecimento das cidades não significou o desaparecimento das aldeias e tribos. Na verdade, a organização dos Estados antigos floresceu em torno dos aparelhados centros urbanos (cidades) e do campo em sua volta (aldeias), onde ainda subsistiam sociedades tribais, clãs familiares que ocupavam a terra para a agricultura e o pastoreio.[70]

Na cidade há o conhecimento (escrita), o poder (exércitos e capacidade de arrecadar tributos), o controle das forças naturais (canais de irrigação, armazenando alimentos etc.) e a justiça real (presidida por um ancião ou conselho de pessoas sábias e respeitadas), mas poucos têm acesso a essa estrutura (restrita aos sacerdotes, conselheiros e militares). Já no campo, as comunidades vivem conforme as próprias regras, que aos poucos se submetem aos comandos das leis gerais da cidade, principalmente para a cobrança de tributos. A cidade, circundada pelo campo, é uma fortaleza militar que tem como base o templo e o palácio real.[71]

2.6.1 Os direitos cuneiformes

Dá-se o nome de direito cuneiforme ao conjunto de direitos dos povos do Oriente próximo que se valeram da escrita cuneiforme. Apesar da variedade étnica, as civilizações e o direito destes povos se assemelham em razão do compartilhamento da língua acadiana e da escrita cuneiforme, ou seja, com o emprego de cunhas.[72]

Não há propriamente um direito cuneiforme único, mas um conjunto de sistemas de períodos e regiões diferentes que apresentam certa unidade (Suméria, Acádia, Babilônia, Assíria etc.).[73]

Pelos registros históricos, as primeiras cidades surgiram na Mesopotâmia, região localizada entre os rios Tigre e Eufrates. Dentre as leis escritas dos povos desta região, destacam-se o Código de Ur-Nammu (2040 a.C.), as Leis de Eshunna (1930 a. C.), o Código

---

[69] PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14.
[70] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.
[71] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17-18.
[72] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 58.
[73] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 58.

de Lipit-Ishtar (1880 a.C.) e o Código de Hammurabi. Esse último levou o nome do rei da Babilônia que teria vivido entre 1726 a 1686 a.C.[74]

O direito penal constante no Código de Hammurabi repercute o sistema político, centralizado na pessoa do soberano. Na parte das sanções, além de enunciar a famosa lei de talião e preconizar a pena de morte em algumas situações, admite a composição mediante reparação em pecúnia.

É possível perceber a seriedade atribuída à administração da justiça e ao sistema de persecução penal no Código de Hammurabi. Constava desta codificação as condutas e as respectivas punições para o falso testemunho, corrupção de testemunhas, denunciação caluniosa e má condução do processo por juízes.[75]

Quanto aos aspectos processuais, de forma geral as ordenações jurídicas pré-romanas (sumérios, hebreus, assírios, hititas entre outros) tiveram um processo predominantemente oral. Havia indicativos de que mesmo dentre os povos que conheciam a escrita, o processo assumia a forma oral.[76]

Rodrigo Freitas Palma adverte que as normas processuais eram pouco desenvolvidas e aparentemente imperava a improvisação, muito embora seja lícito cogitar de regulamentação processual em alguns casos.[77]

Particularmente sobre a legislação suméria e babilônica, Edson Prata explica:

> Nela [legislação suméria] encontramos um sistema de composição dos litígios através de um arbitrador público, que procurava, antes de tudo, conciliar as partes. Compunha-se o litígio oralmente, no sentido comum deste vocábulo, com rapidez e concentração dos atos processuais, pois autor e réu eram obrigados a levar ao arbitrador público, duma só vez, todas as suas provas. Imperava o princípio da eventualidade. Na legislação babilônica deparamo-nos com este motivo bastante forte para que os julgadores preferissem o processo não escrito: o juiz que escrevesse uma sentença errada, estabelecendo pena, pagaria doze vezes a pena estabelecida, além de perder sua cadeira de juiz [...][78]

Segundo Mário Curtis Giordani, quando não obtido um acordo, as partes interessadas procuravam o juiz que, após examinar os dados da demanda, ouvia as razões e as

---

[74] PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49-53.
[75] Como lembra Jordi Nieva Fenoll, o Código de Hammurabi estipulou as primeiras "protonormas" sobre a prova legal, seja atribuindo valor à prova documental (§§ 150, 182 e 183), seja prevendo certo número de testemunhas para que um fato seja tido como provado (§§ 10, 11 e 13) (FENOLL, Jordi Nieva. Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidade. **Civil Procedure Review**, v. 3, n.1, p. 03-24, jan.-apr., 2012, p. 4).
[76] GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 18.
[77] PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48.
[78] PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

provas apresentadas pelas partes, seguindo-se a sentença ou a exigência, da parte do magistrado, de novas provas.[79]

2.6.2 O direito egípcio

O Egito foi uma das grandes civilizações da Antiguidade e obteve relevantes avanços em diversos campos do conhecimento, como a agricultura, a matemática, a astronomia e principalmente a arquitetura e a engenharia, bastando lembrar as pirâmides características da região.

A alta religiosidade dos egípcios refletia na estruturação do Estado, fazendo com que a classe dos sacerdotes paulatinamente estabelecesse um regime teocrático, no qual o rei ou faraó era apresentado como divindade encarnada.[80]

De acordo com John Gilissen, no Egito houve o primeiro sistema jurídico "individualista" pelo qual o indivíduo tinha relativas garantias contra o poder instituído e possuía liberdade para dispor de sua pessoa e de seus bens, semelhante ao visto em Roma em época posterior.[81]

No que tange à estrutura judiciária, o poder de julgar estava concentrado nas mãos dos sacerdotes. Havia um tribunal supremo incumbido de julgar crimes graves, enquanto nas províncias havia um juiz para os crimes menos importantes.[82] Havia também escalonamento em instâncias recursais.[83]

Segundo João Mendes de Almeida Jr., os egípcios tinham "mania de escrever". No tribunal supremo o processo era escrito (acusação, contestação, réplica, tréplica, confissões e depoimentos) e público (publicidade "muda e solene"), mas o julgamento era secreto. A cerimônia corria em silêncio e o vencedor da causa era tocado por um funcionário que segurava nas mãos a estatueta da justiça.[84]

---

[79] GIORDANI, Mário Curtis. **História do direito penal entre os povos antigos do Oriente próximo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 21-22.
[80] DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.
[81] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 54.
[82] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v.I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 16-17.
[83] SIDOU, J. M. Othon. **Os recursos processuais na história do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 13.
[84] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 17. Segundo o autor, somente no caso de processo e julgamento dos mortos a acusação e a defesa eram orais. Esse tipo de processo era destinado a examinar a conduta dos reis e autoridades no dia destinado a cerimônias fúnebres (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 17). John Gilissen também menciona o emprego da escrita no processo egípcio: "O processo é escrito, pelo menos parcialmente; junto de cada tribunal está instalada uma chancelaria, encarregada de conservação dos actos judiciários e dos registros de estado civil" (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 54). Segundo J. M. Othon Sidou, o comando do faraó, que tinha poder

Há quem reconheça ainda no direito egípcio o embrião do procedimento inquisitório em virtude da configuração política do governo (absoluto) e do domínio sacerdotal.[85]

2.6.3 O direito grego

2.6.3.1 Noções introdutórias

O sistema jurídico da Grécia Antiga ainda hoje serve como uma das principais fontes históricas dos direitos ocidentais.[86]

O direito grego se estabeleceu a partir da noção das *polis*, ou seja, das cidades-estados, cada qual com um direito próprio. Portanto, salvo no período de Alexandre Magno, não houve unidade política e jurídica na Grégia Antiga.[87]

Como fontes do direito grego podem ser citadas as obras de Homero, discursos da época clássica do direito ateniense (Demóstenes e Iseu), textos literários (Heródoto, Xenofonte etc.) e filosóficos (Platão, Aristóteles etc.) e fragmentos de discursos deixados pelos retóricos, além de dois documentos descobertos em Gortina e em Creta, anteriores ao apogeu helênico (Lei de Gortina e Lei de Dura), que datam aproximadamente dos séculos VI-V e IV a.C., respectivamente.[88]

---

absoluto sobre a administração da justiça, os tribunais eram compostos por sacerdotes que "julgavam por escrito, assegurando às partes produzirem uma memória e uma réplica, e os juízes decidiam secretamente" (SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado**. Histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 22).

[85] Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 39.

[86] John Gilissen argumenta que, conquanto grandes pensadores da ciência política e da filosofia na Antiguidade, os gregos não construíram uma verdadeira ciência do direito (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 73). Este entendimento é compartilhado por Luiz Carlos de Azevedo, para quem, apesar do desenvolvimento grego nas artes, filosofia e política que serviram de modelo para as demais civilizações, no direito a civilização helênica não se difundiu tão amplamente (AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 38). Contudo, José Reinaldo de Lima Lopes alude que se trata de uma meia verdade, pois foi a filosofia grega que permitiu uma reflexão sobre a liberdade, política e ética, o que acabou abrangendo a lei (quem faz, por que faz, como faz e como se muda a lei?). A positivação do direito, descartando-se a ideia de que as leis eram revelações dos Deuses, permitiu e exigiu uma reflexão sobre a natureza da lei e da justiça, o que foi transmitido para a posteridade. O deslocamento do centro da vida social da família para a cidade contribuiu para o surgimento de normas universais e não apenas a aplicação do costume e da prudência na resolução dos casos concretos (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 21-22). Noutro vértice, Alfredo Vélez-Mariconde ressalta que o ireito grego constitui a base daquele que se estabeleceu em Roma, no que se infere que a influência não pode ser menosprezada (MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 25).

[87] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 73.

[88] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 75.

Quanto ao direito grego antigo, tratava-se essencialmente de um direito retórico, fruto da clara preferência dos gregos em falar a escrever, o que é curioso, tendo em vista que foram os responsáveis por desenvolver a primeira escrita alfabética com vogais.[89]

Inexistia uma classe de juristas e não havia um treinamento ou o ensino do direito como técnica especial, já que se presumia que o direito deveria ser aprendido pela vivência e as leis deveriam integrar a educação de todo cidadão.[90]

Essa oralidade, inerente ao modo de vida grego,[91] invariavelmente penetrou o direito processual[92] trazendo consequências relevantes.

---

[89] SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 45. A autora conjectura que dentre as causas que podem ter contribuído para o obscurecimento do direito grego ao longo da história estão: a) a recusa em aceitar a profissionalização do direito e da figura do advogado que, quando existia, não podia receber pagamento; b) a de que o grego, por seu hábito e cultura, simplesmente preferia falar a escrever, daí a construção de anfiteatros destinados aos discursos e os escritos de Platão na forma de diálogos. Por outro lado, é certo que eventual dificuldade com a disponibilidade e o custo do material para a escrita podem ter concorrido para essa preferência (SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 44-45).

[90] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20-21.

[91] A despeito da relação dos gregos com a oralidade, há registros indicando que a escrita teve inegável importância. Rosalind Thomas investiga a relação das leis não escritas com as escritas (escrita monumental, ou seja, em pedra). Para a autora, no final do século V e a partir do século IV a.C., a ideia de que a escrita, e mais precisamente, a lei escrita, foi a base da democracia ateniense, encontra-se razoavelmente consolidada. As justificativas são inúmeras: pressão popular demandando que a lei costumeira deveria se estabilizar e se livrar da possibilidade de uma interpretação arbitrária pela aristocracia; b) tentativa de congelar e manter o sistema legal e político antes da eclosão de demandas revolucionárias que poderiam tirar ainda mais o poder das elites; c) simples consequência pelo fato de que a tradição oral se baseava na memória e estava enfraquecida. É certo que, não obstante, mesmo com as leis escritas, Atenas manteve uma relação de ambiguidade com as leis não escritas. Há indícios robustos de que as leis não escritas eram cantadas ou proferidas em versos. Numa sociedade que favorecia a arte, poesia e a música, nada mais natural do que a transmissão oral e performática das leis. Funcionários chamados de *mnemones* e *hieromnemones* atuaram na transição entre as leis não escritas e as leis escritas. Esses funcionários eram responsáveis por "lembrar" das leis orais, dos casos anteriormente julgados e da tradição religiosa ou secular (há registros nos séculos VII e V a.C.), fato esse que indica que as inscrições públicas (leis etc.) não eram tidas como suficientes para gerar o cumprimento das leis por si só. Na verdade, sinaliza que a passagem da oralidade para a escrita no âmbito das leis foi lenta e gradual, muitas vezes prevalecendo a regra oral, que servia como amparo para o cumprimento das leis escritas, razão pela qual os funcionários continuaram trabalhando no serviço de lembrar e relembrar as tradições e as leis orais até que a escrita efetivamente se introduzisse indiscriminadamente no meio social e alcançasse sua autonomia. O uso das primeiras leis escritas foi influenciado pelos costumes e pelas ideias já presentes nessa época (costumes e tradições passadas oralmente). A escrita não provocou uma mudança imediata, pois antes de suceder pura e simplesmente, a lei escrita suplementou a lei não escrita. Ainda que as cidades tenham pretendido reduzir a possibilidade de julgamentos arbitrários por meio de leis escritas, o direito costumeiro era aclamado como um direito justo, mesmo na época em que já existiam leis escritas. Aparentemente as antigas normas costumeiras permaneceram e concorreram em paralelo com o direito escrito. A escrita das leis em pedra (escrita monumental) servia não apenas para dar publicidade às leis, mas conferir maior importância e proteção divina. Somente posteriormente, com a difusão da escrita, é que a inscrição em monumentos adquiriu o caráter de atos públicos e elaborados de forma democrática (THOMAS, Rosalind. Written in stone? Liberty, equality, orality and the codification of law. **Bulletin of the Institute of Classical Studies**. University of London, v. 40, p. 59-74, dez.,1995. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.2041-5370.1995.tb00464. Acesso em: 10 jan. 2017). Para Raquel de Souza, "as inscrições públicas das primeiras leis não fortaleceram determinadas formas de governo, democrático, aristocrático, oligárquico ou tirânico, mas reduziram as contendas entre os membros da pólis e, aumentando o alcance e a eficiência do sistema judiciário, apoiava e fortalecia o grupo, não importando qual deles estivesse no controle da cidade" (SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 48). Por seu turno, José Reinaldo de Lima Lopes assevera que o grande propósito da lei escrita foi abolir a justiça familiar, fonte de sangrentos conflitos. Punha fim à solidariedade familiar e obrigava que os interessados se dirigissem aos tribunais para a solução das contendas (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27).

[92] Para J. M. Othon Sidou, na Grécia, "o direito processual foi dos ramos jurídicos o mais aprimorado, com base na lógica formal, sobretudo entre os atenienses" (SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado**. Histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23). Raquel de Souza lembra que as leis gregas distinguiam os aspectos processuais (meios e dos instrumentos pelos quais o fim deve ser atingido, regulando a conduta e as relações dos tribunais e dos litigantes) dos materiais (fim buscado pela justiça) (SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 51).

Em se tratando de julgamento público e oral, os discursos forenses se dirigiam a grandes grupos de pessoas, o que criou uma disputa entre a beleza e a verdade, ou melhor, entre o discurso belo e o discurso verdadeiro.[93]

Nesse ponto, assinala Luiz Carlos de Azevedo:

> Os discursos proferidos pelos exímios oradores durante o calor dos debates nos tribunais nem sempre estariam acompanhando, também, o originário espírito da lei; como a argumentação não se fazia para convencer juízes togados, mas jurados leigos, permitiam-se expedientes próprios da oratória, capazes de impressionar o público para o qual aquela se dirigia.[94]

Não raro os oradores tentavam impressionar os juízes, transformando o julgamento em verdadeiros teatros: trazendo familiares das partes, chorando, insultando um ao outro, explorando as paixões dos juízes (que eram leigos), contestando a própria legitimidade do tribunal caso não prolatasse decisão num determinado sentido.[95]

2.6.3.2 Organização judicial

No direito ateniense, o poder de julgar era exercido por vários tribunais com competências diversas, dando forma a um modelo complexo de organização judiciária.

As principais características eram a participação popular tanto no exercício da acusação como na jurisdição, além do julgamento público e oral.[96] Nota-se, assim, que o sistema judicial ateniense guardava consonância com a política vigente na cidade, ou seja, na política e na justiça, em regra, eram os cidadãos que definiam o destino da *polis*.[97]

Em outras palavras, as leis eram criadas pelos cidadãos, que se dispunham voluntariamente a elas se submeter. E da mesma forma que coletivamente instituíam tais leis, os cidadãos igualmente criavam as sentenças criminais, "normas concretas aplicáveis às

---

[93] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24.
[94] AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 39-40. Platão já havia percebido tal problemática no diálogo Fedro, no qual tece severas críticas à retórica quando utilizada sem amparo na justiça ou na verdade e apenas como meio de convencimento a qualquer custo, incluindo a prática ocorrida nos tribunais. Segundo Platão, aquele que pretende ser um bom orador não precisa conhecer o que é efetivamente justo, bom ou nobre, mas apenas o que parece justo à multidão que atuará como juiz. Logo, a persuasão nasce daquilo que parece ser verdadeiro, mas não da verdade, concluindo que nos tribunais ninguém se importa com a verdade, mas tão só com o que é convincente. Prossegue, afirmando que a autêntica arte do discursar depende necessariamente da apreensão da verdade, sendo que não diferenciar a ilusão da realidade, o justo do injusto, o bom do mau, é motivo para vergonha, ainda que a multidão aplauda em uníssono. (PLATÃO. **Diálogos III**. Fedro (ou Do Belo), Eutífron (ou Da Religiosidade), Apologia de Sócrates, Críton (ou Do Dever), Fédon (ou Da Alma). Tradução, textos complementares e notas de Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2015, p. 78; 80-107).
[95] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 73. Para o autor, o único tribunal que não admitia essa postura era o Areópago, pois formado de magistrados e não juízes populares, com preparo intelectual para não se deixar influenciar por tais posturas (p. 74).
[96] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 25.
[97] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37; 43.

situações em que o conflito é mais intenso entre a conduta individual e os interesses da comunidade".[98]

A estrutura judiciária criminal pode ser resumida em quatro tribunais: Areópago, Assembleia do Povo, *Efetas* e Heliastas.[99]

O Areópago, mais antigo e célebre tribunal de Atenas, foi instituído inicialmente como tribunal aristocrático com amplos poderes, funcionando tanto na condição de corte de justiça como de conselho político. Com as reformas de Clístenes e Efialtes, perdeu várias atribuições e passou a ter apenas função judicial.[100]

Possuía ampla competência voltada aos crimes mais graves, que foi reduzida após a criação do Tribunal dos Heliastas, mantendo-a para os homicídios premeditados, envenenamento, incêndios e alguns crimes puníveis com a morte.[101] Funcionava com um número indeterminado de juízes, mas que nunca passava de 51 membros.[102]

Segundo João Gualberto Garcez Ramos, no procedimento perante o Aerópago foi introduzido o recurso cênico, utilizado conscientemente pelo órgão judicial e com a finalidade de evitar "o uso da oratória vazia e da mistificação". Consubstanciado na dedução solene e teatral da acusação e na realização de sessões noturnas, esse expediente pretendia estabelecer um controle sobre a danosa retórica sofista, demandando comedimento aos litigantes.[103]

A Assembleia do Povo reunia o pleno poder de julgar e era depositária do poder soberano, mas raramente o exercia diretamente, limitando-se a determinar a persecução pelo Tribunal dos Heliastas ou outra corte.[104]

Só julgava delitos políticos muito graves e não estava submetida à formalidade alguma. O acusado não tinha garantias, o que se justificava pela gravidade da infração.[105] Em

---

[98] ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos Estados Unidos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, edição comemorativa, v. 1, n. 1, 2015, p. 1.720.

[99] Mauro Fonseca Andrade menciona ainda o Tribunal dos Onze, encarregado de fiscalizar as prisões e as execuções de penas de morte (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 66).

[100] SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 62.

[101] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 22; MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 251.

[102] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 22.

[103] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 39-40.

[104] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 251.

[105] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 26. Para João Mendes de Almeida Júnior, a intervenção ocorria apenas nas acusações mais graves de crimes políticos (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 22).

tese, era composta de todos os cidadãos com direitos políticos, excluindo-se os menores, as mulheres, os estrangeiros e os escravos.[106]

Por sua vez, o Tribunal dos *Efetas* julgava homicídios culposos ou não premeditados.[107]

A respeito da composição desse tribunal, Raquel de Souza avalia:

> O tribunal dos Efetas era composto de quatro tribunais especiais: o Pritaneu, o Paládio, o Delfínio e o Freátis. Estes tribunais eram compostos de 51 pessoas com mais de 50 anos e designadas por sorteio. O Areópago enviava a esses tribunais os casos de homicídio involuntário ou desculpáveis (como legítima defesa, por exemplo), conforme a diferenciação estabelecida desde os tempos de Drácon.[108]

O Tribunal dos Heliastas, também chamado de *Helion*, *Heliaia* ou *Heliéia*, funcionava em praça pública e à luz do sol. Composto de um número variável de cidadãos com mais de trinta anos chamados de heliastas (500 a 6000, quando todas as seções se reuniam), exercia a jurisdição comum em matéria penal, ressalvadas as competências dos demais tribunais. Os juízes eram cidadãos sorteados que se dividiam em 10 seções, que podiam funcionar juntas ou separadas, conforme a importância das causas.[109]

Em seus julgamentos havia o emprego da oralidade, da publicidade, da imediação e da concentração, com admissão do uso da retórica pelas partes e seus representantes.[110]

---

[106] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 37. Para Raquel de Souza, a Assembleia do Povo era composta de todos os cidadãos acima de 20 anos e com direitos políticos e tinha atribuições legislativas, executivas e judiciárias. Era responsável pelas relações exteriores, exercício do poder legislativo, a parte política do poder judiciário e o controle do poder executivo, incluindo a nomeação e a fiscalização dos magistrados (SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 60).

[107] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 251; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 22; MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 26. Conforme Raquel de Souza, as seções de julgamento eram conhecidas como *dikasterias*, de onde resulta nome *dikasta* para os jurados (SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 63).

[108] SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 62. Ainda, João Gualberto Garcez Ramos esclarece que, na verdade, a competência dos *Efetas* não se limitava apenas aos homicídios involuntários, pois o Paládio apreciava o homicídio involuntário, instigação ao homicídio entre outros delitos, enquanto o Delfínio examinava os crimes praticados nas guerras e durante esportes. Por fim, o Freátis julgava os homicídios premeditados pelos banidos (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 40).

[109] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 251; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 23.

[110] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 42. A *Heliaia* sofreu à época veementes críticas, pois devido à instabilidade da democracia e a volubilidade popular, esta por vezes seduzida por discursos de ocasião, diversos políticos e pessoas ilustres passaram pelo banco dos réus nesse tribunal, entre os quais grandes oradores e logógrafos. Talvez o mais famoso dos réus tenha sido Sócrates que, como se sabe, foi condenado à morte (ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos Estados Unidos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, edição comemorativa, v. 1, n. 1, 2015, p. 1.721).

2.6.3.3 Ação e procedimento

O modelo processual grego legitimava qualquer cidadão a exercer a acusação em casos de delitos públicos, isto é, aqueles que interessavam à ordem, à tranquilidade e à paz pública. Já nos crimes privados, por afetarem interesses particulares, a iniciativa cabia apenas ao ofendido, seus parentes, tutor ou senhor.[111]

Raquel de Souza explicita alguns casos de ações privadas e públicas:

> Exemplos de ações privadas (*diké*) são: assassinato (*diké phonou*), perjúrio (*diké pseudomartyrion*), propriedade (*diké blabes*); assalto (*diké aikias*); ação envolvendo violência sexual (*diké biaion*); ilegalidade (*diké paranomon*); roubo (*dike klopes*). Exemplos de ações públicas (*graphé*): contra oficial que se recusa a prestar contas (*graphé alogiou*); por impiedade (*graphé asebeias*); contra oficial por aceitar suborno (*graphé doron*); contra estrangeiro pretendendo ser cidadão (*graphé xenias*); contra o que propôs um decreto ilegal (*graphé paranomon*); por registrar falsamente alguém como devedor do Estado (*graphé pseudengraphes*).[112]

Excepcionalmente, em algumas infrações que punham em perigo a própria cidade, permitia-se que os tesmotetas (espécie de juiz) denunciassem perante o Senado ou a Assembleia do Povo, órgãos esses que, por sua vez, designavam um cidadão para a função de acusar.[113]

Quanto ao procedimento empregado no Tribunal dos Heliastas, percebe-se ênfase na publicidade e na oralidade, o que refletia a preferência cultural pela retórica e política pela resolução das questões pelos próprios cidadãos.

João Mendes de Almeida Jr. resume o procedimento da seguinte forma: a) a denúncia era feita a um magistrado, que examinava a sua seriedade a partir dos indícios apresentados; b) admitida, exigia-se caução do acusador para não desistir da causa antes do julgamento e era designado o tribunal, convocados os cidadãos que serviriam como juízes e

---

[111] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 251; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 23. Mauro Fonseca Andrade lembra que eram excluídas as mulheres, as crianças e os escravos (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 65).

[112] SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 52-53, destaques originais. A divisão em crimes públicos e privados para fins de iniciativa da acusação, muito embora subsista no ordenamento jurídico pátrio atual, não apresenta similitude integral quando considerada a qualificação do que seria público e do que seria privado. Com efeito, na Grécia antiga, eram consideradas infrações públicas principalmente aquelas que atentassem contra as leis do Estado. Assim, por exemplo, o crime de homicídio, ainda que grave, não era entendido como de interesse público, mas privado, e não guarda relação com o entendimento atual do que seria um delito sujeito à ação penal pública.

[113] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 27. Mauro Fonseca Andrade menciona que, sem prejuízo dessas hipóteses, admitia-se em alguns poucos casos (traição, ilegalidade, falso testemunho perante o Areópago, sicofantia dentre outros), que o tesmoteta apresentasse acusação e seguisse como acusador sem a nomeação de um particular, rompendo com a tradição da acusação popular (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 66-67). Esse último autor refere ainda outras exceções ao sistema de acusação popular: a) o Conselho do Areópago podia agir de ofício sem acusação em determinados casos; b) magistrados podiam julgar diretamente em caso de não haver dúvidas, quando então o acesso aos tribunais populares ocorria apenas via recurso ou impugnação (p. 75).

fixado o dia do julgamento; c) a exposição da acusação era fixada no pretório e o acusado era notificado a comparecer pessoalmente perante o magistrado para apresentar defesa ou pedir prazo para tanto; d) no dia do julgamento, os juízes se reuniam sob a presidência de um tesmoteta, a acusação era lida por um episteta (secretário); em seguida, o acusador tinha a palavra, suas testemunhas eram ouvidas e depois o acusado era ouvido e apresentava suas testemunhas; e) o acusado era obrigado a comparecer, sob pena de ser julgado apenas pela exposição do acusado; o comparecimento era obrigatório para as testemunhas, sob pena de multa; f) os juízes, então, julgavam a causa por meio de conchas e seixos – a maioria ou a igualdade das brancas absolvia e a maioria das pretas condenava; g) em caso de condenação, os juízes então definiam a sanção, votando em tabuletas, e as medidas para a execução eram tomadas imediatamente; h) havia um controle sobre a acusação: se era fundada, temerária ou caluniosa (entendida como temerária, o acusador ficava sujeito à multa e proibição de exercer o direito de acusação, enquanto que se caluniosa, o acusado se sujeitava a penas mais graves).[114]

Interessante aspecto do modelo grego diz respeito ao fato de que o acusado não tinha auxílio de um advogado, pois era considerado moralmente indigno receber dinheiro para esse fim, já que quem deveria pagar por uma defesa não teria uma boa causa.[115]

Não obstante, essa proibição na prática era burlada, pois muitos dos discursos eram redigidos pelos logógrafos (escritores profissionais de discursos forenses) e lidos pelos respectivos clientes como se fossem de autoria deles.[116]

---

[114] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 23-25. Conforme Julio B. J. Maier e Alfredo Vélez-Mariconde, podem ainda ser acrescentadas as seguintes características: no dia da audiência, as partes tinham tempo limitado para falar e interrogavam cada um as suas testemunhas; admitiu-se a tortura, inicialmente apenas quando as testemunhas eram escravos, mas depois alcançando homens livres; houve ainda registros de procedimentos semelhantes aos das ordálias; a decisão era dada no mesmo dia, antes do sol se por, segundo a íntima convicção dos juízes; caso não comparecesse, o acusado tinha a faculdade de se apresentar em até dez dias e anular o julgamento, iniciando-se novo julgamento; não havia a possibilidade de recurso; em regra, os acusados ficavam em liberdade, salvo casos de traição ou conspiração (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 252-253; MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. 2. ed. t. I. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 29). Sobre as provas, José Reinaldo de Lima Lopes aponta: as provas nos tribunais populares poderiam fazer-se por escrito; os juízes podiam testemunhar sobre os próprios fatos quando dele tivessem conhecimento; a decisão não precisava se confinar às provas, pois sabendo de fatos não apresentados, mesmo assim poderiam julgar conforme sua consciência; as testemunhas ou as partes podiam depor por escrito ou pessoalmente (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24).

[115] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24.

[116] SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 57.

2.6.4 O direito romano

Dentre os povos da Antiguidade, Roma atingiu o nível de evolução mais elevado no direito, sobretudo no âmbito privado, exercendo notável influência nos séculos seguintes.[117]

A longa história do direito romano, que conta com 13 séculos[118] e várias fases é, nas palavras de Julio B. J. Maier, "um exemplo valiosíssimo acerca das transformações que sofreu o sistema judicial penal a impulsos da ideologia política imperante".[119]

Por outro lado, chama a atenção que as mudanças nos sistemas processuais ao longo desses períodos ocorreram sem traumas ou revoluções, adaptando-se às necessidades de cada época. Mesmo com os novos sistemas, os antigos foram aplicados concomitantemente, sendo absorvidos gradual e lentamente até o desaparecimento total e a prevalência do mais recente.[120]

Os regimes políticos são tradicionalmente descritos como Realeza (753-509 a.C.), República (509-27 a.C.), Alto Império ou Principado (27 a.C. - 284 d.C.) e Baixo Império ou Dominato (284-565 d.C.).[121]

Costuma-se dividir o direito romano em três fases: direito arcaico (fundação em 753 a.C. até o século II a.C.), período clássico (República tardia até o Principado – século II a.C. ao século III d.C.); período tardio (pós-clássico – século III d.C. até o final do Império VI d.C.).[122]

Para os romanos, o gerenciamento da justiça era visto como algo ligado à administração geral do Estado; não existia a distinção hoje prevalente entre Executivo e Judiciário.

Uma relevante consequência da secularização da persecução penal foi o rompimento da ideia de buscar um sinal exterior e/ou divino que acenasse contra ou a favor do acusado. Prevaleceu a concepção de que o objetivo do procedimento era averiguar a verdade histórica mediante meios racionais que procuravam reconstituir um fato hipoteticamente já ocorrido cuja prática se atribuía ao acusado.[123]

---

[117] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 80.
[118] Da fundação em 753 a.C. até o fim do Baixo Império no ano de 565, podendo ser estendido até o século XV caso considerado o Império Romano do Oriente.
[119] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 254.
[120] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 76.
[121] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.
[122] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.
[123] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 255.

O processo penal romano existiu em fusão com o direito penal, o que fez com que a evolução de ambos fosse determinada conjuntamente.[124] Para Rogério Lauria Tucci, assim como ocorreu no direito privado, o direito penal material se desenvolveu em grande parte em função da evolução das normas processuais.[125]

Desde os tempos mais remotos, o direito romano já distinguia e separava as esferas do público e privado. Os atos ilícitos punidos pelo *jus civile* recebiam penas privadas (*delictum*), enquanto aos ilícitos públicos punidos pelo *jus publicum* (*crimen*) eram impostas penas públicas (morte, castigos corporais e multa).[126]

O processo penal (*iudicia publica*) era formal e substancialmente diverso da chamada ordem dos juízos privados, que compunha a *iudicia privata*.[127]

Sob o prisma do processo penal romano, verificam-se três fases distintas: o processo comicial, as *quaestiones perpetuae* e a *cognitio extra ordinem*. Embora bem distintas

---

[124] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 43.

[125] TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 11.

[126] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 05; RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 47. Por sua vez, Julio B. J. Maier esclarece que o Estado punia os autores de ilícitos públicos, enquanto os delitos privados eram perseguidos pelo ofendido e seus representantes, que se utilizavam de um procedimento semelhante ao usado para os litígios de direito privado. Os crimes privados eram escassos na legislação, como por exemplo, injúria e adultério (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 254). Para Teodoro Mommsen, o poder de *imperium* englobava o procedimento penal público e o privado. Este último era utilizado para os casos de danos contra particulares e se constituía num procedimento contraditório e em pé de igualdade entre as partes, que ficavam submetidas a uma arbitragem por parte de um magistrado. O procedimento coincidia em grande parte com o procedimento privado por fatos não criminosos. Interessante notar que Mommsen considera que o sistema das *quaestiones* não era outra coisa senão uma adaptação do procedimento penal privado (MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 123). Para Rogério Lauria Tucci, o Estado se apresentava como árbitro no processo penal privado e como titular do poder de punir no processo penal público. Refere ainda que houve tendência de utilização indistinta dos termos *crimen* e *delictum* em momento posterior, tanto é que na época pós-clássica e *justinianea* falava-se tanto em *crimen publicum* e *crimen privatum* como *delictum publicum* e *delictum privatum* (TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 21).

[127] Na esteira de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, o processo civil romano é costumeiramente delimitado por três grandes períodos: o das *legis actiones* (das origens até o fim da República); *per formulas* (introduzida pela Lex *Aebutia* de 149-126 a.C. e vigente até Diocleciano 285-305 d.C., constituía com a *legis actiones* a ordem dos juízos privados (*ordo iudiciorum privatorum*); e *extraordinária cognitio* (27 a.C. até o fim do Império do Ocidente). O primeiro era chamado assim porque as ações ou eram criadas pelas leis ou estavam ajustadas às mesmas palavras descritas nas leis, devendo ser necessariamente observadas (formal, inflexível e eminentemente oral). Já o processo formular adotou uma concepção menos rígida das regras dos procedimentos, passando o magistrado a ter mais liberdade. A fórmula correspondia ao esquema abstrato contido no édito do pretor e servia para fixar o objeto da demanda que deveria ser julgada pelo *iudex* popular. Por fim, a *cognitio* serviu para racionalizar o sistema anterior, tolhendo o arbítrio do pretor. O procedimento, até então bipartido, passa-se a se desenvolver do início ao fim diante de uma única autoridade estatal (funcionário-magistrado), deslocando a decisão do cidadão para o Estado, significando a oficialização da justiça (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-36; 40-42). Sobre a oralidade na *extraordinária cognitio* do processo civil romano, fase na qual houve nítido incremento na documentação dos atos processuais, Cruz e Tucci e Azevedo mencionam que ainda assim "a oralidade se sobrepunha à escritura no procedimento da *extraordinária cognitio*; as partes debatiam a causa, em contraditório, na presença do magistrado (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114). De maneira semelhante, para Rogério Lauria Tucci, o processo civil romano se caracterizou nas três fases pelas notas da publicidade e oralidade (TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 50). Por fim, Rolf Sturner assinala que no conjunto, em que pese a emergência da escrita, o processo romano conservou a oralidade e utilizou a escrita mais como documentação e suporte; segundo ele, em nenhuma etapa de seu desenvolvimento a oralidade foi reprimida pela escrita (STURNER, Rolf. Oralidade e escritura no processo civil europeu. Tradução de Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 223, p. 111-130, set. 2013, p. 113).

entre si, os sistemas não foram alterados abruptamente. Sistemas anteriores conviveram com os novos até serem absorvidos.

2.6.4.1 O processo comicial

A partir do fim da Realeza identifica-se uma tendência de delegação do poder real para magistrados, dotados de *imperium*, para administrar a justiça quando o rei não podia fazê-lo, num procedimento chamado de *cognitio*. Os magistrados atuavam com poderes ilimitados e exerciam todas as funções do processo. Não havia forma processual a ser seguida.[128]

Para Rogério Lauria Tucci, a *cognitio* era o mais antigo procedimento penal romano e correspondia a um sistema inquisitório primitivo (*inquisitio*) que, com base nos poderes ilimitados concedidos ao rei e seus magistrados (*imperium*), revelava-se através da *coercitio*, cuja característica era a inexistência de formalidades legalmente estabelecidas e a ausência de partes em sentido formal.[129]

Paralelamente a esse procedimento, desenvolveu-se a possibilidade de impugnar a decisão real pela *provocatio ad populum*, uma espécie de recurso que provocava a reunião de uma assembleia popular para reanalisar o caso, pelo qual o acusado poderia ser perdoado, representando o início da jurisdição popular que ficaria cada vez mais forte com o tempo e limitava o poder do rei. A *provocatio* era admitida apenas para os crimes com pena de morte ou pecuniária de elevada gravidade e somente os cidadãos tinham acesso a ela.[130]

Com a República, o poder do rei foi dividido. A *coercitio*, fundamento da persecução penal, passou aos magistrados, que podiam investigar, acusar e julgar de ofício sem regras predeterminadas ou limites.[131]

---

[128] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 255-256. João Mendes de Almeida Jr. aponta que a jurisdição criminal pertencia ao rei no período da Realeza, que podia atuar assistido de um conselho, senadores ou comissários duúnviros e questores. Mais tarde passou a delegar a função de julgar aos duúnviros e questores, mas as atribuições destes eram incertas (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 27).

[129] TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 109.

[130] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 255-256. Discute-se na doutrina se a *provocatio* teria ou não natureza jurídica de recurso. Há opiniões no sentido de que se trata de recurso, como também que seria uma instância de graça onde o povo poderia perdoar o acusado. Para João Mendes de Almeida Jr., a reclamação ao povo (*provocatio ad populum*), que tinha lugar nos crimes em geral, mas não naqueles políticos e militares, era mais uma "reclamação de jurisdição" do que recurso (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 27).

[131] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 78-79. Sem embargo da ausência de regulação legal, alerta Teodoro Mommsen sobre a observância das normas costumeiras, dentre as quais a publicidade dos atos, sobretudo na decisão (MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 105).

Por outro lado, manteve-se o antecedente da *provocatio ad populum* instituído na Realeza.[132] As três leis *Valeriae*[133] mantiveram as intervenções populares via assembleias e provocaram uma lenta transmissão do poder de julgar dos magistrados para os tribunais populares, que se chamavam comícios.[134]

Estas assembleias podiam se constituir de três maneiras: comícios curiais, centuriais e por tribos.[135] As centúrias, que se incumbiram propriamente da jurisdição penal, conheceram dois modos de *provocatio*: originariamente (crimes com penas capitais), e *per provocationem* (crimes com penas não capitais), reservadas somente aos cidadãos, excluídas as mulheres, os estrangeiros e os escravos.[136]

Tradicionalmente, a *provocatio* sempre foi compreendida como uma espécie de impugnação da condenação à morte pronunciada por um magistrado. Todavia, há entendimento de que a partir da instituição da *provocatio*, o processo penal passou a abranger uma fase preparatória confiada ao magistrado e uma segunda fase consistente no verdadeiro julgamento perante o povo reunido nos comícios, de modo que o ato do magistrado sujeito à *provocatio* não caracterizaria propriamente uma sentença condenatória.[137]

No entanto, Giovanni Pugliese aponta a existência de registros históricos demonstrando que a *provocatio* era um ato pelo qual o cidadão romano se opunha à execução de um provimento exarado autonomamente por um magistrado, pleiteando o julgamento por comícios. Nesse sentido, pondera que havia dois tipos de processos comiciais:

---

[132] Para Mauro Fonseca Andrade, a concentração dos poderes nas mãos do magistrado levou o patriciado a criar o instituto da *provacatio ad populum* pela Lei *Publicola* de 449 a.C., instrumento esse que podia ser usado por patrícios e pelos plebeus. Ao que parece, o autor entende que o instituto da *provocatio* foi criado apenas na República (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 79). Giovanni Pugliese lembra que há registro da *provocatio* durante a fase da Realeza, mais precisamente sob o reinado de Túlio Hostílio, logo, antes da República (PUGLIESE, Giovanni. As garantias do acusado na história do processo penal romano. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 45). Para uma descrição completa desse episódio, vide SIDOU, J. M. Othon. **Os recursos processuais na história do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 18-20.

[133] *Lex Valeria* de 509 a.C., *Lex Valeria Horatia* de 449 a.C. e *Lex Valeria ad provocatione* de 300 a.C. (GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.97). Acrescenta Giovanni Pugliese que o verdadeiro e próprio efeito vinculante da *provocatio* foi efetivamente reconhecido somente em 300 a.C. (PUGLIESE, Giovanni. As garantias do acusado na história do processo penal romano. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 45).

[134] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 257.

[135] Segundo João Mendes de Almeida Jr., os comícios por tribos envolviam exações e prevaricações dos magistrados, enquanto que os por cúrias se relacionavam com colação do *imperium* (investidura do comando) e negócios relativos à religião e aos augúrios. Finalmente, os comícios por centúrias abrangiam as acusações de crimes capitais (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 28-29).

[136] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 257. Mauro Fonseca Andrade lembra que com a Lei das XII Tábuas (451-450 a.C.), a Assembleia Popular passou a ser o único tribunal competente para julgar delitos cuja a pena fosse a morte (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 81).

[137] PUGLIESE, Giovanni. As garantias do acusado na história do processo penal romano. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 46. Sobre as duas vertentes da *provocatio*, José Antonio Barreiros destaca: "Romanistas há para quem o comício não seria uma segunda instância, mas uma primeira, sendo o processado anteriormente mera fase instrutória" (BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 17-18).

> [...] um promovido diretamente por magistrado privado de *imperium*, em obediência ao princípio de que, em matéria capital, o povo é que deveria pronunciar-se; e outro, pelo contrário, que tinha lugar, somente, em seguida, como apelo. Teria, portanto, existido um processo comicial sem *provocatio* e um verdadeiro e próprio processo comicial, dependente de *provocatio*.[138]

A evolução do sistema republicano tornou o processo comicial um meio geral de defesa do cidadão contra a arbitrariedade da *coercitio*, seja permitindo o conhecimento direto da causa pelas assembleias (procedimento autônomo, sem *provocatio*), seja na forma de recurso com possibilidade de reforma da decisão anteriormente prolatada (com *provocatio*).[139]

Assim, em se tratando de não cidadãos, o magistrado que realizava a instrução via *coercitio* podia proferir decisão condenatória, incluindo pena de morte e fazer executar sua sentença. Contudo, caso o acusado fosse um cidadão, o magistrado necessariamente deveria abrir um procedimento formal e solene que, ou necessariamente impunha o julgamento direto pela assembleia popular, ou permitia acesso via *provocatio*.[140]

Esse procedimento formal se iniciava com a citação do acusado (*vocatio*), que podia ser obrigado a comparecer perante o magistrado. Era possível ainda realizar uma instrução preliminar de natureza inquisitória (*inquisitio*).[141] O magistrado, então, inicia o processo e impõe ao acusado o dever de comparecer perante a assembleia convocada para determinado dia, mencionando o nome do acusado e a pena correspondente.[142]

Durante três sessões públicas, o magistrado procede à *anquisitio* (instrução sumária) com o povo já reunido em comício.[143] Interroga-se o réu e testemunhas são ouvidas, admitindo-se a apresentação de documentos e, ao arbítrio do magistrado, a defesa do acusado,

---

[138] PUGLIESE, Giovanni. As garantias do acusado na história do processo penal romano. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 47-48, destaques originais.

[139] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 99. Teodoro Mommsen explica que dentro da cidade de Roma o *imperium* era regulado por lei, enquanto fora de Roma o *imperium* era livre e discricionário. Dentre as limitações legais dentro de Roma estava a condição de cidadão romano que, em determinadas situações, permitia o recurso da *provocatio*. Nos seguintes casos havia plena liberdade judicial para julgar com base no *imperium*: crimes militares, mulheres, estrangeiros (havia algumas exceções) e indivíduos não livres (escravos) (MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 101-102).

[140] MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 108.

[141] TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 132.

[142] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 99.

[143] Nesse sentido: "Para este efeito teve uma grande importância no desenvolvimento do processo penal a circunstância de que para tornar possível uma decisão a respeito dos cidadãos, era preciso dar, não apenas a sentença, mas também os fundamentos da mesma, as provas da culpabilidade do condenado; pelo que, ao lado e depois da inquisição que era levada a cabo pelo magistrado sem formalidades legais, era utilizado um procedimento preparatório chamado de *anquisitio*, no qual estavam previstas a citação e os prazos determinados e onde se admitia, além da autodefesa, a defesa por meio de terceira pessoa" (MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 225-226). A *anquisitio* era uma instrução sumária e pública regulada por lei onde se admitia a oitiva de testemunhas e apresentação de documentos, além da defesa do acusado (autodefesa ou por terceira pessoa). Para viabilizar uma decisão pelos comícios, órgão julgador efetivo, após a produção pública da prova, o magistrado devia expor os elementos constitutivos do crime e a culpabilidade do acusado (p. 116).

que podia se valer de terceira pessoa.[144] O magistrado condenava ou absolvia o acusado.[145] Em caso de pena capital ou multa em determinado valor, podia requerer que o processo fosse remetido à assembleia popular via *provocatio ad populum*, suspendendo-se a execução da pena, com designação de uma quarta sessão (*quarta accusatio*).[146]

Os prazos para as sessões deveriam ser respeitados, sob pena de extinção da acusação. Iniciava-se o julgamento popular (*iudicium populi*) de acordo com as regras de cada assembleia e o acusado era condenado ou absolvido por voto secreto.[147] A decisão proferida pelos comícios era irreformável.

2.6.4.2 As *quaestiones perpetuae*

Com o declínio das assembleias populares,[148] passaram a ser designados tribunais extraordinários para os julgamentos, chamados de *quaestiones extraordinarie*.

A utilização reiterada desses tribunais temporários motivou a edição de leis criando juízos permanentes, no caso, as *quaestiones perpetuae*. Não se tratava de uma lei geral, mas um conjunto de disposições que se referiam a diversos tribunais incumbidos cada qual de julgar determinados delitos. O primeiro registro legislativo é encontrado na *Lex Calpurnia* de 149 a.C.[149]

As *quaestiones* representaram uma ruptura com a *coercitio*, que ficou relegada a infrações menores, enquanto aquela assumiu a forma ordinária de repressão penal.[150]

O processo comicial coexistiu por algum tempo com as *quaestiones*, mas no início do Principado os processos comiciais para fins de persecução penal já tinham sido absorvidos e extintos.[151]

---

[144] TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 134.
[145] Ou segundo alguns entendimentos, o magistrado na verdade emitia um simples ato de acusação (admissibilidade) e não uma sentença condenatória propriamente dita (PUGLIESE, Giovanni. As garantias do acusado na história do processo penal romano. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 46).
[146] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 100.
[147] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 100-101.
[148] Quanto aos motivos, João Mendes de Almeida Júnior ressalta o aumento do número dos casos e a dificuldade de processar causas complexas perante as grandes assembleias (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4. ed. v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 30).
[149] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 08. Também nesse sentido: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12. Para Mauro Fonseca Andrade, a primeira *quaestione perpetuae* data de 123-122 a.C. com a *Lex Actilia Repetundarum* (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 83).
[150] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 101.
[151] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 12; 15.

O sistema das *quaestiones* é tradicionalmente apontado como o modelo acusatório clássico.[152] O procedimento destes tribunais é denominado *iudicium publicum*, *quaestio* ou *accusatio*, e tem como fundamento central o debate público e oral, de onde ao final emergia a decisão do tribunal.[153]

Entre os órgãos judicantes estavam o Senado, os comícios por centúria e por tribo. Estes dois últimos caracterizavam propriamente o julgamento pelo povo. O pretor era encarregado de presidir a sessão, mas com poderes de julgamento em determinadas situações.[154]

Os juízes (*iudices iurati*) eram eleitos dentre os cidadãos romanos, mas para funcionar nos processos era feito um procedimento de escolha (*editio*) ou sorteio (*sortitio*) com possibilidade de recusa de um determinado número pelas partes.[155]

---

[152] Não obstante, alguns autores apontam que o processo penal da Grécia dos séculos VI ao IV a.C., mais precisamente aquele vigente em Atenas, seria a manifestação mais antiga do modelo acusatório puro (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 10). Há quem refira que o direito processual hindu e o direito processual hebraico poderiam ser classificados como acusatórios, pois se desenvolviam de forma pública, oral e eram presididos por assembleias que não envolviam a atividade de investigação de provas, tarefa essa deixada para o acusador e o acusado (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 38-39).
Por sua vez, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sustenta que o sistema acusatório "nasce na Inglaterra após a invasão normanda levada a efeito por Guilherme, o Conquistador. Na realidade, a construção do novo sistema processual se dá sob o reinado de Henrique II, talvez o mais importante dos reis ingleses. Plantageneta, Henrique II governou de 1154 a 1189." (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, n. 183, p. 103-115, jul-set. 2009, p. 106). Ao que parece, esse autor equipara o sistema acusatório ao adversarial. Nesse ponto, vale lembrar que, na esteira de Ada Pellegrini Grinover, o *adversarial system* e o *inquisitorial system* não se confundem e não são sinônimos de sistema acusatório e sistema inquisitório (FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1999; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2003, p. 125-147). Para Teresa Armenta Deu, as notas essenciais do sistema acusatório são: a) o juiz não pode agir de ofício para instaurar o processo, necessitando de uma acusação para atuar; b) o acusador investiga, determina o fato e o sujeito (acusado) e marca os limites em que o julgador poderá decidir (correlação entre acusação e sentença); c) o processo é informado pelos princípios do contraditório e igualdade; d) a prova é livremente valorada e tende a alcançar a verdade formal; e) em regra, o julgamento ocorre em única instância e através de tribunais populares (DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de derecho procesal penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 35). A oralidade é constantemente referida como uma de suas características (dentre outros, FRANK, Jorge Leonardo. **Sistema acusatorio criminal y juicio oral**. Buenos Aires: Lerner, 1986, p. 26-28). Importante destacar que parte da doutrina discorda que essas características sejam próprias do sistema acusatório, salvo a distinção das funções de acusar e julgar por órgãos diversos. Nesse sentido: FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho processal III**. Proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 10-26; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. Por sua vez, José Frederico Marques admite relação da oralidade com o sistema acusatório apenas sob o prisma histórico e não em sua essência (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 72). Eugenio Florian reconhece que historicamente o modelo acusatório alcançou maior esplendor quando animado pela publicidade e oralidade, que deram as características de um julgamento contraditório, público e oral. Apesar disso, estas características seriam acessórias e insuficientes para diferenciar os dois modelos de processo (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934, p. 71). Finalmente, importante lembrar a advertência de Alberto Bovino, no sentido de que, apesar do grande apelo do sistema acusatório, não se pode esquecer que nessa época histórica, seja em Roma, seja na Grécia, poucos privilegiados desfrutavam dos direitos civis e políticos, e ainda, a economia era substancialmente dependente da escravidão (BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 05).

[153] MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 129.

[154] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 84. O magistrado (pretor) era o presidente e detentor do *imperium*, mas podia delegar esse poder a terceira pessoa, que atuava como *quaesitor* e assumia a direção do tribunal (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 258).

[155] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 34. Julio B. J. Maier acrescenta que, inicialmente, a formação do tribunal era feita por sorteio ou por escolha. No segundo

Em regra, as sessões eram públicas, servindo a publicidade como forma de fiscalização do que acontecia nos julgamentos. Salvo mulheres, menores, magistrados, juízes, caluniadores e indigentes, a legitimidade era reconhecida a qualquer cidadão que poderia acusar.[156]

O acusador apresentava primeiro a *postulatio* perante o magistrado que presidia a *quaestio*. Uma vez examinados os requisitos, era concedida licença para acusar (*potestas accusandi*).[157] Caso várias pessoas assinassem a *postulatio* ou se apresentada individualmente por mais de uma pessoa, procedia-se à *divinatio*, cabendo ao magistrado escolher dentre os postulantes, aquele mais idôneo para sustentar a acusação.[158]

Concedida a *potestas accusandi*, o acusador apresentava a acusação (*nominis delatio* ou *nominis deferre*), onde constava o nome do acusado, o delito e a pretensão condenatória, ato esse considerado uma formalidade necessária. O acusador prestava juramento de que não tinha intenção de causar dano e desconhecia a inocência do acusado. Após o ajuizamento, o acusado era cientificado da acusação na presença do magistrado e ocorria seu interrogatório (*interrogatio lebus*). Comprovada a presença de indícios, a acusação era recebida (*nominis receptio*).[159]

A prisão era obrigatória nos casos em que o acusado confessava,[160] mas a regra era que respondesse em liberdade nos demais casos, desde que prestada caução ou fiança.[161]

Reprimia-se severamente a acusação infundada, que podia ser temerária por três motivos: *calumnia* (acusação dolosa exercida pelo acusador ciente da ausência de

---

caso, era permitida ao acusador a escolha de um determinado número de jurados, com possibilidade de recusa em até a metade pelo acusado. Posteriormente o sistema de sorteio prevaleceu. O número de jurados variava conforme a lei que regulava a *quaestio* (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 259).

[156] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 103. Entende Julio B. J. Maier, que salvo a obtenção de eventual prestígio popular, não se via muitos benefícios, pois o acusador podia responder pelo exercício deficitário de sua função (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 259-260). Por outro lado, Teodoro Mommsen enumera diversas restrições acerca da legitimidade do direito de acusar, e ainda, lembra que existiam casos excepcionais nos quais somente era permitida a acusação por aqueles indivíduos que tivessem sido diretamente lesados (MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 241-245).

[157] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 88.

[158] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 26.

[159] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 89-90.

[160] Acrescenta Rogério Lauria Tucci: "confessando-a, tudo terminava, tendo-se o confesso como réu convicto" (TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 152). Para Marco Antonio de Barros, em caso de confissão, o acusado era imediatamente preso e na condição de custodiado permanecia até o dia do julgamento (BARROS, Marco Antonio de. Procedimento penal acusatório das *quaestiones perpetuae*: fonte da soberania dos *veredictos* do Tribunal do Júri. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 59, n. 178, p. 27-35, abr.-jun., 1997, p. 32).

[161] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 33-34.

fundamento); *tergiversatio* (desistência da ação sem motivo plausível); *prevaricatio* (conluio entre acusador e acusado para provocar a absolvição ou mitigação da pena).[162]

Verificadas quaisquer dessas situações, o processo principal era encerrado e instaurado novo processo no mesmo tribunal, agora contra o acusador. Há registros de condenação direta do magistrado que se valia de seu poder inquisitório extraordinário.[163]

No caso de desistência, o tribunal analisava a conduta do acusador. Se fosse escusável e houvesse motivo justificável, não era passível de sanção. Entretanto, não poderia intentar nova ação contra o acusado, muito embora a acusação pudesse ser renovada por outro cidadão. O acusado deveria ser ouvido para consentir no trancamento. Caso discordasse, a ação prosseguiria até o fim, abrindo a possibilidade de o acusado processar seu acusador por *calumnia*. No caso de *prevaricatio*, descoberto tal crime, anulava-se a decisão absolutória pela mesma *quaestio* e condenava-se o réu e seu acusador.[164]

Recebida a acusação, o magistrado designava o dia do comparecimento do acusado perante os juízes, o que era uma formalidade substancial, já que nenhuma acusação pode ser sustentada sem dia determinado (*diei dicto*).[165]

Seguia-se uma fase de investigação por parte do acusador, chamada de *inquisitio*, que tinha poderes para obter elementos de prova (apreensão de coisas, obtenção de documentos, colheita de testemunhos etc.). Os depoimentos podiam ser escritos em tábuas para serem posteriormente apresentados em juízo como se fosse prova testemunhal.[166] Por seu turno, o acusado podia fiscalizar a atividade do acusador, interrogando e contraditando testemunhas.[167]

No dia do julgamento, o acusador tinha a palavra em primeiro lugar (*oratio perpetua*). O acusado contestava em seguida (*causam dicere*), podendo se valer de terceiras pessoas com conhecimentos jurídicos e de oratória. Caso o representante não estivesse preparado para exercer a defesa, a sessão podia ser suspensa por cerceamento de defesa. O

---

[162] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 27-28.
[163] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 29.
[164] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 30.
[165] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 32-33.
[166] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 90-91.
[167] BARROS, Marco Antonio de. Procedimento penal acusatório das *quaestiones perpetuae*: fonte da soberania dos *veredictos* do Tribunal do Júri. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 59, n. 178, p. 27-35, abr.-jun., 1997, p. 32. Todavia, informa Julio B. J. Maier, o caráter público ou secreto dessa instrução sumária e a possibilidade de o acusado fiscalizar o acusador (ou não) é objeto de controvérsia na doutrina (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 261).

acusado tinha o direito de interromper o acusador para fazer perguntas sobre questões relacionadas ao julgamento, já o acusador só podia fazer o mesmo se o acusado permitisse.[168]

Caso não comparecesse para sustentar a acusação, esta era dada como prejudicada. Por seu turno, se a ausência fosse do acusado, o julgamento era realizado à sua revelia.[169] Admitiam-se as provas testemunhal (*per testes*), documental (*per tabulas*) e por tormentos (*per quaestiones*, tortura).[170]

Qualquer pessoa podia ser testemunha, mas alguns sofriam restrição, como os escravos, que não podiam ser testemunhas nos casos em que os amos fossem acusados. A testemunha prestava juramento e era interrogada diretamente pelas partes, sem a intervenção do magistrado. Podiam falar sobre o fato ou algum documento, e ainda, sobre a vida pregressa das partes.[171] A parte que arrolou a testemunha a inquiria em primeiro lugar.[172]

Finalizados os debates, que poderiam durar por várias sessões, os jurados se reuniam para votar. Inicialmente pelo voto em viva voz e posteriormente utilizando tábuas, que eram depositadas numa urna (A – *absolvo*; C – *condemno*; NL – *non liquet*). A maioria dos votos num sentido decidia o julgamento e em caso de empate, a dúvida beneficiava o acusado. O NL ensejava a repetição do julgamento com novo debate (*ampliatio*). A pena estava preestabelecida na lei e os julgadores deveriam novamente se reunir para decidir a sanção.[173]

---

[168] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 93. Não existia réplica e tréplica, mas permitia-se a *altercatio*, ou seja, a discussão entre as partes ou seus defensores (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 263). Em sentido contrário, Rogério Lauria Tucci aponta que a réplica (*duplicatio*) era admitida (TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 153).

[169] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 33

[170] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 104-105. José Antonio Barreiros sustenta: "A tortura – cuja direção pertencia ao *quaesitor*, sendo executada pelo *tortor* – era utilizada unicamente contra os réus. Só com Sétimo Severo se admitiu sua aplicação relativamente a testemunhas reticentes ou falsas." (BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 19). Já Julio B. J. Maier, falando exclusivamente de testemunhas, menciona que a tortura foi inicialmente admitida somente para os escravos, mas depois acabou sendo aplicada também aos cidadãos em alguns casos, como em crimes de lesa majestade (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 263).

[171] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 94-96.

[172] GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 104. Robert Wyness Millar refere ainda a *testimonia per tabulas*, ou seja, declarações de testemunhas prestadas fora do tribunal, assemelhando-se às atuais cartas precatórias (MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Eidar, 1945, p. 171).

[173] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 98-99. Rogério Lauria Tucci acrescenta que se a decisão fosse condenatória não havia necessidade de fixar a pena, pois esta já se achava determinada na *lex* instituidora da *quaestio*. E ainda, o número de *ampliationes* foi aumentando gradativamente a ponto de, para evitar prolongamentos artificiosos, chegou a ser abolida (TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri. Origem, evolução, características e perspectivas. *In*: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). **Tribunal do júri**. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 23).

Os fatos ocorridos nas sessões eram registrados pelos escrivães em atas denominadas registros públicos (*tabulaes publicae*), onde constavam os nomes das partes, o conteúdo da acusação e as declarações das testemunhas.[174]

Como regra, as decisões das *quaestiones* eram irrevogáveis, mas havia um instrumento para impugnar as decisões injustas (proferidas mediante calúnia contra o réu, corrupção de jurados, inobservância de formalidades entre outras situações). Tratava-se da *restitutio in integrum*, com equivalente na esfera cível.[175]

Discute-se se a *restitutio* poderia ser requerida ao *quaesitor*, que por deter o *imperium*, poderia decretar a nulidade do ato impugnado uma vez verificada a injustiça ou o vício, ou se era necessária manifestação do próprio tribunal nesse sentido.[176]

Uma vez julgada a causa, havia impedimento para reproduzir o litígio por outro acusador.[177]

2.6.4.3 A *cognitio extra ordinem*

Com a queda da República e o início do Império, o novo regime político alterou a fonte de soberania – cidadão para imperador – provocando mudanças também no sistema judicial. Sem prejuízo do julgamento pelas *quaestiones*, inicialmente mantido, um sistema chamado *cognitio extra ordinem* foi introduzido lentamente para determinados crimes por meio de leis extraordinárias, de onde retirou seu nome.[178]

Esse sistema serviu inicialmente para suprir eventual inércia da acusação particular em determinados fatos considerados graves. Com o tempo, diversas circunstâncias

---

[174] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 99.
[175] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 16.
[176] Para Mauro Fonseca Andrade, os pretores tinham a faculdade de anular de ofício os processos, inclusive aqueles julgados com a presidência de outro pretor (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 99).
[177] Nesse sentido: MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 285-286; MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 262. Já Mauro Fonseca Andrade alude que inexistia coisa julgada propriamente dita, havendo apenas o dever ético de respeitar as decisões pelos juízes, dever esse que não era imposto legalmente. Assim, em caso de absolvição, em tese a acusação podia ser renovada por outra pessoa (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 100).
[178] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 265. Por sua vez, João Gualberto Garcez Ramos acrescenta uma fase intermediária entre as *quaestiones* e a *cognitio extra ordinem*, qual seja, o *ordo judicum publicorum*, onde permaneceram as características do sistema da *accusatio*, com exceção da iniciativa do processo, que não era mais do cidadão (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 49).

provocaram o declínio da *accusatio*, que foram paulatinamente substituídas pela *cognitio extra ordinem*.[179]

O poder de julgar passou dos cidadãos para o imperador que, por consequência da concentração de poderes e da natureza do regime político, podia julgar sem limitação de formas. Nesse passo, a *cognitio* (*extra ordinem*) representou um retorno ao antigo instituto de mesmo nome previsto na fase da Realeza, onde o magistrado dotado de *imperium* podia investigar, acusar e julgar diretamente sem qualquer limitação com fulcro na *coercitio*.[180]

Durante o período da *cognitio extra ordinem*, o sistema judicial operava com as cortes imperiais e seus delegados (*praefectus pretorio*, *praefectus vigilum*, *praefectus annonnanae* e *praefectus urbis*) e com o Senado.[181]

Os aspectos principais do processo penal extraordinário, utilizado até o final do Império, consubstanciavam-se no poder de julgar sem limitação de formas, concentração das funções de julgar e acusar, procedimento *ex officio*, possibilidade de delegação da jurisdição imperial a funcionários e cabimento de recurso contra as decisões (*appelatio*).[182]

Era possível reabrir causas já julgadas.[183] Foi incorporada ainda a necessidade de documentação dos atos processuais, o que determinou o surgimento da escritura e o segredo dos atos processuais.[184]

---

[179] Com o abuso do direito de acusar, que gerou a imposição gradual de restrições ao exercício desse direito e, por consequência, reduziu o número de interessados em exercê-lo, com a ressalva de que havia temor do acusador particular em sofrer sanções em caso de improcedência. Havia ainda o desprestígio da função de *judices jurati* e a possibilidade de corrupção destes (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 267; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 40-41). Segundo Rogério Lauria Tucci, as *quaestiones* teriam desaparecido definitivamente em 342 d.C., ano da implantação formal do sistema extraordinário (TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 81).

[180] Por essa razão, José Antonio Barreiros adverte: "O Processo Penal romano nasce, pois, inquisitório, atinge durante a República a perfeição, caracterizando-se pelo acusatório e na decadência do Império reassume características repressivas e inquisitoriais" (BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 19). Em sentido contrário, Kai Ambos sustenta que o antigo procedimento do direito penal romano regido pela oficialidade não pode ser considerado como inquisitório, já que não objetivava averiguar a verdade material, mas a determinação da responsabilidade do imputado valendo-se de provas irracionais (juramento purgatório, ordálias etc.). E, da mesma forma, o processo penal da fase imperial (*cognitio extra ordinem*) também não pode ser tido como inquisitório, pois apesar da possibilidade de o processo ser iniciado de ofício, não pode ser qualificado "como forma de procedimento inquisitivo *stricto sensu*, por não ser dirigido a uma busca da *veritus delicti*" (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 13-14).

[181] TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 179-181.

[182] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 103. Falando sobre a *extraordinaria cognitio* na seara do processo civil romano, mas em lição aproveitável para o processo penal, ressalta Oreste Nestor de Souza Laspro que a utilização da apelação, além do propósito de garantir a reapreciação de decisões judiciais através de uma sistemática recursal própria e, assim, o estabelecimento de graus de jurisdições, "não pairam dúvidas de que o direito de recorrer tinha uma conotação muito mais hierárquico-autoritária de controle da administração por parte de organismos superiores que chegavam até o imperador, um verdadeiro meio de fiscalização dos magistrados, na medida em que, sendo a atividade judiciária realizada pelos mesmos funcionários que exerciam a atividade administrativa, não existia, evidentemente, uma independência dos juízes *a quo* em relação àqueles *ad quem*" (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 43).

[183] Nesse sentido: "no procedimento por cognição, tanto na época da República como no Império, a absolvição do processado gerava a simples liberação do mesmo. Era, portanto, a absolvição uma mera suspensão do procedimento, e assim como não existia um conceito fixo de encerramento definitivo das causas, de modo que não pudesse impedir voltar-se a abrir, tampouco

Conforme assinala Rogério Lauria Tucci, a *cognitio extra ordinem* consolidou o viés inquisitório do processo penal da época:

> Noutro aspecto, a ampliação sucessiva dos poderes do juiz, a restrição, cada vez maior, da publicidade, e o correlato alargamento das situações em que se procediam a torturas, a formalização das provas, com fixação prévia dos respectivos valores, e a definição, assim antecipada, de seu resultado, bem como a exigência de sentença escrita e fundamentada [...] – tudo isso contribuiu para acentuar o caráter inquisitório, que se projetou no processo penal extraordinário, principalmente a partir do século V da nossa era, quando manifesta já a influência da Igreja nas jurisdições criminais, numa extensão do domínio das forças canônicas, ao depois concretizado.[185]

A evolução do processo penal romano caminhou no sentido da profissionalização dos órgãos judiciários, gerando a concentração de poderes à semelhança do regime político então vigente e obtendo como subproduto dessa profissionalização a inquisitividade. E ao contrário da anterior *cognitio*, que guardava no interrogatório oral uma de suas características marcantes, essa ulterior inquisitividade provocou o desinteresse pela audiência como ato processual e estruturou as bases do processo escrito.[186]

2.7 O processo penal germânico

A queda do Império Romano do Ocidente e as consequentes invasões bárbaras[187] provocaram um retrocesso no plano jurídico, pois o direito dos povos germânicos[188]era menos avançado do que o direito romano.[189]

---

havia uma forma jurídica mediante a qual se podia impedir que a causa voltasse a ser instruída" (MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991, p. 285-286).

[184] Aponta Julio B. J. Maier que a transição da oralidade para a escrita não foi abrupta: "Embora tenha sido preservado o debate oral e público como culminação do julgamento penal, que nunca desapareceu, o certo é que a instrução escrita e secreta, derivada dos poderes crescentes do aparelho estatal para a persecução penal ganhou considerável terreno até se constituir na parte principal do procedimento [...]" (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 268).

[185] TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 188. Para Alberto Binder, a *cognitio extra ordinem* nunca constituiu a essência do funcionamento judicial romano, mas uma adaptação voltada às necessidades do império (BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Nuevo Léon: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014, p. 48). Em que pese o endurecimento do sistema judicial, paradoxalmente a *cognitio* foi acompanhado de um viés humanitário. Entende Julio B. J. Maier, talvez por influência da filosofia estoica, diversos princípios processuais hoje comumente reconhecidos foram alçados a normas jurídicas nessa época, como a proibição do processo à revelia do acusado (processo contumacial), o *in dubio pro reo*, o *ne bis in idem* dentre outros (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t.I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 269).

[186] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 50.

[187] Historicamente, considera-se como marco final da Idade Antiga a queda do Império Romano do Ocidente em 476 d.C. Por sua vez, entende-se que a Idade Média, comumente dividida em Alta Idade Média (séculos V a X) e Baixa Idade Média (séculos XI a XV), encerrou-se com a invasão de Constantinopla pelos turcos em 1453 d.C.

[188] A expressão "germânico" engloba uma série de povos com costumes semelhantes, mas não iguais. Assim, ao falar em direito germânico deve-se ter em conta que cada tribo tinha o seu próprio direito, que era basicamente consuetudinário e firmado pela tradição (CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 128). Já John Gilissen refere que os povos germânicos e eslavos, na época ainda parcialmente nômades, encontravam-se a norte e leste dos Rios Reno e Danúbio. Sob pressão dos povos vindos da Ásia central, deslocaram-se para o Ocidente e penetraram no Império Romano a partir do século III e no século V invadiram o Império do Ocidente, que então

Apesar disso, conforme pontua John Gilissen,[190] o direito romano continuou a ser aplicado às populações de origem romana (romanos de origem ou populações romanizadas), enquanto os invasores seguiram vivendo conforme seu direito de origem germânica.[191]

Trata-se do princípio da pessoalidade ou personalidade do direito, onde cada indivíduo vivia segundo o direito do grupo social ao qual pertence, princípio esse que praticamente desapareceu nos séculos VIII e IX.[192]

Com o transcorrer do tempo, o direito bárbaro, essencialmente consuetudinário e, portanto, oral, fundiu-se com o direito romano, já que o aproveitamento do legado cultural anterior pelos grupos dos então invasores, incluindo o direito, apresentava-se como vantajoso, mesmo que não integralmente.

José Reinaldo de Lima Lopes explicita que duas ordens de direitos se estabeleceram. Uma delas foi o direito costumeiro dos bárbaros, resultado da consolidação de costumes (posteriormente documentado por escrito, como a *Lex Salica*, do tempo de Clóvis, de 481-511 d.C.). A outra ordem se consubstanciou na legislação advinda da tentativa dos reinos bárbaros de tentar conservar elementos do direito romano e combiná-los com o seu próprio direito.[193]

---

desaparece, momento em que os referidos povos estabelecem os reinos germânicos: Visigodos na Espanha e Sudoeste da Gália; Burgúndios no sudeste da Gália; Francos no norte da Gália e oeste da Germânia; Ostrogodos e Lombardos na Itália, dentre outros (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 127-128). Diante dessa diversidade de povos e de costumes, conclui-se que não havia um direito germânico em especial, ou seja, inexistia unidade entre o direito desses povos, muito embora compartilhassem de princípios comuns (SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado**. Histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.74).

189 Registre-se a voz discordante de Alberto Bovino que, ao menos quanto ao processo penal, entende o sistema de justiça bárbaro como menos irracional do que tradicionalmente propalado, e ainda, muito menos violento que outros sistemas de resolução de conflitos que operavam ao fim da Idade Média (BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 56).

190 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 128; 190. Para o autor, a evolução do direito entre os séculos V a XII se deu da seguinte forma: a) inicial sobrevivência do direito romano (direito escrito) e seu gradual desaparecimento; b) progressiva aplicação do direito germânico (direito consuetudinário) às populações autóctones; c) atividade legislativa dos reis e imperadores, sobretudo dos Carolíngios; d) descentralização do poder político em virtude do feudalismo com prevalência dos costumes como fonte de direito (p. 167).

191 Nas regiões menos romanizadas do Império o descarte do direito romano foi mais rápido ou até imediato. Em contrapartida, nos rincões mais influenciados, o direito romano perdurou por mais tempo, ainda que se distanciasse das formas clássicas e se aproximasse cada vez mais do direito costumeiro germânico (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135).

192 J. M. Othon Sidou explica esse fenômeno de forma parcialmente diferente: "Logo compreenderam os invasores que em proveito da sedimentação da sua conquista, coerente seria impor seu direito nativo para regular os litígios entre vencedores e vencidos, porém manter o direito desses quando litigantes entre si" (SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado**. Histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 74). Outra advertência importante é feita por Oreste Nestor de Souza Laspro, no sentido de que nesse período "o sistema romano empregado não era nem mesmo a sombra do esplendor da *extraordinaria cognitio*, tratando-se de um sistema degenerado, até mesmo em razão do esfacelamento da estrutura imperial" (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 47).

193 LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53-55.

Dentro dessa última ordem surgiram as *leges barbarorum*, onde o antigo direito consuetudinário, ainda presente, passou a receber o influxo do direito romano.[194]

Quanto ao modelo de processo adotado pelos povos bárbaros, prevalecia o tipo acusatório privado (*nemo iudex sine actore*),[195] com ênfase na oralidade, na publicidade, no contraditório, no formalismo e na concentração dos atos.[196]

Assim sublinha Claus Roxin:

> O *procedimento penal* coincidia com o procedimento civil: era puramente *acusatório*, provocado por ação do ofendido e de sua família (por isso, uma ação privada). A ação estava dirigida à reparação, e, por certo, em dinheiro, em especial, dinheiro pelo sangue (*Wergeld*: a reparação por um homem assassinado), e, ademais, ao *Fredus* (o preço da paz a pagar à comunidade). Sem embargo, nos delitos de maior gravidade, junto a ele entrava também em consideração a perda da paz (*Friedloslegung*) através da qual o afetado era expulso da comunidade de origem e se convertia em "*Werwolf*" (homem-lobo perseguido até a morte), e todos os indivíduos da mesma tribo eram chamados para matá-lo.[197]

O instituto da perda da paz estava presente no direito germânico antigo, ou seja, a satisfação do interesse violado autorizava o combate ou a declaração de guerra para restabelecer a paz. Com o tempo, passou a ser permitida a composição entre as partes na forma de reparação econômica, o que evitava a vingança familiar e recuperava o *status* inicial do infrator. As infrações mais graves, contudo, não eram suscetíveis de reparação. Só após fracassada essa tentativa de composição é que tinha lugar o procedimento judicial.[198]

---

[194] AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 85. Frise-se que para John Gilissen, "estas *leges* não são verdadeiros códigos, longe disso; não são sequer leis, no sentido actual do termo; são registros escritos de certas regras jurídicas, com origem no costume, próprias deste ou daquele povo. São, pois, compilações muito incompletas, espécie de manuais oficiais para uso dos agentes da autoridade e dos membros dos tribunais" (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 172). No que tange à influência do direito romano, Oreste Nestor de Souza Laspro refere que a *Lex Romana Visighotorum* (ou Breviário de Alarico), uma das mais conhecidas *leges barbarorum*, tinha por base o direito vulgar dos visigodos e o Código Teodosiano. Isso porque na época, o *Corpus Juris Civiles*, de Justiniano era conhecido – e aplicado – apenas no Império do Oriente, somente se tornando conhecido no Ocidente no século XII (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 48).

[195] Ao que tudo indica havia um acentuado caráter privado, permitindo-se em princípio a iniciativa apenas ao ofendido ou seus herdeiros. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 43. Contudo, para Alfredo Vélez-Mariconde, havia distinção entre delitos públicos e privados, o que sugeria influência romana. Para os delitos públicos, a persecução competia ao clã, enquanto para os delitos privados, aos ofendidos ou seus familiares (MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 64). Em sentido semelhante, Julio B. J. Maier refere que as violações mais graves deixavam o infrator a mercê de qualquer membro do grupo, mas na grande maioria dos casos a persecução tinha início apenas com a reação da vítima ou seus parentes (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 246).

[196] Para Ada Pellegrini Grinover, caso fosse seguido o caminho da *cognitio extra ordinem* do período imperial romano, "teria sido fatal o encaminhamento para o sistema inquisitório". Todavia, os bárbaros introduziram seus institutos, dentre um sistema próprio que pode ser caracterizado como acusatório, ainda que diverso daquele da República romana (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 43).

[197] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 557, destaques originais.

[198] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 246. Contrariamente, John Gilissen avalia que a composição ocorria após a instauração do processo penal bárbaro e não antes. Caso sucumbisse no processo, devia comprar o direito de vingança do queixoso, pagando-lhe o *wergeld* (GILISSEN, John. **Introdução histórica**

Os órgãos julgadores eram as assembleias de homens livres, presididas pelo chefe do grupo.[199] Luiz Carlos de Azevedo explica a dinâmica a respeito do procedimento adotado:

> Tudo se fazia oralmente, sob a tônica do princípio acusatório, e, não raro, a parte que se sentia lesada lançava o repto perante os demais, reclamando desagravo. Outras vezes, porém, sentindo a ausência ou debilidade do poder público, ou desprezando, por hábito, o auxílio de terceiro para a solução de pendência que a tinha só por sua, o membro do clã partia para a retorsão contra o desafeto, considerando legítimo o emprego da *vis privata*. No entanto, esta era por princípio coibida, pois a ninguém interessava o enfraquecimento da *tribu*; por isso, buscava-se evitar retaliações ou vinganças entre os clãs, sendo comum, nessa contingência, o recurso ao *wergeld*, por meio do qual o ofensor pagava ao ofendido uma multa ou compensação pecuniária, representada por um bem material ou dinheiro (de *wir*, homem, e *gold*, ouro, o preço do homem ou do prejuízo ocorrido).[200]

Em relação à oralidade no direito bárbaro, em suas fases iniciais, nota-se substancial diferença para a oralidade praticada na fase republicana do direito romano face sua rudimentariedade.

Conforme pondera Mauro Cappelletti, na verdade "era a oralidade de quem, mal sabendo utilizar o instrumento da escrita, era constrangido a prescindir desse importante e utilíssimo meio de comunicação."[201]

Mais especificamente, adverte Giuseppe Chiovenda:

> O processo germânico era sem dúvida oral, mas dessa oralidade de um povo que não conhece a **escritura** e que trata em assembleia os negócios judiciários. Não era a oralidade romana correspondente à função da prova. Em um processo em que o juiz não forma a sua livre convicção, mas decide apoiado nos juízos de Deus [...] a oralidade tem uma importância meramente formal e está destinada a diminuir logo que se difunda o uso da escritura e logo que os juízos passem da assembleia às salas dos juízes.[202]

---

ao direito. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 179). Kai Ambos explica que a reparação pelo dano podia ser buscada antes do processo ou através de uma demanda propriamente dita (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 14).

[199] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 63. E na fase posterior, mais organizada politicamente, passou a ser o Príncipe.

[200] AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 84.

[201] CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005, p. 422.

[202] CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no processo civil moderno. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 93, destaque original. Em outro estudo, o mesmo autor complementa tal ideia ao referir que são encontradas duas espécies de oralidade na história. Uma delas é aquela própria dos povos primitivos que ignoram a escrita e que tem por hábito deliberar as causas judiciárias em assembleia popular. Já a outra se deve à ligação da oralidade com o ofício do juiz, isto é, com a função de avaliar livremente as provas após o contato direto com elas (CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 138-139).

Assim, ao contrário da oralidade grega e romana, que atuava diretamente na produção da prova voltada para a reconstrução dos fatos visando formar o convencimento do julgador, a oralidade germânica se limitava aos aspectos da publicidade dos atos processuais, assegurando a todos os integrantes da comunidade que o formalismo do procedimento estava sendo respeitado e que a decisão fora tomada conforme os costumes.[203]

Havia duas classes de procedimento: a) o extraordinário, puramente executivo, aplicado nos casos de flagrante; b) o ordinário, no qual o autor citava o réu para comparecer perante o tribunal; o ofendido expunha sua pretensão de forma sacramental; havendo confissão, o acusado era condenado; não havendo, havia produção de provas e a decisão era proferida e já se decidia sobre a execução.[204]

O ônus da prova cabia ao acusado, que se incumbia de demonstrar sua inocência, pois para os povos germânicos, quando alguém afirmava algo em juízo, entendia-se como verdadeira tal alegação.[205]

Já o sistema de provas envolvia, em regra, um procedimento destinado não a reconstruir historicamente o fato passado (verdade histórica), mas a buscar sinais externos que revelassem que uma das partes tinha razão. Buscava-se mais a pacificação e o retorno da harmonia comunitária do que concluir racionalmente qual das partes tinha direito.

Era o chamado sistema de provas irracionais,[206] pelo qual se recorria a uma entidade, submetendo o acusado, o acusador, terceiros e às vezes até animais a uma prova,

---

[203] Nesse sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira argumenta: "A oralidade do processo germânico, outrossim, não se identifica com a romana, com seu aspecto funcional de prova, ostentando importância meramente formal e tendente a se extinguir com a introdução da escrita e o término da apreciação das causas em assembleia" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18). Confira-se ainda o que diz Giuseppe Chiovenda: "Si de um lado os textos romanos ensinavam a necessidade de julgar dos depoimentos segundo a credibilidade das testemunhas, de outro lado a mentalidade prática, formada por estratificações germano-longobardas, não podia entender nem aceitar a idéia de uma liberdade de juízo, feita de observação e de crítica pessoal, de autonomia individual absoluta" (CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. Tradução de Osvaldo Magon. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 142). Ao abordar o processo civil romano, Alexandre Miura Iura afirma que no período das ações da lei e no período formulário, e em menor intensidade na *cognitio extra ordinem*, o direito romano adotou a oralidade. Entretanto, critica a assertiva de Chiovenda, pois não se pode supor que a oralidade teria sido aplicada pelas mesmas razões empregadas no direito contemporâneo, cujas bases remontam ao século XIX e dizem respeito à prova. Em outras palavras, a oralidade romana não tinha relação com a teoria da prova e era determinada por fatores extrínsecos, sendo indevido e ilógico o uso de conceitos modernos para explicar fenômenos passados. No mais, Miura Iura atribui a Chiovenda motivações políticas para o fato de ter alegado que os romanos adotavam a concepção contemporânea de oralidade (IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 11; 52 e 57-60). Discorda-se em parte da posição de Miura Iura, pois se por um lado a oralidade do direito romano (e também no direito grego) provavelmente não alcançou a complexidade daquela aflorada na contemporaneidade, é certo que, mesmo sem os contornos delineados no final do século XVIII, mantinha relação com a prova e era visivelmente superior a oralidade rudimentar dos povos arcaicos e dos bárbaros.

[204] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. 2. ed. t. I. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 64-65. Conforme Kai Ambos, nas hipóteses de flagrante, não se aplicavam as ordálias (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16). Logo, o procedimento adotado nos casos de flagrância ao que parece não lidava com provas tidas como irracionais, mas que buscavam reconstruir historicamente o fato.

[205] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. 2. ed. t. I. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 65.

chamada ordália[207] ou juízo de Deus. De acordo com o resultado, supunha-se que, direta ou indiretamente, o ente sobrenatural teria atuado e, com base nessa influência externa, o conflito era decidido.[208]

As ordálias podiam ser unilaterais (provas de ferro em brasa, água fervida ou fria, tocar o cadáver sem o fazer sangrar) ou bilaterais (as duas partes atuavam, como uma espécie de competição, como permanecer com os braços estendidos e quem o deixasse cair primeiro perdia a disputa). A mais famosa modalidade bilateral foi o duelo judiciário, onde as partes (ou seus representantes) se enfrentavam fisicamente. Subsistiram até os séculos XIV-XV, mas podem ser encontradas atenuadas mesmo nos séculos XIX-XX na forma de duelo de honra.[209]

Havia ainda o juramento purgatório. Por meio dele o acusado prestava juramento para se desculpar ou provar sua inocência. Se não o fizesse, tal conduta significava uma confissão da culpa. Era uma espécie de "automaldição", pela qual a divindade deveria punir quem tivesse prestado um falso juramento.[210]

---

[206] O nome indica que o sistema não se destinava a avaliar a verdade dos fatos e o resultado não era considerado para fins do livre convencimento do julgador, que mesmo entendendo comprovado ou não determinado fato, não tinha como julgar diferentemente do resultado obtido pelas ordálias ou nos juramentos. No processo romano clássico, a prova se voltava para formar a convicção do juiz e os meios de prova buscavam reconstruir o fato litigioso. A esse respeito: "Em um processo em que se decide com os **juízos de Deus**, vale dizer, com experiências em cujo resultado se vislumbra uma manifestação do juízo divino, a função do juiz resume-se em estabelecer qual dos litigantes deve produzir a prova e por que meio; depois disso limita-se a assistir passivamente a experiência probatória e a constatar-lhe, mecanicamente, o resultado" (CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no processo civil moderno. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 90-91, destaques originais). Ainda sobre o caráter irracional, Winfried Hassemer pondera: "Há boas razões para a hipótese de que o direito probatário germânico durante muito tempo foi um direito racional – 'racional' no sentido de que cumpria as exigências metódicas e de conformação com a realidade que o Direito Penal germânico tinha que cumprir. O duelo, o juramento de purificação e a prova da água eram os meios pelos quais os participantes no Processo Penal garantiam a 'verdade', eles eram funcionais às concepções de racionalidade da cultura germânica. Para quem vê um Deus reinar sobre a realidade terrena – o que deveria ser mais 'racional' do que a segurança de que o Deus não só produz o tempo, como também marca o homicida?" (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 204-205).

[207] Do alemão, Urteil, que significa decisão, sentença (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 715). A doutrina refere tanto ordália como ordálio.

[208] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 715. No entanto, para o autor, o juiz não era obrigado a recorrer às ordálias, podendo admitir provas por testemunhas e documentos. Coexistiam, portanto, o místico e o racional, mas uma vez imposto a ordália, restava apenas ao juiz aguardar o resultado (p. 715). Similarmente, João Mendes de Almeida Jr. explica que na falta de testemunhas do fato e de outras provas, os membros da comunidade eram chamados a dar testemunho sobre a honorabilidade do sujeito. Caso fosse contrário, então os juízos de Deus eram empregados (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 53). Para João Gualberto Garcez Ramos, fundavam-se na crença no divino e na igualdade formal (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 52). Contudo, o máximo que poderia se falar era em igualdade formal (e não material), pois as partes mais fracas e menos influentes, não dispondo de pessoas para jurarem a seu favor e não podendo combater (e nem pagar um campeão), eram claramente prejudicadas na disputa.

[209] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p.715-716. Alberto Bovino adverte que, muito embora constitua uma característica tradicional do direito germânico, as ordálias foram utilizadas no direito grego e posteriormente pela Inquisição (BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 55).

[210] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 716. James Goldschmidt reputa que o juramento era o meio de prova principal. Subsidiariamente, quando admissível, eram aplicados os juízos de Deus (GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p.15). Em complemento, José Antonio Barreiros aponta que os acusados, que por sua condição servil não podiam se valer do juramento purgatório, socorriam-se das

Tanto os juramentos como as ordálias apelavam para divindades, mas no juramento a intervenção era mais distante e indireta, presumindo-se que os deuses castigariam quem mentisse. O juramento se baseava na honestidade e na credibilidade de quem jurava (em princípio o acusado, mas se estendia para outras pessoas que afirmavam acreditar que o acusado era incapaz de afirmar uma falsidade).[211]

Mais do que a decisão propriamente dita, o procedimento germânico se preocupava em dirimir as contendas surgidas na sociedade, cuja solução não dependia do convencimento dos juízes. E na medida em que a decisão era guiada e materializava elementos divinos, era irrecorrível.

Por essa razão, para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o juiz germânico não era propriamente um juiz no sentido hoje conhecido, pois tinha a função de conduzir a atividade processual, mas lhe era vedada a aplicação do direito. Na verdade, com base na manifestação divina, competia à comunidade declarar o vencedor do duelo entre as partes. Entre os germânicos não se desenvolve a ideia de um Estado concedente e comprovador do direito, comum entre os romanos e presente nos direitos processuais modernos, daí a razão de o juiz não se apresentar como um representante do poder estatal.[212]

A partir do século VIII, no período franco, manteve-se a ideia da perda da paz, mas agora gradualmente substituída pela "paz do rei", decorrente da crescente organização monárquica da época. Isso fez com que o duelo perdesse o sentido de vingança e adquirisse um viés, ainda que incipiente, de proteção da comunidade.[213]

O tribunal continuou sendo popular, mas a função de juiz presidente passou a ser exercida pelo rei ou seus delegados. Por seu turno, a iniciativa do processo continuou com o

---

ordálias; para certos crimes, admitia-se a forma bilateral (BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p.24-25). Michel Foucault relata episódio demonstrando que na Antiguidade grega já havia instituto semelhante com o juramento. Na Ilíada, de Homero, há passagem que retrata o jogo ou desafio lançado por um adversário ao outro como forma de estabelecer a verdade jurídica, que era uma característica do direito grego arcaico. Trata-se do desafio feito por Menelau a Antíloco, no sentido de jurar perante Zeus que não tinha cometido nenhuma irregularidade durante uma corrida de carros. Diante do desafio, Antíloco renuncia à prova e reconhece que cometeu a infração (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 33; 55).

[211] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 66-67. Referindo-se ao Código Visigótico, João Mendes de Almeida Júnior acrescenta ainda a utilização dos tormentos, ou seja, a tortura (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 59).

[212] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.17-18. Por seu turno, Foucault aponta quatro características: a) trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária (o indivíduo aceita ou renuncia a ela); b) termina sempre com a vitória de um (desfecho favorável) e o fracasso de outro (desfecho desfavorável); c) é automática, pois não depende de terceiro personagem além dos contendores, sendo que a autoridade só intervém como testemunha da regularidade do procedimento; d) serve para estabelecer que o mais forte é quem tem razão (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 61-62).

[213] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 248.

ofendido, mas com exceções que autorizavam a persecução pública, sendo mantidos os juízos de Deus.[214]

No plano político, verificou-se o fortalecimento das comunidades frente ao poder central e o consequente fracionamento do poder (feudalismo), além da crescente influência da Igreja.[215]

Quanto ao processo, foram sentidas algumas alterações estruturais: a) os julgamentos se mudaram de locais abertos (praças) para lugares fechados, mas não perderam a nota da publicidade, pois o ingresso era franco e as portas e janelas permaneciam abertas; b) a ação privada seguiu como regra, ainda que apresentasse cada vez mais exceções para a persecução pública em infrações graves; c) pequeno progresso das provas como meio de reconstrução da verdade histórica; d) o formalismo exagerado impôs a presença de um "patrocinador" da parte, que mesmo não sendo seu representante, falava por ela; e) a tarefa de julgar seguiu dividida entre o juiz que dirigia o procedimento e os escabinos que decidiam, mas com participação gradual daquele no processo decisório; f) o reexame da decisão passou a ser admitido e regulamentado.[216]

Julio B. J. Maier também relembra um procedimento de *inquisitio* no período franco:

> A persecução penal seguia nas mãos do ofendido e de sua tribo, mas excepcionalmente se desenvolveu um procedimento especial de persecução oficial [...], consistente na pergunta do rei ou de seus delegados a homens eleitos, dignos de fé e juramentados [...] acerca de se algum crime havia sido cometido e quem suspeitavam que fossem os autores (*inquisitio*), possuindo a resposta afirmativa [...] o significado de uma acusação perante a comunidade, não obstante, se o ofendido ou

---

[214] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 248-249. A persecução pública confiada a funcionários públicos neste momento histórico é vista por Ada Pellegrini Grinover como o embrião da figura do promotor de justiça (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 43).

[215] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 249. O feudalismo é um elemento importante para a compreensão da Idade Média. Contudo, não cabe aqui se aprofundar nas suas causas, consequências e características, bastando lembrar que a fragmentação política resultou em disputas ferrenhas entre os poderes locais (senhores) e o central (rei) e houve o estabelecimento de direitos diversos (ordenamentos dentro de ordenamentos). Nessa fase da Idade Média, "o poder real, apesar de ocupar um lugar no topo da hierarquia medieval, era incapaz de impor a sua vontade aos nobres, o que gerou o desaparecimento da atividade legislativa imperial e principalmente o desmembramento do poder judicial nas mãos dos senhores feudais" (MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 147-148).

[216] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 249. Por seu turno, James Goldschmidt também aponta modificações no período franco: aumento da intervenção do juiz; o juramento se aproxima da prova testemunhal; admissão da prova documental (os documentos reais não necessitam de testemunhas, enquanto os documentos particulares necessitam de testemunhas para provar sua existência); criação do Tribunal Real (com poder de avocar determinadas causas, em especial aquelas em que haja denegação ou demora no julgamento) (GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 16). Já José Antonio Barreiros, mencionando especificamente a prova testemunhal na época carolíngia, destaca: "A prova testemunhal foi também utilizada, nomeadamente na fase carolíngia, quando se chegou a estruturar um sistema de inquérito destinado a reconstruir o material probatório relevante que era analisado ou recolhido pela inquirição de vizinhos de boa reputação" (BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 25).

> sua família se apresentasse como acusadores, o procedimento seguia as regras gerais [isto é, as regras do modelo acusatório].[217]

2.8 O processo romano-canônico

2.8.1 Generalidades

O direito canônico é fundamental para compreender a transformação ocorrida no processo penal na Baixa Idade Média. Dentre todas as áreas jurídicas afetadas, as que mais tiveram influência foram o processo e o exercício da jurisdição.

Conforme explica José Reinaldo de Lima Lopes, o direito canônico foi uma espécie de divisor dos modelos da *common law* e o continental:

> Em boa parte, o desenvolvimento do direito inglês distingue-se do nosso justamente porque na Inglaterra o processo canônico nunca foi incorporado nas cortes régias, que se desenvolveram antes da canonística. Já no continente, é o processo canônico que precede a organização das cortes régias, e assim as influencia.[218]

Para John Gilissen, o direito canônico teve três períodos: a) fase ascendente (séculos III a XI); b) apogeu (séculos XII a XIII); decadência (a partir do século XIV e, sobretudo, do século XVI em diante, cujas causas foram a Reforma e a laicização dos Estados, com a progressiva supremacia da jurisdição secular).[219]

A expansão da jurisdição canônica teve como causas o prestígio crescente da Igreja e a ideia de universalidade. Além disso, outro fator que contribuiu foi a organização política feudal, fundada no estamento e na irracionalidade do modelo processual da época (ordálias).[220]

Ainda na perspectiva de John Gilissen, a importância do direito canônico pode ser medida pelos seguintes fatores: a) unidade e uniformidade do direito canônico; b) certas matérias do direito privado foram regidas exclusivamente pelo direito canônico durante vários séculos (casamento, divórcio); c) durante a maior parte da Idade Média o direito canônico foi o único direito escrito (permitindo que fosse comentado e analisado em larga difusão),

---

[217] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 248.
[218] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84.
[219] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 136. Analisando o direito canônico sobre o prisma de suas fontes, Luiz Carlos de Azevedo divide os períodos em: formação, estabilização, consolidação e renovação (AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 104-106).
[220] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 271-272. Geraldo Prado acrescenta que a Igreja passou a ver o crime não mais como uma questão privada, mas principalmente um problema de salvação da alma, o que demandaria a punição como forma de expiação da culpa. Em contrapartida, o arrependimento não é mais suficiente, sendo necessária a penitência, razão pela qual há o aumento gradativo das infrações investigadas pela Igreja (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 80).

enquanto o direito laico permaneceu essencialmente consuetudinário; d) o direito canônico foi objeto de estudos doutrinários muito antes do direito laico, exercendo influência no desenvolvimento deste.[221]

A respeito da competência, inicialmente os imperadores romanos nos séculos IV e V reconheceram à Igreja jurisdição sobre as infrações puramente religiosas ou espirituais, "isto é, para tudo aquilo que dissesse respeito à fé, ao dogma, aos sacramentos, à disciplina no seio da Igreja", ou seja, a matéria *a clavibus*, aquela que diz respeito às 'chaves' da Igreja."[222]

Em relação aos clérigos havia o *privilegium fori*, em virtude do qual somente poderiam ser julgados pelos tribunais da Igreja seja qual fosse a infração. Posteriormente, as matérias relacionadas direta ou indiretamente com a *clavibus* passaram a ser objeto de disputa entre os poderes temporal e espiritual. Algumas foram mantidas exclusivamente sob a jurisdição eclesiástica.[223]

Entre os séculos X e XIV, a Igreja alcançou seu apogeu e tinha poder jurisdicional amplo, mesmo em relação às causas leigas.

A competência se dividia em: a) *ratione personae* (eclesiásticos, cruzados, membros de universidades e *miserabiles personae*, no caso, viúvas e órfãos quando pediam proteção à Igreja); b) *ratione materiae*, abrangendo tanto a matéria especificamente penal para a Igreja (infrações contra a religião, como a heresia, apostasia, simonia, sacrilégios, feitiçarias etc.) como infrações que atentassem genericamente contra as regras canônicas (adultério, usura dentre outros). Nesse último caso, a competência era concorrente com a jurisdição laica; c) civil (casamentos, testamentos, benefícios eclesiásticos e não execução de promessas feitas sob juramentos).[224]

---

[221] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 134-135.

[222] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 139.

[223] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 139.

[224] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 140-141. A Igreja alegava que sua jurisdição provinha de Deus e que tinha competência para analisar os delitos que, direta ou indiretamente, podiam afetar a fé religiosa, bem como todos os delitos imputados aos clérigos. Daí a abrangência da jurisdição eclesiástica sobre as causas puramente espirituais (sacramentos, votos religiosos, disciplina eclesiástica e as infrações canônicas) e os delitos eclesiásticos (todos que podiam ferir os interesses da fé e eram punidos pelos cânones). Logo, muitos dos delitos tidos como eclesiásticos ficavam sujeitos também à jurisdição laica (crimes *mixti fori*), como usura, rapto, concubinato, adultério, incesto, bigamia. Apesar disso, em se tratando de crimes graves, o clérigo deveria ser entregue à jurisdição secular. Na verdade, a determinação dos crimes comuns e dos delitos próprios às duas jurisdições resultou em grandes controvérsias. Ressalte-se, por fim, que a distinção de qual jurisdição atuaria vinculava o tipo de processo que seria aplicado (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 86-87). Quando a jurisdição era comum, segundo João Gualberto Garcez Ramos, a jurisdição eclesiástica era muitas vezes preferida, pois mais racional e menos árdua do que a secular, que ainda empregava as ordálias, sendo ainda mais barata (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 67).

2.8.2 Procedimento e características

Em seu início, o processo canônico ostentava estrutura semelhante ao modelo acusatório, muito embora já pudesse ser observada uma maior tendência para a escritura. Por outro lado, quanto às provas, as ordálias foram admitidas (água fervente, ferro quente) até o século IX e a prova por *conjuratores* era igualmente prevista.[225]

Esse procedimento acusatório foi alterado pela necessidade de se investigar a (má) conduta dos clérigos, ocasião em que o Papa Inocêncio III, valendo-se do direito romano da fase imperial romana, introduziu a *inquisitio*.[226]

A partir do final do século XII, passa a viger um processo oficioso, por inquirição (*inquisitio*), ordenado pelo juiz desde que tivesse conhecimento de uma infração.[227]

O citado procedimento alcançou espectro ainda maior quando empregado pela Igreja Católica no combate aos hereges, resultando no movimento chamado de inquisição, que pode ser dividida em medieval,[228] espanhola[229] e romana.[230]

---

[225] ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 72-73. Para José Reinaldo de Lima Lopes, a proscrição ocorreu no Concílio de Latrão, de 1215, que proibiu os clérigos de participarem de ordálias (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 90). No mesmo sentido, GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 23.

[226] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 272. Para o autor, a abolição do procedimento acusatório começou de fato quando se autorizou o início da investigação por meio de denúncia, ainda que anônima. Foi o primeiro passo para se permitir a inauguração de ofício, autorizada posteriormente. Assim, o procedimento penal podia ser iniciado *per accusationem*, *per denuntiationem et per inquisitionem* (p. 272). Assinala Marcos Alexandre Coelho Zilli que o direito imperial romano, por melhor traduzir as formas centralizadas e hierarquizadas de persecução penal, foi empregado para os fins pretendidos pela Igreja e materializado via direito canônico (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 86).

[227] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 141. Ainda que tenha adquirido amplitude e desenvolvimento a partir do século XII, a *inquisitio* não era de todo desconhecida da Igreja. Michel Foucault refere que mesmo na Alta Idade Média (séculos V a X), a Igreja praticou uma forma de inquérito chamada *visitatio*, consistente na visita estatutária do bispo nos locais da sua diocese, ocasião em que instituía em primeiro lugar a *inquisitio generalis* (inquisição geral), indagando aos mais sábios, mais idosos e mais notáveis se alguma falta havia sido cometida em sua ausência. Em caso positivo, instalava-se a *inquisitio specialis* (inquisição especial) para apurar a autoria e a natureza do ato. Menciona, ainda, que um procedimento semelhante ao inquérito (questionamentos visando alcançar a verdade) foi empregado pelo poder secular no Império Carolíngio, mas acabou abandonado nos séculos X e XI, sobrevivendo em virtude de seu emprego pela Igreja (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 69-70). Julio B. J. Maier também refere um procedimento inquisitivo no período dos francos (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 248). Ada Pellegrini Grinover observa que essa divisão da *inquisitio* em duas fases perdurou mesmo posteriormente, quando da estruturação do processo canônico clássico propriamente dito: "na primeira [fase], pesquisava-se o fato em sua materialidade, sem atentar especialmente para ninguém (*inquisitio generalis*, a que o juiz procedia *priusquam inquirat contra delinquentem*); na segunda [fase], apurada a existência do fato, passava-se à investigação da responsabilidade do suspeito (*inquisitivo specialis*, em que se perquiria especialmente acerca de alguém)" (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 45).

[228] De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, a inquisição medieval teve como origem remota os decretos papais de 1184 e teve início efetivo a partir da necessidade de combater grupos de hereges cátaros e albigenses no sul da França, onde os reis desejavam ampliar sua presença. Os diversos grupos à margem da ortodoxia monárquica (dissidentes de Milão, Verona, Lião etc.) desencadearam a inquisição na época medieval. Com a vitória sobre os inimigos mais importantes (cátaros e albigenses), a inquisição foi então dirigida contra qualquer inimigo político (templários, franciscanos, que tentavam inventar novos modelos de vida cristã radical etc.), lembrando que funcionava como um tribunal de exceção, pois conduzida por legados do papa que tiravam a jurisdição ordinária dos bispos nas matérias em que incidiam, especialmente a heresia. O uso excessivo fez com que a Inquisição fosse desacreditada e perdesse relevância junto ao poder secular. Não obstante, acabou sendo retomada na Península Ibérica, agora em apoio do Estado monárquico. Na verdade, a intolerância religiosa era generalizada

Os instrumentos jurídicos usados pela Igreja Católica foram os Diretórios ou Manuais dos Inquisidores, dentre os quais os mais famosos são *Practica Officii Inquisitionis Heretice Pravitatis*, de Bernardo Gui (1323), o *Directorium Inquisitorium*, de Nicolás Eymerich (1376), conhecido como Manual do Inquisidor e o *Malleus Maleficarum*, de Heinrich Kramer e James Sprenger (1484), conhecido como 'O Martelo das Feiticeiras'.[231]

A finalidade do processo canônico era reconstruir a verdade histórica dos fatos a partir de um sistema de provas com valor pré-estipulado, chamado de sistema das provas legais.[232]

A investigação passou a ser o ponto central do procedimento,[233] com adoção da escrita e do segredo[234]quanto aos atos processuais. Ainda, a tortura foi admitida e extensamente regulamentada.[235]

---

nos séculos XVI e XVII e não se limitava aos católicos. Nesse período, as fogueiras arderam na Europa, "do Mar do Norte ao Mediterrâneo, entre católicos, calvinistas, puritanos, luteranos, num tempo em que toda revolta social e política era colorida por discursos messiânicos" (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91-93).

[229] A Inquisição Espanhola, ao que tudo indica, a mais violenta e rígida de todas, foi criada em 1478, a pedido de Isabel de Castilha e Fernando de Aragón, com a alegada finalidade de reprimir a heresia. Contudo, na verdade, o processo canônico serviu como instrumento de repressão política em favor da manutenção da unidade do Estado. Pode ser dividida em dois períodos, cujas denominações levam os nomes dos Inquisidores Gerais da época: Tomás de Torquemada e Fernando de Valdés (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 297; 305).

[230] Já a Inquisição Romana, considerada a mais branda, teve início em 1542 e foi criada como resposta à reforma protestante para funcionar como Supremo Tribunal da igreja nos delitos de fé. Na verdade, não se tratou de novidade no âmbito jurídico italiano, pois os princípios da Inquisição Medieval já eram conhecidos (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 313).

[231] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 283. Não obstante a consolidação desse modelo processual (inquisitório) a partir do século XII até o século XVIII, Alberto Binder menciona que desde o início, a obra prática e teórica dos inquisidores foi combatida por contemporâneos, como Erasmo de Roterdã, dentre outros (BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Nuevo Léon: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014, p. 54-55).

[232] Apesar de ser comum a afirmação de que o modelo inquisitório busca a verdade a qualquer custo, enquanto o modelo acusatório se funda na disputa em igualdade de condições entre as partes (além da separação da função de julgar e acusar), para James Goldschmidt, ambas as configurações visam alcançar o fim essencial do processo, qual seja, averiguar a verdade e obter a justiça: "O fim do procedimento penal é a averiguação da verdade e a verificação da justiça. Todavia, há dois caminhos distintos para alcançar esse fim" (GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 114).

[233] O caráter praticamente ilimitado da pesquisa da verdade, uma obsessão do inquisidor, resultava na utilização do próprio acusado como fonte de informação e a confissão na melhor forma de alcançar essa verdade, já que somente ela podia fornecer a certeza moral a respeito dos fatos investigados (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 21-22). Por essa razão, comumente se diz que no sistema inquisitório o acusado era considerado objeto da prova e não sujeito processual.

[234] Quanto ao segredo, seu emprego se deu não apenas para assegurar o bom andamento das investigações, "mas também para evitar que os humildes fossem vítimas da cólera de poderosos e que os homens de bem sofressem na boa fama". (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 45). No mesmo sentido, João Mendes de Almeida Jr. refere que os inquéritos secretos eram uma garantia para as testemunhas, menos sujeitas à coação, e ainda possibilitavam o acesso dos fracos aos tribunais (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v. I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 90). Contudo, ainda que tal justificativa seja plausível, não impediu desvios e arbitrariedades, pois reduzia substancialmente o direito de defesa. Giuseppe Chiovenda observa: "Os modernos encontraram diversas explicações para o segredo dos depoimentos e muitos deram grande importância à influência do direito canônico. A verdade é que em um sistema em que se procurava garantir a atendibilidade das testemunhas com regras preestabelecidas e formais, em que se descurava o valor da observação direta com meio de indagação e o próprio juiz permanecia estranho ao exame, devia facilmente ganhar terreno o conceito de que a presença das partes, cuja utilidade não se percebia, mas de que somente se discerniam os inconvenientes, se devesse evitar como perigosa" (CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 144).

2.8.3 Sistema das provas legais

Para Mauro Cappelletti, a prova legal se consubstanciou na combinação de elementos romanos e bárbaros e foi "uma ponte de passagem em direção àquela concepção mais moderna, que teve necessidade de outros séculos de evolução para predominar na Europa após a Revolução Francesa."[236]

Esse também parece ser o entendimento de Giuseppe Chiovenda, para quem o sistema da prova legal teve origem a partir de reminiscências do formalismo da prova germânica.[237]

No referido sistema, as provas admitidas eram valoradas conforme critérios matemáticos, racionalizando, ainda que de forma extremamente rigorosa, o procedimento

---

[235] Para Julio B. J. Maier, a tortura visava justamente alcançar a confissão, que era a meta e o fim do procedimento (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 273). Já Kai Ambos discorda desse posicionamento quanto à confissão, pois entende que esta não guarda uma necessária conexão com o processo inquisitório. Referindo-se à confissão, esse último autor assinala: "sua significação é aplicável a qualquer forma processual, já que era um ato instituído de forma compartilhada tanto no processo inquisitivo como no acusatório e, arrematando, a confissão se constitui, ao mesmo tempo, em um meio de prova material e formal (já que nos dois processos era indispensável)" (AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28). No caso do sistema inquisitório, o recurso à tortura era consequência da formalização ou tarifação (taxação) das regras relativas à avaliação da prova, e nada tinha a ver com o modo de início ou forma de desenvolvimento do processo, ou seja, se foi de forma inquisitiva ou acusatória (p. 24).

[236] CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005, p. 425. Vale destacar que Carlos Alberto Álvaro de Oliveira vislumbra o início da prova legal no processo romano pós-clássico da *cognitio* que, ao contrário da livre apreciação da prova do processo romano clássico, passou a normatizar a valoração das provas (o juramento desempenha papel cada vez maior, cria-se o dever geral de testemunhar e são introduzidas regras sobre o número de testemunhas – *testis unus, testius nullus* – Constantino, 344 d.C.). Ainda assim, a livre valoração das provas não foi totalmente descartada. Por volta de 400 e 500 d.C, talvez como reação ao grande poder concedido às autoridades judiciais, começou a ser esboçado o início da prova legal, que se generalizou como sistema no processo medieval e comum (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.25-26). Ao abordar o processo civil romano, Fernando da Fonseca Gajardoni explica que mesmo com a documentação de alguns atos processuais durante o período formulário e, principalmente, na *extraordinaria cognitio*, havia nítida oralidade no processo romano. Todavia, faz algumas ressalvas importantes quanto ao livre convencimento, "pois as legislações, com o passar do tempo, passaram a nortear a atividade intelectual do julgador. Assim, no direito Justiniâneo, a prova testemunhal não podia prevalecer sobre os resultados da prova escrita e esta predominava em certas questões, como relativas ao Estado. O testemunho de uma só pessoa era sempre irrelevante (*testis unus, testis nullus*) e na apreciação da prova testemunhal devia sempre dar-se maior peso ao depoimento das pessoas de elevada condição social. A prova documental (*instrumentum*), outrossim, passa a ter maior validade que no período formulário, não se aceitando que seja afastada por testemunhos. Importante ressaltar, ainda, que nesta fase muitos são os documentos registrados publicamente (*apud acta*), o que facilita a comprovação dos fatos. Por fim, a confissão tem valor preponderante: equivale à própria coisa julgada (*convessum pro iudicato est*)." GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre a oralidade no processo civil romano. **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, v. 9, n. 10, p. 77-95, maio, 2006, p. 91.

[237] CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. t. I. Tradução de José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 4. Em outro estudo, o autor completa: "Foram-se lentamente os juízos de Deus, mas ficou o caráter formal das provas, vale dizer, um complexo de regras preestabelecidas, segundo as quais se deviam avaliar as várias provas e, em particular, a prova testemunhal" (CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no processo civil moderno. Tradução de Osvaldo Magon. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 91).

decisório do órgão julgador. Uma das justificativas desse intrincado sistema foi o receio do arbítrio judicial na tomada de decisões.[238]

No que tange à classificação das provas, o sistema surgido nos escritos dos romanistas glosadores e canonistas do século XII é o seguinte: a) *notorium*, criação canônica sem equivalente no direito romano, que se divide em a.1) *facti* (o que ressalta aos olhos de todos); a.2) *iuris* (o que já foi julgado não precisa ser provado; confissão); a.3) *praesumptionis* (presunção *iuris et de iure* configura *notorium*, enquanto a presunção *iuris tantum* é *probatio plena*); b) *probatio plena* permite fundamentar a decisão do juiz (duplo testemunho e o ato escrito público, lembrando que *testis unus, testis nullus* – uma testemunha é como se não houvesse testemunha), e ainda, em caso de contradição entre testemunho e escrito, prevalece o documento escrito, com a ressalva de que posteriormente a regra é invertida; c) *probatio semiplena*, testemunha simples (*unus testis*), documento particular, fuga (permite presumir a culpabilidade) e fama; d) *indicium*, tabelados em 1/4 ou 1/8 e podem ser somados para formar prova plena.[239]

Assim, duas provas semiplenas configuravam uma prova plena, enquanto uma prova semiplena permitia obter medida cautelar. Já o *indicium* permitia torturar o acusado.[240]

O juiz não tinha a livre apreciação das provas, cabendo apenas somar o que fora produzido e alcançar a conclusão dada de antemão pela legislação, reduzindo-se o que era uma avaliação lógico-cognitiva a uma operação matemática.

Em outras palavras, o juiz era obrigado a valorar o conjunto probatório segundo o peso indicado pela lei e não pelo que tinha depreendido da prova. Assim, mesmo que não tivesse convicção da culpabilidade do acusado, deveria condenar caso duas testemunhas depusessem contra o imputado, ainda que de formas genéricas e titubeantes, e não obstante

---

[238] CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005, p. 422; 432.

[239] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 717-718. Conforme Mauro Cappelletti, para certos fatos eram necessárias três ou até cinco testemunhas; servos, parentes e amigos não podiam testemunhar; o testemunho de um rico valia mais do que o do pobre; o testemunho do nobre prevalecia sobre o não nobre; o do clérigo sobre o laico; o cristão sobre o hebreu. Ainda segundo o autor, essas eventuais discriminações (condição social, sexo, idade, fé religiosa etc.), muito embora atualmente incabíveis, eram aceitáveis para a época e mais racionais do que os juízos de Deus (CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005, p.423-424). Segundo Robert Wyness Millar, duas testemunhas perfeitas faziam prova plena (*probatio plena*); uma testemunha perfeita constituía meia prova (*semiplena probatio*); uma testemunha suspeita fazia menos de meia prova, no caso, 1/4 de prova (*probatio semiplena minor*); uma testemunha perfeita junto com uma testemunha suspeita caracterizava mais de meia prova (*probatio semiplena maior*) (MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Eidar, 1945, p. 126-130).

[240] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 717-718. Por seu turno, José Reinaldo de Lima Lopes adverte que o indício só valia quando associado com outras provas (LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 89-90).

houvesse uma (única) testemunha em sentido contrário, mas cujo depoimento fosse mais verossímil e razoável do que as outras duas. E o contrário na hipótese de o julgador ter obtido a certeza da materialidade e autoria, quando poderia se ver obrigado a absolver pela prova tarifada.

Apesar disso, o sistema das provas legais era mais racional que o anterior, já que não dependia de signos exteriores ou apelos divinos para demonstrar quem tinha razão.[241]

Por outro lado, a racionalização das provas foi acompanhada da perda da oralidade e da imediação, que somente seriam retomadas nas reformas processuais dos séculos XIX.

O sistema da prova legal adotou a escrita, pois a avaliação deveria ser neutra e objetiva. Isso porque havia um temor no contato direto do juiz com as provas, razão pela qual se chegou ao ponto de não permitir ao juiz ouvir testemunhas e partes. Os depoimentos eram colhidos por secretários dos tribunais.[242]

Assinala Giuseppe Chiovenda:

> Desaparecido o costume de tratar as causas em assembleia pública, com o maior uso da **escrita** e com a formação dos notariados, generalizada a compilação dos **verbais**,[243] a oralidade do processo germano-longobardo, porque não surgida de razões mais íntimas, diminui. Não foi, note-se, o maior âmbito assumido pelos interrogatórios por **positiones** e das disposições por **capitula**, nem a presença de homens versados na arte de redigir instrumentos, não foram estes fatos **em si mesmos** a causa da formação do processo escrito. [...] O processo tornou-se escrito porque o juiz, devendo avaliar a atendibilidade dos testemunhos, como das outras provas, baseado em regras gerais preestabelecidas, argumentando com uma série de circunstâncias exteriores acuradamente assinaladas nos **verbais** (***conditio, sexus, aetas, discretio, fama, fortuna, fides, inmicitia***, etc.) não teve mais nenhum impulso para o exame direto das testemunhas. Faltava ao juiz a faculdade e a necessidade de servir-se de um instrumento mais refinado e seguro de indagação: **a observação**. Assim, o recolhimento das provas vai sendo aos poucos entregue ao notário [...].[244]

O sistema ainda padecia de certa "irracionalidade", não por se apoiar em máximas de experiência que tinham sentido segundo o pensamento da sociedade daquele tempo, mas

---

[241] Segundo Mauro Cappelletti, o sistema da prova legal, além de representar inegável progresso quando comparado com as ordálias, foi uma etapa intermediária e necessária antes que a livre valoração da prova fosse alcançada: "Pretender que do sistema das ordálias pudesse se passar imediatamente a um sistema no qual os juízes – que são, também eles, homens de seu tempo – estivessem investidos na delicada obrigação de valorar as matizes psicológicas de uma valoração, teria sido pretender demasiado. A passagem pelo sistema mecânico e apriorístico da prova legal era necessária" (CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 73-74). Luiz Carlos de Azevedo adverte: "deve-se ao Direito Canônico a eliminação das ordálias e juízos de Deus, tão em voga nas práticas costumeiras da alta Idade Média" (AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 108).

[242] LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 90.

[243] "Verbais" são escritos contendo o resumo dos fatos da causa, depoimentos etc. Ou seja, após a instrução da causa, elaborava-se um resumo dos depoimentos e demais dados da causa para ser encaminhado ao julgador, que não tinha contato com as provas.

[244] CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. Tradução de Osvaldo Magon. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p.143, destaques originais.

por tornar fixo e vinculantes os critérios de valoração e não permitir a valoração livre da prova conforme o caso pelo juiz.[245]

Por seu turno, a admissão da tortura por uma bula do Papa Inocêncio IV, de 1252, com a finalidade de se obter a confissão quando houvesse indícios contra o acusado, gerou novo rebaixamento da propalada racionalidade trazida pelo processo canônico, pois na busca da verdade, a tortura era um meio irracional em si mesmo, pois se acreditava que Deus daria força ao inocente para resistir à dor e não confessar.[246]

Ainda, a própria garantia buscada pelo sistema de provas legais era desvirtuada pela autorização da tortura como meio de obtenção da confissão.

> À primeira vista, pode parecer que diante de tais regras estivesse favorecida a posição do acusado, pela extrema dificuldade de se obter uma demonstração plena de culpabilidade; no entanto, bem ao contrário, tais exigências só resultavam na maior severidade da investigação, pois a confissão, com o recurso inevitável à tortura, tornava-se verdadeira condição *sine qua non* para a obtenção do convencimento sempre que os meios ordinários não propiciassem a certeza necessária para a condenação.[247]

Interessante notar que no âmbito do *common law* a oralidade intrínseca ao instituto do júri manteve o contato direto e imediato entre o juiz (e jurado) com as fontes de prova, tornando mais difícil a impregnação da doutrina das provas legais.

Não obstante, Mauro Cappelletti pondera que mesmo no *common law*, com alguns séculos de atraso, houve manifestação semelhante na forma de regras limitadoras de certas provas, pois prevalecia o entendimento de que uma vez produzida a prova, era difícil impedir o juiz de extrair dela suas conclusões. Com efeito, ao excluir aprioristicamente determinadas provas, a lei lhes estabelecia um valor prévio (nulo, zero). Advém daí a doutrina das *exclusionary rules*.[248]

---

[245] CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005, p. 424. Para o autor: "como pretender de homens, quiçá ainda habituados à lembrança do método do duelo, que aplicassem os critérios da observação direta e da crítica experimental e psicológica ao conhecimento dos fatos e à apreciação das provas?" (p. 425).

[246] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 718.

[247] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 24, destaques originais. No mesmo sentido, complementa Alberto Bovino: "Historicamente, o sistema inquisitivo, frente à insuficiência gerada por suas próprias travas probatórias – fruto de seu método da prova taxada – operou deste modo, fundando-se na obtenção da confissão do acusado como único modo de alcançar decisões condenatórias" (BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 99). Da mesma forma, Jorge Figueiredo Dias ressalta que o sistema das provas legais, antes de (pretensamente) proteger o acusado, na verdade abriu caminho para a obtenção da confissão a qualquer custo, incluindo a tortura (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 62).

[248] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 75; CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 68-70; 76-77. Para Diogo Malan, o direito probatório moderno (*law of evidence*) da *common law*, que inclui as *exclusionary rules*, é relativamente recente, remontando a meados do século XVIII.

2.8.4 O direito comum

O modelo de processo canônico influenciou o direito comum em decorrência das circunstâncias políticas da época. As constantes disputas entre os senhores feudais e o poder central acabaram na derrota do feudalismo e resultaram na criação dos Estados absolutos.

A substituição do modelo anterior, que valorizava o direito e os costumes de cada feudo, por um sistema hierarquizado e concentrado nas mãos do monarca, demandou a unificação do exercício da jurisdição na figura do rei, excluindo os senhores feudais dessa atividade, já que nos feudos havia multiplicidade de jurisdições, o que era danoso ao poder real. E o modelo que melhor se encaixava nesse anseio era o processo canônico.[249]

Assim, o direito local (feudal, predominantemente germânico) foi superado pelo direito do poder central, que se valeu do direito romano da fase imperial com forte influência do direito canônico.[250]

A substituição do direito germânico levou o nome de recepção do direito romano-canônico, fenômeno que atingiu toda a Europa a partir do século XIII, salvo a Inglaterra.

Sem prejuízo, esse novo direito era mais racional (redução do problema da multiplicidade de leis e consequente maior segurança jurídica) e culturalmente mais avançado (sistema de provas fundado na busca da verdade histórica e não mais na superstição ou violência) e por isso não tardou em se impor.[251]

Logo, ainda que semelhante em alguns pontos, não surgiu no mesmo momento histórico em que o sistema das provas legais, mas posteriormente (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30). Sobre as *exclusionary rules*, conferir GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 96-104; MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30-44.

[249] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 280; 314-315. Para Marcos Alexandre Coelho Zilli, "justamente pela centralização de poderes é que o sistema inquisitório, historicamente, esteve associado a estruturas políticas, igualmente centralizadas, como por exemplo, nos diversos Estados absolutistas" (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 39).

[250] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 270. Conforme explica Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, o renascimento do direito romano, sobretudo o Justiniano, ocorreu no século XI pela Escola de Bolonha e se tornou junto com o processo canônico, o fundamento dos ordenamentos processuais de quase todos os países europeus (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27). Após a queda de Roma em 476 d.C., o Império Romano do Oriente seguiu até 1453. Durante esse período, o direito romano continuou a ter vigência no território do Império, baseado principalmente no *Corpus Juris Civiles*, compilado por Justiniano. Evidente que havia diferenças sociais e culturais importantes entre Roma e Constantinopla, mas a manutenção do direito romano foi mantida. Contudo, o direito vigente no oriente foi gradualmente adaptado às peculiaridades da região, resultando no direito bizantino, que vigorou da morte de Justiniano (565 d.C.) até a tomada de Constantinopla. Não se tratava mais, pois, do direito romano clássico, mas uma modalidade acentuada pelas particularidades culturais do oriente (ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 106-107). Sobre o viés da oralidade e da escritura, Rolf Sturner pondera: "da radical atenção dada à oralidade, que representou o rompimento cultural após o fim do reinado romano ocidental, seguiu-se uma parcial, e da mesma forma radical, virada à Escritura. Essa era, por um lado, o resultado da redescoberta da mais alta cultura jurídica de Roma, e, por outro, era também consequência da ambição escolástica pela exatidão e sistemática, que exigia a fixação escrita (documentação) e não era atingível a partir da incerteza da comunicação oral" (STURNER, Rolf. Oralidade e escritura no processo civil europeu. Tradução de Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 223, p. 111-130, set. 2013, p. 116).

[251] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 270. Já Michel Foucault crê mais na força atuante no plano político do que no mero progresso da racionalidade: "Não foi racionalizando os

Sobre os fatores que justificaram a superação do sistema anterior pelo romano-canônico, Mauro Cappelletti indica a introdução da escrita, que permitiu o controle efetivo dos fundamentos da sentença, que passaram a ser conhecidos pelas partes, tornando a decisão significativamente menos arbitrária do que as ordálias, além da separação do juiz das provas com o intuito de assegurar a imparcialidade. Havia também o controle da publicidade dos atos processuais com o emprego do segredo, o que evitou sujeitar testemunhas a influências e intimidações e, por fim, a valoração legal das provas pelo legislador visando evitar o arbítrio do julgador.[252]

Já Julio B. J. Maier aponta duas mudanças essenciais para a consolidação do projeto político do poder central: a) procurou-se reduzir a jurisdição feudal estabelecendo a competência do local da infração (*forum delicti comissi*) em detrimento do local do domicílio do acusado (*forum domicilii*), e ainda, profissionalizando e hierarquizando a administração da justiça (delegação do poder de julgar para funcionários permanentes e tribunais com a possibilidade de recurso; a delegação era a principal razão do direito de recorrer); b) o combate judicial de outrora foi substituído pela busca da verdade histórica do fato *sub judice*. Nessa ótica, a centralização do poder trouxe como consequência no âmbito do processo a afirmação da persecução de ofício como forma de consolidar a organização política e a paz social, já que não podia se permitir a violação das normas básicas de convivência e nem depender da ação de particulares. Em que pese a possibilidade de denúncia pelo particular, passou-se a admitir a denúncia anônima, enfraquecendo relevantemente as características acusatórias ainda remanescentes.[253]

Por essa razão, o direito comum adotou o modelo processual canônico, com as seguintes características: i) desencadeamento de ofício da persecução penal sem a necessidade de provocação popular ou do ofendido; ii) investigação e instrução centralizadas nas mãos do juiz; iii) documentação formal de todos os atos do procedimento com base nos quais os juízes

---

procedimentos judiciários que se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessária a utilização desse procedimento no domínio judiciário" (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 72-73).

[252] CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 43-44. Para o autor, tais fatores legitimaram a prevalência do processo romano-germânico, pois além de culturalmente superior, refletia o método de pensamento daquela época, tipicamente escolástico, apriorístico e abstrato, o que, evidentemente, não impediu que tal modelo se degenerasse e permitisse que abusos fossem cometidos (p. 45).

[253] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 274-276. Sem prejuízo, Michel Foucault afirma que nesse momento se estabeleceu a noção de que os indivíduos não tinham mais o direito de resolver seus litígios, devendo se submeter a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político. E mais, surge então a noção de infração, ou seja, o dano provocado pelo crime não é apenas uma ofensa de um indivíduo para outro, mas à própria lei do Estado (FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 65-66). De ver-se, contudo, que tal noção já havia sido concebida, ainda que embrionariamente, na Grécia e Roma Antigas, e no período do processo bárbaro com a "paz do rei".

profeririam suas decisões, ainda que não tivessem colhido os depoimentos das testemunhas, viabilizando o acesso das provas pelas instâncias superiores; iv) limitada intervenção do acusado; v) segredo dos atos processuais; vi) sistema da prova legal; vii) possibilidade de recurso onde o último grau era o próprio rei.[254]

Esse modelo deu forma ao sistema processual chamado inquisitório, do qual se valeram diversas legislações europeias, dentre elas as Sete Partidas (1256), da Espanha; as Ordenações Afonsinas (1446), de Portugal;[255] Ordenança de 1670 (*Code Louis*), da França; e a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), da Alemanha.[256]

Historicamente, o sistema inquisitório é antagônico ao sistema acusatório.[257] O aproveitamento no direito secular ocorreu por volta do século XIII e foi aplicado até o século XVIII, momento em que iniciou sua decadência.

---

[254] Nesse sentido: MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 276; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 315. Analisando o processo romano-canônico pela ótica do processo civil, Mauro Cappelletti entende que tal modelo processual era caracterizado: a) pelo predomínio da escrita, que incidia não apenas a validade dos atos processuais, mas também prejudicava a concentração, já que os escritos produziam uma sequência de *contraescritos* (réplica, tréplica etc.) e alongavam o final do processo; b) ausência de relação imediata do julgador com os sujeitos e participantes (partes, testemunhas, peritos) e objetos (coisas, lugares), o que, por sua vez, gerava uma valoração deficitária das provas, mas também interferia na direção do processo, pois sem a intervenção direta do juiz, o processo se converteu em *cosa de las partes* (coisa das partes); c) o segredo dos atos processuais; d) a recorribilidade imediata de todas as decisões; e) o sistema das provas legais, que era a sua característica mais marcante (CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 35-39). Teresa Armenta Deu coloca as seguintes características como inerentes ao sistema inquisitório: a) atuação de ofício do Estado para instaurar o processo; b) o mesmo órgão exerce a função de acusar e julgar, desaparecendo o acusador particular (cidadão); c) o próprio juiz investiga, delimita o âmbito do que será julgado e estabelece a correlação entre acusação e sentença; d) o processo não é contraditório, o que fragiliza as possibilidades de defesa ou até mesmo a elimina; e) a prova busca alcançar a verdade material e sua valoração é pré-fixada (sistemas das provas legais); f) surgimento da segunda instância, desaparecimento dos tribunais populares e especialização da função de julgar (DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de derecho procesal penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 36). A escritura é constantemente referida como uma de suas características (dentre outros, FRANK, Jorge Leonardo. **Sistema acusatorio criminal y juicio oral**. Buenos Aires: Lerner, 1986, p. 21-22). Registre-se que, com exceção da fusão da atividade de acusar e julgar no mesmo órgão, parte da doutrina entende que as demais características apontadas não seriam verdadeiramente típicas do sistema inquisitório (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013; FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho processal III**. Proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 10-26).

[255] Assim como as demais que se seguiram, no caso, as Ordenações Manuelinas e Filipinas, cujo sistema processual era regido pelo direito romano-canônico (SIDOU, J. M. Othon. A recepção da oralidade no sistema processual brasileiro. **Revista brasileira de direito processual**. Uberaba: Forense, v. 31, p. 77-83, 1º trim. 1982, p.76).

[256] Falando sobre a *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC), Claus Roxin menciona que a persecução penal era assunto exclusivamente estatal e, por essa razão, o procedimento era inquisitório e apresentava as seguintes características: prisão preventiva obrigatória; tratamento do réu como objeto de prova; defesa limitada e com pouca influência nas provas produzidas; investigação direcionada para a confissão, inclusive com emprego da tortura; nos casos difíceis (*delicta excepta*, como na apuração de heresia e bruxaria) e nos *crimen laesae majestatis*, o procedimento penal não estava sujeito a limites. Além disso, era comum a ingerência do monarca nos "casos difíceis", nos quais as sentenças penais necessitavam da confirmação do monarca, que podia revogá-la, diminuí-la e aumentá-la (ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 562-563).

[257] O tema sistemas processuais é bastante debatido atualmente na doutrina. Não obstante haver relação com a oralidade e escritura, a análise profunda das diferenças históricas dos sistemas inquisitório e acusatório e suas manifestações modernas nas legislações processuais ultrapassaria o objeto de presente estudo. Gustavo Badaró ressalta: "Tais sistemas, contudo, são abstrações ou modelos ideais. Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios 'puros'. Nenhum legislador estrutura o processo penal de forma totalmente acusatória ou inteiramente inquisitória. A análise dos diversos ordenamentos jurídicos demonstra a possibilidade de várias combinações de características dos sistemas acusatório ou inquisitório: ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2003, p. 101-102). No mesmo sentido: FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho processal III**. Proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 21. Há que se diferenciar ainda o *adversarial system* do *inquisitorial system* que, segundo Ada Pellegrini Grinover, não se confundem e não são

2.8.5 A oralidade e o direito romano-canônico

O modelo processual canônico afetou profundamente a oralidade no processo.

A adoção da forma escrita, cujo princípio remonta a um decretal do Papa Inocêncio III datado de 1216, que estabeleceu o cânon *quonian contra* e consignou o *quod non est in actis non est in mundo*[258] e, consequentemente, a nulidade de toda decisão não fundada nos elementos de provas constante dos autos (e valorados de antemão pela lei), teve como fundamento evitar o arbítrio e a parcialidade dos juízes.[259]

A escrita passou a ser uma barreira que separava o juiz das partes e das testemunhas, já que o contato direto não era mais obrigatório. O testemunho, quando não era feito diretamente por escrito, era colhido sem a presença das partes por pessoa designada para isso e nunca pelo juiz ou em audiência pública. Da mesma forma, as inspeções não eram realizadas pelo juiz e não havia segurança na manutenção do mesmo julgador até o final do processo.[260]

Assim, com base no princípio da escrita, o juiz só podia julgar a partir dos escritos constantes dos autos; ainda, deveria manter distância das partes e das testemunhas, pois o contato direto era tido como vulnerante de sua imparcialidade. Resistia-se a adotar tanto a oralidade quanto a concentração dos atos.[261]

---

sinônimos de sistema acusatório e sistema inquisitório (FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2003, p. 125-147). Sobre a denominação do sistema como "inquisitivo" ou "inquisitório", vide Marcos Alexandre Coelho Zilli, que diferencia as expressões inquisitório, inquisitivo e inquisitorial (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 36, nota 7). Já Jacinto Nelson de Miranda Coutinho faz distinção enunciando o princípio inquisitivo como informador do sistema inquisitório e o princípio dispositivo como informador do sistema acusatório (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, n. 183, p. 103-115, jul-set., 2009, p. 109). Em geral, os autores de língua espanhola preferem a expressão "sistema inquisitivo", enquanto na doutrina brasileira se emprega ora "inquisitivo", ora "inquisitório".

[258] Tradução livre: "o que não está nos autos, não está no mundo."

[259] Sustenta Alexandre Miura Iura que o *quonian contra* não inovou substancialmente o processo até então praticado ao estabelecer a obrigatoriedade de documentação por escrito dos atos judiciais, pois a verdade tornou expressa uma regra já observada e difundida nos tribunais eclesiásticos (IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 31).

[260] CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, dez., 2005, p. 425-426.

[261] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.28-30. Sobre a concentração, João Gualberto Garcez Ramos refere que podia haver concentração dos atos ou não mesmo em se tratando de um processo inquisitório, a depender das particularidades do caso concreto, não sendo incomum a maliciosa utilização do tempo, isto é, considerando a meta de obter a confissão, a audiência poderia ser estendida o quanto necessário enquanto não houvesse a admissão pelo acusado (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.76).

Não raro o juiz só conhecia da causa quando os autos lhe eram remetidos, sendo "que a prova era colhida especialmente por delegados do juiz, proibido este até de participar dos atos de instrução da causa."[262]

Havia ainda o argumento da preponderância racional da escrita sobre a oralidade, que fazia supor que o contato mantido em audiência seria prescindível, pois tudo quanto era necessário para o julgamento estava nos autos. Outrossim, o manejo da escrita, especialmente a linguagem técnica do direito, era algo que poucos conheciam, o que permitia o uso da escrita como forma de dominação.[263]

Aliada ao sistema de provas legais, a escritura no processo impediu o livre convencimento do julgador, que mesmo convencido do contrário pelas provas colhidas, não podia se afastar da pré-valoração legal da prova.

Devendo apreciar os depoimentos e as demais provas sob a limitação de regras que imprimiam valor fixo e antecipado a cada uma delas, pouca diferença fazia o contato direto do juiz com estas provas, na medida em que lhe era retirada a possibilidade de observação e aferição concreta.

Este sistema afetou profundamente o livre convencimento, que somente pode ser alcançado com a liberdade na apreciação do conjunto de provas, tornando o exame direto das provas irrelevante, pois independentemente de quem seja o julgador, o valor das provas era pré-determinado. Daí a justificativa para que a prova pudesse ser colhida por outro agente e não necessariamente o mesmo que iria apreciar a causa e julgá-la.

---

[262] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148. Em sentido contrário, para Mauro Fonseca Andrade, muito embora houvesse "processos em que o inquisidor recolhia toda a prova com a única finalidade de que outro órgão fosse encarregado de julgar, como ocorria, p. ex., com os tribunais eclesiásticos que não haviam tido qualquer contato com a prova oral produzida," essa não era a regra no processo inquisitório, já que na maioria dos modelos havia contato direto dos inquisidores e juízes do processo inquisitório com a prova oral, inclusive aquela obtida mediante tortura. Nesses casos, em havendo identidade do juiz que acompanhou a produção da prova e aquele que proferiu a decisão, não se pode falar em princípio da escritura, mas de oralidade combinada com a documentação dos atos (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 373). Por seu turno, Robert Wyness Millar explica ainda que o processo romano-canônico passou a atribuir a colheita das declarações a um só juiz, que pessoalmente se ocupava de tomar o depoimento das testemunhas. No entanto, seja no âmbito eclesiástico, seja no secular, consolidou-se a prática de delegar a colheita de tais depoimentos a funcionários subordinados. Registre-se que nos tribunais seculares havia mais um fator a fortalecer a utilização da delegação, pois em geral a primeira instância era colegiada. Logo, a delegação era medida que trazia economia, pois mesmo que a colheita ficasse a cargo do órgão julgador, apenas um dos juízes tomaria o depoimento, não sendo necessário que os demais integrantes do colegiado o fizessem (MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Eidar, 1945, p.172-173). Ainda sobre o contato com a prova, Klaus Volk lembra que no processo inquisitório clássico, o juiz realizava as investigações e proferia a sentença. Nesta etapa havia de certo modo alguma oralidade diante do contato direto com o acusado. Posteriormente, os escritos contendo os depoimentos das pessoas ouvidas passaram a ser encaminhados para outros locais, onde seriam proferidas as sentenças, normalmente faculdades de direito, que julgavam o caso apenas com base nos escritos e sem contato com o acusado e demais depoentes. Por essa razão, o juiz investigador costumava elaborar uma "ata de comportamento", onde descrevia o modo como o réu se portou quando da inquirição (palidez, rubor, nervosismo, hesitação etc.). (VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre 2009, p. 113).

[263] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 157.

2.8.6 A escrita no direito processual penal e civil

A penetração da escrita no direito comum marcou fortemente os sistemas processuais dos países europeus continentais. Dentre os vários motivos que justificaram a prevalência da escrita, Mauro Cappelletti sustenta que um sistema fundado na oralidade pressupunha um juiz hábil, inteligente e honesto, o que, em sua visão, era incomum na época, fato que teria auxiliado o prevalecimento da escrita:

> A razão histórica-sociológica do triunfo, na Idade Média, do sistema da escritura, tem de ser ver provavelmente na falta, precisamente, naqueles tempos, de uma "grande" magistratura. Deixa-se compreender com bastante clareza exatamente o famoso decreto do Papa Inocêncio III, de 1216, isto é, aquele decreto que indicou o triunfo definitivo do princípio da escritura no processo canônico. Nele se diz que o princípio da escritura, com base no qual o ato processual devia resultar por escrito e o juiz não podia julgar mais do que com base nos escritos (*acta*, ou seja, *acta scripta*), estava dirigido para proteger as partes *contra falsam assertionem iniqui judicis*, contra a iniquidade e a falsidade, em suma, do juiz desonesto.[264]

A escrita, pois, comprometeu a oralidade tanto no processo civil como no processo penal. Apesar disso, houve espaço para o surgimento de diferenciações no desenvolvimento de ambos. No processo penal foi mantido com maior nitidez o caráter público, com amplos poderes ao juiz, seja na produção da prova, seja em iniciar a persecução penal e a direção do processo.

Por sua vez, o processo civil tendeu a se desvincular desse viés e assumiu cada vez mais os contornos do direito material, isto é, o caráter privado dos direitos subjetivos então discutidos permeou a tessitura do próprio processo, que passou a ser visto como "coisa das partes".

Esse domínio das partes no processo civil não se limitou ao objeto da demanda (direito material em questão), incidindo também sobre o desenvolvimento do processo e a técnica processual:

> Não apenas dependia da livre iniciativa da parte privada iniciar o processo (princípio da demanda da parte), interpor as exceções em sentido próprio, examinar os limites da sentença (*ne eat judex ultra petita partium*), impugnar a própria sentença e compor a lide por meio de acordo privado, mas, em grande medida, também, as modalidades formais, temporais, etc., do desenvolvimento do processo. A lei permitia às partes prolongar um processo no tempo, quase a seu gosto; nenhum poder correspondia, a princípio, ao juiz, em intervir no objeto para abreviá-lo ou acelerá-lo.[265]

---

[264] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 42, destaques originais.
[265] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 39, destaques originais.

Nesse contexto de alheamento do juiz, a consequência mais importante foi a escassa importância das audiências, já que o processo se desenvolvia entre as partes e sem a presença do juiz, que era chamado apenas ao final para julgar e o fazia com base nos escritos trocados entre as partes durante o andamento do processo, circunstância essa decorrente tanto da concepção do processo como "coisa de partes", como pelo temor, também presente no processo civil, do contato direto do juiz com as provas.[266]

Percebe-se, então, que não obstante as importantes diferenças formadas entre o processo civil e o processo penal nesse momento histórico, a escrita continuou presente como elemento comum a ambos.

Por fim, importante anotar que no processo civil da Idade Média é possível observar uma tendência de retomada da oralidade, ao menos em certos procedimentos. Ao se perceber que a regulamentação através de atos escritos favoreceu a lentidão do processo, a partir da segunda metade do século XIII foram instituídas reformas visando a celeridade do procedimento, o que resultou na formulação dos processos sumários, dentre os quais a *Clementina Saepe*, um decretal do Papa Clemente V, de 1306, é o mais famoso.[267]

2.9 O processo contemporâneo

2.9.1 Panorama geral no direito processual penal

Conforme esperado, a Revolução Francesa, marco inicial da Idade Contemporânea, afetou profundamente o direito.

Os influxos iluministas atingiram a organização social e a política do Estado tal como eram concebidos. Nessa linha, natural que o direito penal, como instrumento de controle social e, por consequência, de manutenção daquele modelo, tenha sido igualmente objeto de contestações, assim como o direito processual penal, dada a sua característica imanente de concretização das normas penais.

O Iluminismo buscou superar a sistemática inquisitória e o emprego da tortura se baseando nos postulados da razão, da humanidade e no respeito à pessoa humana. Segundo

---

[266] CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001, p. 39-40.

[267] Nesse sentido: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 20. Para Rolf Sturner, o surgimento desses processos simplificados e orais não significou uma mudança geral e radical, mas mera concessão da escritura a uma subclasse não erudita (processo oral) (STURNER, Rolf. Oralidade e escritura no processo civil europeu. Tradução de Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 223, set. 2013, p. 117-118). Para Alexandre Miura Iura, a sumarização da forma no processo civil da Idade Média não foi uma ideia surgida abruptamente, mas fruto de um lento desenvolvimento. Assim, a Clementina Saepe não veiculou ideias inéditas, pois já existia concepção semelhante; apenas selecionou e sintetizou esses elementos (IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 29-30).

Claus Roxin, com adaptações, o modelo inglês foi escolhido como forma de organização da justiça e de formatação do procedimento penal.

> [...] assim, em especial, o princípio acusatório com a ação popular, o dever de provar das partes, a oralidade e a publicidade, mas antes de tudo, o tribunal de jurados (o júri com duas comissões distintas de jurados, o grande júri de acusação, com 23 membros, que tinha que deliberar sobre a admissão da ação, e o pequeno júri de sentença, com 12 membros, que tinha que decidir, sem distinção entre questões de fato e de Direito), se o acusador havia provado sua acusação.[268]

A escritura e o segredo no procedimento foram antagonizados pela oralidade e pela publicidade, enquanto a prova legal ou tarifada cedeu à livre valoração das provas.

Assegurou-se ao acusado a condição de sujeito processual com a possibilidade de se defender num julgamento público, e ainda, estabeleceu-se um órgão público diverso do juiz com a incumbência de formular a acusação. No mais, a tortura foi proscrita como meio de busca da verdade.[269]

Para Julio B. J. Maier, apesar de importantes, essas modificações não representaram o núcleo político da transformação, mas apenas as formas externas mais visíveis. A mudança de fato relevante refletiu-se na alteração da administração da justiça: antes exercida por delegação do soberano, cujos atos vinham escritos para o controle dos órgãos superiores, passou a ser feita por um tribunal independente integrado por cidadãos, cuja tarefa consistia em ouvir imediatamente os envolvidos ou quem tivesse conhecimento do fato, com a ressalva de que o acusado estava em igualdade de condições com o acusador.[270]

Segundo o novo modelo, o órgão julgador deveria proferir a decisão a partir de sua impressão direta e pessoal do fato discutido, pressupondo o contato direto e oral com os sujeitos processuais e fontes de prova pessoais. Para tanto, as partes deveriam estar presentes ininterruptamente durante o julgamento, que ocorreria num único ato. Por seu turno, a

---

[268] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 564. Além da evidente influência imediata do direito inglês, não se pode esquecer da presença de elementos do direito romano do período republicano, notadamente aqueles que compunham o sistema acusatório clássico. Em suma, a influência próxima foi o júri inglês, enquanto o direito romano foi a influência remota.

[269] Segundo John Gilissen, a tortura perdurou até o século XVIII, mas a partir do século XVI houve um forte movimento abolicionista. A extinção decorreu da substituição do sistema das provas legais pela livre valoração em matéria penal (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013, p. 718). Acrescenta Julio B. J. Maier que a tortura já vinha sendo contestada com força no século XVII antes mesmo da Ilustração, dentre outros argumentos, de que era o melhor método para condenar um inocente fraco e absolver um culpado forte (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 314).

[270] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 614. Sobre o julgamento por jurados, Alberto Binder explica: "Na terminologia da época, 'jurados' não significava só uma forma de integrar o tribunal, mas significava um sistema processual diametralmente oposto ao modelo inquisitorial. De tal maneira que, o julgamento por jurados era o mesmo que nas últimas décadas se entendeu como 'oralidade' – não um simples mecanismo desta – justamente o contrário de um sistema inquisitorial" (BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Nuevo Léon: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014, p. 18).

necessidade de consolidar a confiança pública na administração da justiça foi a mola propulsora da publicidade.[271]

A oralidade foi fruto do entendimento de que a análise probatória não deveria se fundamentar em apriorismos ou abstrações, mas sobre a análise fenomenológica e experimental da realidade. Não obstante, tal concepção implicou numa renovada confiança no juiz e sua capacidade de observação e análise imparcial dos dados observados, pois as regras matemáticas do sistema da prova legal evidentemente eram de mais fácil aprendizado do que o livre convencimento fundado na avaliação integral das provas.[272]

Esses ideais iluministas não se limitaram à França, já que diversos países europeus passaram a adotar a concepção de processo a partir do século XIX, da qual a oralidade e a publicidade representaram marcos fundamentais e inspiraram a alteração dos ordenamentos processuais na Europa continental no século XIX e início do século XX.[273]

2.9.2 Resumo da legislação revolucionária e a influência da oralidade

Das diversas leis editadas no período revolucionário, vislumbram-se alguns diplomas notoriamente relevantes e com profunda ligação com a oralidade, o que justifica uma referência, ainda que breve.

A Lei 16-29, de setembro de 1791, estabeleceu um sistema baseado em três fases (instrução preparatória perante um juiz de paz local; procedimento intermediário consistente num júri de acusação para decidir sobre a abertura do processo; e um júri de julgamento) e teve como características a oralidade, a publicidade e o julgamento pelo júri e defesa.[274]

---

[271] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 394-407.

[272] CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, p. 12-18, jul. 2002, p. 17-18. Ressalte-se ainda que o sistema do livre convencimento primeiro se difundiu entre o processo penal e depois passou ao processo civil (TRINDADE, Washington Luiz da. Oralidade. *In:* BERNARDES, Hugo Gueiros (coord.) **Processo do trabalho**. Estudos em memória de Carlos Coqueijo Torreão da Costa. São Paulo: LTr., 1989, p. 92).

[273] Conforme Mauro Cappelletti, as grandes reformas do século XIX e na primeira metade do século XX tiveram a oralidade como ideal: "A crítica, preanunciada pela ideóloga que constituiu a base da Revolução Francesa, e traduzida, assim, em uma primeira série de reformas práticas da legislação revolucionária, foi levada adiante, no curso do século XIX e na primeira metada do século XX, por aquele grande movimento de análise histórico-comparativo, de protesto e reforma, que no continente europeu se apresentou precisamente sob o nome-símbolo de 'oralidade' no processo" (CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 45). Da mesma forma, Jorge Figueiredo Dias: "Por toda a parte se considera hoje a aceitação dos princípios da oralidade e da imediação como um dos progressos mais efectivos e estáveis na história do direito" (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 233). Na Alemanha, Julio B. J. Maier aponta que uma das referências científicas para a mudança do processo penal naquele país na época foi a obra de Paul Johann Anselm von Feuerbach, de 1821, "Betrachtungen über die Oeffenlichkeit und Mündlichkeit der Gereichtigkeitspflege" (em tradução livre: "Observações sobre a publicidade e oralidade da administração da justiça") (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 614).

[274] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 321. Para Antonio Magalhães Gomes Filho, muito embora a Lei de 1791 tenha tido aplicação reduzida, pois sua vigência foi curta e havia

Segundo Julio B. J. Maier,[275] em síntese, o procedimento era o seguinte: a) quanto à iniciativa, poderia ser inaugurado pelo ofendido, de ofício pelo juiz de paz (flagrante e outros poucos casos) e por iniciativa popular (qualquer cidadão). Havia um acusador público que funcionava apenas na terceira fase, quando já admitida a acusação perante o júri de julgamento; b) o júri de acusação era integrado por oito jurados e um juiz profissional e decidia pela admissibilidade da acusação com base nas atas da instrução prévia e em audiência onde eram ouvidas testemunhas e o acusado, mas sem publicidade;[276] c) admitida a acusação, o acusador público passava a funcionar – o júri de julgamento era formado por doze jurados e quatro juízes profissionais, um deles o presidente. O debate era público e os elementos de prova produzidos nessa audiência eram os únicos que podiam ser considerados. Os jurados decidiam mediante íntima convicção e em caso de condenação a pena era aplicada pelos juízes profissionais.

Não havia recurso de apelação, mas apenas de cassação, que podia ser interposto pelo acusado e pelo comissário do rei, cujos fundamentos eram nulidade por ausência de formalidades ou indevida aplicação das normas penais. A Lei de 1791 foi criticada com rigor em virtude da complexidade de seu procedimento. Além disso, o espírito conservador dos juízes e a incompreensão do espírito da lei motivaram um relativo retorno de práticas inquisitoriais da época da Ordenação de 1670.

Outra lei cujo registro é oportuno foi o *Code des delits et des peines* (Código de delitos e das penas) que, apesar do nome, continha mais disposições processuais do que penais.

Dentre as alterações apresentadas, verificam-se: a) a criação de três tribunais distintos segundo a importância das infrações; b) aumento do número de funcionários da polícia judiciária; c) instrução prévia feita pelo diretor do júri de acusação, que se converteu em juiz de instrução, podendo ouvir testemunhas por escrito e em segredo, para depois decidir se encaminharia o caso para o júri de acusação; d) ampliação dos atos escritos sobre o debate oral, pois agora todas as atas podiam ser incorporadas ao debate, salvo depoimentos de testemunhas e o interrogatório do acusado, que só podiam ser usados no debate para confrontar eventuais divergências com as declarações anteriores.[277]

---

tribunais e procedimentos de exceção, simbolizou a ruptura com o sistema anterior (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 29).

[275] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 321-324.

[276] Contrariamente, José Antonio Barreiros alude que nessa fase os jurados não podiam consultar o "processo escrito", ou seja, o que havia sido documentado previamente (BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 36).

[277] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 326.

Já a Lei de 07 de pluvioso do ano IX (26.01.1801) organizou o Ministério Público e manteve a instrução preparatória secreta e escrita a cargo do juiz diretor do júri de acusação. O promotor passou a acusar perante o júri com base nas conclusões obtidas na instrução escrita e não num debate oral, ou seja, não havia oitivas. Logo, a admissibilidade da acusação pelos jurados ocorria mediante o exame de depoimentos escritos, não se falando em oralidade nessa fase.[278]

Esse retrospecto ilustra a tensão ainda presente entre os modelos antigo e novo. Nessa toada, veio a lume a mais importante lei processual revolucionária, o *Code d'instruction criminelle* (Código de Instrução Criminal), de 1808, que deu origem ao sistema misto.

Esse diploma se consubstanciou num acordo político-criminal situado entre a Ordenação de 1670 e a Lei de 1791, ou seja, um meio termo entre a persecução penal com viés de eficiência e a meta de alcançar a verdade histórica (típicos do sistema inquisitivo) com os princípios revolucionários de liberdade e dignidade humana.[279]

A edição do Código de Instrução Criminal foi antecedida de um ferrenho debate sobre como conciliar uma persecução penal eficiente com o respeito à liberdade e se centrou na manutenção ou não do júri. A decisão em mantê-lo se deu porque o debate oral, público e contraditório materializava os valores apreciados pela Revolução (liberdade, dignidade humana, independência dos juízes e organização republicana), e ainda, era incompatível com o sistema da prova legal.[280]

A principal característica do Código de Instrução Criminal foi a divisão da persecução penal em duas etapas: a) a primeira, secreta, escrita e sem a defesa, destinada à colheita do material pelo juiz de instrução, cujas funções ganharam importância pela extinção do júri de acusação; b) a segunda, perante o júri, onde eram discutidos em contraditório, de forma pública e oral, os elementos até então obtidos, incluindo aqueles da fase anterior, pois era permitida a leitura aos jurados.[281]

---

[278] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 328. No mesmo sentido: GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 30; BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 36.

[279] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 330. Para José Antonio Barreiros, com o Código de Instrução Criminal se estabeleceu "a nível político-jurídico uma solução de compromisso entre os sistemas, inquisitório do Antigo Regime e o acusatório do 'direito intermédio', pois que manteve a filosofia inquisitória para a instrução preparatória-escrita, secreta, sem assistência de advogados mas, apesar de tudo, confiada ao juiz de instrução criado pelo Directório – limitando a regra acusatória para a audiência do julgamento, que era pública, oral, contraditória e na qual a matéria de facto era decidida por um júri" (BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981, p. 38).

[280] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 331.

[281] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 30-31. Conforme o autor, o *Code* refletiu a mentalidade autoritária de Napoleão Bonaparte. Não se pode esquecer o conturbado ambiente político

O Código de Instrução Criminal dividia as infrações penais em três espécies: crimes, delitos e contravenções. A organização judiciária era igualmente fracionada em tribunais de polícia simples, tribunais correcionais e cortes de assises, estes tribunais formados por um presidente, quatro juízes permanentes e um júri popular.

Os tribunais de polícia simples tinham competência para as contravenções e os tribunais correcionais para os delitos. Já as cortes de assises julgavam os crimes, que eram as infrações mais graves.

O procedimento para apurar os crimes abrangia três etapas: a) instrução preparatória; b) fase intermediária de admissibilidade da acusação; c) julgamento (*juicio*) por um colegiado composto de jurados e juízes profissionais.

A investigação era realizada pelo juiz de instrução, além de outras autoridades, como guardas dos campos e dos bosques, oficiais de fronteira, comissários de polícia, primeira autoridade civil, procuradores do rei, juízes de paz e comissários de polícia. Não obstante, conforme observa Mauro Fonseca Andrade, "quando realizada por uma autoridade que não fosse o juiz de instrução, ao final ela deveria ser enviada a ele para que procedesse à qualificação jurídica do delito, mediante uma decisão judicial."[282]

A instrução preparatória era um procedimento escrito e secreto dirigido pelo juiz de instrução, com participação do Ministério Público. O acusado não tinha acesso aos atos e nem seu advogado, salvo se estivesse preso, quando então os registros dos atos eram realizados na sua presença, podia dar explicações e reconhecer coisas e documentos apreendidos. Os depoimentos eram colhidos pelo juiz em segredo e o resultado consignado em ata. A direção do juiz de instrução na colheita dos elementos (e não do Ministério Público) residiu na importância que se pretendia dar às atas da instrução preparatória para serem incorporadas posteriormente ao debate.[283]

A fase intermediária envolvia a remessa das peças produzidas na instrução preliminar aos juízes, que então deliberavam entre si. Os julgadores podiam determinar diligências adicionais; um dos juízes atuava como juiz de instrução; o acusado era ouvido, assim como as testemunhas. Quando se tratasse de contravenção ou delito, o acusado era

---

em que foi gestado, não apenas próximo da revolução, mas também pela ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder via golpe de Estado (p. 31).

[282] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 416.

[283] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 333-334.

direcionado aos tribunais competentes. Se houvesse elementos suficientes para motivar a acusação e em se tratando de crime, o acusado era encaminhado à corte de assises.[284]

Na instrução definitiva prevalecia a oralidade, a publicidade e o contraditório. Conforme explica Julio B. J. Maier,[285] o presidente da corte de assises interrogava o acusado e comunicava sobre a acusação, com direito a recurso contra a decisão de admissibilidade para a Corte de Cassação. Caso não constituísse defensor, era nomeado um de ofício. A partir daí era assistido por defensor e tinha o direito de ser cientificado de todos os atos do procedimento. O julgamento era público e oral e os jurados respondiam a uma só pergunta sobre a aceitação ou não da acusação, decidindo por maioria. Quando a decisão era condenatória por apenas um voto, um complicado procedimento se instalava. Os cinco juízes profissionais que integravam a Corte proferiam votos que, somados com os votos minoritários dos jurados pela absolvição, se superassem os votos majoritários dos jurados pela condenação, a decisão era alterada em favor do acusado. Os juízes profissionais decidiam sobre a aplicação do direito e a pena. O sistema da íntima convicção orientava a valoração da prova apresentada durante o debate, muito embora fosse possível considerar atos escritos anteriores aos debates.[286] Os depoimentos anteriores do acusado e de testemunhas podiam ser usados para confronto com os depoimentos orais prestados no julgamento. As partes tinham o direito de fazer constar na ata dos debates as adições e variações dos depoimentos prestados na sessão quando comparados com os anteriores.

Por fim, a Lei *Constans* de 1897 modificou radicalmente a instrução preparatória, que deixou de ser secreta, passou a admitir defensor desde o início e cientificar o acusado dos atos, dentre outras alterações relevantes.[287] Isso ocorreu porque a hipertrofia da fase de

---

[284] Nessa fase, segundo Julio B. J. Maier, os resultados da instrução preparatória eram encaminhados para a Câmara de Conselho (formada pelo juiz da instrução e dois outros juízes), que podia trancar a persecução ou deferir seu prosseguimento, encaminhando-a para a Câmara de Acusação (que tinha a função do júri de acusação). Bastava o voto do juiz da instrução para encaminhar os resultados. Na Câmara de Acusação, o Ministério Público se manifestava, mas não o acusado e então o órgão decidia pela abertura (ou não) do procedimento principal de forma secreta e baseando-se nas atas escritas da instrução preparatória (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 334). Para o autor, a Câmara de Conselho, responsável pela deliberação e envio das peças para a Câmara de Acusação, foi bastante criticada, já que o voto isolado do juiz de instrução era suficiente para tal encaminhamento. Somente em 1856 a Câmara de Conselho foi suprimida e sua atribuição foi transferida para o juiz de instrução (p. 338).

[285] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 335-336.

[286] A manutenção da íntima convicção na apreciação das provas foi um fator de preocupação, já que as informações da fase precedente, obtidas sem contraditório, podiam ser valoradas livremente como material apto à formação do convencimento dos julgadores. Esse antagonismo entre o segredo e a escritura da fase inicial e o julgamento por íntima convicção, peculiar ao debate contraditório, público e oral, sofreu desde logo importantes questionamentos na época, com reflexos legislativos consubstanciados na chamada "prova legal negativa" que, em última análise, restringia o livre convencimento quando se tratasse de condenação: "Desse modo, ao contrário do que sucedia em relação às provas legais tradicionais, ou *positivas*, em que determinados elementos autorizavam o reconhecimento da culpabilidade, mesmo contra o convencimento moral do juiz, segundo essa nova concepção, o juiz só estaria autorizado a condenar se, além de convencido, estivesse amparado por um mínimo de prova, de acordo com as estipulações do legislador" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 31-32).

[287] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 338.

instrução preparatória, onde de fato ocorria a investigação do caso, chocava-se com os ideais revolucionários.[288]

O sistema implantado pelo Código de Instrução Criminal tinha como características essenciais a persecução penal pública e a averiguação objetiva da verdade histórica, típicas do modelo inquisitivo e, ao mesmo tempo, impunha a relativização desses valores, que deviam ceder frente à dignidade humana, esta acima daqueles sob o prisma ético-jurídico. Para a Inquisição, todos os meios eram viáveis, incluindo a tortura, enquanto o novo modelo abdicou dessas formas em prol das garantias do indivíduo. Em suma, desejava afastar os efeitos deletérios de um direito processual típico do Estado absoluto, mas sem prejuízo reconhecer a necessidade que a persecução penal pudesse ser iniciada de ofício para garantir a segurança e a paz social.[289]

Os elementos colhidos na instrução preparatória serviam para autorizar a abertura do procedimento principal, onde os traços típicos do sistema acusatório estavam presentes: publicidade e oralidade dos atos do debate, ampla defesa, presença ininterrupta das partes e dos juízes, correlação entre a acusação e a defesa, rechaço ao sistema da prova legal e a valoração dos meios de prova incorporados ao debate, que são os únicos aptos a fundamentar uma sentença. Essa é a ideia fundamental da reforma processual penal do século XIX.[290]

O caráter misto[291] desse sistema reside no fato de que a instrução preparatória ostenta caráter inquisitivo, enquanto o julgamento possui características acusatórias.[292] Esse modelo processual foi seguido por muitos países europeus e se difundiu posteriormente na América Latina.

A grande crítica a esse sistema está justamente na natureza inquisitiva de sua primeira fase. Sobre o tema, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho argumenta:

> No fundo, toda a prova produzida na primeira fase da persecução, em regra por um *juiz instrutor*, na investigação preliminar puramente inquisitorial, era usada na fase processual, por exemplo, por sua leitura no chamado *Jugement*. A sessão virava, como era sintomático, teatro, não raro, pantomima; puro embuste; e os discursos pomposos e longos, inflação fonética. As cartas do jogo já estavam marcadas e para

[288] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 417.
[289] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 339.
[290] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 341.
[291] O sistema misto é também chamado de inquisitivo reformado, acusatório formal, napoleônico ou coordenado. (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 440).
[292] Por essa razão, Ada Pellegrini Grinover ressalta que a ideia de formar um modelo processual acusatório semelhante ao inglês, materializada na legislação de 1791, acabou irrealizada, pois não houve uma total superação da tradição inquisitória (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 53).

> desdizer isso era preciso desacreditar na figura democrática do *juiz instrutor*, tão inquisidor quanto qualquer outro que, na história, ocupou aquele *lugar*.[293]

Em que pesem as críticas dirigidas ao sistema misto, em grande parte procedentes, o fato é que a oralidade foi uma das molas propulsoras na formação do processo penal contemporâneo.

2.9.3 Brevíssimas considerações sobre a oralidade no processo civil contemporâneo

No processo civil, muito embora Giuseppe Chiovenda tenha pugnado que a retomada do processo oral na era contemporânea ocorreu com o *Code de Procédure Civile*, de 1806,[294] há vozes discordantes defendendo que tal codificação processual não provocou modificações relevantes no que toca à oralidade.[295]

De todo modo, é certo que a oralidade seguiu permeando cada vez mais as leis processuais civis. E uma das alterações mais substanciais foi sentida nos estertores do século XIX, através das legislações alemã (ZPO de 1877-1879) e austríaca (ZPO de 1895),[296] o que fez com que o modelo oral seguisse amplamente discutido no século XX.

---

[293] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, n. 183, p. 103-115, jul-set. 2009, p. 110, destaques originais. Adverte ainda Luigi Ferrajoli que o princípio da oralidade foi redescoberto na França revolucionária para depois ser desatendido no processo misto introduzido pelo código de 1808, pois os depoimentos orais produzidos na fase dos debates eram prejudicados pelos depoimentos escritos da fase de instrução, tornando-se frequentemente confirmações rituais (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 570). Para Bernd Schunemann, o vigor da investigação preliminar é sentida até os dias atuais: "O equilíbrio processual entre persecução penal e defesa alcançado há 200 anos com a introdução de uma audiência de instrução e julgamento pública, oral e na qual se produzem provas, foi destruído com o triunfo da investigação preliminar, que ostenta atualmente a condição de estação central [...]" (SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. *In:* SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Tradução de Aloar Leite. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2013, p. 238).

[294] Ainda que "incompleto e ilógico na atuação do princípio da oralidade, foi o ponto de partida das reformas processuais mais importantes inspiradas neste princípio, realizadas na Europa continental" (CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 43). Também nesse sentido: SIDOU, J. M. Othon. A recepção da oralidade no sistema processual brasileiro. **Revista brasileira de direito processual**. Uberaba: Forense, v. 31, p. 77-83, 1º trim. 1982, p. 81; GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 28.

[295] A esse respeito, a visão de Mauro Cappelletti: "Não se acredite, todavia, que a codificação seguida da Revolução tenha levado a grandíssimas alterações da técnica processual, para além do campo da organização dos tribunais e das provas. A técnica do processo, que aparece regulada em *code de procédure civile* de 1806, não é muito diversa daquela da *Ordonnance* de 1667, e revela, por isso, plenamente a matriz do sistema do direito comum" (CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005, p. 428-429).

[296] Segundo Jefferson Carús Guedes, a legislação alemã concebeu a oralidade não mais como valor absoluto em si, mas relativo, sem a obrigatoriedade de aplicação em cada etapa do processo, e ainda, trouxe a ideia da oralidade como geradora de princípios (imediação, identidade física e concentração). Já a Áustria conferiu papel ativo ao juiz, limitou recursos e introduziu a oralidade e imediação, sendo também tida como a legislação matriz da audiência preparatória ou de tentativa de conciliação (GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 28-29).

Na Itália, no início do século XX, Giuseppe Chiovenda foi o responsável pela sistematização da oralidade no âmbito do processo civil. Seus estudos influenciaram não apenas a Itália, mas diversos países, principalmente aqueles adotantes do sistema continental, entre eles o Brasil, notadamente quando da elaboração do CPC-39.[297]

Eduardo J. Couture aponta dois marcos definitivos como pontos de partida para uma nova concepção da oralidade no processo civil: para os países de cultura germânica, a ordenação processual civil austríaca de 1895; e para aqueles de tradição latina, o Relatório de Chiovenda para a Comissão de Reforma Pós-Guerra.[298]

Duas décadas depois da Segunda Guerra Mundial, em diversos países europeus, verificou-se uma nova movimentação gradual em prol da oralidade, agora sob o mote da simplificação e do abreviamento do processo. Os caminhos trilhados foram os mais diversos e a oralidade foi objeto de grande atenção, ora restringida, ora incentivada.[299]

---

[297] O CPC-39 é considerado por excelência um diploma legal que adotou explicitamente a oralidade. Entretanto, há quem tivesse contestado à época a adoção da oralidade pelo CPC-39, como era o caso de Torquato Castro: "A reforma do processo civil brasileiro, consubstanciada na codificação de 1939, não introduziu no Brasil o processo oral. Ainda que houvesse depurado muitos dos defeitos do procedimento escrito anterior, que o tornavam excessivamente liberal, disperso e interrupto, o tipo que adotou é ainda o de um procedimento escrito" (CASTRO, Torquato. Prática ab-rogatoria das praxes forenses contra a oralidade, a concentração e a imediateza. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 07-16, nov.-dez., 1959, p. 15). O CPC-39, contudo, não se trata do primeiro diploma que abordou a oralidade no processo civil brasileiro. Edson Prata lembra que a Lei de 29 de novembro de 1832 promulgou o Código de Processo Criminal, mas consignou expressamente um capítulo adicional, nomeado "disposição provisória acerca da administração da justiça civil", onde contemplou a oralidade no seio do processo civil (PRATA, Edson. Oralidade antes de Chiovenda. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Vitória, v.1, p. 49-62, 1º. trim. 1975, p. 54).

[298] COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 103.

[299] FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno. Tradução de Wanderlei de Paula Barreto. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, n. 39, p. 27-34, jul.-set., 1985, p. 30.

3 ACEPÇÕES E NATUREZA JURÍDICA

3.1 Acepções da oralidade

No direito processual, vislumbram-se acepções diversas para a oralidade. Por isso, convém especificá-las para melhor compreensão.

Há dois sentidos identificáveis: o primeiro relacionado à forma do ato processual e, o segundo, voltado a estabelecer um modelo próprio de processo. É possível falar ainda em um terceiro sentido, mas que basicamente é abrangido pela oralidade como forma dos atos.

3.1.1 Oralidade como forma do ato processual (oralidade em sentido estrito)

Em seu significado mais básico, oralidade é a comunicação do pensamento por meio do pronunciamento de palavras destinadas a serem ouvidas.[300]

Aplicada essa noção no âmbito processual, o primeiro sentido possível a ser atribuído à oralidade diz respeito ao modo pelo qual os sujeitos atuantes no processo se expressam e à forma de exteriorização dos atos processuais, isto é, o uso da fala e da escuta (viva voz) para a realização de atos no procedimento, normalmente em audiência.

No processo penal, a forma oral é ordinariamente adotada para os atos de recepção de prova oriunda de fontes pessoais, como a prova testemunhal em sentido amplo (vítima, testemunhas e informantes), e ainda, para o interrogatório do acusado (que é primordialmente um meio de defesa).

A oralidade também é empregada nos debates, tradicionalmente entendido como a argumentação apresentada pelas partes após a produção de provas voltada ao convencimento do julgador,[301] além de incidir na prolação da sentença em audiência.

Subsidiariamente, a oralidade pode alcançar outras situações em que a palavra falada pode ter lugar, como a defesa inicial do acusado, em incidentes processuais ou até o ato de despachar petições escritas com o juiz, apesar de nestes casos normalmente haver um regime de facultatividade.

---

[300] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 87-88.

[301] É comum na doutrina a compreensão dos debates como algo mais amplo, envolvendo todos os atos praticados durante a audiência, seja a produção das provas, seja a argumentação das partes. Nesse sentido explana Francesco Carnelutti: “a própria palavra debate sugere a ideia de diálogo, o qual se pode dizer que constitui o tecido conectivo da instrução; os atos elementares que nele se praticam: interrogatório do acusado, exame de testemunhas, discussão, todos são discursos, perguntas, respostas, explicações formais” (CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. v. II. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 151).

Quando adotada a forma oral *ad substantiam*, ou seja, em caráter obrigatório para tais atos processuais (prova oriunda de fontes pessoais, interrogatório, debates e sentença), a oralidade passa a referenciar a forma como a informação deve ingressar no processo e o modo de comunicação utilizado para o convencimento do juiz, no caso, "a palavra *falada*, ao invés da palavra *escrita*."[302]

Por consequência, somente o material apresentado oralmente ao juiz pode ser considerado na decisão a ser emitida para a solução da causa.

> Segundo o *princípio da oralidade*, o fundamento de uma sentença somente pode ser aquele que foi exposto oralmente. Tudo o que acontece no processo, p. ex., o interrogatório do acusado, a produção da prova, as alegações, deve ser levado a cabo oralmente (também a deliberação, a votação e o pronunciamento da sentença). Em contraposição com o princípio da escritura *quod non est in actis, non est in mundo*, o que não foi dito não é levado em conta, e é considerado como não ocorrido ou não existente. O princípio da oralidade tem a vantagem da expressividade, frescor e rapidez, mas tem como consequência os perigos da falta de atenção e do esquecimento.[303]

Por motivos lógicos, se somente o que tiver sido exposto oralmente pode ser examinado pelo juiz (provas e alegações), presume-se que a lei exige a forma oral para tais atos serem validamente constituídos.

Esta visão demonstra o contraste da oralidade com o princípio da escritura, que também é chamado de *la conformidad con los autos*, com base no qual a solução da causa e o convencimento judicial se fundam somente no material introduzido por escrito nos autos,

---

[302] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 150, destaques originais. Segundo o autor, deve ser avaliado o grau de importância da palavra falada em comparação à palavra escrita, ou seja, o material apresentado oralmente deve prevalecer na formação do convencimento judicial (p. 157-158). Para Alberto Binder, a oralidade é um meio de comunicação entre as partes e o juiz e um meio de expressão dos diferentes instrumentos de prova (BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 64).

[303] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 115, destaques originais. No mesmo sentido: FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934, p. 71; GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 139; DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de derecho procesal penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 53-54; TUCCI, Rogério Lauria. Oralidade (direito processual). *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (org.). **Enciclopédia Saraiva**. v. 56. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 163; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 149-150; MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 73; ALVAREZ, Daniel González. **La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal**. Disponível em: http://metajus.com.br/textos-estrangeiro/texto-estrangeiro7.html. Acesso em: 16 dez. 2016, p. 640; VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre 2009, p. 114; BAUMANN, Jurgen. **Derecho procesal penal**. Conceptos fundamentales y principios procesuales. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 82; AROCENA, Gustavo A. La oralidade em debate. *In*: NORES, José I. Cafferata; AROCENA, Gustavo A. **Temas de derecho procesal penal (conteporáneos)**. Córdoba: Editorial Meditarránea, 2001, p. 231; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44. A oralidade incide normalmente sobre o procedimento principal, isto é, aquele voltado a resolver o mérito da causa e cujo último ato é a sentença. Todavia, nada impede que seja instituída em procedimentos incidentais ou acessórios, como ocorre atualmente com a audiência de custódia (ou de apresentação), que tem cognição limitada e busca resolver sobre as circunstâncias em que a prisão ocorreu (flagrância e legalidade do ato), necessidade da custódia e eventuais abusos ou maus-tratos contra o autuado/detido.

materializando a conhecida ideia de que se não constar dos autos (por escrito), não existe no plano jurídico, o que gera a obrigatoriedade da forma escrita para que o material apresentado na causa possa ser examinado pelo juiz, sejam as provas, sejam as alegações.[304]

Esse sentido da oralidade também é visto no processo civil,[305] muito embora seja perceptível atualmente uma tendência de relativização e até de dispensa da oralidade, seja pela facultatividade da audiência em determinadas hipóteses, seja pela substituição da prova oral por declarações escritas (*affidavits*) ou gravadas de testemunhas.[306]

Assim, a oralidade (e a escritura como seu oposto), confunde-se com a exigência de uma forma para a prática de determinados atos processuais destinados a obter o convencimento do julgador, no caso, a forma oral (ou a escrita, em se tratando da escritura).

Logo, a oralidade está presente quando erigida a condição de validade para a prática destes atos na fase judicial, ou se se preferir, o modo pelo qual ocorrerá a comunicação das partes e das fontes de prova pessoal com o juiz, gerando como consequência que somente o material discutido em audiência judicial e, portanto, oralmente, poderá ser objeto de consideração pelo juiz quando da emissão da decisão sobre a causa.

A noção da forma oral como imperativa para determinados atos tem relação com as provas oriundas de fontes pessoais, que devem ser constituídas intraprocessualmente, ou seja, dentro do processo para serem validamente formadas e tidas como prova efetiva (provas a constituir ou constituendas).

---

[304] GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 139.

[305] GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 80; GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1992, p. 399; FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno. Tradução de Wanderlei de Paula Barreto. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, n. 39, p. 27-34, jul.-set., 1985, p. 27; HIRSCH, Günter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. Reforma Judicial. **Revista Mexicana de Justicia**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre de 2009, p. 192; JUNOY, Joan Picó I. **El principio de oralidad en el proceso civil español**. Disponível em: http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf. Acesso em: 07 fev. 2016. Essa conclusão, ainda que não descrita expressamente, pode ser obtida implicitamente do entendimento de Giuseppe Chiovenda que, muito embora entendesse o processo oral (e por consequência a oralidade) como um complexo de ideias e caracteres que exprimiam princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, incluiu dentre tais caracteres o predomínio da palavra como meio de expressão (CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 59). Isso significa que o juiz deve conhecer das atividades processuais em geral (alegações, depoimentos, interrogatórios, perícia etc.) na forma oral, ou seja, direta e pessoalmente, e não via escritos (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. t. I. Tradução de José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 133). E considerando que tais atividades ocorrem em regra na audiência oral, conclui-se que o julgador somente deve considerar para formar seu convencimento o material apresentado oralmente, que é justamente o sentido da oralidade como forma dos atos processuais.

[306] IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 109-110. Vide no mesmo sentido as considerações de Flávio Luís Yarshell sobre o direito inglês, norte-americano, francês e alemão que, em maior ou menor grau, admitem em determinados casos declarações escritas de testemunhas e peritos e recentemente tem sido discutida a admissibilidade de declarações gravadas em vídeo (YARSHELL, Flávio Luiz. Qual o futuro da oralidade? *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). **A prova no direito processual civil**. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 239).

Por outro lado, a oralidade tem significativamente menos importância na prova pré-constituída, cuja produção normalmente ocorre antes ou fora do processo, como a prova documental.

Quando se diz que somente o material produzido oralmente pode ser usado para a formação do convencimento do julgador, não significa que devem ser ignoradas provas de outras espécies. O raciocínio se aplica às fontes pessoais de prova, pois somente estas demandam a forma oral para serem legitimamente produzidas e, consequentemente, possam ser consideradas pelo juiz na decisão de mérito.[307]

É certo que são admitidas exceções sobre a inadmissibilidade do material não produzido oralmente, como por exemplo, quando a fonte pessoal não esteja mais disponível na fase judicial (prova não repetível), ou em casos de urgência (prova cautelar), quando então será possível utilizar em juízo elementos de prova obtidos fora da oralidade judicial. De todo modo, estas situações devem ser tratadas verdadeiramente como exceções, sob pena de inversão da lógica proposta pela oralidade.

Como visto, sob o prisma da forma dos atos processuais, a oralidade incide primordialmente nos atos concernentes à prova e na argumentação desenvolvida pelas partes, o que permite dividi-la em duas espécies: a) oralidade nos depoimentos, ou seja, a resposta dos questionamentos visa transmitir informações ao órgão julgador para decidir e permite uma conduta ativa do juiz para extrair as informações necessárias; b) oralidade nos discursos, isto é, relaciona-se com a exposição oral dos argumentos das partes apresentados ao juiz ao longo do processo com o intuito de tentar exercer influência no espírito do julgador (relacionada à retórica), presumindo-se uma postura passiva do juiz.[308]

Na atualidade, há certa tendência de flexibilização da oralidade nos discursos com a previsão de conversão em escritos em situações específicas, como a complexidade da causa ou processo envolvendo vários acusados.

---

[307] Algumas legislações exigem a "incorporação por leitura" do material probatório não produzido originariamente de forma oral em audiência. Assim, por exemplo, um documento, cuja origem evidentemente não decorre de fontes pessoais, deveria ser lido em audiência pelo interessado, pois somente com essa "oralização" a prova será considerada utilizável pelas partes e pelo juiz. Na verdade, trata-se de mera leitura que não se confunde com a prática do ato pela forma oral. Sobre oralização e incorporação por leitura, vide capitulo 4, *infra*.

[308] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 154-155. Numa ideia semelhante, mas referindo-se à imediação, Nicolás Cabezudo Rodríguez menciona que a imediação incide sobre a atividade alegatória (debates) e probatória (produção de provas) (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 21). No mesmo sentido, ainda com base na imediação: EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p.78-79.

A chamada oralidade nos discursos tem sido ainda objeto de críticas pelo emprego de estratégias voltadas mais para a persuasão do que o correto acertamento do caso penal, resultando numa crise ética da oralidade e repúdio aos discursos forenses.

Para Mauro Fonseca Andrade, a oralidade nos depoimentos seria a única aplicável ao processo penal da atualidade, seja pelo seu caráter informativo (aos juízes), seja pela perda de credibilidade da oralidade nos discursos, ou ainda, pelo baixo potencial para o convencimento do juiz togado.[309]

Em que pesem tais críticas no que tange à oralidade nos discursos, o que se percebe na verdade é que o eventual mau uso é insuficiente para desnaturar suas qualidades positivas. Inclusive, o emprego de estratagemas visando persuadir o julgador não é inerente à forma oral e pode estar presente também na escrita.

No mais, não se pode equiparar a oralidade nos discursos perante o juiz togado da oralidade presente em tribunais integrados por juízes leigos, como é o caso do júri. Ao se dirigir a destinatários com diferentes graus de experiência e conhecimento jurídico, evidente que o orador apresentará discursos diferenciados conforme a exigência de uma ou outra ocasião.

Entretanto, a importância ainda presente da oralidade nos discursos não significa que seja legítima a teatralização do julgamento, com emprego de incontinências verbais, deslealdades processuais ou excessos de toda ordem.

Por outro lado, o maior preparo jurídico do julgador, como a hipótese do juiz togado, não quer dizer que o debate oral seja desnecessário ou frívolo.

Francesco Carnelutti reconheceu que a eloquência forense, ou seja, a discussão oral da causa pelas partes, encontrava-se numa fase de descenso, mas, mesmo assim, não podia ser negado o seu valor primordial no processo penal. É obrigação da lei elevá-la ao invés de, comodamente, adaptar-se à sua decadência.[310]

Trata-se mais de um problema de compreensão de que a oralidade nos discursos não será sempre idêntica, variando conforme os juízes (profissionais ou leigos), o que implica

---

[309] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 155-156. Por seu turno, no viés do processo civil, Arruda Alvim conclui pela perda da importância dos debates conquanto façam parte da audiência, pois o profissional (advogado etc.) é em tese uma pessoa psicologicamente desligada do processo e a sua condição "*não o irmana tanto com* a causa" quanto, por exemplo, as partes ou as testemunhas. Dessa forma, o "comprometimento, existe entre as partes e existe nas testemunhas, mas não existe tão intensamente para com os advogados. Por isso, entendemos ser pequena, digamos assim, a importância dos debates, no que respeita à oralidade" (ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 5. São Paulo: RT, 1979, p. 279, destaques originais).

[310] Francesco Carnelutti reconhecia que a eloquência forense, ou seja, a discussão oral da causa pelas partes encontrava-se numa fase de descenso, mas ainda assim não podia ser negado o seu valor primordial no processo penal, sendo obrigação da lei elevá-la ao invés de, comodamente, adaptar-se à sua decadência (CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. v. II. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 153).

na necessidade de compatibilização técnica e ética segundo o ambiente e seu destinatário, mas não necessariamente resulta na perda da credibilidade ou inutilidade.

3.1.2 Oralidade como modelo de processo (oralidade em sentido amplo)

É possível identificar outro sentido para a oralidade, agora como modelo específico de processo, caracterizador do chamado processo oral.

Trata-se de um conjunto de ideias gestadas em torno da oralidade e organizadas para que atuem em sinergia no ambiente do processo de forma a ampliar as vantagens da palavra falada.

A oralidade em sentido estrito, isto é, a forma oral organizada e obrigatória para determinados atos do processo, é parte necessária de um todo chamado processo oral, mas não suficiente por si só para caracterizá-lo. Para operar plenamente e com máxima eficiência, a oralidade depende de outros elementos que, muito embora com ela não se confundam, são bastante próximos e potencializam seus efeitos.

Esses elementos conferem o substrato necessário ao modelo oral de processo e determinam suas características. São eles: a) estabelecimento da palavra falada como meio de comunicação e convencimento judicial obrigatório para os atos de prova pessoal, interrogatório, debates e sentença (oralidade em sentido estrito); b) imediação; c) identidade física; d) concentração; e) irrecorribilidade das interlocutórias.

Esse agregado funcional e coordenado de características reflete uma escolha política e ideológica do legislador no sentido de que o processo opere de um determinado modo para alcançar suas finalidades, configurando um modelo específico de processo, no caso, o processo oral.[311]

---

[311] Admitindo os sentidos *lato* e *stricto*, Jefferson Carús Guedes coloca a oralidade em sentido estrito como a realização verbal de atos processuais e em sentido amplo como sinônimo de princípio da oralidade, ou seja, fonte geradora de outros princípios (ou subprincípios), no caso, a imediação, a concentração, a identidade física e a irrecorribilidade das interlocutórias (GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 56; 171). José Roberto dos Santos Bedaque, Brasil Jr. e Oliveira também apontam os sentidos amplo e estrito para o termo "oralidade", mas invertem os significados. Para os autores, em sentido amplo a oralidade se liga à forma dos atos processuais. Já numa acepção estrita, oralidade abarca o conjunto de normas (imediação, concentração, identidade física e irrecorribilidade das interlocutórias) unidas por um fim comum e referentes à produção e valoração da prova oral, bem como ao julgamento nela fundado, formando um sistema oral, ou simplesmente, o "processo oral" (BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JR; Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A oralidade no processo civil brasileiro (relatório nacional). *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil**. Novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 411-412). Petronio Calmon também vislumbra dois sentidos para oralidade. O primeiro significado é o literal, ou seja, a comunicação verbal onde um fala e o outro ouve. O segundo é um conceito político que define um modelo específico de processo com elementos próprios e que, se adotado, a oralidade se caracterizará, a saber: a) política pública de resolução de conflitos com ênfase na composição; b) concentração dos atos processuais; c) contraditório como diálogo cooperativo entre os sujeitos do processo; d) imediação (contato direto do juiz com as partes e as provas); e) participação efetiva do juiz na colheita da prova na busca da verdade; f) informalidade; g) plena condução do processo pelo juiz de primeiro grau (impossibilidade prática de recursos contra decisões processuais) (CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século

Processo oral, portanto, é um modelo que, sob a premissa de que a palavra falada deve predominar, formata a estrutura do procedimento a partir do contato direto e sem intermediários entre o juiz e as partes e demais intervenientes, seja quanto ao material probatório oriundo de fontes pessoais e interrogatório, seja quanto ao conteúdo das alegações. Trata-se de um ato processual concentrado e contínuo no qual deve ocorrer a instrução, os debates e o julgamento ou, em caso de cisão da audiência, em atos temporalmente próximos entre si, assegurando-se que o juiz que teve contato com a atividade probatória e de alegações seja o mesmo encarregado de decidir a causa.

A noção de processo oral se aproxima do chamado *juicio oral*,[312] expressão normalmente usada nos países de língua espanhola para significar um julgamento estruturado por elementos associados à oralidade.[313]

Importante destacar que o aparecimento da oralidade no direito processual contemporâneo se deu justamente em sua forma ampla, isto é, integrada de seus elementos.

Com inspiração imediata no júri inglês, a pretensão dos revolucionários franceses era implantar um sistema semelhante, no qual o material probatório que podia ser considerado pelos juízes era limitado ao quanto apresentado em audiência, mediante contato presencial e direto entre juiz, partes, testemunhas e com as provas, alegações das partes e sentença produzidas e proferidas oral e publicamente em audiência única e contínua.

Como se percebe, todos os componentes da oralidade em sentido amplo estão presentes nesse modelo. Contudo, somente numa fase posterior e por razões dogmáticas esses

---

XXI. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, p. 47-75, dez., 2009, p. 48; 50-53). De forma aproximada, Luiz Machado Guimarães coloca o processo oral em relação de continência com a oralidade, pois esta seria "um elemento integrante, uma condição talvez necessária, mas não suficiente do chamado processo oral", ou seja, relaciona a oralidade com a realização de atos processuais na forma oral que, por sua vez, não bastaria para a configuração do processo oral (GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e o processo escrito. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 21).

[312] Em tradução livre, "juízo oral" ou "julgamento oral". O *juicio oral* normalmente corresponde à fase judicial propriamente dita da persecução penal. A primeira etapa é a investigação preliminar. Quando acrescido do adjetivo "oral", significa que a etapa judicial deve conter elementos ligados à oralidade, entendida como modelo de processo.

[313] Alberto Binder ressalta que o *juicio oral* se trata de um modelo de julgamento que envolve a oralidade, a imediação, a publicidade e a personalização do poder de julgar (identidade física) (BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 64). Em outra passagem, o autor relaciona a oralidade diretamente à concentração: "Essa possibilidade oferecida pela imediação e pela oralidade – de que as provas sejam reunidas em uma mesma oportunidade, sejam analisadas ou sejam ouvidas sem interrupções e, assim, adquiram maior virtualidade probatória e possam ser controladas com maior eficiência pelos diferentes temas processuais – é denominada de princípio da concentração, sendo considerado um dos grandes princípios que estruturam um julgamento penal republicano" (p. 66). Gustavo A. Arocena explica que o *juicio oral* é o momento em que uma pessoa (juiz) conhece, sem mediações, a prova e os sujeitos processuais (imediação). Estes podem apresentar suas provas e contrariar seus sentidos e valor (contraditório) numa audiência concentrada (concentração) e de modo que o público em geral tenha acesso e possa controlar os atos praticados (publicidade) (AROCENA, Gustavo A. La oralidade em debate. *In*: NORES, José I. Cafferata; AROCENA, Gustavo A. **Temas de derecho procesal penal (conteporáneos)**. Córdoba: Editorial Meditarránea, 2001, p. 243). Julio B. J. Maier coloca como consequências do *juicio* penal oral, público, contraditório e contínuo a oralidade dos atos, a concentração de todos os atos do debate em audiência única e a identidade física do julgador (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 617-621). Por sua vez, segundo Claus Roxin, os princípios da oralidade, da imediação e da concentração dão forma ao *juicio* oral (ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 115-116).

elementos foram decompostos individualmente, quando então foram identificadas características conceitualmente diversas entre si, ainda que relacionadas.[314]

Por sua vez, a expressão "procedimento oral" indica ideia semelhante e tem sido empregada quase indistintamente ao lado do "processo oral", em regra sem o rigor das diferenças dogmáticas estabelecidas entre processo[315] e procedimento.[316]

Ainda que a doutrina por vezes aponte alguma diferenciação,[317] no âmbito do estudo da oralidade, "processo oral" e "procedimento oral" têm o mesmo significado, ou seja, ambos caracterizam um modelo processual com elementos específicos e espelham a oralidade em sentido amplo.

Quando muito, poderia se falar com certo preciosismo que o processo oral representaria a formulação teórica de um modelo processual com elementos próprios e informado pela oralidade, enquanto procedimento oral refletiria a materialização desses mesmos elementos no âmbito do procedimento.

No Brasil, a discussão sobre a oralidade como modelo de processo – ou em outras palavras o processo oral – permeou a doutrina com mais força no direito processual civil, principalmente em virtude da influência que a obra de Giuseppe Chiovenda teve no século XX.[318]

---

[314] Como exemplo, segundo James Goldschmidt, o conceito de imediação apareceu não antes de meados do século XIX e inicialmente serviu para identificar a essência da oralidade, mas depois foi, aos poucos, reconhecido como um princípio específico do recebimento de provas (GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 144).

[315] Ou seja, as teorias do processo como relação jurídica (Oskar von Bulow), como situação jurídica (James Goldschmidt), como procedimento realizado em contraditório (Elio Fazzalari) ou processo composto de relação jurídica e procedimento.

[316] Segundo Antonio Scarance Fernandes, procedimento é definido tradicionalmente como a sequência de atos coordenados e produtores de efeitos processuais. Na concepção do processo como relação jurídica, o procedimento é visto como algo distinto do processo e sensivelmente menos importante, servindo apenas para dar forma e mover os atos processuais. Contudo, posteriormente, o procedimento passou a ser considerado um instituto relevante para a conceituação do processo. A ideia de relação jurídica ora é afastada por completo, ora é complementada com a noção de procedimento. Hodiernamente, tem sido atribuído um conteúdo teleológico ao procedimento, onde todos os atos praticados contribuem para que seja alcançado o ato final, resultando daí o aspecto de interligação e unidade teleológica. Assim, é fundamental para a conceituação de procedimento "a ideia de que todos os atos contribuem para o efeito substancial derivado do ato final, e a noção sobre coordenação e vinculação entre os atos que o compõem" (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 37, 41; 108-109).

[317] Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, Samuel Meira Brasil Jr. e Bruno Silveira de Oliveira, havendo manifestações orais que constituem o conteúdo dos atos do processo, fala-se em "procedimento oral" ou oralidade no procedimento, enquanto "sistema oral" ou "processo oral" seria o conjunto de normas relativas à valoração e produção da prova oral (BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JR; Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A oralidade no processo civil brasileiro (relatório nacional). *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil**. Novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 411-412). Para Jefferson Carús Guedes, "processo oral e procedimento oral servem para denominar a gama toda de procedimentos (e, por conseguinte, de processos) informados tanto pela oralidade em sentido estrito como pela oralidade em sentido amplo (GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 171).

[318] Na concepção de Chiovenda, oralidade significa, em seu sentido imediato, que o juiz deva conhecer das atividades processuais (alegações, depoimentos, interrogatórios etc.) a partir de impressões recebidas em audiência, ou seja, oralmente. Para isso ocorrer são necessárias algumas exigências que, se adimplidas, consubstanciarão o "processo oral". Em outras palavras, o processo oral é a consequência lógica do princípio da oralidade. Nessa ótica, a oralidade exprime uma fórmula representativa de ideias e características ligadas entre si e que dão ao processo oral seu aspecto particular: prevalecimento da palavra falada como meio de expressão (moderada pelo uso da escrita de preparação e documentação); imediação da ligação

A sistematização do modelo oral de processo conforme proposta pelo autor italiano foi absorvida em grande parte pelo CPC-39 e subsistiu no CPC-73, ainda que mitigada.[319]

Talvez venha daí a naturalidade do processo civil brasileiro em discutir a oralidade, o que não se mostra tão comum no processo penal. Importante lembrar que pelo menos até 2008, o Código de Processo Penal estabelecia um procedimento ordinário desconcentrado, sem identidade física e que não fazia referência às provas não repetíveis ou distinguia expressamente elementos informativos e probatórios.

Isso, contudo, não significa que o processo oral tenha sido teorizado a partir do processo civil ou que seja um instituto tipicamente do direito processual civil.

Ao contrário, no sistema continental (*civil law*), a retomada da oralidade se deu com a Revolução Francesa, que baseando-se mediatamente no procedimento das *quaestiones perpetuae* do direito romano clássico e imediatamente no júri inglês daquela época, absorveu elementos desses modelos e os incorporou ao seu sistema de justiça criminal, dando origem a um modelo cuja fase judicial se consubstanciava num juízo oral, público, contraditório e contínuo.

Giuseppe Chiovenda reconheceu que o terreno inicial da busca pela oralidade foi o processo penal:

> As primeiras batalhas pela oralidade tiveram caráter predominantemente político e agitaram-se no campo do processo penal. Neste, a oralidade foi adotada pela quasi generalidade dos estados civis, compreendida a Itália: o nosso debate penal tem por supremo princípio a oralidade e se desenvolve como uma aplicação lógica. Sómente com um esforço de idéia podemos agora figurar um processo penal não inspirado neste princípio, conquanto um tal tipo de juízo apareça muito vizinho a nós, olhando-se o passado.[320]

Portanto, a noção de oralidade como sinônimo de processo oral tem ressonância igualmente no processo penal, pois trata-se de seu campo primário.

---

entre o juiz e as pessoas cujas declarações deve avaliar; identidade das pessoas físicas que constituem o órgão judicante durante o trato da causa; concentração do trato da causa em único período (debate) a ser feito em uma ou em poucas audiências próximas; irrecorribilidade das interlocutórias (CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 57-61; CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. t. I. Tradução de José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 133).

[319] Essa noção é forte na doutrina brasileira, principalmente no processo civil, pois conforme ressaltam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, a verdadeira oralidade representa um complexo de ideias e de características que dão origem a vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular (concentração, imediação ou imediação, identidade física do juiz e irrecorribilidade das interlocutórias) (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 329). Ainda, segundo Arruda Alvim, imediação, identidade física, concentração e irrecorribilidade das interlocutórias "funcionam e existem teleologicamente preordenados a realizar a própria função da oralidade" (ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 5. São Paulo: RT, 1979, p. 277).

[320] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 40.

Ao adotar a expressão "procedimento oral", José Frederico Marques apresenta conceito semelhante para o que se entende como processo oral, ou seja, um conjunto de princípios ligados entre si e que constituem um sistema com vantagens e qualidades próprias.[321]

De maneira semelhante, Julio Fabbrini Mirabete sustenta que para estabelecer o "procedimento oral", devem estar presentes a concentração, a imediação e a identidade física.[322]

Por seu turno, Leonardo Greco coloca como condição essencial para o exercício da defesa no processo penal "uma oralidade mais intensa do que no processo civil, ou seja, imediatidade, concentração e identidade física do juiz, a propiciarem a intensa e eficaz participação do acusado, pessoalmente e por seu defensor, na instrução e nos debates."[323]

René Ariel Dotti entende a oralidade como a prevalência da palavra falada no âmbito do procedimento e insere dentre seus elementos a identidade física, a concentração e a irrecorribilidade das interlocutórias. No que tange à imediação, entende tratar-se de princípio "indissoluvelmente" ligado à oralidade.[324]

Na visão de Geraldo Prado, a oralidade é a forma procedimental na qual estão reunidas as características da predominância da palavra falada, imediação, identidade física e concentração da causa no tempo.[325]

Nereu José Giacomolli enuncia concentração, imediação, irrecorribilidade das decisões e identidade física como elementos de um processo penal no qual a oralidade predomine.[326]

Nas significações acima, todas voltadas ao processo penal, a oralidade repercute a noção de um agregado sistêmico de ideias, as quais incluem, além da oralidade propriamente dita como meio de comunicação e de ingresso de informação dentro do processo através de atos processuais realizados oralmente, outros elementos amplificadores de seus efeitos, no caso, a imediação, a identidade física e a concentração.

---

[321] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 74. No mesmo sentido: SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**. Sistemas & princípios. Curitiba: Juruá, 2003, p. 151-154.
[322] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.
[323] GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429. Acesso em: 04 nov. 2009, p. 35.
[324] DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 82, n. 687, p. 253-269, jan. 1993, p. 265-266.
[325] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153-154.
[326] GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, p. 181.

3.1.3 Oralidade forte e fraca

Fala-se ainda em sentido forte e fraco da oralidade, acepções essas normalmente relacionadas ao tema de sistemas processuais (acusatório, inquisitório e misto).

Parte da doutrina tece críticas a sistemas processuais que se valem da presença superficial de elementos em tese oriundos de um modelo acusatório, mas na prática incapazes de reverter o viés inquisitório. O emprego de uma oralidade frágil e divorciada da imediação seria sintomático dessa postura.[327]

Nesse contexto, a oralidade incidiria de forma insuficiente, ou seja, em sentido fraco, sem interação com o princípio acusatório e com desprezo à imediação. Isso ocorreria notadamente pela perda da centralidade do juízo oral e consequente preponderância dos elementos colhidos na fase de investigação. Já o sentido forte teria lugar a partir da concretização do princípio acusatório e do alinhamento da oralidade com a imediação. O resultado é o conhecimento da matéria pelo juiz somente na etapa de julgamento.[328]

Na verdade, estabelecer esses significados independe da associação da oralidade com o sistema acusatório. Basta a noção de oralidade em sentido amplo, isto é, aquela acompanhada da imediação, da concentração e da identidade física.

Portanto, a oralidade em sentido forte equivale à oralidade em sentido amplo. Já o sentido fraco corresponde a uma oralidade incompleta e decorrente de um modelo sem os elementos do processo oral e/ou com exceções à oralidade indevidas ou excessivas.

3.1.4 Oralidade como garantia no direito internacional dos direitos humanos

A oralidade vista como garantia parte da seguinte premissa: no processo penal, determinados atos demandam a forma oral para serem validamente constituídos. Logo, essa vertente integra de certa forma a noção de oralidade em sentido estrito.

As convenções internacionais de direitos humanos identificam um núcleo axiológico imutável de direitos e garantias processuais, dentre os quais se insere uma

---

[327] Alberto Binder usa a expressão "falsa oralidade" para se referir a uma oralidade dessa natureza, mais precisamente aquela que não esteja a serviço da imediação ou quando o juiz prejulga o caso com base nos elementos produzidos na fase investigativa ou dá preferência a estes em detrimento da prova colhida em juízo (BINDER, Alberto M. **La justicia penal en la transición a la democracia en américa latina**. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1994_04.pdf. Acesso em: 15 out. 2018). Também nesse sentido: SAMPAIO, André Rocha; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura inquisitória e as falsas oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, set.-dez. 2017, p. 880-881.

[328] SAMPAIO, André Rocha; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura inquisitória e as falsas oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, set.-dez. 2017, p. 893-895; 900. Em sentido semelhante: BARROS, Flaviane M. Editorial. Dossiê "Oralidade e garantias processuais penais": de qual oralidade podemos falar? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 809-823, set.-dez. 2017, p. 820-821.

exigência mínima de oralidade no processo penal independentemente do tipo de modelo processual, ainda que não informado pela oralidade em sentido amplo.

Na produção de prova oriunda de fontes pessoais e no interrogatório do acusado, a oralidade é tida como uma garantia processual no plano internacional e, por essa razão, não pode ser dispensada.

Nesse sentido se inserem as disposições do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos,[329] a Convenção Americana de Direitos Humanos[330] e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.[331]

Esse sentido da oralidade constitui uma interface direta com o direito ao confronto (relacionado com provas oriundas de fontes orais) [332] e com o direito do acusado de ser ouvido pessoalmente em juízo (autodefesa), que materializa parte relevante do direito de audiência.[333]

---

[329] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/92), art. 14, item 1: "[...]Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil [...]" e item 3: "Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:" alínea "d": "De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex-offício* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo"; e alínea "e": "de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e que estas sejam interrogadas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação" (destaques nossos).

[330] Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/92), artigo 8°, item 1: "Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza"; e artigo 8°, item 2: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:" [...] alínea 'f': "direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos" (destaques nosso).

[331] O artigo 6°, itens 1 e 3, "c" e "d", da Convenção Europeia de Direitos Humanos, respectivamente, afirma o direito a qualquer pessoa acusada criminalmente que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial estabelecido pela lei, além de se defender ou ter a assistência de um defensor, e ainda, interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. Essas disposições conjugadas asseguram ao acusado o direito em ser ouvido e inquirir as testemunhas presentes num julgamento público, atos esses que presumem necessariamente a forma oral. Contudo, no processo civil, Alexandre Miura Iura entende que a CEDH em seu art. 6.1 garante apenas o direito a ter a demanda examinada por um juiz, cujo exame pode ocorrer tanto por escrito como em audiência, ou seja, não assegura a oralidade. Entretanto, o autor ressalva que no processo penal, pela vigência do direito ao confronto (*right of confrontation clause*) oriundo da Sexta Emenda à Constituição Norte-Americana, há amparo à oralidade na medida em que o acusado tem o direito de estar presente na colheita da prova testemunhal (IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p.67; 116).

[332] Segundo Diogo Malan, o direito ao confronto (*right of confrontation*), originário da Sexta Emenda da Constituição Americana, ostenta natureza de direito fundamental e autônomo das demais garantias processuais. Estabelece limites e parâmetros para a gestão judicial da prova testemunhal incriminadora, cuja produção deve ocorrer de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e com a submissão à inquirição deste último para que o conhecimento transmitido possa ser valorado (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2; 5; 78). Segundo o autor, o direito ao confronto possui conteúdo multifacetado, abrangendo os seguintes direitos: "(i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal. A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado se comunicar de forma livre, reservada e ininterrupta com seu defensor técnico, durante a inquirição das testemunhas" (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 85-86). Discordamos da inclusão da identidade física do juiz (item iii) como parte do direito ao confronto, seja porque se trata de instituto integrante da oralidade em sentido amplo, seja porque o direito em tela envolve a gestão do saber testemunhal e não demanda necessariamente que o juiz responsável pela colheita da prova seja o mesmo que profira a sentença.

Registre-se que na órbita internacional a oralidade desses atos tem como premissa necessária a presença de uma autoridade judicial, o que confere a nota adicional da judicialidade.

Conforme pontua Jorge de Figueiredo Dias, o chamado princípio ou direito de audiência significa a "oportunidade conferida a todo participante processual de influir através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo." Trata-se de um direito com dupla natureza: direito subjetivo, no caso, ser ouvido perante um tribunal; e norma objetiva para a condução do processo, devendo ser assegurado a efetiva possibilidade da parte em expor suas razões e influir na declaração do direito em seu caso. Em que pese o nome, o direito de audiência engloba o ato processual de audiência e as manifestações orais nela ocorridas, mas seu espectro é ainda mais amplo, abrangendo o próprio direito de acesso à jurisdição, assim como aspectos do contraditório e do direito à prova.[334]

Importante observar que a oralidade como garantia conserva um sentido restrito, ou seja, limitado a determinados atos cuja forma oral é imperativa no processo penal (oralidade nos depoimentos). Entretanto, não abarca todos os elementos presentes no modelo de processo oral (ou *juicio oral*), como a identidade física e a concentração.[335] Também não abrange a oralidade nos debates (ou a da sentença).

Logo, independentemente de o modelo oral de processo ser ou não adotado pelo legislador, impõe-se ao menos a realização de uma audiência oral para a prática dos referidos atos na presença de uma autoridade judicial (oralidade e judicialidade), mesmo que não sejam concentrados em ato único e esteja ausente a identidade física do juiz.[336]

---

[333] Registre-se que na órbita internacional, a oralidade desses atos tem como premissa necessária a presença de uma autoridade judicial, o que confere a nota adicional da judicialidade.

[334] Conforme pontua Jorge de Figueiredo Dias, o princípio ou direito de audiência significa a "oportunidade conferida a todo participante processual de influir através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo" (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 158). Segundo o autor, trata-se de um direito com dupla natureza: direito subjetivo, no caso, ser ouvido perante um tribunal; e norma objetiva para conduzir o processo, devendo ser assegurado a efetiva possibilidade da parte em expor suas razões e influir na declaração do direito em seu caso (p. 158). Em que pese o nome, o direito de audiência engloba o ato processual de audiência e as manifestações orais que nela ocorrem, mas seu espectro é ainda mais amplo, abrangendo o próprio direito de acesso à jurisdição, assim como aspectos do contraditório e do direito à prova, relacionando-se com a dignidade humana e o direito à concessão de justiça (ou pretensão à concessão de tutela jurídica) (p. 154-155).

[335] Vale lembrar que o "Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal", conhecido como "Reglas de Mallorca", prevê em seu artigo 25.1: "El imputado tiene derecho a un juicio oral". Nesse caso poderia se falar que o texto internacional consagrou o modelo oral de processo e todos os seus consectários, todavia, não se trata de convenção internacional propriamente dita.

[336] Analisando a questão sob o prisma da imediação, Nicolás Cabezudo Rodríguez entende que as declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos não contemplam expressamente a imediação como garantia do indivíduo, o que tornaria o legislador ordinário livre para reconhecê-la ou não (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 48). Essa posição merece guarida desde que considerada a imediação como continente da identidade física (imediação em sentido estrito), pois de fato não consta naqueles diplomas tal especificidade. Já em seu sentido amplo, a imediação significa a presença judicial no ato processual (judicialidade), o que é assegurado pelas convenções internacionais nas oitivas de pessoas durante o processo.

Ainda sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos, percebe-se a imprescindibilidade da oralidade no ato de apresentação de toda pessoa presa ou retida, que deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais, nos termos do artigo 7°, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse caso, a convenção não exige a judicialidade do ato. Quanto à oralidade em si, ao preconizar a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial ou com poderes equivalentes, ainda que a finalidade dessa apresentação seja aferir a possibilidade de liberdade para o processo e eventuais abusos sofridos (e não o julgamento da causa propriamente dita), parece inequívoco que esse contato deve se pautar pela interação oral entre a autoridade e o custodiado.

3.1.5 Oralidade e seus sentidos no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, os três sentidos da oralidade podem ser identificados a partir da análise do ordenamento jurídico processual.

Como modelo, a Constituição Federal de 1988 menciona o "procedimento oral" ao tratar dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.[337]A Lei 9.099/95, editada em observância do referido preceito constitucional, consignou a oralidade em seu artigo 2° como um de seus "critérios".[338]

A expressão "critério" deve ser interpretada à luz da CF/88, que previu o "procedimento oral" para as infrações de menor potencial ofensivo, implicando na adoção do modelo oral de processo, ou em outras palavras, na oralidade em sentido amplo.

Portanto, o modelo oral nos Juizados Especiais foi alçado como imperativo constitucional, o que faz a oralidade em sentido amplo incidir no procedimento sumaríssimo, retirando a discricionariedade do legislador em adotar ou não a oralidade como modelo nesse ponto.

A Constituição Federal de 1988 igualmente adotou o processo oral, agora implicitamente, ao dispor sobre o reconhecimento da instituição do júri no artigo 5°, XXXVIII, já que qualquer procedimento instituído perante um tribunal composto por jurados

[337] "Artigo 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau."
[338] "Artigo 2°. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação".

pressupõe necessariamente a oralidade em sentido amplo, ao menos na fase de julgamento pelos jurados.[339]

Frise-se que a opção política pelo modelo oral de processo deve se coadunar com os direitos e as garantias processuais estabelecidas constitucionalmente.[340] Assim, mesmo quando a oralidade é estabelecida no texto constitucional, deverá conviver com as demais garantias da mesma estatura, podendo ser excepcionada – nessa hipótese, apenas pela própria Constituição.[341]

Fora desses casos, para o processo penal em geral, a CF/88 não manifestou opção expressa. Dependerá, assim, da escolha do legislador ordinário acolher ou não o chamado processo oral. Muito embora a oralidade em sentido amplo dê eficiência e atue densificando diversas garantias processuais componentes do devido processo legal, não haverá inconstitucionalidade na eleição de um modelo processual distinto no âmbito da legislação ordinária.

Após as modificações das Leis 11.690/08 e 11.719/08 houve um incremento da oralidade nos procedimentos ordinário e sumário, muito embora permaneçam mitigações importantes e haja necessidade de complementação legislativa em diversos pontos.[342]

No sentido de forma dos atos processuais, em regra obrigatória para a prova oriunda de fontes pessoais e para o interrogatório, mas facultativa em alguns casos a depender das circunstâncias para os debates, a oralidade pode ser extraída principalmente dos artigos 155, 185, 186, 192, 193, 201, 204, 223, 229, 400, 403, dentre outros do Código de Processo Penal. Na prova pessoal e no interrogatório se impõe também a judicialidade do ato, o que remete à imediação, ou seja, o contato direto com o juiz.

Em seu aspecto de garantia, a oralidade tem amparo no artigo 5°, § 2°, da CF/88, e sua combinação com o disposto no artigo 8°, itens 1 e 2, "f", da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 14, item 1 e 3, "d" e "e", do Pacto Internacional de Direitos

---

[339] Segundo Julio B. J. Maier, a oralidade pode ser extraída da norma que prevê o estabelecimento do julgamento pelo tribunal do júri, já que o *juicio por jurados* presume necessariamente um debate oral, público, contraditório e contínuo (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 616). Hérnan Luis Folgueiro, de maneira semelhante, relaciona a norma sobre *juicio por jurados* com a imediação, mais propriamente como fundamento "institucional" do princípio da imediação (FOLGUEIRO, Hernán Luis. Principio de inmediación: hacia una fundamentación epistemológica. **Lecciones y ensayos**. Buenos Aires, n. 72-74, 1998-1999, p. 312).

[340] E nas declarações e convenções de direitos humanos.

[341] Em sentido semelhante, mas com referência à imediação: RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 51-52.

[342] A análise da caracterização ou não do processo oral nos procedimentos ordinário e sumário será realizada no capítulo 5, *infra*.

Civis e Políticos, ambos integrados ao ordenamento jurídico brasileiro pelos Decretos 678/92 e 592/92, respectivamente.[343]

Sem prejuízo, além dos diplomas internacionais, colhe-se da própria Constituição Federal a presença da oralidade como garantia processual para os atos de prova pessoal e interrogatório a partir do estabelecimento do contraditório e da ampla defesa como garantias constitucionais (artigo 5°, LV).

Na ampla defesa se insere o direito de autodefesa, aquela exercida pessoalmente pelo acusado em certos momentos do processo, como as declarações prestadas via interrogatório, ato que em regra deve ser produzido oralmente. Logo, todo réu tem o direito constitucional de ser ouvido oral e pessoalmente em juízo.

Já a oralidade no viés de garantia em relação à prova pessoal demanda maior esforço argumentativo, mas pode ser extraído da cláusula do contraditório. Em se tratando de provas decorrentes de fontes pessoais, somente o ambiente oral permite o contraditório se concretizar com eficiência mínima sob o prisma do devido processo legal. Em suma, a oralidade na prova pessoal é essencial para a realização suficiente do contraditório considerando o ideal de um processo justo em seus termos básicos.

Por fim, diante da implantação das audiências de custódia (ou de apresentação) pela Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, que teve por fundamento o artigo 7°, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos, observa-se que a oralidade é vista como garantia também na oitiva da pessoa presa em flagrante delito, já que deverá ser ouvida judicialmente sobre as circunstâncias em que realizadas a prisão ou apreensão.

3.2 Natureza jurídica

Definidas as acepções da expressão oralidade, passa-se agora a investigar sua natureza jurídica. Apesar de comumente apontada como um princípio do processo, essa assertiva demanda aprofundamento crítico.

Os princípios há muito são conhecidos. Entretanto, sua caracterização como norma jurídica é relativamente recente e tem instigado debates importantes na doutrina.

Antes de qualquer categorização da oralidade, impõe-se o exame das diversas vertentes teóricas que originaram os princípios e seus respectivos trâmites evolutivos.

---

[343] O Supremo Tribunal Federal entende que, ressalvada a hipótese do artigo 5°, § 3°, da CF/88, as disposições constantes de tratados que versem sobre direitos humanos possuem natureza supralegal, ou seja, situam-se hierarquicamente abaixo da Constituição, mas acima da lei. Nesse sentido: HC 92.566, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 04.06.09; RE 349.703, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 04.06.09; e RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 04.06.09.

3.2.1 Breves considerações sobre os princípios

A expressão princípio tem múltiplos significados, tanto em seu sentido comum, como no âmbito jurídico. Etimologicamente, princípio significa início, causa primária, ou ainda, aquilo do qual alguma coisa procede na ordem de conhecimento ou existência.

Com base na lição de Genaro Rubén Carrió, princípio pode significar, em seu sentido comum: a) parte ou ingrediente importante, propriedade fundamental, núcleo básico de algo; b) regra, guia, orientação ou indicação geral; c) finalidade, objetivo, propósito ou meta; d) premissa, ponto de partida, essência, propriedade definidora; e) regra prática de conteúdo evidente, verdade ética inquestionável; f) provérbio, aforisma, peça de sabedoria prática que vem do passado e traz consigo o valor da experiência e tradição acumuladas.[344]

Ainda segundo o autor, no âmbito jurídico, igualmente existem vários focos de significação: a) pautas de segundo grau que pressupõem a existência de normas de primeiro grau (mais específicas) e se referem a elas, voltadas primordialmente aos aplicadores do direito nos casos concretos (juízes), servindo como guia sobre quando e como usar as normas de primeiro grau (ajustam, ampliam ou as restringem) e ostentam certa neutralidade tópica; b) especificam aspectos importantes de um ordenamento jurídico que não poderiam faltar numa descrição suficientemente informativa dele (p. ex. separação dos Poderes); c) expressam generalizações ilustrativas obtidas a partir das regras do sistema (p. ex. não há responsabilidade sem culpa); d) referem-se a *ratio legis* ou *men legis* de uma norma ou conjunto de normas, ligando-se ao seu propósito, objetivo ou meta; e) designam pautas as quais se atribuiu um conteúdo intrínseca e manifestamente justo (p. ex. proibição da escravidão); f) identificam certos requisitos formais ou externos que todo o ordenamento jurídico deve satisfazer, ligando-se ao contexto da moralidade do direito (por exemplo, as normas devem ser gerais, claras, não contraditórias, não retroativas etc.); g) referências dirigidas ao legislador na elaboração das normas com conteúdo meramente exortatório (programático); h) aludem a certos juízos de valor que dizem respeito a exigências básicas de justiça ou moral decorrentes da "consciência jurídica popular"; i) máximas advindas da tradição jurídica.[345]

A influência dos princípios na ordem jurídica é antiga, derivando, direta ou indiretamente, dos textos religiosos e filosóficos de longa data.

---

[344] CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1986, p. 204-205; 210-211.
[345] CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1986, p. 211-213.

Alcides Mendonça de Lima anota: "em diversos textos legislativos, mesmo em épocas remotas, sempre houve dispositivos que, implicitamente, em seu conteúdo, consagravam os princípios que, posteriormente, a partir do século XIX, foram formulados de modo expresso pela doutrina".[346]

Na tradição judaico-cristã, tem-se o respeito ao próximo. Da filosofia grega adveio o princípio aristotélico de que nada pode ser e não ser simultaneamente, do qual resulta a ideia de que o direito não tolera antinomias.[347]

Por sua vez, o direito romano originou diversos princípios, dentre os quais a própria noção de justiça, consubstanciada na definição de Ulpiano de que justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*).[348]

Inicialmente inseridos numa dimensão puramente axiológica e concebidos como elementos externos ao direito – logo, sem eficácia jurídica direta ou aplicabilidade imediata – a transição dos princípios para o mundo jurídico ocorreu a partir da ampliação da noção de norma jurídica, que passou a constituir gênero do qual os princípios passaram a ser uma de suas espécies.[349]

Como norma jurídica, os princípios tornaram exigíveis juridicamente os efeitos neles pretendidos ou associaram algum tipo de consequência (sanção) ao descumprimento.[350] Essa trajetória rumo à normatividade foi longa e permeada de dificuldades.

Paulo Bonavides identifica três momentos históricos na construção jurídica dos princípios: a) fase jusnaturalista, com normatividade basicamente nula e reconhecimento limitado a uma dimensão abstrata e ético-valorativa dos princípios, que assumem a forma de postulados de justiça advindos do direito natural; b) fase positivista, na qual os princípios são extraídos da lei e têm função de impedir o vazio normativo (normatividade subsidiária – função integrativa); c) fase pós-positivista, correspondendo aos movimentos constitucionais de meados do século XX, com a inserção em textos constitucionais e hegemonia axiológica

---

[346] LIMA, Alcides Mendonça de. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 82, n. 295, p. 421-427, jul.-set., 1986, p. 422.
[347] BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 97.
[348] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 123.
[349] BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 97-98.
[350] BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 101.

dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta o sistema jurídico.[351]

A partir dessas fases, três vertentes de princípios com significados e linhas evolutivas próprias podem ser definidas: a) princípios constitucionais; b) princípios sistematizadores; c) princípios gerais de direito.[352]

Não há propriamente uma evolução cronológica ou linear dentre esses vertentes, pois a emergência de determinada concepção por vezes ocorreu simultaneamente na mesma época que a outra, havendo não raro a coexistência entre elas.

3.2.1.1 Vertente constitucional

São chamados de princípios constitucionais aqueles que, em razão do percurso evolutivo realizado, tem relação direta com a força normativa conferida às constituições. Fala-se ainda em princípios pragmáticos, ou seja, vocacionados a resolver casos concretos.

O pensamento jusnaturalista contribuiu decisivamente para deflagrar as revoluções liberais do século XVIII. Associado ao Iluminismo, o jusnaturalismo em sua vertente racionalista foi o principal combustível ideológico responsável por marcar a passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, fundamentando as correntes políticas de cunho individualista que se opuseram à monarquia.[353]

Consolidada a pretensão racionalista, a lei começou a ser vista como a única fonte legítima do poder do Estado, fruto da vontade geral e expressão da razão. Concebeu-se um sistema jurídico autossuficiente, com excessivo apego ao texto e voltado à interpretação neutra e objetiva.[354]

Logo, a atividade do intérprete deveria ser mínima e se restringir à vontade da lei, até porque se entendia que os textos eram claros e harmônicos. Além disso, todas as circunstâncias estavam abarcadas pela legislação, que não possuía lacunas.

Na revelação da vontade do legislador deveria ser perquirido o conteúdo semântico das palavras, acatando-se incondicionalmente o resultado obtido a partir da

---

[351] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 231-237.

[352] Essa evolução histórica em três vertentes é apresentada por OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 28-47; ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 305-314.

[353] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 236-237; NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 441.

[354] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

interpretação gramatical. Admitia-se, ainda, a pesquisa de elementos históricos, mas apenas com o intuito de esclarecer a intenção original do legislador na elaboração do diploma.[355]

Daí a expressão que os juízes atuavam como as "bocas" que pronunciam as palavras da lei (*bouche de la loi*), pois a interpretação se limitava a um mero processo de subsunção a partir de um silogismo envolvendo uma premissa maior (norma geral) e uma premissa menor (fato).

O jusnaturalismo também influenciou o movimento de codificação do direito, do qual o Código Civil francês de 1804 é o maior exemplo (Código de Napoleão). Esse diploma representou o triunfo das ideias iluministas ao eliminar o absolutismo e os costumes feudais, visando ainda realizar o ideal lógico-sistemático de completude presente no jusnaturalismo racionalista.[356]

Rubens Limongi França lembra que o chamado sistema interpretativo exegético (Escola da Exegese) tinha íntima ligação com o Código de Napoleão. Na época, entendia-se que o diploma sintetizava todo o direito concebível, daí a presunção geral de que, pela absoluta clareza, correspondia exatamente ao pensamento do legislador e por isso cabia ao intérprete apenas aplicar a lei conforme prevista, praticamente sem necessidade de interpretação.[357] Tudo se resumia, assim, a uma mera operação silogística.

O Estado liberal e a consolidação dos ideais revolucionários advindos do direito natural significaram o ápice do jusnaturalismo. Ao mesmo tempo, inadvertidamente, ensejaram também seu declínio.

O positivismo filosófico teve início no século XIX e pretendeu transportar o método experimental (observação, formulação de hipótese e experimentação) para o setor das ciências sociais. Valorizava-se a observação de fatos que poderiam ser comprovados, deixando de lado a dedução, a especulação filosófica e o raciocínio abstrato.[358]

Na seara jurídica houve a pretensão de criar uma ciência com características semelhantes às ciências exatas e naturais, culminando no que se chamou positivismo jurídico.

---

[355] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 312.

[356] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 389.

[357] FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 34. Fazendo um contraponto a esse entendimento, Cláudio De Cicco ressalta que o Código de 1804 de fato limitou, ainda que proporcionalmente, o poder de interpretação dos juízes ao aspecto gramatical e sistemático das disposições do referido código. Todavia, isso não significou negar a existência de eventuais lacunas e o possível uso de analogia (autointegração) e na impossibilidade desta, aos costumes e jurisprudência ou mesmo ao direito natural (heterointegração). Para o autor, "se posteriormente a Exegese se deformou, seus autores passaram a negar a existência de lacunas e proclamaram a onipotência do legislador, isso não pode ser imputado ao Código [...], mas ao progressivo abandono da ideia de direito natural, que até então era o paradigma da filosofia e da teoria jurídicas" (DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218-219).

[358] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 447.

Pretendia-se obter um conhecimento objetivo da realidade com base em fenômenos observáveis.

Os juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade, são rechaçados, afastando o direito da moral e dos valores. O direito se reduz ao conjunto de normas positivadas, tidas como perfeitas e autossustentáveis, não demandando qualquer justificativa ou legitimação além da própria existência.[359]

Qualquer conteúdo transcendente ao direito positivo é excluído da esfera de análise do positivismo, que se limita a descrever e organizar apenas o direito produzido para o convívio humano.[360]

Para o positivismo, o direito vale independentemente de seu conteúdo, assumindo caráter de autorreferência, ou seja, é o próprio direito que define aquilo que é ou não direito.[361] Por outro lado, para ter validade como direito positivo, basta se adequar e seguir os procedimentos formais previstos no ordenamento jurídico.[362]

Convergindo apenas para o "ser" do direito e não para o seu conteúdo,[363] o positivismo legitimou a ascensão de regimes totalitários em meados do século XX, notadamente o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, cuja tomada de poder e atos posteriores ocorreram dentro de um quadro de aparente legalidade.

Esse regime fundado na estrita legalidade gerou profundas consequências na seara jurídica internacional, (re)iniciando a construção, agora sistematizada e de alcance global, do chamado direito internacional dos direitos humanos. Além disso, deu nova feição ao direito constitucional dos países ocidentais, cujos textos constitucionais passaram a adotar princípios carregados de elevada carga axiológica, reaproximando a moral do direito, com especial ênfase na dignidade humana.[364]

Essa fase, dita pós-positivista, abriu caminho para a discussão envolvendo a valorização dos princípios e o reconhecimento de sua normatividade, agora não mais relegados a meras diretrizes programáticas ou a uma função secundária ou subsidiária em casos de lacunas.

---

[359] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 240-241.
[360] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 77. Segundo os autores, a depender do tipo de teoria positivista adotada, o objeto poderá variar: lei, principalmente as grandes codificações, que pretendia abarcar todo o direito (positivismo legalista); norma jurídica (Hans Kelsen); regra (Herbert Hart) ou conjunto de decisões emitidas pelos tribunais (realismo jurídico).
[361] Ao contrário do jusnaturalismo, que seria heterorreferenciado (balizado por conteúdo fora do direito positivo).
[362] ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 77.
[363] NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 450.
[364] PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87.

Assim, a partir da superação (histórica) do jusnaturalismo e (política) do positivismo, abriu-se caminho para um novo e atualizado ideário do direito, onde estão inseridas "ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica."[365]

Nesta senda, reconheceu-se força normativa e vinculante à Constituição, que passou a dispor de instrumental apto a fazer valer suas disposições, notadamente no âmbito dos princípios, que se tornaram comandos e passaram a gerar efeitos diretos.

Por consequência, a Constituição deixou de ser vista apenas como um documento político ou mera carta de intenções contendo diretrizes discricionárias ao legislador e ao administrador.

No mesmo contexto em que se firmou a normatividade da Constituição, a sedimentação dos conceitos de direitos fundamentais, das cláusulas gerais, dos enunciados abertos e dos princípios, agora inseridos nas cartas constitucionais, permitiu que esses elementos fossem reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela.[366]

Como consequência, a normatividade dos princípios passou a ser inquestionável, superando o caráter programático das normas do texto constitucional, incluindo os princípios.

Paralelamente a isso, a jurisdição constitucional foi ampliada significativamente, pois questões antes resolvidas no plano político passaram a se submeter ao crivo da intervenção judicial, especialmente quando envolviam princípios. Por esta razão, "os debates teóricos e os problemas jurídicos passam a reivindicar o estatuto da 'prática' e a atividade jurisdicional assume um lugar proeminente nesta questão".[367]

A atenção se desloca para a atuação concreta do juiz, não mais relegada a uma mera atividade de dedução de conceitos, mas agora voltada para a escolha justificada de determinados valores a partir da problemática fornecida pelo caso concreto, abrindo espaço para a discricionariedade judicial.[368]

Essa atuação como momento de concretização do direito, originada da força normativa atribuída às constituições, deu ensejo à concepção dos princípios constitucionais,

---

[365] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 242.
[366] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 41.
[367] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 42; 45.
[368] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 42; 45.

também chamados de pragmáticos, aqueles voltados a solucionar casos concretos a partir de decisões judiciais que se valem para tanto de enunciados abertos e de princípios.

Deixando a mera dedução de conceitos para alcançar a própria construção da normatividade, a atividade judicial passa a depender, para ser considerada legítima, da justificação dos critérios de valoração adotados e que resultaram naquela determinada interpretação.

Nessa concretização da normatividade é possível a ocorrência de situações envolvendo princípios antagônicos ou normas de textura aberta que conduzam a respostas diferentes para o mesmo problema, demandando atuação subjetiva do intérprete e discricionariedade judicial.[369]

3.2.1.2 Vertente dos princípios gerais do direito

Como visto, o jusnaturalismo racionalista entendia a lei como a única fonte legítima do poder do Estado, motivo pelo qual a atividade do intérprete deveria ser mínima e se restringir sempre à *voluntas legis*.

Intencionava o jusnaturalismo criar um sistema de direito que poderia ser conhecido e construído de maneira completa e integral pela razão.[370]

Essa ideia influenciou decisivamente o movimento de codificação do direito que teve lugar no século XIX, do qual o Código Civil francês de 1804 foi a maior realização.[371]

A concepção dos princípios gerais do direito remonta justamente a essa fase e representou um alívio na pretensão de completude e autossuficiência as quais revestiam as codificações da época.

---

[369] São os casos difíceis ou *hard cases*. Nesse contexto emerge a problemática da discricionariedade judicial em relação às normas abertas. Conforme aponta Luís Roberto Barroso, "é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial" (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 392).

[370] Esse ideal de completude, que será posterior e igualmente adotado pelo positivismo jurídico, surgiu a partir do pensamento jusnaturalista racionalista, representando o apogeu de um direito colocado e conhecido pela razão e que tinha o homem racional como legislador de si próprio. Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 32-33. Demonstrando a influência do jusnaturalismo racional, Cláudio De Cicco aponta que o artigo 1° do Título I do Código Civil francês, posteriormente suprimido, tinha a seguinte redação: "Existe um Direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, já que esta governa todos os homens" (DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213; 215)

[371] Segundo Paulo Nader, o código, "por sua técnica apurada e conteúdo moderno e científico, exerceu importante influência no Direito de muitos Estados, sendo que alguns chegaram a adotá-lo na íntegra." Portanto, ainda que tenha originado um sistema interpretativo que comporta grandes ressalvas (sistema exegético) e de resto superado nos dias atuais, o Código de Napoleão foi uma notável conquista jurídica à época, apresentando inegável valor cultural ainda hoje (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 251).

Estes princípios têm caráter de axiomas jurídico-racionais[372] que podem ser aplicados, sempre excepcionalmente, em caso de lacunas do sistema (função integrativa),[373] além de reduzir eventuais contradições surgidas da interpretação abstrata das disposições (função interpretativa).[374]

Nessa vertente, os princípios seriam postulados racionais pressupostos no sistema e estariam implícitos e latentes na legislação positiva, podendo ser extraídos através de um processo de indução e de abstração. Assim, seu conteúdo é vertido da própria lei (*i.e*, da codificação) e a ela não se sobrepõem.

A ideia dos princípios gerais do direito não privilegia a sua normatividade, que resta bastante enfraquecida, esgotando-se na sua dimensão ético-valorativa e configurando no máximo uma fonte secundária de normatividade.

O movimento codificador coincidiu com a consolidação do positivismo, mas foi inspirado pelo jusnaturalismo. Nessa linha, os princípios gerais do direito foram a solução alvitrada para alcançar a completude lógico-sistemática fundada exclusivamente na razão, consubstanciando reminiscências do jusnaturalismo no seio do positivismo então emergente.[375]

Concebidos sob o fundamento de que o texto legal não era imune a lacunas, o que enfraquecia a pretensão de completude do movimento de codificação do direito, a lógica dos princípios gerais do direito paradoxalmente continuava a pressupor um sistema completo, já

---

[372] Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 33. Para Paulo Bonavides, os princípios gerais do direito na forma de axiomas jurídicos constituiriam normas universais do bem obrar, estabelecidas pela reta razão (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 234). Por sua vez, entende-se como axioma (ou brocardo, adágio) o "preceito abstrato, geralmente formulado em latim, conquanto não necessariamente extraído de fontes romanas, que se evidencia por si mesmo, dispensando demonstração, e em que se arrima a interpretação enunciativa" (SIDOU, J. M. Othon (org.). **Dicionário jurídico**. Academia Brasileira de Letras. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 68). Para Miguel Reale, os adágios valem como cristalizações históricas de princípios gerais do direito (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 300). Já Paulo Nader discorda da equiparação dos brocardos com os princípios gerais do direito (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 237-238).

[373] A integração do direito (ou função integrativa) é utilizada aqui no sentido de colmatação de lacunas. Com entendimento diverso, Rubens Limongi França explica: "De nossa parte, utilizamos o vocábulo [integração] como sinônimo de aplicação, com vistas postas na circunstância de que, ao aplicar a lei, o intérprete faz com que, de princípio puramente eidético, a lei passe a integrar-se na realidade dos fatos sócio-jurídicos" (FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 55, destaques originais).

[374] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 33. Oportuno lembrar que Paulo Nader identifica outra função para os princípios gerais do direito, no caso, a de orientação (e limitação) do legislador na elaboração das leis, pois "o ponto de partida para a composição de um ato legislativo deve ser o da seleção dos valores e princípios que se quer consagrar, que se deseja infundir no ordenamento jurídico" (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 234).

[375] OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 33.

que a lacuna seria apenas aparente e a solução era extraída da própria lei, na medida em que os princípios estariam implícitos nesta.[376]

Apesar do baixo grau normativo, a teoria dos princípios gerais de direito tornou possível a discussão científica e a evolução da normatividade dos princípios no âmbito jurídico, o que em última análise permitiu a evolução para a vertente constitucional, pois os princípios saltaram das codificações, onde eram fontes supletivas, para as Constituições, servindo agora como fundamento da ordem jurídica.[377]

Importante lembrar que, não obstante a origem dos princípios gerais do direito tenha relação direta com a fase de codificação, vinculando-se mais diretamente com o direito civil, a técnica de extração de princípios implícitos nos textos normativos não se limita às codificações, menos ainda ao direito privado.[378]

---

[376] Discute-se na doutrina se os princípios gerais do direito abrangeriam apenas as ideias básicas no direito positivo (ainda que latentes), ou se legitimariam como pressupostos axiológicos, isto é, como princípios de direito natural. Carlos Maximiano refere que compreendem não apenas o direito positivo, mas os princípios filosóficos e fundamentais do direito sem distinção de fronteiras, podendo ir além do que assenta a legislação, entendimento esse sustentado em diversos ordenamentos. Em seguida, comenta a posição diversa da doutrina italiana da época do Código Civil de 1865, que limitava os princípios gerais ao direito positivo, onde existiriam pelo menos em potência ou estado de latência. O autor concluiu apontando a semelhança dos dois entendimentos, pois a intenção é a mesma, qual seja, impedir que o "aplicador não paire em altura demasiada, vertiginosa: não se perca em abstrações, no mundo puramente filosófico" (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 241-243). Já Miguel Reale divisa três possibilidades: a) os princípios gerais estão implícitos na legislação positiva e são extraídos através de um processo de indução e abstração; b) os princípios gerais são obtidos não apenas do exame de determinado direito positivo, mas do direito comparado, pois adquirem maior consistência e objetividade quando confirmados pelo estudo comparativo das legislações dos diversos povos; c) os princípios gerais não se limitam apenas às normas positivas historicamente reveladas de forma comum no ordenamento jurídico de determinado país ou das demais nações, mas sim como princípios de direito natural (REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2001, p. 302-305). Por seu turno, Paulo Nader lembra a polêmica existente acerca da natureza dos princípios gerais, que para alguns seriam previstos pelo próprio ordenamento jurídico (corrente positivista), enquanto para outros teriam natureza suprapositiva, constantes de princípios universais decorrente do direito natural (corrente jusnaturalista) (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 216). Em nosso entendimento, o movimento de codificação do direito foi inspirado pelo jusnaturalismo racional. Assim, a ideia de que o homem possuía direitos naturais que deveriam ser respeitados pelo Estado em qualquer situação foi considerada quando da elaboração da legislação codificada. Afirmava-se o homem racional como legislador de si próprio cuja intenção era engendrar um sistema jurídico lógico-sistemático completo e que nada passaria despercebido. Evidentemente, com o tempo se notou a inviabilidade de que a legislação codificada abrangesse todas as situações, recorrendo-se então aos princípios gerais do direito como forma de amenizar a pretensa completude do sistema. Nessa linha, admitida a possibilidade de lacunas a serem integradas, mais plausível o entendimento de que aquele legislador racional necessariamente embutiu no direito positivo, ainda que implicitamente – ou pelo menos essa era a ideia – princípios do direito natural. Logo, não haveria necessidade de se recorrer a subsídios externos, pois o próprio sistema positivo necessariamente albergaria elementos de direito natural em latência e que poderiam ser conhecidos pelo intérprete a partir do próprio ordenamento, pois a máxima de que ao legislador nada escapava continuava válida. Portanto, e com a ressalva acima, os princípios gerais do direito, na forma em que originariamente concebidos, advém do próprio ordenamento jurídico que, por sua vez, encontra-se impregnado de elementos do direito natural, não sendo necessário o recurso a fatores externos para justificar a natureza dos princípios gerais do direito.

[377] No direito brasileiro percebe-se claramente essa concepção no artigo 4° da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), cuja redação indica: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

[378] De fato, a extração de princípios implícitos alcança inclusive a Constituição. Nessa linha, Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere duas ordens de princípios constitucionais, quais sejam, os implícitos (induzidos), conhecidos a partir de um trabalho indutivo, e os declarados (deônticos), expressamente enunciados pela Constituição (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios e regras em direito constitucional. Contribuição para uma polêmica doutrinária. *In*: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barroza Baeta (coord.). **Direito constitucional contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 297).

3.2.1.3 Vertente sistematizadora

Por sua vez, a vertente sistematizadora dos princípios se relaciona com o movimento de autonomização das disciplinas do direito ocorrido também no século XIX, ocasião em que se pretendeu sistematizar a ciência em ramos distintos.[379] Esta vertente surgiu com as revoluções liberais e é contemporânea aos princípios gerais do direito. Entretanto, diversamente destes, que se encontram latentes e ínsitos no sistema, os princípios sistematizadores são dados de antemão e não procuram solucionar problemas de integração (lacunas), mas de organização, permitindo o conhecimento unitário e coerente de determinada disciplina.[380]

Nesse viés, os princípios foram utilizados para organizar os conteúdos das diversas disciplinas, sendo chamados de epistemológicos.

Conforme ponderam Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira,

> Todas essas disciplinas, sem exceção, irão recorrer ao conceito de princípio para organizar e sistematizar os seus conteúdos. Porém, nesse caso, a preocupação é com o estudo e a análise dos temas cobertos por cada uma dessas disciplinas e, não necessariamente, uma resposta a um problema de aplicação do direito. Esse último aspecto até pode aparecer no caso de análise, porém esse será um efeito indireto. A função primordial do conceito de princípio aqui é de natureza epistemológica: organizar o estudo de uma disciplina jurídica específica.[381]

Aqui podem ser percebidas as características de estruturação visando dar forma e caráter a um determinado sistema.

Nesse sentido, expõe Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e

---

379 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 307.

380 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 36. Para o autor, os princípios sistematizadores e os princípios gerais do direito têm algo em comum, pois "mantêm a estrutura de algo que se conhece por antecipação àquilo com o que se relacionam: os princípios epistemológicos são o já-conhecido de um ramo do direito; os princípios gerais do direito, o já conhecido de uma ordem jurídica sistemática, ambos percebidos de maneira puramente abstrata pelo modo axiomático-dedutivo" (p. 37).

381 ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 307. Da mesma forma, Fredie Didier Júnior refere a possibilidade do uso do termo princípio não apenas "no sentido de 'espécie normativa', mas sim de 'fundamento', 'orientação preponderante' etc." (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In*: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 214).

> inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.[382]

De maneira semelhante, para Antonio Scarance Fernandes, "princípio é norma matriz de um sistema, da qual brotam as demais, e serve para dar uniformidade ao conjunto. Um determinado ramo do direito pode conter, além de um princípio geral do sistema, outros princípios que informam os seus subsistemas."[383]

Além do conteúdo estruturante, possuem traços político-ideológicos e espelham determinadas escolhas políticas, as quais permitem que se compreendam os fundamentos e o modo de funcionamento dos sistemas processuais por eles informados.

Nessa linha assinala Alberto Bovino:

> Os princípios políticos que informam e estruturam o sistema de justiça penal, junto com as exigências impostas pelo direito constitucional e direito internacional dos direitos humanos nos permitem compreender como se articulam as diversas instâncias do processo penal, e como este opera com o direito penal e o direito de execução penal – isto é, com o direito penal em sentido amplo. Somente através do estudo destes princípios e das exigências constitucionais que organizam o procedimento é possível compreendê-lo, entender como se relacionam suas diversas etapas, como se organiza a intervenção dos sujeitos processuais, e quais as linhas básicas que o definem.[384]

Dentre os princípios sistematizadores, alguns são inerentes à própria ideia conceitual de processo. Em síntese, sem estes princípios, sequer se pode falar de processo propriamente dito. Logo, sob o prisma dogmático, são essenciais ao processo em si e incidem em qualquer configuração imaginável de processo.

Ao lado desses, admite-se também princípios que buscam modelar um sistema de processo balizando-se precipuamente por uma determinada escolha político-ideológica. Assim, com base nesta opção, estes princípios são essenciais ao modelo teorizado, mas não ao processo em si. Todavia, se não adotados, não se pode dizer que inexistirá processo em si.[385]

---

[382] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54. Por tal razão, segundo o autor, "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. E a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra" (p. 54).

[383] FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 17. Em sentido análogo, pontua Cássio Scarpinella Bueno: "Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade" (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96).

[384] BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 117.

[385] Não é tarefa fácil categorizar quais princípios seriam essenciais a todo e qualquer processo e quais visariam estruturar um modelo próprio de processo. De todo modo, pode ser aproveitada a lição da doutrina acerca da subdivisão dos princípios processuais em duas categorias. A primeira envolve princípios que constituem normas universais e atemporais e que

Jaime Suau Morey aponta distinção semelhante ao referir duas categorias de princípios: a) os princípios do processo, que conformam a própria essência do processo; b) os princípios informadores do procedimento, vias através das quais o processo é operacionalizado, compondo seu aspecto formal.[386]

Ainda nesse prisma, a inclusão dos princípios em textos constitucionais e o movimento de internacionalização dos direitos humanos alcançaram o direito processual e seus princípios sistematizadores, sejam os essenciais-nucleares ao processo em si, sejam os relativos a um determinado modelo de processo.

A partir daí, incidindo como princípios constitucionais ou convencionais do processo, passam a ter observância obrigatória ao modelo a ser estabelecido pelo legislador.[387]

Com essa inserção constitucional/internacional, os princípios nucleares ao processo em si e os princípios essenciais a um determinado modelo, muito embora se distingam dogmaticamente sob a nota da indispensabilidade, são equiparados sob o prisma jurídico, pois a observância pelo legislador passa a ser imperativa em ambos os casos.

Por fim, no âmbito dos princípios sistematizadores, não há preocupação em distingui-los das regras como espécie normativa própria, pois a função de organização é mais relevante do que diferenciá-los como norma jurídica de espécie diversa.

Destarte, quando confrontados com alguns critérios propostos para diferenciação de normas jurídicas, não raro alguns princípios sistematizadores são tidos na verdade como regras e não princípios.

---

representam uma aspiração de melhoria do sistema processual e da prestação jurisdicional aplicável em qualquer época (LIMA, Alcides Mendonça de. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 82, n. 295, jul.-set., 1986, p. 422). São eles: a) princípio lógico (seleção dos meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e evitar o erro); b) princípio jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão); c) princípio político (o máximo da garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade); d) princípio econômico (processo acessível a todos, com vista ao seu custo e duração) (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 51). Na segunda categoria estão os princípios que retratam uma opção política direta e por isso mesmo podem variar diante das opções ideológicas feitas por cada Estado. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, sob a rubrica de "princípios gerais do processo", enumeram os seguintes: a) imparcialidade do juiz; b) igualdade; c) contraditório; d) ampla defesa; e) da ação; f) disponibilidade e indisponibilidade; g) dispositivo e da livre investigação das provas; h) impulso oficial; i) oralidade; j) persuasão racional do juiz; l) motivação das decisões; m) publicidade; n) lealdade processual; o) economia ou instrumentalidade das formas; p) duplo grau de jurisdição (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 51-75). Ressalte-se que a terminologia para ambas as categorias não é uniforme. Há o emprego de expressões variadas, como princípios informativos, fundamentais, formativos, retores, deontológicos, epistemológicos, políticos, dentre outros. Para uma exposição ampla sobre a questão terminológica, conferir: LIMA, Alcides Mendonça de. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 82, n. 295, jul.-set., 1986, p. 422.

[386] MOREY, Jaime Suau. **Inmediación y apelación en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2010, p. 33. Também nesse sentido: RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 46-47. Ambos apresentam a imediação como exemplo de princípio não essencial.

[387] Essa concepção é esboçada por Nicolás Cabezudo Rodríguez em relação ao princípio da imediação, o qual entende como essencial apenas em determinado modelo de processo (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 45-47).

3.2.2 Critérios de distinção

O tema afeto aos princípios implica também no debate sobre as regras. Discute-se se princípios e regras são gêneros autônomos de categorias normativas diversas (diferença de gênero), ou se são espécies de uma mesma categoria normativa, no caso, da norma jurídica (diferença de espécie). Fala-se ainda que princípios e regras não são tipos conceituais definidos, mas dois modos distintos de aplicar enunciados normativos aos casos concretos.[388]

Atualmente, parece prevalecer a tendência de que regras e princípios são espécies de um mesmo gênero, ou seja, ambos são normas jurídicas.

Dentre os vários critérios estabelecidos, normalmente é apontada a diferenciação por grau, seja de importância (princípios são mandamentos nucleares ou disposições fundamentais de um sistema), seja de abstração ou generalidade (princípios possuem baixa densidade normativa).[389]

Há também a distinção qualitativa que se opõe à distinção de grau, pois princípios e regras teriam estruturas normativas diversas.[390]

Ocorre que, não raramente, estes critérios apresentam incompatibilidades entre si, o que dificulta a uniformização no tratamento da matéria.[391] De todo modo, justifica-se o estudo dos diferentes critérios para melhor compreender o tema afeto aos princípios e regras.

---

[388] SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 48, n. 192, out.-dez., 2011, p. 95-96. O autor lembra que há divergências consideráveis em cada uma dessas hipóteses (p. 96).

[389] A respeito da vagueza semântica ou generalidade, Riccardo Guastini adverte: "a indeterminação – em particular, a assim chamada 'open texture', a vagueza semântica – é uma característica de toda norma jurídica, sendo que toda norma jurídica não pode ser formulada por meio de 'termos gerais' (tecnicamente: predicados em sentido lógico, ou seja, termos que se referem a classes). É uma ilusão formalista supor que somente os princípios são indeterminados, enquanto as 'regras' (isto é, todas as normas restantes) têm um conteúdo claro e preciso que pode ser identificado por meio de interpretação. Contudo, se todas as normas são indeterminadas, os princípios têm que ser indeterminados de alguma forma especial que exige ser identificada" (GUASTINI, Riccardo. Los principios constitucionales en tanto fuente de perplejidad. *In*: BAZÁN, Víctor (coord.). **Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo**. t. 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 180). Em sentido próximo, Robert Alexy diferencia "generalidade" de "universalidade" das normas. Para o autor, usando o critério da generalidade, as normas 'todos gozam de liberdade de crença" e "todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença" caracterizariam um princípio e uma regra, respectivamente. Todavia, "A despeito de seus diferentes graus de generalidade, tanto 'todos gozam de liberdade de crença' quanto 'todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença' expressam normas universais. Isso porque ambas as normas se referem a *todos* os indivíduos de uma classe aberta.' [...]. O oposto de norma universal é a norma individual. os enunciados "o senhor L goza de liberdade de crença' e 'o preso L tem o direito de converter outros presos à sua crença' expressam igualmente normas individuais, das quais uma tem um grau de generalidade relativamente alto, e a outra um grau relativamente baixo. O conceito oposto ao de generalidade é o conceito de especialidade. A primeira das normas pode, portanto, ser considerada 'relativamente geral', e a segunda 'relativamente especial'. Toda norma é sempre universal ou individual. Já a generalidade ou seu oposto, a especialidade, é um problema de grau" (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87-88).

[390] Nesse sentido se fala em distinção "forte", em que há uma diferença de caráter lógico entre princípios e regras, e "fraca", que advoga uma distinção de grau, seja de grau de fundamentalidade, de abstração ou de generalidade. Sobre essa distinção, vide ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 13-14; ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, capítulo 3; ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**. Belo Horizonte, v. 3, jan-jun, p. 155-167, 2005.

José Joaquim Gomes Canotilho propõe os seguintes critérios para distinguir os princípios das regras:

> *a) Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo inverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida. *b) Grau de determinabilidade* na aplicação do caso: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador do juiz), enquanto que as *regras* são susceptíveis de aplicação directa. *c) Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito) *d) "Proximidade" da ideia de direito*: os *princípios* são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "ideia de direitos" (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional *e) Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.[392]

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho,[393] "a inclusão dos princípios entre as normas jurídicas, como espécie destas, já era consagrada pela doutrina clássica, não sendo, pois, novidade". É possível falar nas distinções formal e qualitativa.

Na distinção formal, parte-se de que toda norma possui uma estrutura lógica com uma hipótese e prescrição (consequência). A hipótese é a referência em que cabe ou ocorre a consequência, e a prescrição é a proibição ou autorização que redunda da ocorrência da hipótese. Nas regras, a hipótese e a prescrição são determinadas e definidas, enquanto nos princípios a hipótese é implícita (com extensão ampla) e a prescrição é genérica e indefinida.

---

[391] Essa multiplicidade de entendimentos torna a matéria complexa, pois tais teorias muitas vezes divergem entre si e geram conclusões diferentes sobre a natureza de uma mesma norma. Daí a crítica de Luís Virgílio Afonso da Silva endereçada à parte da doutrina nacional no trato dos princípios e regras, que tem empregado um indevido sincretismo metodológico quando da utilização dessas grandes e tradicionais correntes, utilizando parcialmente teorias contraditórias entre si. Nessa linha, expõe: "Essa diferença entre os conceitos de princípio tem consequências importantes na relação entre ambas as concepções. Essas consequências, no entanto, passam muitas vezes despercebidas, visto que é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita, logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções que acima chamei de mais tradicionais. Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, essas normas são regras, não princípios. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses 'mandamentos fundamentais' de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras. O que precisa ficar claro, como já salientei acima, é que não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna. Classificações ou são coerentes e metodologicamente sólidas, ou são contraditórias – quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos – e, por isso, pouco ou nada úteis" (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, jan.-jun., 2003, p. 613-614).

[392] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1124-1125, destaques originais.

[393] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios e regras em direito constitucional. Contribuição para uma polêmica doutrinária. *In*: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barroza Baeta (coord.). **Direito constitucional contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 293.

Em suma, trata-se de uma diferença de grau, pois a hipótese e a prescrição são mais restritas no caso das regras e mais largas nos princípios. Já a distinção qualitativa vê uma diferença de qualidade. Os princípios seriam suscetíveis de composição com outros princípios, enquanto as regras obedeceriam ao tudo ou nada.

Por seu turno, Riccardo Guastini[394] apresenta quatro concepções de princípios, que, por sua vez, comportam subdivisões internas.

Para a primeira, regras seriam normas fechadas, com enumeração exaustiva dos fatos que produzem as consequências jurídicas preconizadas pelas normas, enquanto os princípios seriam normas abertas, quando não há tal enumeração completa e integral.

Na segunda, regras seriam normas não derrotáveis, pois não admitem exceções, ou melhor, não admitem outras exceções que não aquelas expressamente estabelecidas pela própria norma ou por outras normas. Já os princípios seriam derrotáveis pelo fato de admitirem exceções implícitas, não estabelecidas expressamente pela norma em questão ou por qualquer outra presente no ordenamento.

Numa terceira distinção, as regras seriam normas precisas, pois pode ser diretamente aplicada pelos órgãos estatais (juízes e administração pública) por meio de um raciocínio dedutivo (como no exemplo: homicidas devem ser sancionados; A é um homicida; A deve ser sancionado). Já os princípios, como normas genéricas, exigem outras normas que as concretizem, e ainda, podem ser concretizadas de maneiras distintas e alternativas (exemplo: o chefe de Estado será eleito; tal norma depende de outras para poder ser aplicada, como a forma do procedimento eleitoral, se a eleição será direta ou indireta, etc.). Os princípios pertenceriam à classe de normas genéricas, as chamadas teleológicas (que não prescrevem uma linha de conduta precisa, mas expressam um valor ou um fim a ser perseguido, como, por exemplo, as normas programáticas). Também são teleológicas as normas que podem ser concretizadas de maneiras distintas, valendo-se de todo e qualquer meio idôneo para alcançar o fim prescrito ou realizar o valor proclamado.

Em quarto e último lugar, princípios seriam normas fundamentais, pois serviriam de fundamento e/ou justificação axiológica para outras normas. Também seriam fundamentais no sentido de não terem e não requererem nenhum fundamento ou justificativa axiológica, pois são percebidos como autoevidentes, óbvios ou intrinsecamente justos. Em suma, os princípios se revestiriam de especial importância e seriam essenciais para formar a identidade axiológica do sistema jurídico.

---

[394] GUASTINI, Riccardo. Los principios constitucionales en tanto fuente de perplejidad. *In*: BAZÁN, Víctor (coord.). **Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo**. t. 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 180-182.

Apesar das classificações, Ricardo Guastini reconhece que as normas tidas como princípios em virtude de seu caráter fundamental nem sempre são abertas, genéricas ou necessariamente derrotáveis. Por isto, entende mais adequado combinar as quatro teses em um conceito unitário, definindo princípio como uma norma que apresenta as seguintes características: a) é uma norma fundamental e b) tem conteúdo indeterminado de uma das seguintes formas: b1) tem conteúdo aberto ou; b2) é derrotável ou; b3) é genérica.

Trabalhando sob a perspectiva do *common law*, Ronald Dworkin elaborou sua concepção de princípios e regras a partir das dificuldades enfrentadas nos chamados *hard cases*.

Nestes casos, utilizam-se normas (*standards*) que não funcionam como regras (*rules*), mas operam como princípios (*principles*) ou diretrizes (*policies*). Assim, o direito incluiria tanto princípios como regras.

Ronald Dworkin conceitua princípio como uma norma a ser observada porque é uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, enquanto a diretriz estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, podendo ostentar um caráter negativo, de proteção contra mudanças adversas.[395]

As regras são aplicáveis ao modo do tudo-ou-nada (*all-or-nothing-fashion*). Dados os fatos estipulados por uma regra, então a regra é válida e deve ser aplicada. Neste caso a resposta fornecida por ela deve ser aceita, ou seja, devem ser aceitos seus efeitos jurídicos. A regra pode ter exceções, sendo teoricamente possível enumerar todas as exceções. E quanto mais exceções forem arroladas, mais completo será o enunciado da regra.[396]

Por seu turno, os princípios funcionam de modo diferente e enunciam uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas necessita de uma decisão particular. Não fornecem argumentos prontos e acabados, mas motivos que apontam a favor de um determinado sentido. Pode haver outros princípios (ou diretrizes) que apontem na direção oposta, gerando a necessidade de uma comparação, prevalecendo o princípio que pelas circunstâncias concretas tenha primazia.[397]

Um determinado princípio pode não prevalecer em dado caso concreto, mas isso não significa que tenha sido excluído do ordenamento jurídico ou reputado inválido, pois se

---

[395] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36-37.
[396] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39-40.
[397] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 41.

aquelas determinadas condições estiverem ausentes ou possuírem menor força em outra hipótese, ele então poderá prevalecer.[398] Ao contrário das regras, em que teoricamente é possível elencar todas as exceções, nos princípios isso não é viável, porque mesmo em teoria são insuscetíveis de enumeração diante da vastidão de confrontos possíveis.[399]

Nessa linha, percebe-se que os princípios possuem a dimensão do peso ou importância. Quando se entrecruzam, deve-se considerar a força relativa de cada um. Já as regras não têm essa dimensão, pois quando duas regras conflitam a decisão de saber qual delas prevalecerá é obtida a partir de critérios que estão além das próprias regras e que devem estar previstos pelo sistema jurídico (hierarquia, cronologia ou especificidade).[400]

Em orientação similar, Robert Alexy estabelece uma distinção qualitativa (e não gradativa) entre regras e princípios, pressupondo ambas como espécies de normas.[401] Não utiliza a fundamentalidade ou generalidade para diferenciá-las, mas a estrutura normativa, considerando as qualidades exclusivas de cada uma dessas espécies.[402]

O traço essencial na distinção entre regras e princípios é a estrutura de direitos garantida por essas normas. As regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos e os princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*.[403]

As regras são normas que só podem ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, pois são comandos definitivos. Exceções devem ser tomadas como se fossem parte da regra excepcionada.[404] Assim, a regra é aplicada mediante subsunção e determina a consequência normativa diretamente.

Nos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Em geral, a realização é parcial, pois há uma diferença entre o que é garantido (ou

---

398 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 41.
399 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 41.
400 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 43. Segundo o autor, a preferência também pode surgir pelo fato de a regra ser sustentada por um princípio mais importante (p. 43).
401 São normas porque ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87).
402 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108-109. Luís Virgílio Afonso da Silva menciona que para Robert Alexy, o conceito de princípio é axiologicamente neutro e não expressa opção por qualquer disposição fundamental (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, jan.-jun., 2003, p. 614).
403 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.
404 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.[405] Os princípios não determinam as consequências normativas diretamente, mas indicam os fundamentos a serem utilizados para solucionar o caso.

O elemento central é que os princípios caracterizam mandamentos de otimização (ou comandos de otimização),[406] ou seja, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.[407] Logo, ao contrário das regras, os princípios podem ser realizados em diversos graus.

A realização máxima poderá ocorrer em condições fáticas e jurídicas ideais. Embora teoricamente possível, trata-se de situação improvável já que a realização total de um princípio normalmente é limitada pelo âmbito de proteção de outro princípio.[408]

Em caso de conflito entre regras – duas delas prevendo consequências diferentes para o mesmo fato – a solução é encontrada mediante a introdução de uma cláusula de exceção (outra regra que a excepciona) ou declaração de invalidade de uma delas (dimensão da validade) mediante os critérios cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) ou da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*).[409]

Já a colisão entre princípios é tratada de forma diversa. As condições fáticas e jurídicas do caso concreto determinarão a relação de precedência, ou seja, qual deles prevalecerá dadas aquelas circunstâncias.[410]

A colisão deve ser resolvida por meio de um sopesamento, cujo objetivo é definir qual dos interesses, abstratamente no mesmo nível, tem o maior peso no caso concreto

---

[405] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

[406] Convém lembrar que Robert Alexy fez reparos em sua teoria. Respondendo à crítica de que, ao impor a obrigação de que algo seja realizado no mais alto grau fática e juridicamente possível, os comandos de otimização teriam caráter definitivo e, portanto, estrutura de regras (pois se otimiza ou não se otimiza), Robert Alexy afirmou: "Deve-se fazer uma distinção entre *comandos para serem otimizados* e *comandos para otimizar*. Comandos para serem otimizados aos objetos da ponderação ou sopesamento. Eles podem ser denominados o 'dever-ser ideal' ou 'ideais'[...] Um 'dever-ser' ideal é algo que deve ser otimizado, e desse modo transformado num 'dever-ser' real [...] Como objeto de otimização, ele é colocado no nível objetivo. Contrariamente, os comandos para otimizar, isto é, os comandos de otimização, são colocados num meta-nível. Neste nível, eles determinam o que deve ser feito com aquilo que se encontra no nível objetivo. Eles impõem a obrigação de que seus conteúdos, os comandos para serem otimizados, sejam realizados na maior extensão possível. Como comandos de otimização eles não devem ser otimizados, mas preenchidos pela otimização" (ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**. Belo Horizonte, v. 3, jan.-jun., 2005, p. 163).

[407] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

[408] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**.Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45.

[409] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92-93.

[410] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

(dimensão do peso).[411] Mesmo depois desse procedimento, ambos os princípios continuarão válidos, o que indica que continuam a integrar a ordem jurídica.

O que ocorrerá é a prevalência de um princípio sobre o outro, mas apenas naquelas específicas circunstâncias, estabelecendo uma relação de precedência condicionada segundo a lei de colisão,[412] que expressa o fato de que as relações de prioridade entre os princípios não são absolutas, mas condicionais ou relativas.

O sopesamento tem como resultado a formulação de uma norma com estrutura de uma regra, que valerá universalmente sempre que aquelas determinadas condições estiverem presentes. Por outro lado, alteradas as condições, ainda que se tratem dos mesmos princípios, a solução poderá ser diversa, com o princípio outrora cedente vindo agora a prevalecer.[413] [414]

---

[411] ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94-95. O autor menciona ainda a lei do sopesamento, delineada nos seguintes moldes: "Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167).

[412] (*P1* **P** *P2*) C. Ou seja, o princípio 1 (*P1*) precede/prefere (**P)** o princípio 2 (*P2*) em determinadas condições (C) (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97).

[413] Fala-se também em colisão entre regras e princípios. Nesse caso, a solução seria o sopesamento, mas não entre o princípio e a regra, e sim entre o princípio em colisão e o princípio que sustenta a regra. Essa via é problemática porque relativiza as regras e gera insegurança jurídica. Ademais, não se trata de um sopesamento exatamente nos moldes da colisão entre princípios. A esse respeito, confira-se: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

[414] Apesar da aparente semelhança entre as ideias de Robert Alexy (*civil law*) e Ronald Dworkin (*common law*), Rafael Tomaz de Oliveira adverte "que há uma diferença considerável entre os significados adquiridos pelo conceito de princípio na tradição românico-germânica (continental) e na tradição da *common law* (anglo-saxônica). Isso se deve, entre outros motivos, ao fato de que o direito inglês não se constitui a partir do modelo matemático (axiomático-dedutivo) e abstrato próprio do jusnaturalismo racionalista moderno. O predomínio da *filosofia empirista* no ambiente da *common law* possibilitou a formação de um conceito de princípio muito mais ligado à problemática do caso concreto debatido em juízo, do que propriamente uma preocupação lógico-sistemática presente no direito do continente. Desse modo, é possível dizer que, na tradição anglo-saxônica, se preservou um significado muito próximo àquele que nós, continentais, só passamos a conhecer a partir da revoada judicialista dos Tribunais Constitucionais do segundo pós-guerra. Isso, de certa forma explica porque Ronald Dworkin se refira a estes princípios [...] como *princípios gerais do direito*. Todavia, e essa ressalva é extremamente importante, o significado articulado por Ronald Dworkin difere substancialmente daquilo que, na tradição continental, conhecemos por *princípios gerais do direito*." E prossegue: "É evidente que, também na *common law*, foram percebidas influências jusnaturalistas – principalmente no caso do constitucionalismo estado-unidense – e de cunho metodológico-conceitual. A despeito disso, não é possível determinar a formação de um sistema axiomático-dedutivo como se produziu no continente a partir do movimento codificador. Na cultura jurídica continental pode-se perceber um ciclo metodológico que vai do descobrimento de problemas, para formação de princípios e sua articulação dedutivo-sistemática posterior, enquanto na tradição da *common law* se dá ênfase ao caráter problemático do direito em questão. Portanto, entre os continentais, há um esforço para que se retire o conceito de princípio, de maneira indutiva, da própria lei, para depois transformá-lo em axioma capaz de resolver o problema aplicativo apresentado" (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p.31; 33, destaques originais). Outras diferenças também podem ser apresentadas a partir de Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira: a) Alexy trabalha os princípios em nível semântico e com caráter deôntico, enquanto Ronald Dworkin os entende em nível pragmático, não havendo conceito prévio e abstrato de princípio; b) a referência ao tudo ou nada não se equipara à subsunção. Para Ronald Dworkin, essa característica da regra tem relação com a justificação argumentativa de uma regra do que propriamente com a forma de aplicação; c) dimensão de peso ou importância de Ronald Dworkin não equivale à ponderação de Robert Alexy; d) para Robert Alexy, os princípios possibilitam uma abertura do sistema jurídico, admitindo margem de discricionariedade para os casos difíceis. Já para Ronald Dworkin a questão dos princípios envolve a integridade e a coerência do sistema jurídico, conduzindo ao que chama de resposta correta (ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 362-363).

3.2.3 Oralidade como princípio

Uma vez prevista normativamente em dado sistema processual, é de se indagar qual a situação da oralidade como espécie normativa. A resposta dependerá do critério de distinção adotado entre regra e princípio.

Segundo Paulo Bonavides[415], na longa caminhada dos princípios notam-se as seguintes situações: a) a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo positivo do direito, mas com baixa densidade normativa; b) transição da ordem do direito privado (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita do direito público (seu ingresso nas Constituições); c) suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; d) deslocamento dos princípios da esfera da filosofia para a ciência do direito; e) proclamação de sua normatividade; f) perda do caráter meramente programático; g) reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra (sobretudo) das Constituições; h) distinção entre regras e princípios, como espécies do gênero norma; i) proeminência dos princípios.

Nesse trajeto evolutivo é possível extrair três dimensões históricas aos princípios, não lineares cronologicamente, mas que contam com momentos de intersecção e influência recíproca: princípios constitucionais/pragmáticos (fim imediato de resolução de conflitos concretos e origem da normatividade dos princípios), princípios gerais do direito (função hermenêutica complementar e subsidiária) e princípios sistematizadores (preocupação dogmática e sistêmica).

A partir desse contexto deve ser buscada a identidade principiológica da oralidade. O mero estabelecimento pela lei de atos orais aleatórios no procedimento, de modo descoordenado ou sem uma finalidade própria, não caracteriza a oralidade em sentido estrito (nem em sentido amplo), mas significa apenas um modo de exteriorização dos atos processuais.

Todavia, quando disposta de modo organizado e tornada obrigatória a forma oral para determinados atos do processo, incidindo sobre o campo da produção de provas e as alegações das partes, restringindo o material a ser considerado pelo juiz na decisão e erigindo-se como modo de comunicação utilizado para convencer o juiz (prova oriunda de fontes pessoais, interrogatório, debates e sentença), é possível afirmar que essa oralidade (em sentido estrito) se trata de um aspecto organizador do procedimento (princípio sistematizador).

Da mesma forma, a oralidade em sentido amplo também pode ser considerada princípio de igual natureza.

---

[415] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 265.

Na medida em que se compõe pela oralidade em sentido estrito e outros elementos (concentração, identidade física e imediação), que igualmente têm como propósito estruturar um modelo próprio de processo a partir do potencial da palavra falada – e que são considerados em si mesmos como princípios –, a oralidade em sentido *lato* não poderia ter outra natureza senão a de um princípio sistematizador. Isto porque da reunião coordenada de quatro princípios somente poderia resultar outro princípio, agora de maior amplitude (oralidade em sentido amplo).

Portanto, a oralidade em sentido estrito tem o condão de formatar uma parte importante e essencial do procedimento, mas é insuficiente para a formação integral do processo oral, o qual depende de outros princípios (imediação, concentração e identidade física).

Parte da doutrina, especialmente no processo civil, tende a considerar apenas a oralidade em sentido amplo como princípio processual.[416] Entretanto, o sentido da oralidade como forma organizada de praticar atos processuais (oralidade em sentido estrito), apesar de mais restrito que a oralidade como modelo de processo (oralidade em sentido amplo), também tem natureza de princípio processual.[417]

A mera prática aleatória e isolada de atos orais não tem o condão de configurar o princípio da oralidade. Contudo, uma vez organizada procedimentalmente e imposta a forma oral para determinados atos como modo de comunicação e meio para o convencimento judicial, essa coordenação e a existência de uma finalidade própria tem aptidão para caracterizar um princípio sistematizador.

Portanto, a partir das acepções apresentadas de oralidade, conclui-se pelo viés estruturante e pela preocupação sistêmica em seus dois sentidos (*lato* e *stricto*) com aptidão a alçá-los à categoria de princípios sistematizadores relacionados ao procedimento e a forma dos atos processuais, assim como aspectos da atividade probatória.

---

[416] Nesse sentido, Petronio Calmon sustenta que o uso e a predominância da palavra falada no processo é apenas uma das características do modelo oral, esse sim caracterizador de um princípio processual. Para o autor, a oralidade é um princípio que caracteriza um modelo de processo; se o modelo é adotado, a oralidade o caracteriza. E somente seguirá o modelo oral aquele em que estiverem presentes os seguintes elementos: a) política pública de resolução de conflitos com ênfase na composição; b) concentração dos atos processuais; c) contraditório como diálogo cooperativo entre os sujeitos do processo; d) imediação (contato direto do juiz com as partes e as provas); e) participação efetiva do juiz na colheita da prova na busca da verdade; f) informalidade; g) plena condução do processo pelo juiz de primeiro grau (impossibilidade prática de recursos contra decisões processuais). Em caso negativo, não se fala em oralidade como princípio, mas apenas no uso da fala e da escuta para a promoção de alguns atos processuais (CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, dez., 2009, p. 49-50; 53).

[417] Ainda que não se estabeleçam diferenças entre os sentidos estrito e amplo da oralidade, vários autores reconhecem a oralidade – aqui referida em sentido estrito – como um princípio processual (ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p.115; GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 139; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 148-151).

O caráter organizador presente nos dois sentidos por certo não se coaduna com a natureza pragmática dos princípios constitucionais, pois não se destina a resolver casos concretos. Da mesma forma, não se trata de um princípio geral do direito, já que não se confunde com um postulado racional implícito e latente na legislação processual dirigido a colmatar eventuais lacunas legais ou exclusivamente a orientar a interpretação de normas.

Como argumento de reforço, válido para ambos os sentidos, pode-se dizer que o ressurgimento da oralidade no final do século XVIII com forte conteúdo político, além de seu posterior direcionamento científico no século XIX, também sinaliza nesse sentido, já que uma das características dos princípios sistematizadores é o fato de refletirem preocupações técnicas e ideológicas em um dado sistema jurídico.[418]

Parece claro, por outro lado, que a oralidade em quaisquer de suas vertentes não constitui um elemento essencial à existência conceitual do processo em si mesmo. É concebível que um processo se manifeste sem a incidência da oralidade, muito embora possa se discutir sua eficiência e o enfraquecimento de certas garantias processuais.

Contudo, o fato de a oralidade não constituir um princípio essencial/nuclear do processo em si não é ilógico – nem representa um óbice – para a manutenção de sua natureza jurídica de princípio. Isto porque, conforme mencionado, é admissível a existência de princípios próprios a um determinado modelo de processo, mas que podem estar ausentes em outra configuração processual, sem que isso descaracterize tal natureza.

O fato é que a oralidade ostentará caráter de fundamentalidade para esse determinado modelo de processo, caracterizando norma compatível como princípio pelo critério de grau e importância, ou seja, como mandamento nuclear daquele sistema em particular.

Nesses casos, a instituição ou não da oralidade como princípio dependerá da discricionariedade legislativa ou constitucional e o seu reconhecimento refletirá uma determinada escolha política, que pode ou não ser adotada. Caso não o seja, ainda assim haverá processo (conceitualmente), mas um modelo diferente.[419]

---

[418] Conforme Mauro Cappelletti, as grandes reformas do século XIX e na primeira metade do século XX tiveram a oralidade como ideal: "La crítica, preanunciada por la ideología que constituyó la base de la Revolución Francesa, y traducida, en efecto, en uma primera serie de reformas prácticas de la legislación revolucionaria, fue llevada adelante, en el curso del siglo XIX y en la primera mitad el siglo XX, por aquel gran movimiento de análisis histórico-comparativo, de protesta y de reforma, que em el continente europeo se ha presentado precisamente bajo el nombre-símbolo de 'oralidad' en el processo" (CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 45).

[419] Essa concepção não é estranha ao direito processual brasileiro: "Alguns desses princípios básicos são comuns a todos os sistemas processuais; outros vigem somente em determinados ordenamentos. Assim, cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e em outros que lhe são próprios e específicos" (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed.

E a oralidade (ampla e estrita) se encaixa justamente nessa posição, ou seja, são princípios fundamentais de um modelo próprio de processo (oral).[420]

Comparando ambos os sentidos (estrito e amplo) como princípios, deve ser dito que a oralidade estrita é um princípio que participa da modelação do sistema oral junto a outros princípios. Ou seja, é um dos princípios que compõem um sistema processual próprio (modelo oral), que depende também de outros princípios para se configurar integralmente. Nesse sentido, a oralidade em sentido estrito é um princípio integrador-complementar, ou seja, uma parte do todo.

Já a oralidade ampla, materializada na reunião de quatro princípios, é um princípio mais abrangente e assim dá forma ao modelo de processo oral em sua integralidade. Em suma, confunde-se e personifica o próprio processo oral, representando o todo.

Admitida a natureza de princípio da oralidade em sentido estrito, deve ser igualmente reconhecida natureza semelhante para a imediação, a concentração e a identidade física, ou seja, são princípios que, uma vez combinados, integram e sistematizam o modelo oral de processo.

Na verdade, tomando-se por base o processo oral, a oralidade em sentido estrito, a imediação, a concentração e a identidade física são subprincípios de um microssistema processual informado por um princípio de maior amplitude: a oralidade em sentido amplo, esse sim autônomo.[421]

São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50). Quanto à oralidade em sua acepção de garantia não quer se falar em disponibilidade do legislador por se tratar de posição axiológica reconhecida internacionalmente em diversos tratados.

[420] Abordando a natureza jurídica da imediação, mas em lição aproveitável para a oralidade, Nicolás Cabezudo Rodríguez concluiu que embora a imediação seja um princípio, não é, por assim dizer, um princípio constitutivo do processo (princípio processual *stricto sensu*), isto é, norma indisponível ao legislador na regulamentação do instituto do processo, sem o qual não há constituição ou existência do processo em si. A negação dessa natureza essencial da imediação traz consigo a liberdade do legislador em reconhecê-lo ou não, fixando seu alcance caso o faça e as consequências de seu descumprimento. Por isso, é perfeitamente admissível que o legislador limite sua vigência ou opte por um modelo oposto onde as atividades de alegações e de produção de provas cheguem ao juiz indiretamente, por intermédio de outro órgão, ou seja, sem imediação. Ressalve-se, contudo, que mesmo atribuindo expressamente a natureza de princípio à imediação nos termos acima, o autor afirma que se adotada uma "pureza conceitual", os princípios não constitutivos do processo não seriam "verdadeiros princípios" (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 46-47; 206).

[421] Mauro Fonseca de Andrade entende que a oralidade (aqui referida como oralidade em sentido estrito) pressupõe a presença do julgador durante a fase de produção de provas e obriga o juiz que atuar nessa etapa seja o mesmo a julgar o processo. Nessa visão, celeridade, imediação, identidade física e concentração seriam apenas consequências dessa oralidade e não princípios processuais autônomos, caracterizando subprincípios (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 151). Discordamos em parte, pois imediação, identidade física e concentração não decorrem obrigatoriamente da oralidade em sentido estrito e não são suas consequências necessárias. Na verdade, todos esses, incluindo a oralidade em sentido estrito, são subprincípios da oralidade em sentido amplo e juntos formam o modelo oral de processo. Por outro lado, a oralidade em sentido estrito, a imediação, a identidade física e a concentração encerram conceitos diversos entre si e, com exceção da identidade física, podem ser aplicados isoladamente, mas nesse caso a eficácia de cada um será sensivelmente reduzida e não se obterá o desejado efeito de modelamento do processo a partir da palavra falada e seus inerentes benefícios. Sustentando posição teoricamente diversa, mas que se assemelha bastante ao quanto defendido por Mauro Fonseca de Andrade, para Alberto Binder a oralidade não é princípio, mas um instrumento para um julgamento republicano. Sua importância advém do fato de que é a única maneira eficaz de dar positividade e eficácia à imediação, identidade física e publicidade, estes sim princípios políticos do processo penal. Para o autor argentino, o emprego da oralidade como meio de comunicação entre as partes e o juiz e dos instrumentos

3.2.4 Oralidade como regra

Por outro lado, para evitar eventual sincretismo metodológico,[422] necessário observar que se adotada a distinção qualitativa das normas jurídicas, ou seja, a partir de sua estrutura, a oralidade e seus elementos se enquadram na categoria de regra, e não princípio.

Nesse viés, a oralidade, compreendida como a prática de atos orais de forma estruturada e vinculante para a realização da prova pessoal, interrogatório, debates e sentença, assume a forma de regra, pois impõe comandos definitivos e podem ser aplicados mediante subsunção, bastando que a legislação preveja o mais especificamente possível os atos obrigatoriamente orais.

O mesmo ocorre com a imediação (contato direto do julgador com as fontes de prova pessoais e as partes durante a atividade alegatória), como também com a concentração (estipulação de audiência única para produzir provas, debates e julgamento) e a identidade física (determinação de que o juiz que colheu a prova seja o mesmo a proferir a sentença).

Em todos esses casos, os comandos legais são aplicados por subsunção e a realização da norma será sempre total, podendo a lei estabelecer eventuais exceções, o que ocorrerá através de outras regras.

Nessa linha, a oralidade em sentido amplo é descontextualizada como norma jurídica, pois se limita a estabelecer um conjunto de regras. Logo, somente a oralidade em sentido estrito pode ser considerada norma jurídica, no caso, regra, assim como a imediação, a concentração e a identidade física.

---

de prova demanda que as pessoas estejam presentes (imediação), permite o controle por outras pessoas (publicidade) e que as provas sejam produzidas numa mesma oportunidade (concentração), além de ser condição básica para que a verdade seja alcançada de maneira mais segura, eficaz e controlada (BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 64-66). No mesmo sentido, negando à oralidade a natureza de princípio e afirmando-a como instrumento facilitador de outros princípios: BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 79; 81; ALVAREZ, Daniel González. **La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal**. Disponível em: http://metajus.com.br/textos-estrangeiro/texto-estrangeiro7.html. Acesso em: 16 dez. 2016, p. 644-652. Discordamos dessa posição. Em primeiro lugar, Binder não explica os critérios usados para concluir que a imediação, concentração e identidade física são princípios, mas a oralidade não, até porque a oralidade em sentido estrito também tem caráter político. Em segundo, eventual caráter instrumental por si só não prejudica a natureza de princípio da oralidade em sentido estrito. O que se percebe destas lições é que os (sub)princípios possuem conceitos definidos (e diferentes) e não se confundem entre si. Todavia, sob o prisma do funcionamento e da potencialização da palavra falada como meio de comunicação no processo, somente possuem eficácia quando coordenados entre si e em atuação conjunta, o que reflete a natureza de complementariedade destes princípios quando o modelo processual vislumbrado é o processo oral, razão pela qual se diz que nesse caso são subprincípios de um princípio mais abrangente (oralidade em sentido amplo).

[422] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, jan.-jun., 2003, p. 613-614.

3.2.5 Oralidade como critério (artigo 2° da Lei 9.099/95)

Pelo exposto, a menção da oralidade como "critério", conforme referido no artigo 2° da Lei 9.099/95, deve ser entendida como princípio, e não como algo diferente ou de menor importância jurídica. É verdade que alguns autores distinguem "critérios" de "princípios" no âmbito da Lei 9.099/95.

Para J. E. Carreira Alvim, princípio é mais do que um critério, pois constitui a base lógico-juridico-constitucional do sistema processual, enquanto critério caracteriza um *modus faciendi* do processo, relacionando-se mais com a forma do que com a essência. Assim, informalidade, simplicidade e celeridade, por formarem um particular modo de ser do processo dos juizados especiais, seriam critérios, enquanto a oralidade e a economia processual seriam princípios.[423]

Pelos fundamentos apresentados, essa distinção se foca mais na previsão constitucional (ou não) da oralidade. Embora não prevista constitucionalmente e mesmo sem incidir em todos os modelos de processo, a oralidade assume a natureza jurídica de princípio sistematizador, o que é válido tanto para o sentido estrito como o sentido amplo.[424] No mais, o fato de formar um particular modo de ser do processo já seria suficiente para configurá-la como princípio.

Por sua vez, Felipe Waquil Ferraro ressalta que a oralidade é um critério e também um princípio, pois pode ser encarada como a forma de realizar determinado ato processual (oral ou escrito) e, nesse caso, seria um critério. Como princípio, apresenta-se como a matriz informadora de outras regras e princípios, especialmente a identidade física, a imediação e a concentração dos atos, dentre outros.[425]

Essa definição resvala na diferença entre oralidade como forma dos atos do processo e oralidade como modelo processual. Ambos os casos podem ser tidos como princípios se adotada a vertente sistematizadora.

Já Alexandre Freitas Câmara refere que todos os "critérios" instituídos no artigo 2° da Lei 9.099/95 são princípios, muito embora alguns deles (informalidade, economia processual e simplicidade) atuem apenas como vetores hermenêuticos, função que considera por si só "relevantíssima" e que permite ao intérprete compreender a razão de diversos dispositivos da Lei 9.099/95, como a citação por oficial de justiça independentemente da

---

[423] CARREIRA ALVIM, J. E. **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 47-48.
[424] Mesmo nessa diferenciação, a oralidade seria um princípio, pois prevista constitucionalmente para os Juizados Especiais no artigo 98, I, da CF/88.
[425] FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal**. Uma distinção entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 31.

expedição de mandado. A oralidade, além da função hermenêutica, estabelece a técnica a ser observada no processo que tramita perante o Juizado Especial, ou seja, atua a partir dos elementos do processo oral: prevalência da palavra falada, imediação, identidade física, concentração e irrecorribilidade das interlocutórias.[426]

Com efeito, além de constituir balizamento para interpretação do procedimento sumaríssimo, a oralidade espelha o modo como o processo deve se desenvolver no âmbito dos Juizados Especiais, dando forma a um microcosmo processual específico.

Na medida em que empregada como paradigma para configurar e organizar esse sistema processual, não se justifica, independentemente do ângulo observado, a diferenciação entre "critério" e "princípio" para os fins do artigo 2° da Lei 9.099/95, ao menos no que toca à oralidade.[427]

Na verdade, mesmo os demais "critérios" elencados no artigo 2° repercutem uma clara opção política por uma justiça mais desburocratizada e próxima do jurisdicionado, com impacto direto na estrutura procedimental, o que os deixa muito próximos do conceito de princípios.

3.2.6 Oralidade como técnica (ou regra técnica)

Não é incomum o emprego da expressão "técnica" ou "regra técnica", ao invés de princípio, para se referir à oralidade. Por vezes, a doutrina parece não diferenciar estas expressões, pretendendo significar que a oralidade tem a função de moldar o procedimento, o que não se diferencia do conceito de princípio.[428]

---

[426] CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da oralidade e o sistema recursal nos Juizados Especiais. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, n. 72, ano 18, out. 2010. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70489. Acesso em: 24 mar. 2011.

[427] Lembre-se que além de constituir um princípio infraconstitucional, a oralidade tem ainda envergadura constitucional, o mesmo se aplicando à celeridade (artigo 98, I, e artigo 5°, LXXVIII, ambos da CF/88, respectivamente).

[428] Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara: o "princípio da oralidade [...] estabelece a técnica a ser observada no processo", operando a partir dos postulados que a compõem, no caso, a prevalência da palavra falada, imediação, identidade física, concentração e irrecorribilidade das interlocutórias (CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da oralidade e o sistema recursal nos Juizados Especiais. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, n. 72, ano 18, out. 2010. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70489. Acesso em: 24 mar. 2011). No contexto explicitado, a técnica é extraída do princípio. Em outros casos, a doutrina também não diferencia expressamente técnica e princípio, empregando a oralidade como ponto estruturante do procedimento. Para Ada Pellegrini Grinover, "a forma oral é a técnica que melhor se coaduna com a otimização da prestação da função jurisdicional, sobretudo com vistas aos corolários que só o processo oral pode garantir (imediação, concentração e identidade física do juiz)" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do código de processo penal modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 1, v. 1, 1993. p. 43. Também empregando o termo "técnica" e não "princípio", A. Gonçalves de Oliveira: "É sem dúvida uma técnica que reserva importante papel ao juiz" (OLIVEIRA, A. Gonçalves de. Oralidade e tradição. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 223-224, abr.-jun. 1938, p. 223); e ainda, Elias Farah: "O princípio da oralidade é também chamado de 'viga mestra da técnica processual'" (FARAH, Elias. A oratória forense: reflexões sobre alguns aspectos práticos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 11, n. 22, p. 50-71, jul.-dez., 2008, p. 56).

Em outros casos, contudo, procura-se efetivamente distinguir a oralidade como "técnica" ou "regra técnica" da oralidade como princípio.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a técnica processual inclui um grande número de regras de grande importância responsáveis pela regularidade do processo e pelo correto encaminhamento de sua definição. Entretanto, não se qualificariam como princípios, pois não são pilares do sistema processual. Ademais, não refletiriam opções políticas e não teriam o caráter de generalidade, típico dos princípios de origem político-constitucional, ligando-se apenas a algum setor e não ao direito processual como um todo. Essas regras podem se aproximar dos princípios, mas sempre indiretamente e apenas pelo aspecto técnico, dentre as quais se encontraria a oralidade.[429]

Na mesma toada, Alexandre Miura Iura explica que o deslocamento do plano principiológico ocorre porque a oralidade não é um valor em si mesmo, e não pode ser abordada sem considerar as questões de tempo e espaço em que está situada. É da conjugação de elementos escritos e orais que poderão ser obtidos resultados eficientes sob o prisma processual e que, por essa razão, devem considerar as particularidades da época (limitações de tempo, recursos materiais de cada localidade etc.). No mais, a oralidade não é uma garantia fundamental dos litigantes no processo civil, já que pode ser validamente afastada pelo legislador ou pelo juiz em determinados procedimentos.[430]

João Eberhardt Francisco percebe a oralidade como uma cláusula geral que dirige a utilização da técnica para o emprego mais adequado à resolução da controvérsia se estiverem presentes as características que exijam sua adoção. A forma de realização dos atos processuais, assim, depende de sua utilidade como instrumento para a justa composição do conflito. Verificado que o processo escrito melhor atende aos escopos do processo, é possível afastar a oralidade.[431]

---

[429] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 200-202. Em trabalho em coautoria, o autor atribui à oralidade o caráter de "princípio geral do processo" (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 50; 67). Também entendendo se tratar de "técnica" e não princípio no processo civil: LANES, Júlio Cesar Goulart. **Audiências**. Conciliação, saneamento, prova e julgamento. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 52-53; IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 64-66. Para Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, originariamente a oralidade caracterizaria uma técnica, assim como também seriam técnicas a imediação e a identidade física. Todavia, com a ruptura da estrutura fechada do processo comum medieval, a oralidade "passou a ser vista como um programa de reforma e assim como verdadeira questão de princípio, no sentido de banir o processo predominantemente escrito com todos os seus preconceitos e prejuízos, e não como simples técnica" (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147).

[430] IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 65; 69.

[431] FRANCISCO, João Eberhardt. A oralidade e a relação entre juiz, advogados e as partes no contexto da informatização do processo. *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 420.

Essa visão da oralidade como "técnica" ou "regra técnica", normalmente veiculada ao processo civil, ampara-se seja no afastamento do caráter político e de fundamentalidade, seja para preconizar a sua disponibilidade – ou no mínimo uma maior flexibilidade – na forma como os atos processuais podem ser praticados visando exclusivamente critérios de eficiência.

Apesar destas ponderações, em primeiro lugar, a distinção não se presta a identificar a oralidade como espécie normativa, até porque a preocupação não é diferenciar "regra" de "princípio" como espécies normativas, mas "técnica" de "princípio". Por segundo, ainda que se considere a definição de "princípio" e "técnica", os critérios aplicados não servem para a oralidade, ao menos no processo penal.

Muito embora atualmente não se apresente tão visível como em outros momentos históricos, a oralidade continua a ostentar uma inerente carga política, pois aproxima o sistema judiciário dos jurisdicionados, humanizando e legitimando a resposta penal estatal.

Não se ignora que, ao lado do viés político, a oralidade, ou mais especificamente a imediação, apresenta um aspecto particular, como técnica que atua para formar as provas pessoais. É um fator determinante, ainda que não o único, para formar o *status* de prova dos elementos de convicção.[432] Isso, contudo, não é suficiente para desnaturar a natureza principiológica da oralidade se adotado o critério de distinção pela fundamentalidade.[433]

Com efeito, ao formatar uma base procedimental com elementos próprios visando potencializar os ganhos da fala como meio de comunicação processual e do contato direto entre os sujeitos do processo, funcionando adicionalmente como condição para formar o material probatório que poderá ser objeto de consideração na sentença, é certo que estas circunstâncias visam estruturar o sistema processual, coadunando-se com a natureza de princípio (sistematizador).

---

[432] Apesar do nome ("técnica"), essa concepção da imediação a torna obrigatória para as provas pessoais, afastando-se da noção de flexibilização por motivo de eficiência. Sobre a imediação como técnica para formação de provas, vide capítulo 4, *infra*.

[433] Sem adotar posição expressa, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais reconhece que a oralidade pode ser compreendida como princípio ou como técnica. Como princípio representa uma opção política para a melhoria do sistema de justiça e tem como consequência sua inclusão como princípio "base" do processo; como técnica "permite operacionalizar o sistema acusatório adversarial, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade e a fundamentação da decisão," considerando que em ambos os casos têm repercussão nas garantias processuais (BARROS, Flaviane M. Editorial dossiê "oralidade e garantias processuais penais": de qual oralidade podemos falar? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 809-823, set.-dez. 2017, p. 817). Além disso, a autora atribui genericamente dois aspectos à oralidade: a) político, pois oportuniza a melhor compreensão das razões pelas quais o projeto político constitucional fez a opção pelo respeito às garantias processuais; b) jurídico-constitucional, consistente no alinhamento da oralidade com os princípios constitucionais do processo e a uma noção de processo em conformidade com a proposta constitucional (p. 818-819).

O fato de ser um princípio específico de um determinado modelo de processo não prejudica essa conclusão, pois outros princípios possuem esta característica, mas poucos deles podem ser considerados essenciais a todo e qualquer sistema processual.

A utilização do conceito de técnica voltado para flexibilizar a oralidade não se coaduna com o processo penal, pois uma vez adotado, o modelo oral de processo passa a se relacionar instrumentalmente com garantias e direitos processuais e admite mitigações apenas em casos excepcionais.

No mais, ao menos para a recepção da prova oriunda de fontes pessoais e para o interrogatório, a oralidade como forma dos atos é inderrogável e configura garantia processual[434], não pode ser afastada por motivo de mera eficiência e nem está na esfera de disponibilidade do legislador.[435]

Assim, eventual caráter infraconstitucional não interfere em sua natureza de princípio de direito processual, já que estes podem ser constitucionais ou infraconstitucionais. Registre-se, de todo modo, que para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a oralidade é um princípio constitucional.

[434] Trata-se da oralidade em seu sentido de garantia no direito internacional dos direitos humanos.

[435] Para Rosario Herrera-Abián, a oralidade (e a imediação) na recepção das provas pessoais no processo penal não pode ser uma opção de mera conveniência, pois se trata de uma importante garantia processual (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 93). Quanto à regra técnica, Alexandre Miura Iura reconhece expressamente a diferença entre a oralidade no processo civil e no processo penal: "assim, pode-se afirmar que a oralidade não constitui uma garantia fundamental dos litigantes no processo civil, uma vez que pode validamente ser afastada pelo legislador ou pelo juiz em determinados procedimentos. Ao contrário do que ocorre no âmbito do processo penal, não se aplica ao processo civil a chamada cláusula de confronto – *right to confrontation* –, conforme explorado em tópico próprio" (IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 69).

4 MARCOS TEÓRICOS E CARACTERIZAÇÃO

Entender a oralidade como princípio e modelo de processo, antes de tudo, significa compreendê-la em seu plano ideal e abstrato, isto é, sem eleger um sistema processual específico e concreto como paradigma.

A partir dos elementos históricos já introduzidos e da experiência proporcionada pela dogmática quanto aos múltiplos aspectos conceituais, é viável estabelecer as características básicas de um modelo oral de processo, no qual a oralidade atue de forma ampla, eficiente e integrada ao longo do procedimento, o que vale inclusive para a fase recursal.

O presente capítulo intenciona analisar a oralidade sob o prisma teórico e conceitual, delineando seus fundamentos e demonstrando sua operacionalização no ambiente processual.

4.1 Audiência: elemento chave da oralidade

Em quaisquer de seus sentidos, a noção de oralidade remete intuitivamente à audiência, ato processual no qual o juiz tem contato direto e interage com as partes, testemunhas, peritos e recebe informações e manifestações verbalmente.

Num sistema informado pela oralidade, o ponto culminante é a audiência, razão pela qual adverte Giuseppe Chiovenda que no processo oral a audiência é o campo de atuação das partes e do juiz.[436]

Segundo Günter Hirsch, o conhecimento obtido pelo processo é tipicamente dialético, pois se desenvolve a partir dos antagonismos surgidos entre os participantes, tomando maior vulto no ambiente da audiência, pois, "as tensões nas relações entre os participantes somente podem favorecer o processo dialético de conhecimento quando a audiência é realizada oralmente."[437]

---

[436] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 47, destaque original. No processo civil, fala-se em "procedimento por audiências" para conceituar a oralidade, o que reforça sua ligação com a audiência (GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p.171). No processo penal, anota João Gualberto Garcez Ramos, a audiência é "o momento processual penal em que as partes se reúnem, de regra intimadas e sob a presidência do juiz criminal, para a prática de atos processuais penais", caracterizando um relevante instrumento a serviço da busca da verdade material e para a solução dos conflitos, pois através dela atendem-se melhor à publicidade, oralidade, imediação, contraditório e concentração (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 120; 116).

[437] HIRSCH, Günter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. Reforma Judicial. **Revista Mexicana de Justicia**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre de 2009, p.194.

No processo oral devem coincidir tanto no tempo (simultaneidade) quanto no espaço (contiguidade) todas as pessoas e coisas que permitirão realizar o julgamento, como o juiz, o promotor, o defensor, as testemunhas, os peritos, o acusado, os documentos e eventuais objetos. E o ambiente comum compartilhado por todos é a sala de audiências.[438]

A incorporação de um espaço adequado para a consecução dos fins do processo é essencial para garantir a correta compreensão dos fatos. Para a análise dos casos penais não redundar em mera interpretação de textos, que nem sempre registram fielmente os depoimentos, as declarações e as manifestações das partes, "é indispensável que o diálogo processual tenha lugar em um ambiente apropriado, no qual as provas sejam produzidas, as partes possam debater livremente e o juiz decida compreendendo na maior e melhor dimensão possível o que provavelmente aconteceu."[439]

Além de materializar o elemento visível do processo oral e favorecer a dialética, a audiência ostenta ainda um papel simbólico (e político) vinculado à pacificação social e à própria legitimidade da aplicação do direito penal, já que, diversamente do processo escrito, ao menos em tese, disponibiliza um espaço para interação, comunicação e compreensão sobre a atividade estatal de resolução do conflito.

Nessa linha se expressa Alberto Binder:

> Quando um conflito se formaliza a partir da lógica do expediente escrito, não se identifica nada de originário: não se encontra o agressor, nem a vítima, nem a comunidade participa; todos ficam convertidos em folhas de papel, em atas redigidas com linguagem uniforme e artificial [...]. Na audiência tudo é diferente. Juan, o agressor, que agora será acusado, se encontra ali, na presença física, de carne e osso; a vítima também com sua linguagem e perspectiva. Os funcionários estatais não são uma "assinatura", mas uma presença real, e a comunidade (afetada também pelo conflito) tem a possibilidade de fazer-se presente na sala. As formas cumprem nesta audiência uma função de pacificação porque não ocultam seus protagonistas, não deslocam os conflitos, só conseguem que a violência se traduza em palavras, argumentações, debates, presença controlada e admitida. Dessa maneira, através da geração de um âmbito de comunicação se consegue um lugar de pacificação e tolerância.[440]

A dinâmica da audiência revela a nota civilizadora da oralidade, pois tem como premissa sujeitos que antagonizam posições e atuam perante um terceiro (neutro) para obter

---

[438] BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p. 196.

[439] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 155-156. De maneira semelhante, para Mauro Cappelletti, a audiência pública, oral e concentrada é o ambiente estruturado que permite a consecução do valor atual da oralidade, que gira em torno da ideia de discussão oral e a valoração crítica dos fatos da causa (CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 77-78).

[440] BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Nuevo Léon: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014, p. 36-37.

por vias racionais a solução jurídica do conflito. Ainda que contrapostos, os sujeitos colaboram e contribuem para a resolução da causa.[441]

O âmbito natural da audiência é a fase do julgamento, mas nada impede que seja prevista para determinados atos antecedentes ao juízo oral, como incidentes processuais.[442]

Na audiência processual penal, quatro atividades de naturezas distintas podem ser identificadas (administrativa, instrutória, crítica e decisória), todas relacionadas à oralidade em maior ou menor grau.

Os atos de administração (no sentido de coordenar e dirigir a relação processual) são praticados pelo juiz tanto com a finalidade disciplinar (coibir abusos e manter a ordem e a regularidade procedimental – aspecto negativo), como de "fazer com que a oralidade da audiência processual penal se adapte às dimensões qualitativas e quantitativas do caso penal em julgamento", isto é, que a discussão da causa seja aprofundada conforme as necessidades do caso concreto (aspecto positivo). Assim, percebendo que as partes não se aprofundaram em aspectos relevantes da causa, a atividade de coordenação permite ao juiz estimular a atividade crítica das partes (indagação direta de questões não ou mal exploradas, ampliação do tempo de duração dos debates orais etc.), propiciando que do conflito seja construída uma decisão justa. Ambos os sentidos (negativo e positivo) são exteriorizados pelo juiz através da prática de atos orais.[443]

Por sua vez, a atividade instrutória determina que os atos processuais de aquisição de prova sejam praticados, em regra, através da palavra falada e em momento processual próprio, qual seja, a audiência.[444]

Já a atividade crítica diz respeito substancialmente às partes. É definida como toda manifestação juridicamente fundada emanada das partes durante a audiência que verse sobre o mérito da causa ou a regularidade do processo destinada a auxiliar o juiz na formação de seu

---

[441] BIDART, Adolfo Gelsi. **Situacion, perspectiva y razon de oralidad**. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1975, p. 98.

[442] Na Argentina, por exemplo, o novo Código de Processo Penal da Nação Argentina institui um modelo de trabalho fundado na oralidade que coloca a sala de audiência como espaço natural para o trabalho dos juízes e das partes, admitindo a realização de audiência em diversos atos da etapa preparatória (investigação) e para a fase intermediária (análise do recebimento da acusação). Nesse sentido: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; JOSÉ PODESTÁ, Tobías. A oralidade no novo código de processo penal da nação Argentina. Tradução de Caíque Ribeiro Galícia e Vinícius Diniz Monteiro de Barros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, set.-dez. 2017, p. 852-862.

[443] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.138-139; 144; 194-195. Sobre o aspecto positivo da atividade administrativa, acrescenta: "Em outras palavras, há de existir na audiência uma atividade tendente a, dentro dos limites legais e da flexibilidade que a oralidade proporciona, adequá-la à necessidade de reconstituir a verdade histórica representada pelo crime" (p. 196).

[444] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 273.

convencimento. Esta atividade se realiza nos debates orais em audiência, nos incidentes e nas questões de ordem suscitadas oralmente.[445]

Por fim, a atividade decisória é aquela praticada pelo juiz para chegar a uma solução do caso discutido a partir da exposição dos argumentos que fundamentam seu entendimento, o que ocorre no momento da prolação oral da sentença.[446]

4.2 Fundamento político

O ponto de mudança para a retomada da oralidade no direito contemporâneo foi o Iluminismo, tanto para o processo penal, como para o processo civil. Por outro lado, não há dúvida de que o direito material subjacente aos respectivos processos influenciou esse desenvolvimento e conferiu-lhes contornos diferentes.

O processo penal sempre ostentou um teor político mais elevado, pois o modo pelo qual é desempenhado o *jus puniendi* configura um verdadeiro medidor de como o Estado exerce seu poder em geral.

Na lição de James Goldschmidt,

> Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição. Partindo desta experiência, a ciência processual desenvolveu um número de princípios opostos constitutivos do processo.[447]

O direito penal, ao proteger os interesses mais caros da sociedade, afeta gravemente direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade. E o Estado somente pode exercer essa atividade persecutória através do processo penal, que se por um lado busca a eficiência, por outro deve resguardar o indivíduo contra abusos estatais.

Ao colocar o indivíduo em contato com a autoridade judicial em ato público, com o direito de se manifestar diretamente perante ela oralmente e atuar ativamente na formação da prova, a oralidade contribuiu – ao lado de outras garantias – para ressignificar a persecução penal em juízo e mudar a forma pela qual o Estado exteriorizava seu poder nesse âmbito.

---

[445] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 307.

[446] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 377. Considerando que a atividade decisória se desenvolve oral e publicamente, o autor entende possível inclusive a intervenção das partes nesse instante, ou seja, durante a prolação oral da sentença em audiência ou mesmo da leitura dos votos nos juízos colegiados (p. 383).

[447] GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 110.

Teresa Armenta Deu defende que a oralidade, a publicidade e o julgamento por jurados constituíram o tripé fundamental que se opôs à justiça secreta do regime absolutista, pois dessa forma qualquer um poderia ver, ouvir e entender o julgamento penal, enquanto os juízes só poderiam usar as provas produzidas perante eles.[448]

No mesmo sentido, Claus Roxin explica que a oralidade e a imediação se originam da legislação reformista do século XIX. O intuito foi introduzi-los para "suprimir os graves defeitos que havia causado a separação entre o juiz instrutor e o juiz julgador no processo inquisitivo secreto".[449]

A conotação política da oralidade também não passou despercebida de Eduardo Augusto Garcia:

> A quase totalidade das nações civilizadas do mundo estabeleceu desde há muitos anos o juízo oral para caracterizar as causas ou processos criminais, porque se entendeu que é o procedimento mais adequado para garantir a sociedade e aos acusados uma correta e imparcial administração da justiça. É, também, em matéria penal, onde conseguiu impressionar favoravelmente aos cidadãos e aos governantes, talvez pela natureza dramática que emerge do processo penal e porque o processo penal é o que exige as garantias máximas de que a sanção alcance apenas os culpados.[450]

Esse conteúdo político, mesmo sem a força de outrora, ainda é percebido na atualidade, pois o contato pessoal com o juiz e o emprego da palavra falada é valorado positivamente nos ordenamentos jurídicos e convenções internacionais sob a premissa de que traz maior legitimidade à persecução penal.

Já no processo civil, o fato de a oralidade ter tardado em conquistar seu espaço se deu em virtude de ter sido tratada inicialmente como "simples princípio técnico-jurídico ao invés de político". Por essa razão, não contou com o "interesse das massas, mas unicamente a fria e meditada adesão dos estudiosos, dos práticos e dos homens de governo."[451]

Quando a oralidade passou a ser desenvolvida no processo civil, primordialmente no final do século XIX, a preocupação maior girava em torno da celeridade e da racionalidade do andamento processual, afastando os vícios imediatos do processo escrito, ou seja, com

---

[448] DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de derecho procesal penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 54.
[449] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 394.
[450] GARCIA, Eduardo Augusto. El juicio oral en lo civil y comercial; GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e seus críticos. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 35. Para Peter Schlosser, no processo penal, a oralidade como concretização da publicidade, exerce uma função de controle democrático da justiça, o que é secundário no processo civil (SCHLOSSER, Peter. Oralidad e inmediación en el proceso civil en Alemania. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre 2009, p. 275).
[451] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 40.

aspectos mais técnicos e não necessariamente com o viés político que ensejou a adoção da oralidade no processo penal pelo movimento revolucionário.[452]

De todo modo, mesmo sem a intensidade do processo penal, em parte o componente político remanesceu na seara processual civil, pois as características básicas da oralidade foram mantidas.

Ainda sob a perspectiva política, a oralidade é um fator de redução da conflituosidade inerente aos casos penais.

A justiça penal é a instituição social incumbida de medir os conflitos e de absorvê-los e transformá-los em conflitos com menor conteúdo de violência. Para esse redimensionamento, seus protagonistas, especialmente o acusado e a vítima, assim como os encarregados pelo Estado de conduzir esse processo (juiz e promotor), devem não só estar presentes, mas também concorrer para alcançar tal finalidade. Assim, a oralidade e a imediação têm um papel fundamental nesse modelo.[453]

4.3 Fundamento racional

A oralidade representa o meio de comunicação entre as partes e o juiz e a forma de expressão das fontes de prova pessoais dentro do processo. A escolha desse método repousa sobre a instintividade e a naturalidade da comunicação oral e o potencial de se obter uma melhor compreensão.

Na maior parte das situações vivenciadas pelas pessoas, ao menos em condições normais, a fala facilita e requer menos esforço para a compreensão do que é dito quando comparada com a leitura de um escrito.[454]

Sendo o processo o meio criado pelo ser humano voltado à manutenção da convivência social, sua estrutura deve seguir a forma que melhor se adapta à natureza do

---

[452] Percebe-se tal inclinação em Bilac Pinto, quando disserta sobre a viabilidade de sucesso do processo oral no Brasil no final dos anos 1930, período fértil em estudos sobre o tema no processo civil: "Êle nada mais é do que a racionalização do direito processual. Simplifica sensivelmente o processo; põe fim à maioria das fraudes processuais; não permite que as partes retardem os feitos; coloca o juiz em contacto com as testemunhas, peritos e outras provas e, afinal, assegura o rápido pronunciamento das sentenças. É uma técnica expedita, simples, racional" (PINTO, Bilac. Aspectos da reforma processual brasileira. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 28).

[453] BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 66-67. Esse também parece ser a ideia lançada por Daniel González Alvarez para quem a oralidade permite solucionar o conflito penal por um meio menos traumático, na medida em que a presença de todos os envolvidos permite que as questões sejam resolvidas de maneira mais simples e direta, sem intermediários (ALVAREZ, Daniel González. **La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal**. Disponível em: http://metajus.com.br/textos-estrangeiro/texto-estrangeiro7.html. Acesso em: 16 dez. 2016, p. 650-651).

[454] ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Estudo comparativo da oralidade civil e da oralidade penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, v. 36, n. 1-2, jan.-ago, 1941, p. 150.

homem e de suas relações sociais. E a oralidade viabiliza a reunião dos interessados e a comunicação direta.[455]

Nicola Framarino Dei Malatesta destaca a intrínseca superioridade da palavra oral sobre o escrito, pois mesmo em se tratando de um depoimento escrito da pessoa que depõe, sem intermediários, a forma escrita deve ceder por ser menos perfeita em relação à forma oral, já que o convencimento obtido pela prova oral é mais eficaz para a compreensão do caso.[456]

Francisco Morato também discorre sobre a fluidez da oralidade:

> A maior rapidez e facilidade de entender-se reciprocamente, a seleção que a defesa falada opera naturalmente nos argumentos e a razões, salientando a eficácia das boas e inanidade das más, a impressão de quem escuta, explicam a importância que os debates oraes têm nas relações publicas e privadas da vida moderna.[457]

A importância da oralidade está na repercussão exercida pelas atuações das fontes de prova pessoal e pelos sujeitos processuais sobre a percepção do julgador, ou melhor, o poder de convencimento que tem aptidão de gerar.

Na escritura, o único sentido será a visão e, por consequência, a leitura de peças e de documentos. Já a oralidade envolve um incremento quantitativo e qualitativo sobre os sentidos, pois abrange dois deles (audição e visão), podendo ser percebido o tom de voz, as expressões corporais e a fisionomia de testemunhas e partes. Nessa linha, a visão, complementada pela audição, assume um papel bastante diverso em relação ao julgamento com base em escritos, o que é uma garantia de melhor compreensão sobre a realidade histórica que as partes tentam reproduzir.[458]

Na comunicação letrada (escrita) os problemas de atenção e de alinhamento respeitantes ao emissor das ideias e o receptor destas são muito maiores do que na interação face a face. Sem a presença dos interlocutores, diminui-se a oportunidade de se fazer ajustes voltados para que a atenção e o grau de alinhamento sejam mantidos, além de haver menos pistas deixadas pelo emissor do escrito para reconstruir significados, abrindo-se a

---

[455] BIDART, Adolfo Gelsi. **Situacion, perspectiva y razon de oralidad**. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1975, p. 97.

[456] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Alexandre Augusto Correia. v. II. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 25.

[457] MORATO, Francisco. A oralidade. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 3.

[458] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 52-153. O aproveitamento das reações não verbais demonstradas durante o depoimento (sinais paralinguísticos e de linguagem corporal) é controverso na doutrina. De todo modo, caso aceito, deve ser tido como subsidiário ao teor da declaração propriamente dita.

possibilidade de que o texto seja compreendido erroneamente e em detrimento da intenção original do autor.[459]

Já na comunicação falada (face a face), há maior espaço para reparos em caso de rupturas interacionais diante da constante autorregulagem dos interlocutores para manter o nível da compreensão.

Segundo Charles Bazerman,

> Enquanto a conversa face a face oferece muitos dispositivos para manter a interação, apesar de desalinhamentos transitórios e ameaças de rupturas, as interações letradas à distância têm atenção apenas para a palavra escrita, na produção e na recepção, como um mecanismo de mediação. A atenção letrada na construção de significado, realizada na imaginação dos participantes separados, é frágil, levando os participantes a se envolver nas atividades e significados mais normativos, a fim de aumentar a chance de um alinhamento robusto de entendimento. [460]

No que concerne ao campo probatório, a atuação da oralidade abrange as provas oriundas de fontes pessoais. Joan Picó I Junoy lembra que a oralidade se concretiza nas provas pessoais, isto é, naquelas que intervém como fonte de prova uma determinada pessoa, já que sua atuação no processo ocorre, em regra, através do mecanismo da palavra falada.[461]

Além disso, no processo penal a prova decorrente de fontes pessoais é uma prova constituenda.[462] Em outras palavras, deve ser formada no âmbito do processo e a partir de um procedimento específico. Nesse sentido, por exemplo, exige-se que a tomada de depoimentos ocorra pela via oral em audiência, mediante o contato direto do juiz com a testemunha e em contraditório de partes.

Assim, se as condições estabelecidas em lei para formar a prova pessoal não forem cumpridas, dentre as quais a oralidade na etapa judicial, não haverá prova propriamente dita, pois salvo exceções legais, são inadmissíveis os sucedâneos de prova.

Em contrapartida, a oralidade não terá tanta importância quando se tratar de provas pré-constituídas, como a prova documental, que é produzida fora ou antes do processo.

---

[459] BAZERMAN, Charles. **Teoria da ação letrada**. Tradução de Milton Camargo Mota, Angela Paiva Dionísio e Judith Hoffnagel. São Paulo: Parábola Editorial, 2015, p. 136-177.

[460] BAZERMAN, Charles. **Teoria da ação letrada**. Tradução de Milton Camargo Mota, Angela Paiva Dionísio e Judith Hoffnagel. São Paulo: Parábola Editorial, 2015, p. 145.

[461] JUNOY, Joan Picó I. Los principios del nuevo proceso civil español. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 26, n. 103, jul.-set., 2001, p. 91.

[462] TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, 180-181. O autor menciona ainda provas "de formação processual" (TARUFFO, Michelle. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 378). Também são chamadas de provas "a constituir" (CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, p. 12-18, jul. 2002, p. 14-15).

Alguns autores elegem como critério para diferenciar a prova pré-constituída a intervenção (ou não) do órgão competente na sua produção.[463] Nesse viés, a prova pré-constituída não seria apenas a documental, mas também aquela produzida na fase de investigação, incluindo oitiva de testemunhas, cujo emprego é admitido em juízo caso concorram determinadas circunstâncias excepcionais.

4.3.1 Compreensão cênica

Numa concepção semelhante à de Charles Bazerman, mas extraída da psicanálise, especialmente dos estudos de Alfred Lorenzer, Winfried Hassemer entende que a compreensão cênica é mais apropriada ao direito processual penal do que a compreensão meramente textual.

Para Hassemer, o direito penal lida com os critérios de seleção para estabelecer os dados relativos ao caso produzido (fato penal, que engloba a punibilidade e a determinação da pena), enquanto o direito processual penal ordena e assegura a fase de produção do caso, isto é, como um caso penal deve ser produzido em juízo (quais dados o processo deve recolher) e quando ele pode ser considerado validamente produzido.[464]

Ocorre que essa "fase de produção do caso – isto é, o processo penal – caracteriza-se pelas dificuldades mais intensas em relação ao êxito e à garantia da compreensão 'exata'".[465]

Baseando-se no fato de que a palavra falada possui um poder de compreensão distinto da palavra escrita, Hassemer adverte: "se se quiser ampliar o conceito de compreensão desde o caso produzido até a produção do caso, será necessário abranger a dimensão do procedimento, o processo, a sequência de atos, a cena".[466]

Na compreensão textual, o texto é um objeto acabado e pertence ao passado na medida em que já está produzido. Por sua vez, as situações desenvolvidas no processo (*i. e.*, na produção do caso) evoluem e se modificam, o que faz com que a compreensão deva se adaptar às mudanças do objeto.[467]

---

[463] Nesse sentido: RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 134.
[464] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 172; 191.
[465] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 181.
[466] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 178.
[467] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 180.

Segundo Winfried Hassemer,

> Diferentemente do que ocorre nos textos, a compreensão no processo dirige-se à um objeto fugaz. Isto agrava o problema da compreensão que a teoria do direito discute e com o qual nós também já nos ocupamos sob as expressões "linguagem" e "seletividade". Que a linguagem em que se expressa um objeto co-determina este objeto, que as sensações concomitantes e a rotina da linguagem atuam sobre a impressão que o objeto causa, são afirmações que valem muito mais energicamente para a palavra pronunciada do que para a que foi escrita. Atrás dos textos estão os homens que os escreveram, mas que não estão mais à vista. Ao contrário, no falar mostra-se não só o homem falante, com gestos, mímicas e entonação; a palavra pronunciada – como o texto – não pode se afastar da situação em que é pronunciada e ouvida. Pode-se ver que a ligação entre a palavra e a situação relatada é tão estreita que a palavra co-determina a situação, e que, por outro lado, pode-se compreender a palavra a partir da situação.[468]

Por isso, em contraposição à compreensão textual, que lida com um objeto acabado e pronto, no processo penal é mais adequada a compreensão cênica.[469] Trata-se de uma compreensão construída gradualmente a partir dos atos do procedimento e com a participação dos sujeitos processuais.[470]

O modelo processual que melhor ordena, organiza e se aproxima das condições ideais de compreensão cênica é a oralidade, pois a produção do caso na audiência oral ocorre com interação imediata e a comunicação dos participantes, já que permite atuarem na construção e vivenciarem as situações tangentes à reprodução histórica do fato.[471]

Ao constatar-se que a escritura falhou ao crer que poderia compreender toda a complexidade dos casos penais apenas por textos, o Iluminismo procurou com a oralidade e a imediação "excluir radicalmente a compreensão do texto da fase de produção e ordenar com consequências estritas o que nesta fase de qualquer forma não se pode evitar: a compreensão cênica".[472]

---

[468] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 179.

[469] Segundo Winfried Hassemer, a partir da teoria da psicanálise, a compreensão cênica "designa ali a recordação concreta de fases e situações da própria vida. O poder de compreensão e as condições de compreensão cênica ultrapassam as possibilidades de compreensão de texto, ele garante à psicanálise apenas a esperança da cura: não é a recordação cognitiva e emotiva da própria história, mas somente a representação de suas cenas que as tornam tão atuais e que podem ser trabalhadas" (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 178).

[470] Para Winfried Hassemer, "o processo tem a ver com sequências de atos, com as ações que nele são estruturadas e que são ao mesmo tempo reações a outras ações. Os participantes do processo referem-se uns aos outros (eles perguntam, respondem, contradizem, mobilizam) e referem-se a um padrão para o transcurso das suas ações: o Direito Processual Penal" (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 179-180).

[471] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 215.

[472] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 217.

Além da oralidade e da imediação, tidas como "essência da compreensão" do caso penal, Hassemer aponta ainda a necessidade de certas condições externas para se alcançar tal compreensão. Dentre elas está a máxima da concentração, que presume que a audiência ocorra em um único ato no qual todos os participantes devem estar presentes.[473]

4.4 Fundamento instrumental

Verifica-se ainda um caráter instrumental da oralidade, que se coloca a serviço de certos princípios, os quais não atingiriam suas finalidades ou não teriam eficiência minimamente aceitável se não fosse empregada a oralidade. Esse viés instrumental pode ser apresentado de diversas formas e em diferentes graus.

Alberto Binder sustenta a oralidade como única estrutura procedimental apta a garantir as condições de verificação de um fato penalmente relevante, ou seja, a correta e justa apuração do caso penal.[474]

> Quando se fala de "oralidade", na realidade o que se quer transmitir é que todo cidadão tem direito a que não se imponha uma pena sem um julgamento prévio, e julgamento não é qualquer trâmite, mas a estrutura (conjunto de formas vinculadas aos atos, sujeitos, tempo, espaço, coerção e caso [concreto] que sustenta a imparcialidade, o contraditório e a publicidade. Também a experiência histórica mostrou [...] que somente a oralidade em sentido amplo, são os únicos modos até o presente, que garantem as condições de verificação.[475]

---

[473] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 215; 218-219. As outras garantias das condições externas da compreensão elencadas são: investidura para a magistratura, escolha de jurados conforme a lei, proibição de tribunal de exceção, regras de competência, princípio da legalidade, princípio acusatório, juiz natural, presunção de inocência. Todavia, o autor alerta que nem mesmo a rígida organização das condições externas pode assegurar de forma efetiva a compreensão cênica. A formalização das condições externas limita as violações, mas se realmente haverá o êxito na compreensão é algo que apenas se pode desejar e esperar, mas não necessariamente alcançar em todos os casos. Esta dúvida quanto ao êxito da compreensão cênica tem algumas consequências: a) observação do princípio da publicidade (controle das condições da compreensão cênica e possibilidade de autojustificação da atuação jurídica, tentativa de tornar a compreensão cênica suscetível de observação na medida do possível); b) a possibilidade de recurso (havendo dúvida se a compreensão cênica foi obtida, deve se admitir sua reprodução na instância superior, mas não para corrigir – pois a dúvida quanto ao êxito continua na segunda instância – e sim para melhorar as condições externas para a própria compreensão com a participação de mais juízes); c) aplicação do *in dubio pro reo* (reconhecimento mais evidente da dúvida que existe quanto ao êxito da compreensão cênica) (p. 219-221; 224-234).

[474] Por condições de verificação se entende a imparcialidade do órgão julgador, o contraditório e a publicidade, garantias primárias essas que, sem prejuízo de outras de segundo grau, concretizam a garantia que toda pessoa possui de não ser condenada sem prévio (e justo) julgamento, ou seja, trata-se do *nulla poena sine judicio*.

[475] BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Nuevo Léon: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014, p. 29-30. Em outro estudo, o autor entende a oralidade como um instrumento em relação à imediação, identidade física (personalização da tarefa dos juízes) e publicidade, colocando-a como única maneira de dar positividade a esses princípios políticos. A imediação é condição básica para que seja alcançada a verdade da maneira mais segura. Além disso, possibilita que as provas sejam produzidas numa mesma oportunidade (concentração) e que a comunicação entre o juiz, partes e meios de prova seja objeto de controle por outras pessoas (publicidade) (BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p. 64-66). De nossa parte, não vislumbramos uma relação de instrumentalidade entre a oralidade (em sentido estrito) e os demais elementos do processo oral (imediação, identidade física, concentração e irrecorribildiade das interlocutórias). Na verdade, a relação é de complementaridade – e não propriamente de instrumentalidade – entre tais elementos, pois cada (sub)princípio tem características próprias e isolados tem pouca ou nenhuma efetividade; o emprego combinado entre si resulta em ganhos

Nessa orientação, que considera fortemente o antagonismo histórico com o sistema inquisitório, a oralidade resulta numa base procedimental indissociável e propiciadora de garantias processuais.

De forma semelhante, Luigi Ferrajoli concebe a oralidade, abrangente da imediação e da concentração da instrução probatória, como uma garantia processual secundária, voltada a assegurar a observância das garantias primárias: a formulação de uma acusação específica e que dá início ao contraditório (*nullum iudicium sine accusatione*); o ônus da prova, que cabe ao acusador (*nullum iudicium sine probatione*); e o direito de defesa (*nullum iudicium sine defensione*).[476]

Também assumindo a perspectiva da instrumentalidade, Eduardo Talamini vincula a oralidade com a consecução de valores constitucionais afetos ao devido processo legal:

> A oralidade, enquanto complexo de subprincípios (imediação, identidade física, concentração, irrecorribilidade das interlocutórias, poderes probatórios do juiz [...]), estabelece como diretriz a necessidade de o julgador ter contato *pessoal*, *direto* e *recente* com os elementos formadores de sua convicção para a decisão da causa. Na medida em que serve para garantir procedimento rápido (e, portanto, uma resposta célere) e a melhor formação do convencimento do juiz (e, portanto, uma resposta mais justa), a oralidade tem direto suporte constitucional nas garantias da adequada tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV) e do devido processo legal (artigo 5º, LIV). Ainda, um processo mais rápido e com juiz atuante e em contato direto com as provas e as partes amplia o acesso à Justiça (também contido na fórmula do inc. XXXV do artigo 5º), aproximando-a dos menos favorecidos (eis porque a oralidade é adotada pelos juizados especiais). Mas, em si mesma, a oralidade não constitui garantia direta e absoluta, que valha em si e por si. É sempre desdobramento e meio de consecução de outros valores – esses, sim, constitucionais. Daí que ela jamais pode ser imposta em termos absolutos. Cede espaço toda vez que existam outros mecanismos mais adequados ao conseguimento dos mesmos fins por ela visados – o que, aliás, é inerente ao Direito.[477]

Sem embargo das correlações acima e de outras possíveis, o núcleo de instrumentalidade da oralidade tem mais visibilidade e força em se tratando do livre convencimento judicial, do contraditório, da celeridade e da publicidade.

---

efetivos para o processo. Por outro lado, uma vez agregados os elementos da oralidade, estes servem como instrumentos para outros princípios e garantias processuais, dentre os quais a publicidade.

[476] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 558. As demais garantias secundárias são a publicidade, que permite o controle interno e externo da atividade processual; a legalidade dos procedimentos, que exige o estabelecimento de um rito preestabelecido; a motivação, que demanda da resposta judicial uma fundamentação sobre a tese acusatória e defensiva apoiada em provas ou contraprovas.

[477] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 140, out.-dez. 1998, p. 149-150, destaques originais.

4.4.1 Livre convencimento e melhor averiguação do fato

A noção de que o juiz deve formar seu convencimento a partir do exame das provas produzidas, sem estipulações pré-estabelecidas sobre o valor dos elementos probatórios, foi um dos aspectos mais visíveis do rompimento com o processo escrito no final do século XVIII.[478]

No sistema das provas legais, a valoração seguia regras pré-determinadas, o que reduzia, quando não eliminava, a necessidade do contato com as provas, pois independentemente do juiz que apreciasse o caso, tivesse ou não proximidade com o material probatório, era compelido a observar aquelas estipulações. Daí a indiferença sobre a identidade do juiz que presenciava as provas e daquele que julgava a causa.

Já no livre convencimento, agora não mais jungido a regras de valoração pré-determinadas e aritméticas, passa a importar o contato direto do juiz com as provas, pois desta forma poderá alcançar com mais probabilidade a completa compreensão do caso concreto e emitir uma decisão mais justa.

Nas palavras de Giuseppe Chiovenda, o livre convencimento do juiz somente pode operar com seriedade num processo dominado pela oralidade, "porque só o processo oral permite ao juiz formar a convicção pela observação pessoal e direta do material da causa."[479]

Mauro Cappeletti enumera as seguintes diretrizes deixadas pela ideia-símbolo da oralidade nos diversos ordenamentos jurídicos a partir das reformas legislativas empreendidas no século XIX: a) abolição do arcaico sistema da prova legal e sua substituição por um sistema de valoração de provas baseado na apreciação crítica do juiz e que se apoie em institutos probatórios simples, como o comparecimento pessoal em juízo das partes e exame oral das testemunhas em audiência sem perguntas pré-concebidas por escrito; b) imediação nas relações mantidas entre o órgão julgador e os elementos de prova (partes, testemunhas, peritos, lugares e coisas), característica essa necessária para a livre valoração das provas; c)

---

[478] Ressalte-se a lição de Antonio Magalhães Gomes Filho sobre o livre convencimento, que deve ser visto não como liberdade absoluta, mas "na sua real e histórica dimensão de valoração desvinculada de regras legais, mas incidente sobre um material constituído por provas admissíveis e regularmente incorporadas ao processo" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 63).

[479] CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no processo civil moderno. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 92. Igualmente nesse sentido é a posição de Jorge Figueiredo Dias, para quem a oralidade e a imediação permitem a adequada percepção das impressões deixadas durante o contato vivo e imediato com o réu, além de avaliar o mais corretamente possível a credibilidade das declarações prestadas pelos participantes processuais; ainda, possibilitam a plena audiência desses mesmos participantes para que possam se posicionar perante o material recolhido e participar da declaração do direito no caso concreto (DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 233-234).

sustentação oral da causa em audiência única ou em poucas e próximas audiências de forma a prevalecer as vantagens da imediação – os debates devem ser compreendidos não como simples oratória forense, mas principalmente como meio de discussão das provas perante o órgão julgador, permitindo preparação adequada para a audiência, por meio de audiências orais ou mediante trocas de escritos prévios entre as partes.[480]

Nicola Framarino Dei Malatesta[481] ensina que a oralidade extrai seu fundamento do "exame direto das provas", que diz respeito à "regra probatória da originalidade", relacionada ao contato direto do juiz com a fonte de prova, sem intermediação.[482]

Analisando o tema da originalidade das provas, avalia:

> Com o exame direto e oral do testemunho, o juiz que tem sob seus olhos os vários elementos do julgamento, pode descobrir onde a testemunha foi deficiente por omissão ou inexatidão, e reparar essa deficiência por meio de oportunas interrogações. Quando tenha que, ao contrário, de julgar segundo testemunhos reduzidos a escrito por outrem ainda que por um oficial público, existirá sempre a possibilidade de um auto incompletamente fiel, seja por ter desprezado qualquer parte do depoimento oral, seja por tê-la subentendido. Além disso, o juiz relator do debate, confiando na redação escrita dos testemunhos, priva-se daquela grande luz que surge da conduta pessoal da testemunha, e que a aclara maior ou menor credibilidade das suas afirmações. Há sinais de veracidade ou de mentira na fisionomia, no som da voz, na serenidade ou no embaraço de quem depõe; é um acúmulo precioso de provas indiretas, que se perde quando se julga sôbre o escrito.[483]

Daí a relação da oralidade, notadamente nos aspectos da imediação e da identidade física, com a adequada valoração da prova e a formação do livre convencimento do juiz.[484]

A oralidade se liga também ao método de reprodução histórica do fato em juízo. Esse contato direto e oral é condição básica para que os atos praticados durante o processo

---

[480] CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 75-77.

[481] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Alexandre Augusto Correia. v. II. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 24-26. O autor aponta ainda que a oralidade se justifica também pela regra da "melhor prova", ou seja, a superioridade da palavra oral sobre a escrita.

[482] Rui Portanova atribui sentido diverso para o princípio da originalidade: "A prova, tanto quanto possível, deve referir-se diretamente ao fato por provar". Logo, este autor entende que guarda relação com o caráter direto e indireto da prova em si, como as testemunhas diretas (presencial) e indiretas (de ouvir falar) (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 227-229).

[483] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Alexandre Augusto Correia. v. II. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 24.

[484] Marco Antonio Marques da Silva esclarece: "a vinculação do julgamento ao magistrado que houver presidido a instrução criminal seria uma demonstração de segurança e garantia do livre convencimento" (SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 09). Ainda nesse sentido, entendendo que esse aspecto é o cerne da oralidade: YARSHELL, Flávio Luiz. Qual o futuro da oralidade? In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). **A prova no direito processual civil**. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 233.

penal, aqui entendido como atividade voltada à aquisição do conhecimento sobre o caso, possam averiguar a verdade da maneira mais segura possível.[485]

Num sistema em que o acertamento do caso judicial é obtido por meio da palavra falada e pelo contato direto do juiz com as provas pessoais e com as partes, viabiliza-se a obtenção de uma decisão qualitativamente superior, pois a interação imediata e direta entre os envolvidos (solicitação imediata de esclarecimento de respostas não claras etc.) permite a melhor apuração dos fatos, seja quanto à credibilidade de quem depõe, seja da veracidade (fiabilidade) de seu relato.[486]

Para Paolo Tonini a oralidade e a imediação "servem para buscar a verdade da melhor maneira possível" e, portanto, visam assegurar a exatidão da reconstrução histórica pretendida pelo processo, sempre respeitando os limites da capacidade humana e o acertamento com base em provas e mediante o respeito aos direitos fundamentais.[487]

Portanto, a oralidade se revela um meio mais eficaz do que a escrita para produzir conhecimento sobre um fato pretérito a partir da estrutura do processo, o que permite a correta reconstituição do caso penal.

Há que se ponderar, conforme alerta Julio B. J. Maier,[488] que a livre valoração das provas no *juicio oral*, muito embora se oponha ao sistema das provas legais, pode operar por dois mecanismos: o livre convencimento motivado (*libre convicción por sana crítica racional*), que depende de uma decisão fundamentada; e a íntima convicção (*íntima convicción*), própria do julgamento pelo júri e que não demanda motivação da decisão. Em ambos os casos, a valoração da prova é livre e a oralidade garante as vantagens já mencionadas.

---

[485] BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 65-66. No mesmo sentido, Alfredo Vélez-Mariconde observa que por constituir o meio mais idôneo de reproduzir historicamente um fato passado (criminoso), a imediação se caracteriza como um princípio lógico. Por seu turno, a oralidade se apresenta como a forma ou procedimento de investigação que melhor permite realizar a imediação (MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 419). Entende também que a oralidade e seus consectários decorrem do princípio da verdade material: VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre 2009, p. 117.

[486] Nesse sentido, mas referindo-se à imediação: RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 96. Segundo Vélez-Mariconde, ainda que não exclua a possibilidade de erro, a palavra falada é o melhor meio para se entender e a confrontação que viabiliza é um recurso importante para se descobrir a falsidade e a mentira, impondo ao acusado e testemunhas etc. maiores dificuldades para ocultar, consciente ou inconscientemente a verdade (MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 424).

[487] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 89. Ao abordar a imediação, José Carlos Barbosa Moreira ressalta que se trata de um meio de proporcionar às partes e ao órgão judicial a possibilidade de uma colaboração mais segura e, presumidamente mais frutífera, no que toca ao esclarecimento dos fatos que servirão de motivação para a sentença (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas de la inmediación en el proceso civil. **Revista de Procesos**. 34, São Paulo, v. 9, n. 34, abr.-jun., 1984, p.191-192).

[488] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 623.

Vale lembrar ainda que o livre convencimento não significa livre arbítrio, pois presume que as provas aptas a serem valoradas observem as regras processuais para a respectiva produção, já que somente assim poderão ser validamente incorporadas ao acervo probatório.[489] Como exemplo, a oralidade e o contraditório contemporâneo durante o ato são notas características da produção de provas pessoais.

4.4.2 Contraditório

Ainda sob o prisma instrumental, a oralidade maximiza a dialética processual e atua como mecanismo que confere eficiência ao contraditório.

Sobre o contraditório, Marco Antonio Marques da Silva descreve:

> O contraditório impõe a conduta dialética do processo. Isso significa dizer que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações, provas, de sorte que se chegue à verdade processual com equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente.[490]

A imprescindibilidade de que as provas pessoais sejam produzidas em audiência judicial leva ao contraditório, pois este é exigido para a formação dos elementos de prova.

Ada Pellegrini Grinover destaca a presença das partes como condição de validade das provas pessoais, ou mais precisamente, na atividade dirigida à constituição do material probatório a ser usado pelo juiz na formação de seu convencimento, entendendo viciadas tanto a prova colhida sem a presença do juiz, como aquela tomada pelo juiz, mas sem a presença das partes.[491]

Por sua vez, o contraditório durante a formação da prova pessoal conduz necessariamente à dialética.[492] Segundo Paolo Tonini, há inegável interesse que a causa seja

---

[489] Klaus Tiedmann Lembra que a apreciação da prova é livre, mas a produção das provas, de forma geral, deve estar vinculada a regras rígidas (TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 168).

[490] SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 46.

[491] GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *In:* **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 20-24. Por sua vez, Manoel Monteiro Guedes Valente coloca a oralidade e a imediação como corolários do princípio do contraditório, "pois permite um debate ou discussão entre defesa e a acusação, a dedução das suas razões de facto e de direito, a oferta e o controlo de provas e o discreteamento das mesmas que só pode ser alcançado através da oralidade processual" (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**. t. I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 135). E ainda, "a audiência permite que todos os envolvidos no processo em concreto promovam o contraditório para alcançar uma decisão. Permite que todos os intervenientes no processo contribuam, dentro das suas atribuições e competências, para a realização da justiça" (p. 136).

[492] É o contraditório que viabiliza o funcionamento de uma estrutura dialética no processo. Sobre dialética, Gunter Hirsch alude que o conhecimento operado dentro do processo é tipicamente dialético, ou seja, desenvolve-se a partir dos antagonismos surgidos no decorrer da marcha procedimental (HIRSCH, Günter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. Reforma Judicial. **Revista Mexicana de Justicia**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre de 2009, p. 194). Para

julgada de acordo com o modo dialético, isto é, mediante atividade recíproca das partes e a partir do contraditório "para a prova", o que confere ao juiz melhor condição para valorar a prova produzida. E justamente nesse ponto "a oralidade contribui para o contraditório, pois viabiliza o máximo da dialética processual."[493]

O contraditório vale-se da oralidade para a construção gradual e progressiva de um *iter* voltado ao acertamento do caso penal. Liga-se, neste ponto, à noção da compreensão cênica, ou seja, uma compreensão que somente pode ser formada a partir das partes e com a participação destas no decorrer das fases do processo, principalmente na audiência.[494]

Além disso, a oralidade confere maior eficiência ao contraditório, o que não ocorreria se admitido o depoimento por escrito, ainda que durante a audiência e na presença do juiz.

A dinâmica do depoimento prestado oral e diretamente permite a interação em tempo real entre inquirido e inquiridor (seja este o juiz ou as partes) e é essencial ao pleno desenvolvimento do contraditório, principalmente em decorrência da possibilidade de (re)indagações imediatas oriundas das respostas apresentadas pelo depoente.

Os esclarecimentos prestados de forma imediata e direta ao arguidor viabilizam ajustes contínuos durante a interlocução, elucidando pontos dúbios ou desnudando incoerências. A falta dessa característica enfraquece a dialética esperada no ambiente processual, mostrando-se incompatível com a natureza da prova oriunda de fontes orais e com o interrogatório do acusado.

4.4.3 Celeridade

A prestação jurisdicional em tempo razoável é um imperativo do processo contemporâneo, fato que tornou a celeridade processual uma preocupação recorrente nos ordenamentos jurídicos, a exemplo do Brasil.[495]

Gustavo Badaró, "mais do que uma escolha de política processual, o método dialético é uma garantia epistemológica na pesquisa da verdade" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 397-398).

[493] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 89.

[494] CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. A importância da oralidade no processo penal a partir da noção de compreensão cênica. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, set.-dez. 2017, p. 921-923. De forma semelhante, Geraldo Prado observa a oralidade como condição para a participação efetiva no processo, afastando a mediação da escrita. Não se trata de mera questão de forma, mas de definição dos papéis concretos exercidos pelos sujeitos processuais e da efetividade de suas atuações (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 158).

[495] Artigo 5°, LXXVIII, da CF/88: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A ressignificação do exercício do poder estatal na seara criminal trazida pela oralidade implicou também em alcançar uma justiça desburocratizada, transparente e mais rápida, principalmente considerando a introdução da audiência concentrada e una, na qual as partes, testemunhas e juiz se encontram no mesmo espaço e tempo com o intuito de julgar a causa.

Por isso, não há como negar que uma das principais aspirações da oralidade é tornar a atividade processual mais célere.[496] Ocorre que a abreviação do tempo eventualmente obtida com o processo oral depende de causas internas e externas ao órgão jurisdicional, dentre as quais chama a atenção na atualidade a massificação de processos.

Conforme lembra Leonardo Greco[497], paradoxalmente, em certos casos, a celeridade atualmente pode ser obtida mais facilmente em procedimentos escritos, pois o excesso de processos e a complexidade das questões preferem a forma escrita.

A ideia de julgar a causa numa única audiência permite a resolução mais rápida, mas ao mesmo tempo depende da prévia e minuciosa organização do feito para que o julgamento seja realizado como planejado originalmente, ou seja, em ato único. Ademais, circunstâncias fortuitas podem gerar a perda da concentração do ato, como o não comparecimento de testemunhas por motivos diversos, como uma doença, por exemplo.

Quanto mais complexa a causa sob a ótica da produção de provas em audiência, mais difícil manter a unidade do ato. No estado atual de coisas e numa perspectiva de custo-benefício quanto à celeridade, a oralidade rende melhores frutos em causas mais simples e de pequeno a médio porte.

Essa situação é agravada nas audiências cujo caráter de continuidade é mais rigoroso, como os julgamentos pelo tribunal do júri, onde se admite a breve paralisação para descanso e alimentação, retomando-se o ato na sequência e assim por diante, até o término.

Nestes casos, justamente pelo fato de que uma vez iniciada a audiência o julgamento deve ser concluído, demanda-se ainda mais cuidado com as providências preparatórias, como a intimação de testemunhas, o cumprimento de diligências requeridas

---

[496] Sobre o prisma da celeridade, pontua Afrânio Silva Jardim: "A volta do princípio da oralidade, em toda a sua extensão, para nós, é condição *sine qua non* para que se resgate a credibilidade da Justiça Penal em nossa pátria" (JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 61-62), destaque original. Confira-se ainda Mauro Cappelletti: "A partir desse aspecto, o processo oral assume, assim, um duplo significado: de processo mais rápido, concentrado e eficiente, e de processo mais fiel a uma metodologia concreta e empírico-indutiva na busca dos fatos e na valoração das provas" (CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 78, destaques originais).

[497] GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. **Revista de Processo. São Paulo**, ano 24, n. 94, p. 60-61, abr.-jun., 2008.

pelas partes (e deferidas pelo juiz) etc., o que resulta numa probabilidade mais alta de não se realizar o ato caso alguma diligência não tenha sido cumprida ou esteja pendente.

Trata-se de um paradoxo que circunda o binômio oralidade/celeridade, pois uma vez ultimadas todas as providências preparatórias, o julgamento poderá ser realizado numa única oportunidade. Por outro lado, a preparação em geral é complexa, demanda tempo, além de haver a possibilidade de adiamento do ato se subsistir alguma pendência por ocasião do julgamento.

4.4.4 Publicidade e controle dos atos estatais

No ordenamento pátrio, a publicidade tem respaldo constitucional nos artigos 5°, LX, e 93, IX da Constituição Federal de 1988. Mesmo antes da Carta, a legislação processual penal já estipulava a publicidade dos atos processuais em geral (artigo 792 do CPP).

Para Claus Roxin, o significado essencial da publicidade reside em reafirmar a confiança pública na administração da justiça, além de fomentar a responsabilidade dos órgãos judiciais e evitar que circunstâncias alheias à causa interfiram no julgamento.[498]

Ainda sobre o sentido da publicidade, Marco Antonio Marques da Silva avalia:

> A regra geral da publicidade dos atos processuais está em correspondência com os interesses da comunidade, sendo considerada um freio contra a fraude, a corrupção, a compaixão e as indulgências fáceis. O procedimento secreto revela temor da justiça à crítica do povo, não garante ao acusado o direito de defesa e cria um regime de censura e irresponsabilidade.[499]

Nessa perspectiva, dois propósitos principais são verificáveis. Endoprocessualmente, a publicidade reduz os riscos de coação e incentiva as testemunhas a falarem a verdade, enquanto extraprocessualmente assegura a transparência da gestão da prova em juízo e facilita o controle social.[500]

A relação entre oralidade e publicidade se encontra na pré-história, mas alcançou grande desenvolvimento nos sistemas processuais grego e romano, noção essa que repercute na atualidade.

---

[498] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 407.

[499] SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 50. Para Alberto Bovino, o controle propiciado pela publicidade sobre os atos praticados pelos agentes estatais responsáveis pela administração da justiça possui dois âmbitos de atuação: se os direitos do acusado estão sendo efetivamente respeitados; e se os agentes incumbidos da administração da justiça estão cumprindo seus deveres legais (BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 76). Por seu turno, Jeferson Carús Guedes refere que o controle público proporcionado pela presença popular gera um efeito psicológico sobre o órgão julgador, com potencial de frear eventuais posturas exorbitantes e contrárias ao direito durante o ato processual (GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 80).

[500] MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 86.

O caráter público dos julgamentos, aliado às manifestações orais das partes e testemunhas, que empregavam a palavra falada como modo de comunicação no processo e se expressavam em local aberto e de livre acesso a qualquer do povo, permitia a fiscalização não só sobre os atos praticados, mas também do próprio exercício da jurisdição.[501]

Essa ligação voltou a emergir no final do século XVIII, pois a publicidade foi a resposta contra a justiça de gabinete praticada no absolutismo, que ocorria fora da vista pública e ensejava a possibilidade de o monarca influenciar o julgamento.[502]

Vê-se, portanto, desde a Antiguidade, o vínculo da oralidade com a publicidade em relação à transparência e à fiscalização da atividade judicante.[503]

Na atualidade, especialmente nos casos em que há audiência oral, a publicidade dos atos processuais se mantém como forma de viabilizar a fiscalização do processo pelas partes e pela coletividade. A oralidade é instrumental nesse sentido.[504]

Não se ignora que a importância da oralidade em contribuir para a publicidade tem sido relativizada, pois a linguagem e os rituais empregados no campo jurídico são de difícil compreensão ao público em geral.[505]

---

[501] Mauro Fonseca Andrade pontua que o princípio da oralidade nasceu para estar a serviço da publicidade e assim permitir a fiscalização popular da regularidade do processo, da conduta das partes e testemunhas e da correspondência entre o que foi exposto e o que foi julgado. Não obstante, o autor critica essa forma de controle, pois os cidadãos que atuavam como julgadores não precisavam fundamentar suas decisões. Por essa razão, apesar da comunicação oral ocorrer pelas partes e testemunhas, a fiscalização ocorria sobre pessoas (juízes) que nada diziam ao longo do processo, pois os votos eram exteriorizados através de objetos ou gestos (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 149). Discordamos dessa conclusão. É certo que a ausência de fundamentação das decisões gera certa redução da capacidade de controle. Todavia, tal circunstância não afasta o fato de que o procedimento penal em sua integralidade pode ser presenciado por qualquer cidadão e, por consequência, fiscalizado, pois a partir das provas e dos debates presenciados, poderia-se concordar ou não com o resultado do julgamento.

[502] HIRSCH, Günter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. Reforma Judicial. **Revista Mexicana de Justicia**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre de 2009, p. 189.

[503] Para Jorge Leonardo Frank, a oralidade permite o controle do povo sobre a tarefa judicante e educa quanto aos seus efeitos, resultando em decisões melhores e imparciais (FRANK, Jorge Leonardo. **Sistema acusatorio criminal y juicio oral**. Buenos Aires: Lerner, 1986, p. 22-23). Há quem diferencie o princípio da publicidade com o princípio do controle popular ou público, como o faz Jefferson Carús Guedes (GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p.80). Por sua vez, Walter Habscheid situa a publicidade e a oralidade em quadrantes diferentes, entendendo a primeira como forma de controle da justiça e a segunda como meio de comunicação entre o judiciário e o povo: "Em outros tempos, a qualidade respeitante à oralidade ia, de par em par, com a qualidade da publicidade, de tal forma que o processo escrito, emparelhava-se com o processo secreto; entretanto, a publicidade não decorre, necessariamente, da oralidade. Não podemos, então, imaginar que um processo escrito seja público? O escopo da publicidade do processo civil e controle da justiça pelo público é considerada como uma das grandes conquistas liberais da Revolução Francesa. No que diz respeito à oralidade, é ela considerada como meio de realizar u'a melhor compreensão entre o aparelho judiciário e os cidadãos" (HABSCHEID, Walter. As bases do direito processual civil. Tradução de Arruda Alvim. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 3, n. 11-12, jul.-dez., 1978, p. 144).

[504] Discordando desse controle, Mauro Fonseca Andrade sustenta que atualmente a participação do povo nos julgamentos nada ou quase nada influencia a conduta do julgador. Segundo o autor, o verdadeiro controle da atividade jurisdicional se expressa na atualidade de duas maneiras: ou por recurso, ocasião em que as partes manifestam seu inconformismo com a decisão proferida, ou pela via política, com uma atuação mais efetiva dos demais Poderes, exigindo transparência e seriedade do Poder Judiciário. Sem prejuízo, recorda ainda que a criação de alternativas para a resolução de conflitos (princípio da oportunidade no processo penal e arbitragem no processo civil) resulta na ausência de controle popular (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p.135-137).

[505] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 92.

Além disso, os espaços reduzidos das salas de audiência também não estimulam a presença popular para esse fim, salvo no tribunal do júri, onde as características tradicionais da oralidade ainda estão presentes, seja pelo local mais amplo em que normalmente se encontra instalado e que comporta maior número de pessoas, seja pelo interesse e pela curiosidade natural propiciados (formalismos, retórica e juízes leigos apreciando a causa).[506]

Ainda sob um viés crítico, Julio B. J. Maier alerta que a publicidade somente tem sentido se o público puder assistir à produção das provas e aos debates desde o início, pois esse meio de controle só é funcional se os atos do procedimento puderem ser conhecidos numa audiência única e concentrada.[507]

Mesmo se tratando de procedimentos majoritariamente escritos, a publicidade tem aplicação quando o controle ocorrerá através de certidões de objeto e pé e do acesso aos autos físicos.

Atualmente, com a paulatina consolidação do processo digital, o acesso ao conteúdo dos autos através de qualquer computador via *internet* já é realidade, fato que tem potencial para redimensionar o sentido da publicidade do processo.

E não apenas o conteúdo "escrito" dos autos está disponível em ambiente digital (petições, documentos etc.), mas também a própria audiência e os depoimentos colhidos. A gravação de audiências enseja um arquivo digital que tanto pode ser copiado para mídia (CD ou DVD) como pode ser inserido no sistema de gerenciamento de processos digitais do órgão judicial, tornando-a acessível via *internet* a qualquer pessoa, potencializando a publicidade e o controle público destes atos.

---

[506] Com a ampliação do televisionamento das sessões de julgamento nos tribunais em geral, e especialmente no Supremo Tribunal Federal através da TV Justiça, nota-se atualmente uma retomada da fiscalização popular sobre a atividade jurisdicional pela possibilidade de as sessões serem assistidas ao vivo por qualquer pessoa. A descoberta de vultosos esquemas de corrupção no topo da pirâmide política ("Caso Mensalão", "Operação Lava-Jato" etc.) e a ampla cobertura dada pela mídia parece ter estimulado o interesse popular sobre o funcionamento da justiça em geral. Esse fenômeno, todavia, conduz a alguns problemas. O primeiro é a superexposição dos magistrados e o potencial de espetacularização dos julgamentos, prejudicando a reflexão racional e amadurecida da causa, além da própria influência da mídia e pressão popular. Sobre essa superexposição, confira-se: GUEDES, Néviton. **A dignidade dos julgamentos contra a superexposição do Judiciário**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-13/dignidade-julgamentos-superexposicao-judiciario. Acesso em: 15 ago. 2018. O segundo aspecto é a lesividade que a exposição pública pode causar às partes e o potencial desrespeito ao princípio da presunção de inocência. Ainda nesse sentido, os argumentos de Francesco Carnelutti sobre a publicidade no processo penal (CARNELUTTI, Francesco. La publicidad del proceso penal. *In:* **Cuestiones sobre el proceso penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 117-129).

[507] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 621. Na doutrina latino-americana e mesmo na europeia, a publicidade costuma ser diretamente relacionada à oralidade na forma do *juicio publico y oral*. A esse respeito, confira-se novamente Julio B. J. Maier, para quem o julgamento penal público, oral, contraditório e contínuo implica na correlação da publicidade com a intervenção pessoal das partes, além da oralidade, continuidade dos atos e concentração em uma única audiência, bem como a obrigação de que a decisão se funde nos atos ocorridos durante o debate e que tal decisão seja anunciada na mesma sessão de julgamento. Em suma, deve haver uma unidade entre o debate e a sentença (p. 618). Já no Brasil não há uma pronta e inerente vinculação entre a oralidade e a publicidade. É comum que tais princípios sejam estudados de forma estanque.

4.5 Os elementos da oralidade

Os fundamentos da oralidade (político, racional e instrumental) não se confundem, por outro lado, com o modo pelo qual a oralidade efetivamente opera.

Vejamos agora os elementos da oralidade, que dizem respeito à maneira como a oralidade funciona na realidade processual e que reunidos dão forma ao modelo oral de processo.

4.5.1 Forma oral como condição de validade dos atos processuais

Esse elemento se consubstancia na oralidade em sentido estrito, isto é, na forma oral como condição de validade para determinados atos processuais, especialmente a produção de prova oriunda de fontes pessoais.

A questão é como a palavra falada e escrita interagem no processo, até porque inexiste processo totalmente oral.

Para Giuseppe Chiovenda, o único sistema aceitável é o misto, no qual tem lugar tanto o escrito como a viva-voz, mas ao final "tudo resume-se em determinar a ligação recíproca dêstes dois elementos e o valor da **audiência** no que toca ao desenvolvimento das atividades processuais."[508]

Teresa Armenta Deu esclarece que o processo misto é uma realidade, de maneira que não existe processo radicalmente oral ou escrito; a configuração procedimental é uma questão de proeminência de um ou de outro e não propriamente uma opção.[509]

A contribuição de Mauro Cappelletti aponta no mesmo sentido: não há sistema processual na atual fase do conhecimento humano no qual a forma oral domine absolutamente. A tendência é reconhecer a coexistência de elementos escritos e orais, numa relação de coordenação ou no máximo de predomínio de um elemento ou outro, mas não de exclusão total.[510]

---

[508] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 45-46, destaque original.

[509] DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de derecho procesal penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 54. Para a autora espanhola, mesmo com a consagração da oralidade na Constituição da Espanha (artigo 120.2), não há impedimento para que se estabeleça no processo penal determinados atos ou mesmo uma fase processual com base na escrita (p. 54). Destaca também Walter Habscheid: "A questão não mais se coloca em saber se o processo inteiro há de ter desenvolvimento, exclusivamente por escrito ou, então, oralmente, mas sim, coloca-se em saber qual fase do processo está, ou não, submetida à oralidade" (HABSCHEID, Walter. As bases do direito processual civil. Tradução de Arruda Alvim. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 3, n. 11-12, jul.-dez., 1978, p. 145).

[510] CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p.10. O autor critica a definição simplória de oralidade apenas como o uso exclusivo ou prevalente do elemento oral em lugar do escrito, já que tal resposta apresenta dois problemas essenciais. Não explica as razões para que

O emprego do termo "processo misto" é válido como maneira de compreender a necessária interação entre os elementos orais e escritos em qualquer modelo de processo.[511]

Entretanto, é correto o uso da expressão "processo oral" como modelo em que a palavra falada seja obrigatória – e, portanto, predominante – na atividade probatória oriunda de fontes pessoais e nos debates das partes, aliado à imediação, à identidade física e à concentração.

Porém, a escrita tem espaço no modelo oral de processo, desde que limitada a duas finalidades: a) preparar a causa; e b) documentar atos.

Conforme explica Alfredo Vélez-Mariconde, no processo penal há uma fase preparatória escrita anterior ao processo:

> Alguns creem que os juízes entram na sala de audiências e são surpreendidos por uma causa apresentada por um serventuário. Há aqui um erro crasso. Esquece-se que o debate é precedido por atos preparatórios (escritos), assim como o julgamento tem por base uma acusação (escrita) que repousa num sumário (também escrito); é dizer, que nem tudo é oral, mas somente (e inclusive há atas que podem ser lidas) a última etapa do julgamento propriamente dito, a que deve dar base à sentença.[512]

Na verdade, vislumbram-se duas espécies de preparação no processo penal. A primeira, relativa à preparação para o ingresso da ação penal, estrutura-se a partir dos elementos colhidos na fase de investigação que servem de base para o ajuizamento da ação. Uma segunda preparação também tem lugar após a admissão da ação penal e início do processo, mas agora em juízo e voltada para a audiência de instrução, debates e julgamento. Essas duas etapas demandam a escrita como forma de preparação, seja para o exercício da ação penal, seja para o julgamento.

---

haja uma tendência à oralidade no processo e pressupõe a exclusão absoluta de um instrumento utilíssimo de comunicação e conservação do pensamento, no caso, a escrita. E ainda, tem um caráter vago e ambíguo, pois não esclarece em que medida se dá a prevalência dos elementos orais (em que fases ou em que atos do processo) (p. 97-99).

[511] Avaliando a incorreção do termo "processo misto", entende Fernando da Fonseca Gajardoni: "Deve se entender que o predomínio da palavra oral ou da escrita é que determina a opção pelo princípio (e não sua exclusão). Não existe processo misto, apesar do que equivocadamente afirmam alguns. Há atos processuais orais no processo escrito. Como há atos processuais escritos no procedimento oral. O que importa é a predominância de um sobre o outro" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre a oralidade no processo civil romano. **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, v. 9, n. 10, p. 77-95, maio, 2006, p. 77).

[512] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. 2. ed. t. I. Buenos Aires: Lerner, 1968, p. 430. No processo civil há igualmente uma fase de preparação que demanda a escrita. Segundo Mauro Cappelletti, em determinados momentos processuais a escrita supera a oralidade, como justamente na formulação-proposição da demanda e seus elementos essenciais (pedido e causa de pedir), pois facilita a precisão, a seriedade e a identificação da demanda. Também em relação às argumentações jurídicas, a escrita permite uma abordagem serena e meditada, viabilizando consultas doutrinárias e jurisprudenciais, afastando a improvisação e os esquecimentos, reduzindo as diferenças de habilidade das partes quanto à retórica (CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, jul. 2002, p. 13-14). Transpondo a noção do processo civil para o processo penal, Adolf Wach esclarece: "A mudança para os escritos preparatórios é para o procedimento oral civil o que é a instrução [investigação] preliminar para o procedimento penal" (WACH, Adolf. **Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana**. Tradução de E. Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1958, p. 17).

A problemática colocada na seara penal consiste em saber se os elementos escritos produzidos durante a investigação poderão ou não ser utilizados quando do julgamento de mérito e, em caso positivo, de que forma e em que grau.

Parece não haver dúvidas de que os elementos obtidos na fase de preparação da ação penal, isto é, formados fora do contraditório e da oralidade, são relevantes à análise da admissibilidade da acusação de forma a legitimar o início da persecução penal em juízo e justificar a adoção de medidas cautelares pelo juiz.

Já o aproveitamento para a análise do mérito é admissível somente em casos excepcionais por carecer de oralidade e contraditório. Ora, se a prova pessoal é constituenda, isto é, deve ser constituída no ambiente processual, as declarações precedentes necessariamente devem ser usadas para outros fins que não a formação do convencimento judicial sobre o mérito da causa, sob pena de inutilidade da reprodução em juízo.

Discute-se também se o magistrado que julgará a causa deverá ou não ter contato com estes dados. Baseando-se na diretriz apontada pelo Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América[513], segundo Julio B. J. Maier, o juiz que atuará durante a produção das provas e os debates orais não deve conhecer do assunto a ser tratado até a abertura do julgamento. Logo, julgará a causa apenas amparado nos elementos produzidos durante a audiência oral pública e sob o crivo do contraditório.[514]

José Antonio Mouraz Lopes justifica essa postura por entender que no debate oral, sujeito à imediação e ao contraditório, deve prevalecer a *virgin mind* do juiz, já que uma intervenção judicial prévia ao momento adequado à produção das provas poderia antecipar indevidamente a formação do convencimento judicial, minando a garantia de um processo justo.[515]

---

[513] Destinado a disseminar as novas tendências processuais e estimular reformas processuais na América Latina, o Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América adotou as seguintes premissas: a) modelo acusatório, com a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar; b) supressão dos juizados de instrução; c) atribuição da investigação prévia ao Ministério Público, com a intervenção do juiz para as medidas cautelares; d) intransponibilidade para o processo dos elementos probatórios recolhidos na investigação, destinados exclusivamente à formação da *opinio delicti* do Ministério Público; e) processo público e oral, em contraditório; f) procedimento ordinário, com uma etapa intermédia objetivando receber a acusação; g) previsão da suspensão condicional do processo (*probation*); h) existência de procedimentos abreviados; i) supressão, em princípio, da apelação, substituída pelo recurso de cassação e pela revisão *pro reo*; j) tribunais integrados por elementos do povo; k) adoção de vários mecanismos de seleção de casos, quebrando o princípio da obrigatoriedade da ação penal; l) suspensão do processo em caso de revelia; m) preocupação com a vítima e previsão de acordos reparatórios; n) jurisdicionalização da execução; o) efetivação das garantias do devido processo legal (GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos do novo processo penal na América Latina. **O processo**. Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 306).

[514] MAIER, Julio B. J. El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 85, jan-mar., 1997, p. 252.

[515] LOPES, José Antônio Mouraz. **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 33.

Sobre esse tema, José Carlos Barbosa Moreira chama a atenção para um fenômeno interessante. Na seara do processo civil, a concepção tradicional era de que cabia às partes não apenas provocar o início da demanda, "mas também a marcação do ritmo em que ele havia de mover-se, a determinação das matérias de que devia ocupar-se o órgão julgador, a escolha dos meios de que este poderia utilizar-se para resolver as contendas". Já o juiz seria um árbitro imparcial, mas com atitude passiva em relação ao desenvolvimento do pleito e indiferença quanto ao desfecho.[516]

No entanto, observa-se ultimamente uma tendência justamente contrária na qual são reconhecidas características típicas do processo penal (publicísticas) ao processo civil, como atipicidade das provas, incremento dos poderes do juiz, redução (ou abandono) de insistentes reminiscências da prova legal e atribuição aos membros da coletividade do dever geral de contribuir para a cabal apuração dos fatos.[517]

Por sua vez, o processo penal tem caminhado em sentido inverso, inclinando-se para reduzir os poderes do juiz e limitar os elementos suscetíveis de consideração judicial às provas produzidas na sessão oral, resultando daí a noção de que, para assegurar a imparcialidade e evitar influências indevidas, o juiz somente deveria conhecer os fatos no momento da sessão de julgamento.[518]

A segunda função da escrita no processo oral é a documentação de atos, pois imprescindível para o registro e deduções das partes.

Falar em documentação[519] somente tem sentido em processos informados pelo princípio da oralidade, nos quais o convencimento do juiz é formado pelo material produzido oralmente e, justamente por esse motivo, deve ser preservado pela escrita, pois do contrário se perderia.[520]

---

[516] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e proceso penal: mão e contramão? **Revista de Processo**. São Paulo, n. 94, ano 24, abr-jun. São Paulo: RT, 1999, p.13-14.
[517] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e proceso penal: mão e contramão? **Revista de Processo**. São Paulo, n. 94, ano 24, abr-jun. São Paulo: RT, 1999, p. 18-19.
[518] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e proceso penal: mão e contramão? **Revista de Processo**. São Paulo, n. 94, ano 24, abr-jun. São Paulo: RT, 1999, p. 22-23.
[519] Robert Wyness Millar denomina princípio da "protocolização" (*protocolización*) a exigência de que as alegações ou as provas orais sejam consignadas por escrito "con el fin de conservar un memorial del procedimiento" (MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Eidar, 1945, p. 143-144). Segundo o autor, o princípio da escritura teria evoluído a partir do princípio da protocolização (p. 145). Isidoro Eisner também emprega o termo "protocolização" para significar documentação de atos (EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 71).
[520] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 157-158. Ainda assim, para Adolfo Gelsi Bidart, no processo oral a documentação deve ser reduzida ao mínimo necessário (BIDART, Adolfo Gelsi. **Situacion, perspectiva y razon de oralidad**. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1975, p. 14).

Por outro lado, no caso de atos que originariamente assumem a forma escrita, não se fala propriamente em documentação. Por essa razão, Cândido Rangel Dinamarco diferencia instrumentalização de documentação:

> Os atos escritos são *instrumentalizados* em peças assinadas por quem os produz, como as petições dos advogados, os pronunciamentos judiciais feitos fora de audiência, os laudos periciais e pareceres dos assistentes-técnicos etc. Os orais são documentados pelos auxiliares da justiça, para registro e futura utilização pelo juiz, pelas partes, pelos tribunais etc. A *instrumentalização* dos atos e a *documentação* dos atos constituem meios distintos, mas convergentes, de preservar a memória do ato.[521]

O registro é tradicionalmente feito na ata de audiência, onde devem constar todos os atos, incidentes, ocorrências, requerimentos e decisões.

A principal necessidade de documentação de atos orais no procedimento penal ocorre na colheita de depoimentos de testemunhas e peritos, no interrogatório do acusado, seja para fins de recurso (permitindo ao órgão *ad quem* conhecer as declarações), seja quando não é possível encerrar a audiência de instrução no mesmo dia, quando então servirá para que na próxima audiência o juiz se recorde dos depoimentos anteriores, e ainda, para dar conhecimento ao juiz de atos praticados fora de sua jurisdição (cartas precatórias).

Admite-se, conforme o caso, que o registro da palavra falada por escrito se suceda "seja pela transcrição em seus precisos termos – necessária para alguns atos, por exemplo, a coleta da prova testemunhal – seja pela transmissão da ideia naquilo que se mostrar essencial, como é a hipótese dos debates orais, cujas teses devem constar em ata."[522]

Atualmente, o uso da gravação por sistema audiovisual tem substituído o registro por escrito dos depoimentos, sendo ainda empregado subsidiariamente para os debates orais, o que conduz a uma releitura da escrita como forma de documentar os atos.

---

[521] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 491, destaques originais. Em sentido semelhante: BIDART, Adolfo Gelsi. La oralidade em el derecho uruguayo. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. México, n. 37-40, t. X, p. 713-719, enero-diciembre 1960, p. 714. Sem diferenciar documentação de instrumentalização, Cássio Scarpinella Bueno entende que a documentação reduz a importância da oralidade: "A oralidade, contudo – assim como a maior parte dos subprincípios acima destacados – é claramente mitigada no Código de Processo Civil e mesmo nas leis extravagantes que o acolhem. É que, mesmo quando admitido o uso da palavra oral, ela será reduzida a escrito. [...] O princípio da oralidade, por isto mesmo, tem interesse meramente histórico. Ele cede espaço, isto não há como desconsiderar, à própria necessidade de documentação dos atos processuais e, portanto, à própria segurança jurídica" (BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 503-504).

[522] DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 49.

4.5.2 Imediação

4.5.2.1 Aspectos conceituais

Joaquim Canuto Mendes de Almeida[523] ensina que os atos do cotidiano em seus vários aspectos são praticados, em regra, com base na imediação[524] entre as pessoas, pois com o contato direto a compreensão é mais fácil e o esforço é menor para se fazer entender:

> A imediação dá rapidez ao trato habitual do homem com seus semelhantes, à manifestação direta dos desejos, das anuências e das negativas, às prontas reiterações e motivações de propósitos, à instantânea percepção global dos objetos ou das solicitações exteriores; facilita a compreensão, as análises e as sínteses dos fenômenos; estimula as indagações urgentes, favorecendo a vivacidade dos juízos e dos raciocínios.[525]

O critério se aplica também na realidade processual, pois o juiz entende melhor as partes e compreende com mais agudeza o contexto probatório a partir de um contato sem intermediários.

Segundo Nicolás Cabezudo Rodríguez, a imediação abrange a atividade de produção de provas (probatória) e os debates das partes (alegações):

> Um denominador comum a todas as concepções de imediação é que o sujeito que conhece a causa, no caso, o juiz, entre em contato direto, livre de interferências e em unidade espaço-temporal com todos os atos fática e juridicamente relevantes para a configuração do objeto do processo, compreendendo tanto a atividade alegatória como a probatória que se desenvolve no processo.[526]

Na atividade probatória, a imediação se manifesta impondo que o juiz assista e participe da produção de provas pessoais em juízo, ou seja, tendo contato direto com testemunhas, informantes, peritos e acusados, viabilizando a percepção direta destes dados e sua aderência à realidade, além da sinceridade do depoente. Vincula-se, pois, à matéria de fato.

---

[523] ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p. 19-20.
[524] Também chamada de imediatidade ou imediatismo.
[525] ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p. 19.
[526] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 21.

Além do acesso direto com as provas pessoais, a imediação envolve ainda o contato do juiz com os objetos apresentados ou informados pelas partes, o que se consubstancia na inspeção judicial.[527]

O plano mais visível da imediação está no exame da autenticidade dos depoimentos prestados. Isso porque a confiabilidade da prova oral é mais acurada não só quando as partes intervêm na sua produção, mas também quando é produzida sob o escrutínio judicial. Em outras palavras, a credibilidade da prova testemunhal é mais fácil de ser avaliada pelo juiz quando produzida *viva voce*.[528]

A imediação quanto às provas possui duas dimensões: a estática (passiva) e a dinâmica (ativa). A estática repercute o contato direto do juiz em si mesmo com as fontes de conhecimento, confundindo-se com a presença do juiz aos atos fática e juridicamente relevantes do processo. Já a dimensão dinâmica estabelece funções diretivas ao juiz tanto nos debates como na recepção da prova pessoal, incluindo a interação com as fontes de prova.[529]

O controle em tempo real da arguição viabiliza a fiscalização para que o ato seja realizado corretamente, admitindo perguntas relevantes e rechaçando as impertinentes.[530]

A interação contínua entre arguidor e arguido conduz à maximização da dialética do processo e permite extrair maior espontaneidade das respostas dadas pelo depoente. Pelas mesmas razões, eventual intenção de mentir ou a ausência de fidedignidade do depoimento podem ser notadas com mais facilidade a partir do contato presencial e direto em substituição à leitura da transcrição de um relato anteriormente prestado e trazido ao julgador na forma escrita.

---

[527]Giuseppe Chiovenda afirma que o juiz deve manter contato direto com as pessoas (partes, testemunhas e peritos), cujas declarações irá avaliar, bem como os objetos que passarão pelo seu crivo (documentos) e até mesmo lugares (CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 41; 59-60). Segundo Mauro Cappelletti, o único exemplo factível de prova realmente imediata seria a inspeção judicial, onde o juiz se coloca em contato direto com o fato a provar (CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, p. 12-18, jul. 2002, p. 16). Para Petronio Calmon, o ato de inspeção judicial "não pode ser considerado oral nem escrito, já que a inspeção se constitui de atos de verificação e observação. Depois de a prova colhida é que é lavrado o auto respectivo, documentando a diligência" (CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, p. 47-75, dez., 2009, p. 50).

[528] JOLOWICZ, John Anthony. Orality and inmediacy in english civil procedure. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. México, n. 24, ano VIII, p. 595-608, septiembre-diciembre 1975, p. 608. Para Alexandre Miura Iura, "o legítimo valor no contato entre juiz, partes e testemunhas está na possibilidade de interação imediata do juiz com os depoentes, e a imprevisibilidade das perguntas que poderão ser formuladas. Isso porque, a imediação dificulta a construção de relatos falsos, mas coerentes, pois tolhe a possibilidade de o depoente refletir sobre todas as imbricações da falsa assertiva" (IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 125).

[529] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 32; 42. Para o autor, a dimensão dinâmica permitiria a iniciativa instrutória do juiz, ainda que em caráter excepcional (p. 32-33), bem como atuaria na justiça penal negociada, autorizando o juiz a avaliar a voluntariedade e a capacidade do acusado em assentir com a proposta, ou seja, se o consentimento é fruto de uma decisão livre e consciente ou se foi derivado de desinformação, engano ou coação (p. 37-39).

[530] FENOLL, Jordi Nieva. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 2, p. 27-41, jul.-set. 2010, p. 38.

Por todas essas características, a imediação se qualifica duplamente: a) como técnica que atua para formar provas pessoais, sendo um fator determinante, ainda que não o único, para que os elementos de convicção alcancem o *status* de prova autêntica; b) como método de conhecimento judicial, isto é, de captação da realidade pelo juiz ou tribunal que alimenta o convencimento do juiz, prática que comporta não só a presença, mas também a interação do juiz com os elementos de convicção.[531]

Nessa visão, a imediação se presta a determinar o conceito de prova válida no processo penal, pois demanda a presença judicial para sua regular formação.[532] Ademais, tem relevância também sob o prisma da valoração da prova, pois contribui para a percepção que o juiz ou o tribunal possa ter dos fatos e, consequentemente, para formar seu convencimento.

Quanto mais direta e sem intermediação a captação das informações, mais idônea a comparação a ser feita da realidade dos fatos com as afirmações das partes, com a emissão de um juízo valorativo mais acertado.

Cabe ressaltar que a compreensão da imediação como método de convencimento judicial é contestada por Francesco Iacoviello, para quem "a oralidade-imediação é uma técnica de formação das provas, não um método para o conhecimento do juiz".[533]

Seguindo essa linha, Perfecto Andres Ibañez destaca que a imediação deve ser usada de modo objetivo, pois levada ao extremo, a captação de informações pelo juiz tornaria impossível a racionalização do processo de obtenção do conhecimento do caso penal através das provas, já que a valoração somente seria possível pelo órgão judicial que teve contato direto e presenciou todas as nuances do depoimento, muito além de seu mero conteúdo, incluindo elementos implícitos não passíveis de registro por escrito (elementos paraverbais e não verbais). A consequência seria tornar impossível qualquer fiscalização posterior por quem não tenha participado daquela anterior experiência singular.[534]

---

[531] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 90-91. O citado autor vincula a imediação como técnica formativa de provas ao sentido objetivo ou material da imediação, enquanto que como método de conhecimento judicial tem relação com o sentido subjetivo ou formal da imediação (p. 89). Rosario Herrera-Abián concorda que a imediação se destina a melhor formação da convicção do julgador (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 2).

[532] Essa visão se aproxima da noção de prova constituenda, ou seja, da prova que deve ser produzida dentro do processo e, por consequência, com a participação direta do juiz (imediação) e das partes (contraditório).

[533] IACOVIELLO, Francesco. **La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione**. Milano: Giuffrè, 1997, p. 151 apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 65. Também nesse sentido: IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In:* BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 171; RUIZ, Francisco López. El principio de inmediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. **Justicia** – Revista de Derecho Procesal. Barcelona, n. 1, 2016, p. 256-267.

[534] IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In:* BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 167-168; 171.

Em que pesem estas considerações, é inafastável a imediação como forma de se obter conhecimento judicial, pois é inerente que o julgador extraia elementos para amparar sua convicção a partir do que presenciou e teve contato diretamente, o que evidentemente não significa – ou pelo menos não deve significar – um julgamento por mera intuição ou meramente arbitrário.

Além da atividade probatória, a imediação envolve ainda o recebimento pelo juiz das alegações orais formuladas pelas partes. Nesse caso, alcança matéria de fato como de direito.

Esse aspecto da imediação integra a oralidade nos discursos, e conforme mencionado,[535] atualmente não ostenta tanta relevância comparada à atividade probatória, principalmente nos julgamentos realizados por juízes profissionais.

A vantagem advinda da imediação quanto aos debates só é sentida se o contato for mantido com ambas as partes, quando então o juiz terá acesso ao conteúdo direto e integral dos argumentos e pretensões.[536]

Em suma, a imediação diz respeito ao contato direto e sem intermediários exigido do juiz em relação à atividade probatória relativa ao objeto da causa e que servirá como base para o julgamento, com relevo para a prova pessoal, além da interação dos sujeitos processuais com o juiz, especialmente quanto aos argumentos apresentados nos debates. Presume-se que desta forma o juiz possuirá melhores condições de julgar corretamente a demanda.

É isso o que se depreende da visão exposta por Isidoro Eisner:

> Podemos definir, em termos gerais, a "imediação" como o princípio em virtude do qual se procura assegurar que o juiz ou tribunal se encontre em permanente e íntima vinculação pessoal com os sujeitos e elementos que intervém no processo, recebendo diretamente as alegações das partes e os aportes probatórios; com o fim de que possam conhecer em toda a sua significação o material da causa, desde o início dela, quem deve prolatar a sentença que a resolva.[537]

---

[535] Conforme capítulo 3, *supra*.

[536] EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 78-79.

[537] EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 33. Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni, a imediação já era notada no direito romano antigo: "O imperador ADRIANO (fr. 3, Dig. de test. 22,5), depois de haver enumerado alguns critérios capazes de servirem de guia na imediação, como o grau da autoridade, a dignidade, a conformidade com a opinião pública, terminou por dizer que toca ao juiz apreciar a testemunha, seu modo de depor, sua simplicidade; se tinha a aparência de repetir um discurso preparado de memória, ou de responder improvisadamente a verdade (*hoc solum tibi rescribere possum [...] ex sententia animi tui te aestimare oportere quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris*). E recomendava aos juízes que interrogassem diretamente as testemunhas, mesmo à custa e fazê-las vir de longe às expensas do tribunal e de utilizarem o menos possível delegações e atas ('*Alia est auctoritas*', dizia ele, '*praesentirum testium, alia testimnoniorum quae recitari solent*'), isto porque o valor das testemunhas que depõem em pessoa é muito diferente do valor das atas que se costuma ler" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre a oralidade no processo civil romano. **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, v. 9, n. 10, p. 77-95, maio, 2006, p. 78).

Segundo Giuseppe Chiovenda, a simplificação e a abreviação da causa são os valores exteriores do processo oral, ao passo que a imediação seria um valor "íntimo" (ou interno). Nessa ótica, o contato direto entre o juiz e os elementos de prova é condição indispensável para a formação de seu livre convencimento, opondo-se ao sistema da prova legal.[538]

> Como se pode julgar da credibilidade de uma testemunha sem a haver visto e ouvido, mas sómente lendo o **verbal**[539] de seu depoimento? O juiz que deve confrontar entre si as declarações das partes sem as haver pessoalmente ouvido? O juiz que deve formar uma idéia da situação dos lugares a que se refere a controvérsia sem os haver visitado, somente lendo as descrições feitas por um terceiro? Êste juiz deverá aplicar, necessariamente, critérios apriorísticos, formais, convencionais: faltar-lhe-á o instrumento mais útil da descoberta da verdade, ou seja, a **observação**. Tal é o juiz do processo escrito.[540]

A capacidade de observação tem grande influência na imediação, pois o juiz forma seu convencimento pela totalidade da prova. Assim, eventual redução da capacidade de percepção por motivo de doença tem o condão de prejudicar o contato pessoal e os resultados obtidos dessa observação direta (surdez, doença mental etc.).[541]

---

[538] CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 137.

[539] "Verbal" é o termo genérico para o resumo dos fatos da causa ou de depoimentos etc.

[540] CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 138, destaques originais.

[541] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 405. Para o autor alemão, é controversa a possibilidade de atuação de um juiz cego. Sobre esse assunto, destaca-se notícia veiculada no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 23 de janeiro de 2018: um deficiente visual teria integrado o corpo de jurados na comarca de Santo André/SP. Conforme a informação, "O primeiro júri realizado na Comarca de Santo André em 2018 confirmou a natureza democrática e cidadã do instituto ao ter entre seus integrantes jurado deficiente visual. Realizado no dia 16 de janeiro, para o julgamento foram necessárias apenas algumas adaptações simples, contou a juíza Milena Dias, da Vara do Júri e das Execuções Criminais da comarca. Os jurados são sorteados entre cidadãos de notória idoneidade, maiores de 18 anos, a partir de uma lista geral da Vara. De acordo com a magistrada, em conversa com o cidadão antes do sorteio, ele se mostrou muito interessado em colaborar com a Justiça e integrar o corpo de jurados caso fosse sorteado. De acordo com a Constituição Federal, cabe ao Tribunal Popular julgar somente os crimes dolosos contra a vida – homicídio simples (artigo 121 CP), privilegiado (artigo 121, § 1º) e qualificado (artigo 121, § 2º); induzimento, instigação e auxílio ao suicídio (artigo 122); infanticídio (artigo 123) e as diversas formas de aborto (artigos 124 a 127) – e os a eles conexos. Na ocasião foram julgados dois homens acusados de homicídio. Para garantir a inclusão do deficiente visual, a juíza designou um escrevente para acompanhá-lo e auxiliá-lo em alguns momentos, como por exemplo, para leitura da denúncia e da decisão de pronúncia, sem tecer comentários. O funcionário também descreveu o laudo mostrado em um telão pela promotora. Segundo Milena Dias, durante todo o julgamento, o jurado 'demonstrou muita segurança', já que o 'procedimento é basicamente oral'. São realizados os debates, oportunidade para que acusação e a defesa apresentem suas teses – cada parte tem uma hora e meia para se manifestar, quando somente um réu, ou duas horas e meia se houver mais de um acusado. Encerrados os debates, é facultado ao representante do Ministério Público optar pela réplica, que levará à tréplica da defesa, cabendo às partes mais uma hora de manifestação (se apenas um réu) ou duas (se houver mais de um). Finalizados os debates, os jurados se reúnem para votação secreta dos quesitos, respondendo 'sim' ou 'não' a cada um, determinando, dessa forma, a condenação ou absolvição do réu. Cabe ao juiz presidente abrir a urna que contém os votos válidos, apurar o resultado e proferir a sentença, de acordo com a decisão soberana dos jurados. Para que o jurado pudesse votar sem ser identificado foram colocadas fitas adesivas em todas as cédulas 'sim': fita colada. Durante a votação a própria juíza fez a áudio-descrição dos procedimentos. Todo o desenrolar constou em ata. 'Ao final, ele se mostrou muito feliz, afirmou que realizou um sonho de contribuir com a Justiça', contou a juíza. 'Exerceu a cidadania de forma plena. Todos nós temos dificuldades, a deficiência visual pode ser uma delas.'"

Ademais, ainda que temporária e por fato isolado, a redução da capacidade de percepção do juiz continua a afetar a imediação, como por exemplo, quando o julgador dormir durante a sessão de julgamento, pois não conseguirá ter acesso direto à totalidade da prova.[542]

A imediação implica vedar o uso do conhecimento pessoal e privado do juiz sobre o fato objeto de apuração, pois presume que esse conhecimento seja obtido durante a fase judicial e na presença das partes. Portanto, caso saiba previamente de algo relacionado aos fatos, deverá atuar como testemunha e não juiz.[543]

Nessa esteira, Marco Antonio Marques da Silva pondera: "não lhe é permitido louvar-se em seu conhecimento pessoal privado porque não pode ser contrastado nem pelas partes nem pelos juízes que houverem de apreciar a sentença em grau de recurso."[544]

Da mesma forma, o órgão julgador não pode buscar informações extraoficiais sobre os fatos, como eventuais impressões pessoais do juiz que colheu o depoimento de determinada testemunha por precatória. É igualmente incabível pedir informações adicionais por telefone a testemunhas ou peritos, ou ainda, considerar na sentença as conclusões obtidas ao realizar inspeção privada no local dos fatos.[545]

Francesco Carnelutti vislumbra imediação também na relação mantida entre as partes e as fontes de prova. Nessa toada, a colheita do depoimento com (re)perguntas das partes feitas por intermédio do juiz (sistema presidencialista) afetaria a eficácia do diálogo e por consequência, a imediação.[546]

Entretanto, parece mais correto afirmar que esse contato direto não decorre da imediação, cujo vínculo envolve o juiz e a decisão final a ser emitida ao final do processo. É apenas manifestação do direito à prova que a parte possui, incluindo o contraditório e, no caso do acusado, o próprio direito de defesa.[547]

O mesmo se diga da posição de Jurgen Baumann, no sentido de que em função da imediação, todos aqueles que participam do processo devem atuar juntos e estar presentes

---

[542] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 405. No mesmo sentido, Jurgen Baumann, para quem a imediação exige que o juiz presencie a audiência (*juicio oral*) integralmente (BAUMANN, Jurgen. **Derecho procesal penal**. Conceptos fundamentales y principios procesuales. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 93). Isso explica uma situação que não raro ocorre no tribunal do júri, onde se alega a nulidade do julgamento pelo fato de algum dos jurados ter "cochilado" durante a sessão, seja durante os depoimentos, seja no momento das alegações orais.

[543] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 399.

[544] SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 8.

[545] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 399-400.

[546] CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. v. II. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 153. No mesmo sentido, admitindo perguntas diretas pelas partes como consequência da imediação: SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**. Sistemas & princípios. Curitiba: Juruá, 2003, p. 151-152.

[547] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 40.

durante a audiência.[548] No entanto, a circunstância de todos os sujeitos processuais estarem reunidos diz respeito à concentração do ato. Ademais, também espelha manifestação do direito à prova, do contraditório e do direito de defesa, mas não propriamente da imediação, já que esta pressupõe um vínculo entre o material probatório e alegatório e o juiz que deverá emitir a decisão de mérito.

4.5.2.2 A relação oralidade/imediação

Por decorrerem do modelo de processo derivado do julgamento por jurados, imediação e oralidade sempre caminharam juntas. Essa proximidade fez com que não raramente seus conceitos fossem equiparados, com uma visível tendência de unificação sob o rótulo de "oralidade".

Segundo James Goldschmidt, o conceito de imediação surgiu apenas em meados do século XIX e inicialmente ficou vinculado à oralidade. Contudo, pouco a pouco, a imediação passou a ser reconhecida como um princípio específico para a recepção de provas. Nessa linha, ambos se diferenciariam, pois "a oralidade é uma forma de entendimento, a imediação é uma escala de percepção".[549]

Somente depois de algum tempo os conceitos foram decompostos pela dogmática e puderam ser estudados com mais precisão e individualmente.[550]

Em tese, oralidade e imediação podem funcionar separadamente, o que seria percebido nas seguintes situações: a) no exame de documentos originais[551] e de alegações finais escritas,[552] não haveria oralidade, mas estaria presente a imediação por não existir intermediários entre os pensamentos das partes e o acesso cognitivo a tais dados pelo juiz, cujo conhecimento é direto, ainda que na forma escrita; b) no depoimento prestado por escrito

---

[548] BAUMANN, Jurgen. **Derecho procesal penal**. Conceptos fundamentales y principios procesuales. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 87. No mesmo sentido: GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 64. No processo civil, Isidoro Eisner também entende que vislumbra imediação entre os advogados e as partes entre si (EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 82-85; 89).

[549] GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 144-145.

[550] Na opinião de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, a imediação não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 329). Hans Fasching alerta para a necessidade de rigorosa separação dogmática entre oralidade e imediação para ordenar as respectivas tendências de desenvolvimento (FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno. Tradução de Wanderlei de Paula Barreto. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, n. 39, p. 27-34, jul.-set., 1985, p. 27).

[551] GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 145.

[552] FENOLL, Jordi Nieva. **Los problemas de la oralidad**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 67, set-dez. 2010, p. 250.

diretamente ao juiz por mudo ou surdo-mudo que saiba ler (perguntas e respostas por escrito), haveria imediação, mas não oralidade;[553]c) no depoimento prestado por escrito ao juiz por mudo ou surdo-mudo por meio de intérprete ou tradutor, ainda que em audiência e perante o juiz, não haveria imediação e nem oralidade; d) no depoimento prestado por escrito sem a presença física do depoente na sala de audiência (perguntas transmitidas e prestadas por escrito), haveria imediação, mas não oralidade;[554]e) na colheita de depoimento de testemunha por precatória por outro juiz (sem videoconferência), haveria oralidade, mas não imediação, ao menos não com o juiz que deverá decidir a causa (imediação em sentido estrito), já que este acessará o teor do depoimento por meio de escritos, sendo que o mesmo ocorrerá se a prova pessoal for colhida por juízes distintos numa mesma comarca;[555] f) na colheita de depoimentos de testemunhas por servidores ou funcionários com poderes delegados pelo juiz, haverá oralidade, mas não imediação, seja no sentido estrito (identidade física), seja no amplo (judicialidade do ato).[556]

O que se percebe, contudo, é que apesar da possibilidade de distinta categorização, oralidade e imediação funcionam simbioticamente e se retroalimentam em relação aos fins que buscam alcançar, além de compartilhar dos mesmos fundamentos que as justificam.

Exemplo disso é visto em Jordi Nieva Fenoll: "quando se exige a oralidade, mais do que a forma oral, reivindica-se a imediação na produção da prova".[557]O que se quis modificar com a imediação foi impor ao juiz a recepção da prova pessoal, que deveria ocorrer oralmente.[558]

Por sua vez, Alfredo Vélez Mariconde avalia que para a imediação ser efetiva, é preciso realizar oralmente o julgamento, pois este procedimento ou método de investigação é

---

[553] Muito embora se perderá em grande parte a dinâmica e a dialética esperada para o ato.

[554] Apesar da falta de pessoalidade do ato (presença do depoente perante o juiz), em tese não haveria intermediários na comunicação do pensamento, ainda que este ocorra por escrito. O que se poderia argumentar é a possibilidade de as respostas dadas por escrito não terem sido escritas pelo depoente, mas sim por terceiro a seu pedido (em parte ou no todo), pois não haverá meios fazer esse controle fora da sala de audiência.

[555] Nesse caso, o máximo que se pode falar é de imediação em sentido amplo, entendida como a mera "judicialidade" do ato, já que a oitiva será realizada judicialmente, mas pelo juiz da comarca deprecada. Além disso, a forma do ato – oral ou escrito – dependerá do referencial do juiz. O depoimento colhido por carta precatória será um ato oral para o magistrado do juízo deprecado (tomada de depoimento), ainda que tal ato seja documentado por escrito. Já para o juiz que determinou a expedição da carta precatória (juízo deprecante) e recebeu o depoimento por escrito, será um ato escrito.

[556] Muito embora o exemplo pareça exagerado, Adolfo Gelsi Bidart refere que a legislação processual civil uruguaia no ano de 1975 admitia que os juízes atribuíssem a recepção da prova testemunhal ao *escribano* ou *actuario*, ou seja, a servidores, carecendo até mesmo da nota de judicialidade (BIDART, Adolfo Gelsi. **Situacion, perspectiva y razon de oralidad**. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1975, p. 24).

[557] FENOLL, Jordi Nieva. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 2, jul.-set. 2010, p. 28.

[558] FENOLL, Jordi Nieva. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 67, set-dez. 2010, p. 251.

a primeira consequência da imediação, visto que a palavra falada é a manifestação natural e originária do pensamento humano.[559]

No mais, para Nicolás Cabezudo Rodríguez, a oralidade garante maior espontaneidade, condição apreciável para a consecução dos fins que se pretende alcançar através da imediação.[560]

Em outras palavras, ainda que em teoria se admita que possam funcionar de forma estanque e isolada e mesmo que na prática existam exemplos não exatamente raros, imediação e oralidade "formam um todo que não podem operar separadamente, porque cada um desses elementos isolados perde sua razão de ser ou resulta inoperante".[561]

4.5.2.3 Acepções e sentidos da imediação

Assim como ocorre com a oralidade, é possível contemplar mais de um sentido para a imediação. A doutrina enuncia algumas classificações tendo por base referenciais diversos, a seguir discutidos e tratados.

4.5.2.3.1 Imediação em sentido formal e material

Tradicionalmente, a imediação traduz o contato direto do juiz com os elementos de prova. A partir dessa ideia, toma corpo o sentido subjetivo ou formal da imediação, cuja consequência impõe a intervenção pessoal e direta pelo juiz, sem intermediários, na recepção e no conhecimento do material probatório.[562]

Cuida-se do modo como ocorre a relação entre o juiz e as fontes de prova, que deve ser a mais direta possível.[563] O órgão incumbido de proferir a decisão deve observar por si mesmo a prova produzida, ou seja, deve intervir diretamente e não pode deixar a recepção da prova a cargo de outras pessoas, como o juiz instrutor ou delegado.[564]

Isidoro Eisner enuncia as seguintes implicações do sentido subjetivo: a) o reconhecimento judicial de locais e coisas (inspeção judicial) deve ser feito diretamente pelo

---

[559] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. II. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1969, p. 188.
[560] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 49.
[561] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 09.
[562] EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 90-91.
[563] GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 146-147.
[564] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 394.

juiz. Se houver necessidade de exame por peritos, o juiz deverá estar presente na diligência; b) a prova documental deve ser apresentada em seus originais para o juiz conhecer diretamente o texto, a redação, o tipo de escrita, o papel, a tinta e o modo de impressão; c) os depoimentos e interrogatórios devem ser colhidos pessoalmente pelo juiz, ou seja, as testemunhas, peritos e acusados devem depor oralmente em juízo; d) quanto à prova pericial, presumindo-se que o juiz acompanhou a diligência estando no local, deve indagar o perito pessoalmente sobre o trabalho realizado.[565]

Não obstante, a importância do sentido subjetivo da imediação se relaciona com a imposição de que os depoimentos daqueles que prestarão declarações sejam colhidos pessoalmente pelo juiz, assim como o acesso direto do julgador a determinado objeto ou local em que seja necessária eventual inspeção judicial.

Quanto à presença do juiz no local durante a realização de perícia, na medida em que não possui conhecimento técnico ou científico específico, a presença judicial seria de pouca ou nenhuma utilidade. Por isso, mais eficiente e razoável que, apresentadas por escrito as conclusões periciais e se necessária a oitiva em juízo para esclarecer determinado ponto ou questão, o perito seja ouvido na fase judicial.

Nesse sentido conclui Rosario Herrera-Abián, pois a atividade pericial tem normalmente duas fases: o exame do objeto (reconhecimento – ato pericial) e a valoração pela qual o perito chega às conclusões e as materializa no laudo. Na primeira delas, há escassa utilidade da imediação, já que o juiz não terá em regra os conhecimentos necessários para entender a atividade pericial, o que afeta inclusive eventual função de controle que poderia ser antevista. Ademais, essa atividade seria excessivamente onerosa já que exigiria, em muitos casos, que o juiz se deslocasse da sede do juízo. Já na segunda, ocasião em que são expostas as conclusões ou apresentado o laudo, cabe a presença do órgão judicial que deverá valorá-lo, o que se concretiza na oitiva do perito subscritor do laudo.[566]

Sobre os documentos originais, não havendo dúvida sobre a veracidade do documento, em princípio não há qualquer diferença se a cognição ocorrer através de cópias, pois em nada afetará a imediação nesse caso.

Por outro lado, o sentido material ou objetivo da imediação concerne à utilização dos meios de prova que tenham relação mais direta com o fato a ser provado.[567] Trata-se, pois,

---

[565] EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 91-93.
[566] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 155-157. Também nesse sentido: RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 102-103.
[567] GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 146-147.

da situação em que o órgão julgador deve extrair os fatos da fonte de prova, sem utilizar equivalentes probatórios.[568]

Envolve a relação dos meios de prova com o fato a ser provado, isto é, o estabelecimento de uma preferência entre os meios de prova conforme sejam mais ou menos imediatos no que tange ao fato objeto da prova. Considera a maior ou menor "distância" que separa o juiz dos fatos a serem provados. Quanto mais "longe" do juiz, mais fraca seria a prova.[569] Nessa linha, reconhece-se que a aptidão dos diversos meios de prova não é igual para alcançar o convencimento judicial.

A adoção do sentido objetivo implica nas seguintes consequências: a) quando o fato a ser provado possa ser comprovado por inspeção judicial ou documentos que constituam o corpo de delito, não é suficiente comprová-lo por testemunhas ou peritos; b) quando o fato a ser provado possa ser comprovado por testemunhas e peritos, não bastarão informações escritas; será essencial o depoimento oral; c) quando o fato a ser provado possa ser comprovado por testemunhas presenciais, não é suficiente a comprovação por testemunhas de ouvir dizer; d) quando o fato a ser provado possa ser comprovado por meios de prova diretos, não basta comprová-lo por indícios.[570]

Vale ressaltar que a acepção objetiva ou material da imediação tem sido mais relacionada ao direito à prova do que propriamente com a oralidade ou a imediação.[571]

A partir desses dois sentidos (formal e material), "a imediação consegue assegurar que o órgão judicial esteja em contato direto tanto com os sujeitos como com o objeto do processo."[572]

---

[568] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 394.
[569] EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 93-95; 97-98.
[570] GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961, p. 153-155. De forma bastante aproximada, Isidoro Eisner fornece as seguintes conclusões: a) prova direta por percepção, que consiste na experiência real e contato pessoal do juiz entre o fato objeto de prova, como é o caso da inspeção judicial. Aqui a imediação atua em sua plenitude, muito embora sejam raras tais hipóteses, pois é pouco frequente que uma diligência dessa natureza tenha cabimento durante a fase judicial diante do desaparecimento de vestígios; b) prova indireta por representação, nos casos onde não há a possibilidade de percepção direta, substitui-se por documentos ou depoimentos, seja da própria parte, seja de terceiros alheios à causa (testemunhas). A reprodução dos fatos ocorre mediante documentos ou relatos; c) prova por indícios, que incide na falta das provas por percepção e por representação (EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 94-96).
[571] Essa percepção é descrita por DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 232. No mesmo sentido: DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 57.
[572] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 07.

4.5.2.3.2 Imediação em sentido estrito e amplo

A imediação em sentido amplo diz respeito à presença do juiz ao ato, equiparando-se à judicialidade. Tem como propósito aportar confiança de que o processo se desenvolverá de acordo com o direito a um julgamento justo e com observância das garantias processuais.[573]

De outro lado, a imediação em sentido estrito engloba não só a presença judicial, mas exige ainda que o juiz da audiência e dos respectivos atos de recepção de prova seja o mesmo a emitir a sentença. Logo, não basta um juiz qualquer, mas o juiz que recepcionou a prova e as alegações das partes, pois este mesmo julgador deverá proferir a decisão de mérito.[574]

A finalidade é colocar o julgador em melhores condições para conhecer o objeto do processo a partir das provas e das alegações das partes, isto é, sem intermediários que possam distorcer voluntária ou involuntariamente o material da causa.

Nesse sentido, mesmo sem fazer referências aos sentidos estrito e amplo, Paolo Tonini entende que a imediação ocorre quando existe uma relação sem intermediação entre a produção da prova e a decisão final sobre a acusação, com o objetivo de o juiz ter contato direto com a fonte de prova visando assegurar a imutabilidade do juiz. Portanto, a identidade física do juiz seria pressuposta no conceito de imediação.[575]

4.5.2.3.3 Outros sentidos

Decorrente das novas tecnologias da informação e comunicação inseridas no processo penal, chama-se de imediação virtual ou remota aquela que adota ferramentas tecnológicas que permitam a interação imediata por meio de videoconferência, seja em depoimentos de pessoas localizadas no mesmo prédio, mas em salas separadas (depoimento especial de crianças e adolescentes em casos de violência sexual), seja em locais distintos

---

[573] ABIÁN, Rosario Herrera**. La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 04. Nessa acepção, a imediação se destinaria mais a assegurar a regularidade do processo do que um modo válido de aquisição de conhecimento com o fim de resolver a causa (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 28).

[574] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 04-05.

[575] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 88. No mesmo sentido: FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno. Tradução de Wanderlei de Paula Barreto. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, n. 39, p. 27-34, jul.-set., 1985, p. 27; RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 42; EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 34.

(depoimento por videoconferência realizado pelo juízo deprecante com a testemunha em sala no juízo deprecado).[576]

Na verdade, não se trata de verdadeira imediação, pois o depoente não se encontra na presença física do juiz. Há uma tendência geral na adoção desse método e tem se discutido se esse modo de proceder ofende garantias e direitos fundamentais.

Para Décio Alonso Gomes, há atenuação, mas não é exceção propriamente dita à imediação, pois há um contato não mediado e livre de interferências, além de viabilizar o contraditório.[577]

Fala-se ainda em imediação temporal e espacial, referente à proximidade cronológica entre a recepção da prova e a emissão da sentença e a presença simultânea dos vários sujeitos processuais no mesmo lugar.[578] Contudo, esses aspectos se relacionam com a concentração e não com a imediação.

4.5.3 Identidade física

A identidade física do juiz, também chamada de imutabilidade do julgador, preconiza que a decisão da causa deve ser proferida pelo juiz que presenciou integralmente a produção da prova e os debates. Tem relação indissociável com a imediação e é considerado seu corolário. Em algumas classificações, integra o próprio conceito daquela (imediação em sentido estrito).

Pode-se dizer que a identidade física é o fiel da balança, sem a qual o modelo oral perde sua principal referência. Pouco adiantará a prova pessoal ser colhida oralmente e na presença de um juiz se esse magistrado não for responsável por examinar o resultado da atividade probatória ali realizada e a proferir a respectiva sentença.

Trata-se do elo que dá transcendência e coerência ao modelo oral de processo e justifica em última análise a sua adoção.

A natureza da audiência concentrada em princípio seria suficiente para garantir a unidade de juiz durante a produção da prova oral, pois todos os atos são praticados num mesmo momento processual, incluindo a sentença proferida ao final pelo mesmo magistrado que presenciou as provas e os debates.

---

[576] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 74.
[577] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 75.
[578] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 73-74.

No entanto, não se ignora a possibilidade de cisão da instrução em mais de uma audiência. Por isso, a identidade física reclama ainda que, nestes casos, o juiz que presidiu o primeiro ato instrutório deva atuar nas demais audiências, e assim por diante, até o encerramento da instrução, ficando incumbido de proferir a decisão ainda que o faça fora do ambiente da audiência e por escrito.[579]

A identidade física tem plena incidência nos órgãos colegiados, cabendo a todos os seus integrantes a participação da colheita da prova.

> Si, pois, o juiz é o tribunal, todas as atividades processuais, as declarações, as provas devem se desenrolar-se perante êste e não diante de um juiz-delegado. O trabalho isolado do presidente, ou do juiz-delegado, pode ser útil nas atividades meramente preparatórias, não, porém, na formação do material de cognição. Si uma causa não pode ser exgotada em uma audiência, o colégio em outra, nova, deve ser composto pelas mesmas pessôas perante as quais se começou a tratar da causa. Tudo isto é, ao contrário, indiferente no processo escrito, onde julgando-se sôbre escritos, pouco importa que uma atividade seja realizada em presença de um juiz, outra na de outro, e que um terceiro juiz julgue![580]

Por outro lado, não se vulnera o processo oral a previsão de hipóteses excludentes da identidade física, pois contingências inesperadas podem ocorrer e impedir ao juiz que iniciou a instrução prosseguir na colheita da prova ou aquele que participou de todos os atos de prova pessoal proferir a decisão de mérito.

Essas exceções devem ser previstas e não podem ser abertas em demasia de maneira a descaracterizar a identidade do juiz. De todo modo, mesmo sem definição expressa sobre estas exceções, ainda assim não se poderá exigir a imutabilidade de forma absoluta, sob pena de situações absurdas, como as hipóteses de aposentadoria ou grave enfermidade do juiz.

A rigor, a substituição legalmente operada do juiz que iniciou a instrução por outro demandaria, em tese, a repetição da prova não produzida na presença do novo julgador. Em seus termos ideais, portanto, a identidade física é bastante rigorosa.

Se por um lado pode ser vista como consagração da imediação em seu sentido forte, isto é, ligado à identidade física, a renovação de provas em toda e qualquer situação em

---

[579] Para Oreste Nestor de Souza Laspro o ideal seria que o juiz que iniciasse o processo, prolatasse a sentença. Contudo, os aspectos contemporâneos do exercício da judicatura (convocações, remoções, aposentadorias etc.) justificam a restrição da identidade apenas ao juiz que efetuou a colheita da prova. Segundo o autor, a identidade física funciona melhor nos países em que o juízo de primeiro grau é monocrático, pois nos juízos colegiados é ainda mais difícil a manutenção dos julgadores durante toda a fase da instrução. Nos juízos colegiados é comum a figura do juiz instrutor, responsável pela colheita das provas, com a decisão sendo proferida por todos os juízes (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 124).

[580] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 60. No mesmo sentido: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 157-158. Com a gravação dos depoimentos pelo sistema audiovisual o juiz da causa receberá o ato do juiz delegado com maior carga de oralidade do que um mero escrito. Trata-se de um importante incremento, mas faltará o contato direto que, dentre outras possibilidades, permite a interação em tempo real.

que haja substituição do juiz atenta seriamente contra a duração razoável do processo, dando enseja a abusos, como por exemplo, a busca por eventual prescrição.

Não se pode desconsiderar também questões econômicas e sociais, pois a reconvocação de testemunhas certamente gera um relevante gasto financeiro adicional ao Poder Público e por vezes é de difícil compreensão por parte do cidadão que se vê obrigado a retornar em juízo e deixar de trabalhar.

Não por outra razão, lembra Hans Fasching, a aplicação rígida da identidade física pode resultar em processos mais longos e caros, notadamente havendo sucessão de juízes nas hipóteses permitidas pela lei, ocasião em que, em tese, o novo julgador deveria repetir a prova. Por necessidades práticas, houve uma mudança gradual nessa postura, passando-se a admitir o aproveitamento dos depoimentos anteriormente colhidos pelo novo juiz.[581]

Interessante aspecto da oralidade diretamente relacionado à identidade física é destacado por Geraldo Prado ao pressupor que a interpretação das regras jurídicas e sua aplicação aos casos concretos não abrange toda a atividade intelectual do juiz quando da prolação da sentença. Nessa linha, uma parte da valoração pode permanecer oculta e ficar no âmbito da íntima convicção, e nem mesmo o dever de motivação revelaria a totalidade de forças que se combinaram para levar o juiz a decidir de uma forma ou de outra. Essa situação ocorre mesmo quando o juiz preside a instrução do início ao fim e é ainda mais grave quando são diferentes juízes, cada um atuando em uma fase do processo.[582]

Nesse sentido, a imutabilidade do juiz serviria não apenas como meio de obter uma melhor decisão em razão do conhecimento integral da prova pelo julgador, mas também para reduzir arbitrariedades e subjetivismos.

4.5.4 Concentração

A concentração é também referida como unidade do ato, unidade do debate, máxima da concentração ou continuidade do debate ou da audiência.

O ponto primordial da concentração consiste na realização de audiência única para produção das provas pessoais e debates pelas partes, ocasião em que o juiz terá contato direto com as testemunhas, os peritos e o acusado, além de acesso ao teor das alegações pela palavra falada.

---

[581] FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno. Tradução de Wanderlei de Paula Barreto. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, n. 39, jul.-set., 1985, p. 29.
[582] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 155.

Giuseppe Chiovenda aponta a concentração como a principal característica do processo oral e a que mais o diferencia do processo escrito, já que este presume diversas fases, pouco importando a distância entre uma e outra.[583]

A desconcentração do procedimento, ainda que haja a prática de atos orais em audiências dispersas, resulta no distanciamento dos dados cognitivos colhidos pelo juiz e a decisão a ser proferida.

A função esperada, portanto, é a aproximação temporal entre a recepção da prova e a decisão de mérito para que sejam sentidos os benefícios da oralidade e da imediação com o mínimo de perda das impressões obtidas. Atua, portanto, como facilitadora na medida em que reúne os sujeitos processuais e as fontes de prova pessoais no tempo e espaço e permite que a decisão seja emitida com brevidade.

O processo de apreciação da prova envolve a interpretação do resultado dos meios de prova e sua consequente valoração. Portanto, trata-se de um processo complexo, que se desenvolve a partir do progresso da produção de provas. A concentração é coerente com esse procedimento cognitivo, pois permite que a decisão seja formada em uma única oportunidade e em ambiente dialético.[584]

No mais, a previsão de audiência única torna mais factível a manutenção da identidade física do julgador, pois se previstas audiências diversas, maior a probabilidade de fatores externos ensejarem a mudança do juiz (morte, doença, remoção, promoção, férias etc.).[585]

A concentração tem como premissa uma audiência única e contínua, que uma vez iniciada deve seguir até o final. É cabível a interrupção para o descanso das partes e intervenientes. Contudo, em se tratando de intercorrências inevitáveis ou imprevistas, como enfermidades das partes, ampliação da acusação (aditamento da denúncia), ato a ser praticado fora da jurisdição do juiz da causa (cartas precatórias) ou o não comparecimento de testemunhas, a audiência pode ser fracionada, designando-se novo ato para o mais breve

---

583 CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 60. Para Marco Antonio Marques da Silva, a concentração "é um dos traços marcantes do procedimento, que se baseia na oralidade (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 03).

584 GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.183-184. Sem prejuízo, o autor ressalta que não se pode olvidar que a formação do convencimento do juiz passa por uma série de juízos parciais ou setoriais que podem ocorrer até mesmo antes da demanda, como eventual produção antecipada de prova testemunhal na fase de inquérito policial (p. 183, nota 32).

585 CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 61.

possível de modo que se possa auferir as vantagens obtidas pela oralidade e imediação, ainda que em outra audiência.[586]

Além da concentração no tempo, fala-se em concentração espacial, relacionada ao fato de que a audiência deve se desenvolver por inteiro em um mesmo local, apropriado e adequado ao fim que visa alcançar, com a participação de todos os sujeitos e intervenientes processuais.[587]

Sobre a designação de nova audiência, Athos Gusmão Carneiro explica que na realidade suspende-se a audiência e designa-se nova data para prosseguimento. Logo, não se cuida propriamente de uma segunda (ou terceira etc.) audiência, "mas de uma só e mesma audiência", apesar de segmentada no tempo.[588]

Essa visão da concentração como continuidade da audiência é válida para o julgamento pelo tribunal do júri, em que assume um viés mais rigoroso e impõe atos consecutivos até alcançar o resultado final, com paralisação de quaisquer outras atividades alheias. Todavia, nos demais casos, não se verifica tal radicalismo, permitindo-se a prática de outros atos durante o período de suspensão.

Por isso, pondera Alfredo Vélez-Mariconde, que interrupção, suspensão e adiamento do julgamento são situações diferentes entre si. A interrupção é uma breve paralisação dos trabalhos para descanso, repouso, alimentação etc. O juiz não pode atuar em outros julgamentos, havendo a necessidade de audiências consecutivas até o final do julgamento. Já a suspensão enseja uma nova audiência em data posterior cujo prazo deve ser rigorosamente observado, recomeçando-se do último ato praticado. O juiz é autorizado a atuar em outros julgamentos no período que medeia entre a audiência anterior e a nova. Por fim, o adiamento pode ocorrer antes do início do julgamento, quando detectada alguma causa que impeça seu início, ou quando o julgamento seja suspenso e o prazo designado para a nova audiência tenha superado o limite legal. Nesse último caso, não é possível aproveitar os atos anteriores, repetindo-se todo o julgamento na nova data.[589]

---

[586] Para Julio B. J. Maier, nesses casos há que se estipular um prazo máximo que, uma vez superado, a audiência não poderá mais ser realizada "em continuação", impondo-se o refazimento integral dos atos em nova audiência (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 620-621). Essa inclusive é a diretriz traçada pelo Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América (artigo 297), que impõe o prazo de dez dias para retomada do debate (audiência).

[587] DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 184. Para o autor, o âmbito espacial da concentração alcança a "tipologia da sala de audiência", aspecto que envolve o local onde as partes permanecem, incluindo a posição do promotor de justiça e advogado de defesa (p. 185).

[588] CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40, destaques originais.

[589] MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. II. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1969, p. 192-193.

A concentração dos atos em audiência única compreende, além da produção de provas e alegações das partes, a decisão final da causa, que deve ser prolatada na mesma sessão de julgamento.[590]

Não obstante, é razoável estabelecer exceções, normalmente em casos de complexidade da causa e, por essa razão, permitir a conversão dos debates em alegações escritas, quando então a sentença igualmente será proferida por escrito e não oralmente em audiência.

Caso isso ocorra, não é necessário, sob a ótica da oralidade, designação de audiência apenas para publicar a sentença.

Segundo João Gualberto Garcez Ramos, "uma audiência especial para a publicação da sentença seria uma demasia inútil". Nestes casos basta a emissão da decisão por escrito, sem necessidade de continuar a audiência apenas para a publicação da sentença.[591]

Importante lembrar o vínculo entre celeridade e concentração. É de interesse do processo penal contar com a rápida administração da justiça, não só por lidar com direitos sensíveis do acusado e de toda a sociedade, mas também por envolver meios de prova, notadamente a prova testemunhal, que podem ser afetados com o transcurso do tempo. Nesse horizonte, a celeridade se relaciona com a disposição de que todo julgamento deve ser realizado, sempre que possível, em uma única audiência.[592]

Entretanto, o que se percebe atualmente é uma constante tensão entre a razoável duração do processo e a audiência concentrada típica do processo oral.

Sobre o tema, esclarece Gunther Hirsch:

---

[590] Confira-se nesse sentido Eugenio Florian, para quem a concentração gera duas consequências: que o processo se desenvolva sem interrupções; e que o juiz profira a sentença após a produção das provas e debates das partes (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934, p. 106-107). Em sentido contrário, ressalta Geraldo Prado: "não é necessário que a sentença seja proferida oralmente, desde que seus fundamentos tenham decorrido da força do contato imediato com as provas, que vão impregnar o raciocínio judicial" (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 154).

[591] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 387. Sobre a desnecessidade de designação de audiência apenas para a publicação da sentença no processo civil, com amplas referências históricas: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 169-178. Já para Julio B. J. Maier, há casos que justificam apenas a leitura do dispositivo da sentença (complexidade, hora avançada etc.), muito embora tal procedimento não constitua exceção propriamente dita, pois a decisão é efetivamente proferida em audiência (MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 620). O autor consigna, todavia, que o restante da decisão deverá ser exteriorizado posteriormente em uma audiência designada para esse fim. Também no sentido de que deve ser lida ao menos a parte "resolutiva", da sentença: MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. t. II. 2. ed. Buenos Aires: Lerner, 1969, p. 194; BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 206.

[592] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 116. Para Paolo Tonini, a razoável duração do processo "amolda-se ao sistema acusatório, que requer a concentração e a continuidade dos atos processuais" (TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 23).

> Quando esses princípios começaram a ser postos em prática nos códigos processuais civis e penais do final do século XIX, não se havia percebido, contudo, um possível conflito entre os princípios da oralidade e imediação, por um lado, e os aspectos da economia processual, por outro. Tinha-se em conta inclusive a convicção oposta, é dizer, que a introdução da oralidade e a imediação do procedimento judicial poderiam contribuir para a aceleração do processo, já que seria possível resolvê-la sem o grande tráfego de escritos e movimentação de expedientes em uma só audiêncua oral. Sem embargo, o efeito de aceleração do processo que, sem dúvida, é inerente potencialmente à oralidade e imediação, acabou sendo consideravelmente superestimado ou relativizado em virtude de outras garantias e proteções jurídicas.[593]

4.5.5 Irrecorribilidade das interlocutórias

A irrecorribilidade das interlocutórias é um pressuposto para a concentração atuar corretamente, pois a estipulação de audiência única tornaria desnecessária a impugnação em separado das decisões interlocutórias.[594]

Eduardo Talamini explica a correlação entre concentração e irrecorribilidade das interlocutórias:

> Mas o problema é outro: na medida em que a oralidade não prevaleça e o procedimento seja desconcentrado e lento, a irrecorribilidade das interlocutórias acarretará ainda maiores prejuízos do que sua não-adoção (invalidações de anos de processo apenas no momento em que se julga o recurso contra o ato final; situações irreversíveis [...]). A irrecorribilidade das interlocutórias só se integra efetivamente à oralidade quando vigora o princípio da concentração: de um lado, porque então não há necessidade de recurso em separado contra as interlocutórias, vez que rapidamente advirá o ato final, ensejador de impugnação pela qual se apreciarão todas as questões do curso do processo; de outro, porque, aí sim, a interposição de recurso contra as decisões incidentais desconcentraria o procedimento. Enfim, a irrecorribilidade das interlocutórias é antes um desdobramento do que um pressuposto da oralidade.[595]

Assim, na audiência una, não apenas a matéria pertinente ao mérito seria resolvida, mas também todas as questões e incidentes alegados. O intuito precípuo é evitar a paralisação da marcha procedimental por recursos tirados contra decisões interlocutórias, reservando-se o momento do recurso contra a decisão final para que as questões anteriores à sentença possam ser igualmente levantadas.

Como se percebe, não se trata da irrecorribilidade em absoluto, mas da "não recorribilidade" em separado das interlocutórias. Em outras palavras, as decisões

---

[593] HIRSCH, Günter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. Reforma Judicial. **Revista Mexicana de Justicia**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre de 2009, p. 199.

[594] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 61.

[595] TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, n. 129, jan.-mar., 1996, p. 69.

interlocutórias são recorríveis desde que objeto de impugnação em conjunto com a sentença num mesmo recurso.[596]

Entretanto, considerando que no processo penal podem ser decretadas medidas processuais restritivas de direitos (cautelares pessoais, reais ou probatórias), a irrecorribilidade das interlocutórias deve ser vista com prudência para não resultar em excessos, seja de modo a não inviabilizar a audiência concentrada, seja a não permitir impugnação de decisões que afetem direta e gravemente a liberdade e o patrimônio do acusado.

Desta forma, não é incoerente com o modelo oral de processo excepcionalmente autorizar a recorribilidade em separado de determinadas decisões, notadamente em favor do acusado, mas não apenas dele.

A recorribilidade das decisões remete ao inerente antagonismo entre a busca da celeridade processual e maior segurança jurídica. A rapidez no processamento da causa exige restrição quanto à previsão de recursos, seja em quantidade, seja nos momentos processuais em que isso será possível. Já a segurança jurídica e, de resto, a própria aceitação do interessado com o deslinde obtido, é alcançada com mais propriedade a partir da reanálise do caso por outro órgão.[597]

De qualquer forma, adverte Néfi Cordeiro que, independentemente do critério adotado, "estarão as interlocutórias nas situações limítrofes de poderem constituir dano grave e impostergável ou de possibilitarem incontáveis recursos em situações de mínimo ou nenhum risco processual."[598]

---

[596] GUEDES, Jefferson Carús. Recursos retidos e a "aplicação" dos subprincípios da oralidade. *In:* NERY JR., Nelson; ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000, p. 297. O autor comenta a discussão sobre quais interlocutórias estariam abrangidas: a) para uma corrente, todas as decisões diversas do mérito não são recorríveis; b) para a segunda vertente, só não seriam recorríveis as decisões interlocutórias que resultassem na suspensão do procedimento, o que geraria a paralisação do feito até que a instância superior decidisse a questão (p. 73).

[597] CORDEIRO, Néfi. A recorribilidade das interlocutórias no processo penal. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Direito penal e processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 165. Numa perspectiva semelhante, Antonio Scarance Fernandes, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Magalhães Gomes Filho falam na divergência entre os princípios da justiça e da certeza jurídica. Para o primeiro, quanto mais se examinar uma decisão, mais próxima estará do valor justiça. Já o segundo impõe a brevidade do processo e exige que a decisão seja proferida no menor tempo possível (FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 19).

[598] CORDEIRO, Néfi. A recorribilidade das interlocutórias no processo penal. *In*: BONATO, Gilson. (org.). **Direito penal e processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 165.

4.5.6 Poderes de direção do processo pelo juiz

Giuseppe Chiovenda sustenta que o juiz no processo civil não poderia ser "um autômato, movido mecanicamente pela vontade das partes", mas deveria ser um partícipe ativo da relação processual cuja atuação se fundava no interesse público de distribuir justiça da melhor forma possível.[599]

Desta forma, convinha que o juiz tivesse autoridade necessária para o exercício da função jurisdicional, seja para a condução célere e escorreita do processo, seja para colaborar na formação do material cognitivo, pondo-o em contato direto e contínuo com as partes. E o exercício desses poderes somente seria possível no processo oral.[600]

O poder judicial de direção do processo no âmbito da oralidade é também inferido por Mauro Cappelletti, que o relaciona com a concentração, seja para impedir manobras protelatórias, seja para o manejo e consecução de uma audiência una como o ponto culminante do procedimento e clímax da oralidade.[601]

No processo penal, ao menos na tradição continental (*civil law*), o aspecto publicístico desde cedo concorreu para a manutenção desses poderes judiciais, seja na produção da prova, seja na direção do processo.[602]

Assim, conquanto o poder de direção do juiz possa ser compreendido como um elemento relevante no desenvolvimento do modelo oral no processo civil, até mesmo pela atual tendência de se afastar da concepção do processo como "coisa de partes", o mesmo não pode ser dito no processo penal, estando mais relacionado nesse último caso à temática dos

---

[599] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 52.

[600] CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 66. Por oportuno, deve ser lembrado que em outro estudo, Chiovenda declinou opinião contrária, entendendo que os poderes de direção do magistrado não tinham vinculação necessária com o processo oral: "[...] a oralidade 'por si mesma' não exige um considerável aumento na ingerência diretiva do magistrado e não se identifica com esta. Podem existir processos orais (como o atual processo alemão, que deste ponto de vista representa um tipo de processo oral oposto ao austríaco) em que a ingerência do magistrado é mínima" (CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 133-134).

[601] CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, dez., 2005, p. 433. Em outro estudo, Mauro Cappelletti alude também uma manifestação secundária da oralidade, respeitante à "socialização da justiça e do direito", impondo ao juiz uma postura mais ativa e assistencial em relação às partes, colaborando com elas para a busca da verdade. Em suma, uma atuação para que o ganho de causa seja de quem tem razão e não em virtude do maior ou menor poder econômico de determinada parte, ou ainda, da habilidade do advogado ou defensor, o que contribuiria para a igualdade material e dependeria do contato direto e pessoal do juiz com as partes. O autor reconhece que essa forma de atuação pode dar azo a autoritarismos e arbítrios, mas alerta que abusos e flagrantes injustiças são igualmente cometidas quando se pretende assegurar uma postura neutra e de igualdade puramente formal em relação às partes, no que entende que o sistema da prova legal é um exemplo disso. Atualmente, outro exemplo seria a *sporting theory* (CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 79-81).

[602] No *common law*, a postura do juiz costuma ser passiva e inerte do juiz na produção das provas, ou seja, sem interação com a fonte de prova e sem iniciativa probatória, mas remanesce o poder de direção do ato.

sistemas processuais (acusatório, inquisitório e misto) do que com a oralidade propriamente dita.

O que se pode inferir no âmbito da oralidade, mais precisamente, na imediação, é que na recepção da prova pessoal e nos debates, a dimensão dinâmica (ativa) da imediação investe o juiz de funções diretivas dos atos de prova e dos debates, incluindo interação com as fontes de prova.

De todo modo, não se trata de manifestação exclusivamente decorrente da imediação, relacionando-se também com a ideia dos poderes concedidos ao juiz para a condução da causa em geral.

4.6 A prática de "despachar" com o juiz

Explica José Carlos Baptista Puoli que a oralidade é tradicionalmente atrelada à colheita da prova oral. Contudo, o diálogo mantido entre juiz, partes e advogados e a consequente troca de informações é essencial para a realização de um processo justo e para humanização da atividade jurisdicional.[603]

> E, para que isto tudo seja potencializado, necessário que o diálogo não fique restrito à palavra escrita. Que haja, pois, oportunidades, algumas formais e outras não tipificadas, para um contato direto e verbal do juiz com advogados e, por vezes, com as próprias partes. Isto porque – necessário repetir – este contato direto propicia melhor e maior coleta de informações para a boa decisão da causa e, para além disto, é fator de legitimação, que propicia o estabelecimento de uma "relação de confiança" entre os sujeitos processuais.[604]

Nessa linha, a oralidade deve ser assegurada não apenas durante as audiências, mas em outras oportunidades onde possa haver interação direta entre o juiz, as partes e os advogados.[605] Um desses espaços informais para diálogos é encontrado no ato de despachar com o juiz.

Trata-se de prática oral destinada, em princípio, a reforçar o conteúdo de alguma peça escrita. Bárbara Gomes Lupetti Baptista informa que essa postura pode ser adotada por

---

[603] PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. *In:* ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. Passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 521. Apesar de o autor se referir ao processo civil, a conclusão extraída é plenamente válida no processo penal, com a ressalva de que quem tem direito a esse acesso direto ao juiz é o representante do Ministério Público, o defensor e o assistente de acusação, mas não o acusado.

[604] PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. *In:* ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. Passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 521.

[605] PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. *In:* ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. Passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 533.

variadas razões: a) caso urgente; b) requerimento muito específico e que demanda atenção a detalhes; c) receio de que o juiz não leia o pedido; d) intenção de convencer pessoalmente o juiz; e) busca de prioridade e/ou celeridade no andamento do processo.[606]

Nestes casos, infere-se que o ato de "despachar com o juiz" significa uma prática oral e imediata entre a parte e o juiz voltada a remodelar o escrito, ou em outras palavras, a escritura seria "complementada" pela oralidade, esta materializada no contato pessoal com o julgador antes de o escrito ser analisado.[607]

Assumindo uma postura crítica dessa conduta de dar esclarecimentos adicionais de detalhes jurídicos ou fáticos do caso concreto, especialmente sem o conhecimento dos demais interessados ou da outra parte, Nagib Slaibi Filho aponta:

> Comum violação do princípio da publicidade constitucional do processo é a deletéria prática que o jargão forense prefere denominar embargos auriculares, isto é, manifestações de advogados, e não raro das partes, sem contar terceiros ditos desinteressados, que são levadas aos magistrados mas que não deixam resquícios, pois realizadas oralmente fora das ocasiões processuais das audiências e das sessões. [...] Na verdade, não querem que nos autos conste a fonte de tais informações, e estes dados mesmo assim alegam que lá estão para que se distribua a melhor justiça, devendo o juiz considerar tais informações sem que, no entanto, os faça constar na fundamentação das decisões.[608]

Comentando projeto na Câmara dos Deputados (PL 6.273/13) que condiciona a conversa entre advogado e magistrado sobre processo em curso a prévio agendamento e intimação da parte contrária, Flávio Luiz Yarshell sustenta: "a alegação oral tende a ser proveitosa pelos subsídios que fornece ao juiz; nem que ele se convença de tese oposta à defendida pelo advogado que o procura". Em seguida, refuta o referido projeto de lei pelos seguintes fundamentos: a) com ou sem agendamento, o contato continuará a ocorrer; b) tal proposta não tem o condão de impedir quem realmente estivesse disposto a explorar o prestígio no contato entre juízes e advogados; c) a preservação do tratamento igualitário pode

---

606 BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 157-159.

607 BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 164. Idêntica situação ocorre com os memoriais dirigidos aos juízes de segundo grau ou de cortes superiores, que novamente consagram uma oralidade implícita, já que, não raro, a utilização de memoriais demanda uma complementação oral para contextualização do escrito, no caso, conversa no momento de entrega dos memoriais (p. 284-287).

608 SLAIBI Filho, Nagib. Manifestações orais extemporâneas são processualmente ilícitas. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, 2005, p.57. Para o autor, salvo casos de urgência (artigo 35, IV, da LOMAN), o juiz não tem o dever de receber quem quer que seja fora da audiência formalmente designada (p. 58).

ser obtida com a mera ciência à parte contrária da presença do advogado para audiência com o juiz; d) pode resultar em restrição ao acesso das partes aos juízes.[609]

Analisada a questão, não há violação da igualdade ou da publicidade no atendimento oral e imediato para despacho de petições no processo penal, ainda que sem prévia cientificação da parte contrária.

O que não se admite é que o juiz decida a partir de elementos ou de motivos não constantes do processo e obtidos a partir desse contato informal. Se a interação serviu apenas para reforçar um ponto já incluído na petição ou esclarecer diretamente determinada questão ao magistrado cujos fundamentos já foram expostos, não se vislumbra qualquer óbice.

4.7 Oralização e incorporação por leitura

No sistema da *common law*, há forte tendência de "oralização" das provas, ou seja, somente as provas produzidas em audiência, na presença do julgador e após o contraditório exercido pelas partes, especialmente mediante a técnica do *cross examination*, ostentam legitimidade para serem consideradas na decisão. Sob certo aspecto, até mesmo a prova documental acaba sendo transformada em oral, como a hipótese de apresentação em juízo de certo documento, o que demanda a oitiva daquele que o produziu, ocasião em que as partes poderão fazer perguntas sobre a validez e as circunstâncias em que o documento foi criado, permitindo que a testemunha ateste sua autenticidade. Evidentemente, há casos excepcionais, como o de documentos públicos ou judiciais.[610]

Já no sistema continental desenvolveu-se a incorporação por leitura como forma de "oralização" da prova e, consequentemente, de aproveitamento para a formação do convencimento do juiz sem que tenha havido realmente contato direto e oral. Consiste em se exigir a leitura em audiência de elementos escritos, sejam aqueles originariamente gerados desta forma (documentos, por exemplo), sejam os atos realizados oralmente, mas em seguida documentados (como os depoimentos tomados na fase policial).

---

[609] YARSHELL, Flávio Luiz. Projeto de lei que regula audiência entre advogado e juiz não garante isonomia. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-set-30/flavio-yarshell-pl-regula-encontro-juiz-nao-garante-isonomia. Acesso em: 30 set. 2014.

[610] CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972, p. 16. De maneira semelhante entende John Anthony Jolowicz: "De fato, teoricamente, mesmo se uma parte pretender utilizar um documento pré-existente como prova, o documento deve ser produzido perante a corte por uma testemunha que possa avalizar sua autenticidade e origem" (JOLOWICZ, John Anthony. Orality and inmediacy in english civil procedure. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. México, n. 24, ano VIII, p. 595-608, septiembre-diciembre 1975, p. 602).

Assim, uma vez lido o escrito, tal prova é tida como "oralizada" (judicializada) e então passa a poder ser considerada na decisão de mérito.

Em se tratando de documentos (prova pré-constituída), a tentativa de tornar oral a totalidade da prova sob o pretexto de cumprir a máxima de que somente o material exposto oralmente pode formar o convencimento do juiz se assemelha à intransigência vista outrora no sistema das provas legais. Como cediço, o *quod non est in actis non est in mundo* representou a radicalização da forma a preconizar a inexistência jurídica de qualquer ato processual que não revestisse a forma escrita (atas, documentos, petições).

Objetivar um sentido absoluto para a oralidade implicaria na substituição de um formalismo excessivo por outro, no caso, o *quod non est in actis non est in mundo* pelo *quod non est in dicto non est in mundo*.[611]

Nesse sentido a ponderação de Mauro Cappelletti:

> Daí, novos inconvenientes gravíssimos, novos formalismos vazios. As partes ou os seus defensores, que deveriam repetir oralmente (geralmente com a vedação de sustentar seu discurso na leitura da escrita ou de apontamentos) na audiência de instrução, as argumentações que já estavam exaurientemente expostas nas petições; a necessidade *quoad substantiam* de expressar-se oralmente, naquela audiência, quais fossem as conclusões acerca da instrução e do mérito, conclusões estas que já figuravam claramente nas petições; a necessidade de ler os documentos produzidos, e até o texto da perícia e assim por diante. Absurdas e inúteis perdas de tempo, historicamente explicáveis somente como reação a um método que se pretendia radicalmente abandonar, sem se dar conta, que se caía, assim, mas não menos grave em excesso de formalismo.[612]

Mais razoável, portanto, que o documento cuja incorporação se pretenda seja apresentado ou juntado pela parte interessada, com ciência à parte adversa, seja feito pedido de incorporação nomeando expressamente tal documento e indicando seu conteúdo, sem a necessidade da sua leitura integral.[613]

No que tange à prova constituenda, mesmo em se tratando de atos produzidos originariamente na forma verbal, há perda de tal característica quando são reduzidos a termo

---

[611] Essa última expressão é referida por COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. A oralidade processual. **Revista dos Tribunais**.São Paulo, v. 29, n. 126, ago. 1940, p. 455.

[612] CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, jul. 2002, p.12-13, destaques originais.

[613] Para Klaus Tiedemann, em casos de alta complexidade a oralidade aplicada com rigor pode significar um formalismo irracional, principalmente quando durante várias horas ou dias eram lidos documentos com o pretexto de admiti-los para conhecimento do juiz. Há atualmente relativização da leitura quando o juiz e os jurados já tenham tomado conhecimento da prova documental; o mesmo caso para conhecimento das partes, quando do documento a outra parte já tiver ciência e da leitura expressamente prescindir (TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 181). Por sua vez, Klaus Volk destaca um modo de amenizar o rigor da necessidade de leitura de todo e qualquer documento com o procedimento de "autoleitura", prática na qual o juiz assegura que leu os documentos e dava oportunidade de leitura aos demais participantes (VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre 2009, p. 120).

(escritos). E eventual "oralização", ou seja, a leitura desses depoimentos escritos durante a audiência, não modifica a circunstância de que para o juiz da causa não haverá oralidade e nem imediação.[614]

Na verdade, a incorporação de elementos produzidos na fase de investigação constituiu uma exceção ao princípio da oralidade e assim deve ser tratada.

4.8 Oralidade e relativização

A opção pela oralidade se justifica por seus fundamentos políticos, racionais e instrumentais. Isso não significa, contudo, que a realização plena da oralidade deva sempre ser buscada a qualquer custo ou que o modelo oral seja absolutamente inflexível e não comporte abrandamentos.

Ademais, as soluções buscadas com base no ideal de oralidade devem ser factíveis e realistas, pois nada adiantará a imposição de um modelo extremamente rígido desconsiderando os aspectos materiais necessários para sua consecução.

O desenvolvimento pleno do processo oral pode ser afetado por quatro fatores primordiais: a) exceções previstas em lei; b) circunstâncias processuais imprevistas ou previstas, mas aceitas pelo sistema; c) circunstâncias extraprocessuais; d) aspectos comportamentais dos sujeitos do processo.

Os elementos da oralidade caracterizam o processo oral e devem ser observados para o correto funcionamento do sistema. Apesar disso, esse modelo admite naturalmente exceções, já que nem sempre é viável que a oralidade e a imediação atuem sempre plenamente. O desafio é justamente a adequada regulamentação desses casos excepcionais.

Na compreensão de Paolo Tonini, "o problema está em prever as exceções aos princípios da oralidade e da imediatidade que sejam razoáveis, ou seja, que permitam a maior aproximação a uma reconstituição correta dos fatos".[615]

Sem dúvida, o aproveitamento na etapa judicial dos elementos obtidos durante a investigação é o ponto mais sensível.

A problemática se insere no grau de aproveitamento dos elementos pré-processuais no julgamento da causa e no potencial de cada um, na hipótese de irrestrita admissão, em converter a audiência judicial em mera leitura de atos já praticados na fase

---

[614] No máximo, resultaria algum ganho para a publicidade.
[615] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 90.

policial, transformando o juízo oral numa solenidade homologatória e sem valor, desmerecendo as finalidades buscadas pela oralidade.[616]

Adotando tom crítico, Julio B. J. Maier avalia que o uso abusivo de elementos colhidos na investigação tem potencial para tornar viciado o funcionamento do sistema processual. A flexibilização sem critérios na introdução de elementos pré-processuais na audiência judicial viola o direito do acusado de confrontar a prova e de se inteirar em caráter originário das informações incorporados à audiência.[617]

De todo modo, ainda que se demande prudência ao estabelecer exceções dessa natureza, sob pena de desvirtuamento da lógica do processo oral, reconhece-se que em hipóteses específicas a oralidade e a imediação não têm como atuar, notadamente nas provas não repetíveis e cautelares.

Para Nicolás Cabezudo Rodríguez, é aceitável esse sacrifício, desde que restrito a casos excepcionais, pois a justificativa é plausível inclusive sob a ótica da proporcionalidade.[618]

Exige-se parcimônia na formatação do modelo oral de processo, pois além de estruturar os alicerces operacionais, cabe à lei a tarefa de prever com precisão as exceções à oralidade.

Portanto, mesmo num modelo oral de processo, é sustentável a existência de mitigações impostas pela própria lei, o que não se confunde com exceções demasiadamente amplas e genéricas, sob pena de desnaturação da oralidade.

A tarefa do legislador em providenciar coerência sistêmica e estabelecer exceções razoáveis ao processo oral é o fator primordial a ser observado para que a oralidade seja implementada e tenha efetividade.

Outro fator de redução da oralidade é a natureza de certos casos ou as peculiaridades fáticas que eventualmente neles emergirem. Assim ocorre quando eventualmente testemunhas (e/ou vítimas) residam em comarca diversa e as oitivas sejam feitas por carta precatória, isto é, perante juiz diferente do que aquele que julgará a causa.

Um modo factível de reduzir o problema é generalizar o emprego da videoconferência, o que permitirá a imediação virtual em tempo real com o juiz da própria

---

[616] TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 163.
[617] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 619.
[618] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 139-140.

causa. Ainda que não equivalha ao contato direto, é um substituto superior à carta precatória a ser cumprida por juiz de outra localidade.

Da mesma forma, em causas de alta complexidade (imputações múltiplas, elevado número de acusados, excessivo número de testemunhas), o implemento da oralidade tende a não ser satisfatório, ao menos pela dificuldade natural de manter a concentração da audiência e a tendência de dispersão de atos.

A matéria tratada em certos processos igualmente afeta a oralidade, notadamente os crimes tributários, financeiros, previdenciários, estelionatos e outros análogos, nos quais a prova pré-constituída está fortemente presente e se presta muitas vezes a demonstrar a materialidade e a autoria da conduta.[619]

Daí a advertência de Klaus Volk, no sentido de que nos modernos processos penais envolvendo matéria econômica, com enormes quantidades de papéis e documentos, seria praticamente impossível sustentar a aplicação rigorosa da oralidade.[620]

Segundo Jordi Nieva Fenoll, mesmo em se tratando de prova documental, há espaço para a oralidade, mais precisamente reservando um momento durante a audiência para o juiz debater com o Ministério Público e a defesa sobre os documentos juntados:

> Mas o que desejo destacar é que a oralidade também é útil para a prova documental. Nas tantas vezes depreciada fase de alegações finais, o juiz teria que ter papel mais ativo. Presenciou toda a prova, e certamente tirou diversas conclusões e algumas – ou muitas – dúvidas. Esse é o momento em que o juiz abandona sua posição de observador silencioso e debate com os advogados das partes sobre suas dúvidas, para evitar o sempre discutível mecanismo de ônus da prova. Na prova documental, isso pode ser muito útil. Não faz sentido confiar que a leitura privada do juiz resultará numa interpretação mais justa, se o documento não for de interpretação fácil; e o melhor é que se discuta oralmente no processo, com igualdade de oportunidades para todos, sobre a interpretação a ser dada.[621]

---

[619] Mauro Cappelletti já advertia que nenhum sistema processual fundado na oralidade pode menosprezar a importância destas provas: "É por isso que mesmo em um ordenamento processual fundado coerentemente sobre o princípio da oralidade não apenas se explica a constante admissibilidade e importância da prova documental, como também se justifica a permanência da eficácia probatória legal das escrituras [...]. É verdade que o princípio da oralidade implica a livre valoração da prova a ser constituída: mas não implica, em troca, o abandono integral da prova legal, quando esta se limite às provas pré-constituídas, as quais, repito, exercem sua eficácia (de certeza) mais antes e fora do processo do que dentro dele [...] Aqui a prova legal (pré-constituída) tem mais o caráter de um fenômeno pré-processual (substancial) do que um fenômeno propriamente processual" (CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, jul. 2002, p. 14-15).

[620] VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre 2009, p. 118. Numa visão civilista, mas adaptável ao processo penal com as devidas ressalvas, Flávio Luiz Yarshell aponta que, dentre outros fatores, a circunstância mais relevante para o enfraquecimento da oralidade na atualidade é a preferência das partes e mesmo do órgão judicial pela prova pré-constituída. A celebração de negócios por meios eletrônicos, principalmente pela internet via *e-mails* e o constante monitoramento de pessoas por gravações em áudio e vídeo, que geram de imediato provas pré-constituídas, na prática, superiores em relação a outras (YARSHELL, Flávio Luiz. Qual o futuro da oralidade? *In:* OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). **A prova no direito processual civil**. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 238).

[621] FENOLL, Jordi Nieva. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 2, jul.-set. 2010, p. 39. Essa funcionalidade também foi vista por Giuseppe Chiovenda que, embora ressaltasse que a oralidade

Circunstâncias fora do espectro processual igualmente podem interferir nos resultados esperados. O excessivo número de feitos criminais em determinada unidade judicial acarretará invariavelmente uma pauta sobrecarregada de audiências e prazos alongados, dificultando concretizar a oralidade tal como idealizada.

Além das exceções legais, das circunstâncias processuais (casos em que haverá redução importante da oralidade por motivos ocasionais) e extraprocessuais (aspectos macrogerenciais como o excesso de processos), não se pode olvidar das dificuldades de ordem comportamental.

Nesse sentido, é recorrente a crítica que a formação deficiente e a falta de preparo em geral são grandes obstáculos para a consecução efetiva da oralidade, que requer maior habilidade dos profissionais envolvidos.

Elias Farah sinaliza pelo imprescindível preparo diferenciado das partes e do juiz no processo oral:

> Cultura e destreza técnica para o debate processual, seja escrito ou oral o princípio prevalecente no processo, são requisitos de todo exigíveis. Mas, na oralidade processual exige-se de magistrados e advogados um nível técnico-profissional mais aprimorado. Essa condição, em verdade, invés de obstáculo, constitui uma virtude e um fator estimuláveis, porque eleva o padrão crítico do debate e contribui para que a sentença seja proferida com base em subsídios mais amplos, idôneos, e juridicamente mais bem enquadrada. O processo oral afugenta, naturalmente, os menos preparados, que temem se confrontar, em debate franco, com os mais habilitados, em geral vencedores.[622]

Essa dificuldade quanto à preparação técnica e profissional talvez seja o principal vetor para a diferença por vezes constatada entre o que prevê a teoria e o ocorrido na prática.[623]

---

encontrava sua plenitude nas provas pessoais, estendia sua utilidade para as questões meramente jurídicas e "naquelas em que o material de fato resulta todo de documentos", pois a discussão oral, empregada de forma concisa, "pode conduzir a uma definição certamente mais rápida e provavelmente melhor, do que a amadurecida na mente do juiz com a única ajuda dos escritos" (CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 58). Flávio Luiz Yarshell menciona que o contato do juiz com as partes pode contribuir para a análise correta da prova, ainda que documental: "Sob o ângulo decisório, embora o juiz deva se pautar por elementos objetivos constantes dos autos, o contato com as partes é salutar para que possa melhor avaliar a prova, ainda que essencialmente documental. Além disso, a experiência colhida nos processos arbitrais mostra que a exposição oral da causa antes da colheita da prova – quer pelos advogados, quer eventualmente e apenas pelas partes em depoimento pessoal – instrui os julgadores na melhor acepção do termo. Longe disso se constituir numa perda de tempo e de energia, o ganho na apreciação do conjunto probatório é relevante" (YARSHELL, Flávio Luiz. Qual o futuro da oralidade? *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). **A prova no direito processual civil**. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 240).

[622] FARAH, Elias. A advocacia e a crise da oralidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 2, n. 4, jul.-dez, 1999, p. 167.

[623] Para Bárbara Gomes Lupetti Baptista, a oralidade é alardeada como solução de todos os males, mas na verdade há um abismo entre o que se preconiza e o que se pratica: "o princípio da oralidade, tal como visto pela dogmática, com efeito, só existe 'no mundo dos manuais'" (BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 80). Ainda, segundo a autora, na prática forense a oralidade é vista como algo pouco útil ou que atrapalha a tramitação do processo. Os advogados têm dificuldade porque não estão preparados para falar em público; não estudaram o processo o suficiente; tem receio de serem repreendidos; ou preferem a escrita sob o argumento

Não obstante estas mitigações, o modelo oral de processo segue tendo sua funcionalidade e utilidade.

Quanto às relativizações legais, é certo que devem se compatibilizar com a estrutura conceitual básica do modelo oral e não reduzi-lo a ponto de se limitar ao uso da palavra falada em alguns poucos atos, de forma isolada e carente de imediação em seu sentido combinado com a identidade física.

As situações fáticas que podem afastar a oralidade devem ser aceitas como contingências possíveis, o que não prejudica sua legitimidade e utilidade.

Já o descolamento entre a teoria e a realidade e as dificuldades decorrentes da massificação de processos não são exclusivos do modelo oral. Diversas leis (materiais e processuais) possuem problemas de aplicabilidade prática, o que não justifica o seu descumprimento ou alteração apenas por esse motivo. Na verdade, a partir de critérios técnicos e políticos, cabe ao legislador formular um sistema processual condizente com a realidade, tanto sob o viés da prática como da teoria. É responsabilidade do Estado providenciar condições materiais para se atingir tal finalidade. Feito isso, o passo seguinte cabe aos profissionais, que devem se esforçar para concretizarem o modelo processual e não usarem subterfúgios.

Sem ignorar essas dificuldades e afastada a tentação da visão maniqueísta da oralidade, que ora é apresentada como solução para todos os males, ora como algo inútil e inalcançável, notadamente quando presentes fontes pessoais de prova, o modelo oral de processo é o sistema com maior aptidão para gerar um julgamento mais próximo da realidade e justo[624] e, nessa toada, apto à consecução dos fins do próprio processo.[625]

---

de que permite melhor elaboração das ideias. Já os juízes entendem que o grande número de audiências resulta em tempo perdido para as demais tarefas; a grande carga de trabalho os impede de ouvir as alegações orais, etc. (BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 99-100; 148-149).

[624] SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. IX.

[625] Para Claus Roxin, estabelecendo-se o processo penal como único meio de aplicação das normas penais materiais, demanda-se a existência de um procedimento juridicamente regulado onde será averiguada a existência de uma conduta punível e possa ser determinada a sanção cominada. Esse procedimento deve possuir as seguintes características: a) as disposições devem contribuir para a realização do direito material (alcançar uma decisão materialmente correta e o mais próxima da realidade); b) fixar limites da intervenção estatal referente à persecução penal (evitar arbitrariedades e atuar em conformidade com o ordenamento jurídico); c) restabelecer a paz social rompida através de uma decisão definitiva sobre a questão posta em juízo (alcançar a paz jurídica) (ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 01-02; 04). Acrescenta-se, conforme a visão de Marco Antonio Marques da Silva, que o processo "é visto como instrumento de atuação política, como um modo de provocar uma atuação do estado ou de particulares para uma efetivação dos objetivos politicamente definidos pela comunidade." Logo, a busca não seria apenas do acesso à jurisdição, mas principalmente a uma ordem jurídica justa (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 77).

4.9 Oralidade e o segundo grau de jurisdição

O modelo oral de processo não repercute apenas no procedimento perante o juiz de primeiro grau incumbido de receber a prova, manter contato direto com as partes e proferir decisão com base nestas informações. Discute-se, assim, se a oralidade é necessária também no segundo grau de jurisdição.

A controvérsia reside na análise da matéria fática em grau recursal a partir de recursos de ampla devolução (fato e direito), especificamente a (re)valoração da prova oriunda de fontes pessoais, pois nesse caso a oralidade e, notadamente a imediação, tão duramente perseguidas na primeira instância, seriam relegadas quando do julgamento em segundo grau.

No que toca às fontes reais de prova (exemplo: documentos), a imediação é bastante reduzida e em princípio inexiste óbice ao conhecimento integral dessas provas pelo tribunal *ad quem*. O mesmo acontece em relação à matéria de direito, onde também é desnecessária a imediação.[626]

4.9.1 Modelos recursais

Notadamente nos sistemas continentais, o recurso de apelação teve origem na necessidade de garantir o poder do soberano, que muito embora não pudesse julgar todos os casos, mantinha reservada a possibilidade de reexame quando isso fosse útil. Como o procedimento era escrito, a revisão da decisão, incluindo fato e direito, ocorria através de atas numa estrutura burocrática e verticalizada.

Portanto, antes de ser uma garantia de quem foi prejudicado pela decisão proferida, era um instrumento de controle do julgamento, pois a atividade de julgar se dava por delegação daquele que exercia o poder político central.[627]

---

[626] As diferenças entre questões de fato e de direito são, por vezes tênues e de difícil, senão impossível, aferição, já que não raro estão misturadas. O mesmo se diga da análise da valoração feita pelo juiz *a quo* ao aplicar as regras de lógica para valorar as provas. A fronteira entre o que aparenta ser manifestamente errôneo e o que seria uma valoração distinta pelo uso de critérios igualmente válidos não é clara (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 193). Décio Alonso Gomes também destaca a dificuldade em distinguir o resultado da análise probatória, pois "a conformação de um relato de fatos provados [...] pressupõe uma valoração conjunta de todo o acervo probatório, em geral composto por uma mescla de meios de prova pessoais [...] e reais [...], elaborando o julgador suas conclusões a partir de um acúmulo de inferências, baseadas na aplicação de regras de lógica e experiência" (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 205). Ainda sobre as dificuldades em se diferenciar questões de fato e de direito no âmbito recursal, vide: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p. 165-171.

[627] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 664-666.

Com as revoluções burguesas, o sentido do recurso de apelação sofreu mutação. Ao invés de assegurar a concentração do poder de decidir, passou a caracterizar um instrumento voltado ao controle do exercício da atividade jurisdicional.[628]

Contudo, em algum grau, o direito ao recurso passou a padecer de certa incompatibilidade com o novo modelo de julgamento concebido, fundado agora num julgamento oral, público e com base no contraditório inspirado no júri inglês, cuja lógica substancialmente diversa dificulta estabelecer um reexame completo da causa pelo órgão *ad quem*. Esse descompasso deriva do princípio regente dessa nova forma de julgamento que, além de outras características, prevê principalmente que os juízes que devem julgar os casos sejam os mesmos que presenciaram a produção de provas e os debates.[629]

Nessa lógica, a apelação como recurso típico do procedimento escrito perde em grande parte o sentido, pois as características do novo regime de julgamento com publicidade e oralidade não estão presentes e deixam de ser aplicadas em segundo grau, onde em regra não há produção de provas.

Apesar disso, o recurso de apelação bilateral (de ambas as partes), com devolução ampla (fatos e direito) foi mantido em muitos sistemas continentais e passou a conviver com o julgamento de primeiro grau, este com os atributos já mencionados (oralidade, concentração, imediação e identidade física).

Desse hibridismo surgiram modelos recursais que enfrentaram o natural antagonismo da oralidade e o julgamento em segundo grau via apelação de diversos modos.

No que interessa à oralidade, vislumbram-se três modelos recursais em se tratando da análise da matéria fática.[630]

O primeiro, chamado de apelação plena, pressupõe o julgamento em segundo grau como um verdadeiro novo juízo (*novum iudicium*), autorizando o reexame da matéria de fato mediante a produção de provas, incluindo aquelas não produzidas anteriormente, assim como o (re)interrogatório do acusado perante o segundo grau.

Procede-se como no juízo de primeiro grau, apreciando-se integralmente a matéria de fato e de direito, razão pela qual se costuma utilizar a expressão "segunda primeira instância".[631]

---

[628] CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In:* PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 496.
[629] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 753-754.
[630] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 62-64.
[631] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 466.

Nesse caso não há propriamente um controle do resultado da primeira audiência ou sobre a valoração da prova nela produzida, mas um novo debate e uma nova decisão da qual pode surgir resultado distinto sem que isso represente uma crítica ao que foi feito anteriormente. De fato, a atividade probatória pode variar e o efeito será uma decisão diferente, mas que não demonstrará o erro da sentença primeva.[632]

No segundo modelo, de apelação restrita, a recorribilidade também é integral (fatos, direito e matéria processual). É possível reformar a decisão recorrida no todo ou em parte, ou ainda, anulá-la, mas ao contrário da apelação plena, não há reabertura para produção de provas pelas partes.[633]

Contudo, autoriza-se a (re)valoração das provas pessoais produzidas em primeiro grau a partir dos elementos escritos constantes dos autos independentemente do contato direto e pessoal do órgão de segundo grau, ainda que sobre matéria fática. Trata-se de um juízo do órgão *ad quem* sobre o juízo já realizado pelo órgão *a quo* (*revisio prioris instantiae*).

Esse juízo sobre outro juízo na verdade abrange tanto a matéria objeto do primeiro julgamento como a decisão recorrida em si mesma e o caminho por ela trilhado para alcançar a respectiva conclusão.[634]

Por isso, ainda que ausente a imediação no julgamento do recurso propriamente dito, o órgão revisor deve "considerar a valoração feita pelo julgador singular, justamente a partir de seu contato direto em audiência."[635]

Já o terceiro e derradeiro modelo, chamado de cassação, limita a apreciação das questões fáticas, que ficam restritas ao crivo do órgão de primeiro grau. Por sua vez, a análise

---

[632] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 755. Para Mauro Fonseca Andrade, a decisão tomada pelo segundo grau após a produção de provas se assemelha mais a uma nova e originária decisão do que propriamente uma reforma (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 159). Por seu turno, Oreste Nestor de Souza Laspro lembra que nessa hipótese haveria duas demandas diversas, pois o órgão de primeiro grau julgaria com base nos elementos que lhe foram fornecidos e o órgão de segundo grau com fulcro em outros elementos de prova, caracterizando um verdadeiro novo julgamento: "De fato, não se pode nem mesmo dizer que o juiz *a quo* cometeu uma injustiça ao julgar, pois julgou com as provas que tinha e, se os fatos são absolutamente opostos, como se demonstra perante o juiz *ad quem*, isso faz com que a apelação e o segundo grau se tornem praticamente o primeiro e único exame da verdadeira demanda" (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 27).

[633] Não obstante, Jaime Suau Morey ressalva que o modelo de apelação restrita não impede por si só que em determinados casos, de forma excepcional e desde que expressamente prevista, possa ser produzida em algum grau prova em segunda instância (MOREY, Jaime Suau. **Inmediación y apelación en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2010, p. 87). Discorda-se dessa posição, pois ainda que não haja ampla atividade probatória na apelação restrita, a existência de qualquer elemento de prova adicional no julgamento da apelação já é suficiente para descaracterizar a natureza de "juízo sobre o juízo", pois permitirá que o segundo grau considere uma prova que não foi apreciada e valorada em primeiro grau.

[634] IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In:* BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 188.

[635] YARSHELL, Flávio Luiz. Qual o futuro da oralidade? *In:* OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). **A prova no direito processual civil**. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 240.

da matéria de direito (correção quanto à aplicação da lei material) e de questões formais (*error in procedendo*) é autorizada pela via recursal.

Conforme Alberto Binder,[636] historicamente a apelação é o típico recurso que permite a discussão de matéria de fato e de direito, tendo ligação com sistemas processuais que não respeitavam totalmente o princípio da imediação e se baseavam em processos escritos, cuja segunda instância proferia a decisão apenas a partir da análise dos escritos, com possibilidade de (re)valoração da prova.

Já a cassação, ou seja, o recurso em que são impugnáveis questões formais e matéria de direito, está vinculado a sistemas processuais fundados em julgamentos orais e, portanto, sem a (re)valoração da prova pessoal, a não ser que fosse viabilizada ao interessado a produção de provas diretamente no tribunal *ad quem*.

Ainda segundo Alberto Binder, pela necessidade política de aportar maior controle sobre as decisões judiciais, o recurso de cassação foi alterado para formas mais amplas, mas de modo geral a imediação seguiu respeitada.[637]

Muito embora a valoração como processo interno do juiz seja preservada em virtude do respeito à imediação, permite-se que o processo lógico que levou o órgão de primeiro grau a concluir por determinado resultado seja passível de controle, ou seja, "o controle limita-se a determinar se o que foi exposto ou fundamentado da valoração da prova seguiu os passos lógicos que normalmente aceitamos como próprios de um pensamento correto."[638]

4.9.2 O duplo grau de jurisdição como fator de restrição à oralidade

O duplo grau de jurisdição consiste na "garantia outorgada ao vencido de obter uma nova decisão, por órgão jurisdicional superior, dentro do mesmo processo e que substitui a primitiva resolução recorrida."[639]

---

[636] BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 224-225.

[637] BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 226.

[638] BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 227.

[639] PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p. 192. Existem ponderáveis argumentos favoráveis e contrários ao duplo grau de jurisdição. Dentre os favoráveis, atende ao natural inconformismo do vencido; compele psicologicamente o órgão *a quo* a julgar melhor na medida em que sabe poderá ser revisto, dando mais confiabilidade ao sistema; maior experiência dos julgadores que apreciarão os recursos; viabiliza que a decisão judicial, como todo ato estatal, possa ser controlado, ainda que pela própria instituição que o emitiu (Poder Judiciário). Na verdade, de todos os fundamentos, a necessidade de controle é de longe o mais razoável, seja pelo prisma jurídico, seja no âmbito político. Já entre os contrários, além da ausência de oralidade, que será objeto de consideração a seguir, sustenta-se ainda que não há garantia de que a decisão do órgão *ad quem* será melhor; inutilidade

Nos ordenamentos jurídicos influenciados pelo sistema continental (*civil law*), como é o caso do Brasil, entende-se que a revisão da decisão proferida no órgão *a quo* tal conforme preconizada pelo duplo grau prevê um recurso com ampla devolução e que abranja o *error in judicando* e o *error in procedendo*, além da matéria de fato e de direito.[640]

Não é por acaso, portanto, o antagonismo natural entre a oralidade e o duplo grau, já que esse último, se adotado em conjunto com a apelação restrita (sem produção de provas), autoriza o reexame da matéria fática independentemente do contato direto com os julgadores de segunda instância.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, existe forte tendência no processo penal contemporâneo em preconizar "que o duplo grau de jurisdição seja reservado à apreciação das questões de direito, enquanto as questões de fato não deveriam ser revistas pelo tribunal, a menos que toda a prova fosse reproduzida em segundo grau."[641]

No mesmo sentido se manifesta Rogério Schietti Machado Cruz:

> Quando se fala, todavia, em restrição ao duplo grau de jurisdição, como forma de compatibilizar tal princípio com outro de igual ou maior relevância – o princípio da oralidade –, surgem aqui e ali propostas no sentido de limitar os recursos de natureza ordinária tão-somente às questões de direito.[642]

Na visão tradicional, tanto o acusado como a parte acusadora são titulares e se beneficiam do duplo grau de jurisdição. Todavia, em tempos mais recentes, tem despontado certa tendência em se reconhecer a titularidade do duplo grau de jurisdição apenas ao acusado, afastando-o da esfera do órgão de acusação.

Em primeiro lugar, o artigo 8.2., alínea "h", da CADH ("toda pessoa tem direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior") e o artigo 14.5 do PIDCP ("Toda pessoa

---

quando a decisão recorrida é confirmada e em sendo reformada indica que há incertezas jurídicas no próprio Poder Judiciário; alongamento do trâmite processual; ausência de comprovação científica ou estatística de que os julgadores dos recursos são mais experientes e capacitados. Sobre argumentos a favor e contra: FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 19-20; CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais dos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39-42.

640 No sentido de o duplo grau envolver matérias de fato e de direito, assim como questões formais: FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 22-23; PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p. 192.

641 FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 20. Para Petrônio Calmon, "o modelo oral de processo somente se verifica onde não se admite o recurso sobre matéria de fato e naqueles em que a prova é repetida no tribunal de apelação" (CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, p. 47-75, dez. 2009, p. 67). No mesmo sentido, Geraldo Prado: "o julgamento dos recursos deve ficar restrito ao conhecimento da matéria exclusivamente jurídica, a não ser que seja permitido às partes desenvolver atividade probatória em segundo grau de jurisdição" (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 156).

642 CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais dos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 47.

declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei"), não fazem referência à parte acusadora, mas apenas ao imputado como pessoa física, até porque as convenções e tratados de direitos humanos declaram as garantias dos acusados contra o Estado e não o contrário.[643]

Nessa concepção, o direito ao duplo grau seria titularizado apenas por aquele que é submetido à persecução estatal, pois se trata de norma de garantia que reconhece a desigualdade estrutural entre as partes no processo penal e atua para minorar a atuação do Estado em relação ao indivíduo em prol do valor liberdade.[644]

Essa inclinação é reforçada pelo entendimento da dupla conformidade (*doble conforme* ou *doble conformidad*), ou seja, salvo resignação do acusado em não recorrer, exige-se uma segunda análise da condenação para superar a presunção de inocência, já que a obtenção do mesmo resultado por duas vezes se traduz, ao menos em tese, numa maior probabilidade de acerto.[645]

Para Julio B. J. Maier, a concepção do recurso do acusado como garantia processual penal é incompatível com um sistema bilateral de recursos no qual há igualdade entre o acusado e o acusador em se recorrer da decisão de mérito. A renovação de uma persecução fracassada com a submissão do acusado absolvido (ou condenado a uma consequência jurídica menor que a pretendida) representaria um *bis in idem*, já que implica em colocar o acusado novamente em risco de condenação (ou agravamento da pena) frente a um novo julgamento provocado pelo acusador. Isso porque o *juicio* público e oral é a única forma que o Estado-acusação possui para obter o reconhecimento de sua pretensão punitiva e ver aplicada a pena (ou medida de segurança). E inexistindo estas características num modelo

---

643 Alguns julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos fixaram parâmetros relevantes na interpretação do artigo 8.2, "h", da CADH, dentre os quais se destacam: a) caso Barreto Leiva *vs*. Venezuela, de 17 de novembro de 2009: nos casos de foro por prerrogativa de função deve ser assegurado um reexame amplo (fato e direito) contra eventual decisão condenatória; b) caso Mohamed *vs*. Argentina, de 23 de dezembro de 2012: sendo absolvido em primeira instância e havendo condenação em segundo grau, deve ser assegurado recurso amplo (fato e direito) para o acusado; c) caso Liakat Ali Alibur *vs*. Suriname, de 30 de janeiro de 2014: nos casos de foro por prerrogativa de função, admite-se que o recurso contra a condenação seja direcionado ao plenário ou câmara do mesmo tribunal, desde que com composição diversa.

644 CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In:* PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 508-509.

645 MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 671-672. Para Gustavo Badaró, "o duplo grau de jurisdição deve ser visto como um direito do acusado, com a finalidade de reforçar a presunção de inocência na medida em que faz com que o juízo de fato condenatório possa ser submetido a um controle racional intersubjetivo" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 77). No regime da dupla conformidade, caso se admita recurso do órgão acusatório contra a decisão de absolvição e em havendo condenação em segundo grau, deve ser assegurado recurso amplo (fato e direito) para o acusado questionar tal decisão, ou seja, o equivalente a uma terceira instância. Nesse sentido o precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Mohamed *vs*. Argentina, de 23 de dezembro de 2012.

recursal de apelação sem produção de provas, não há lugar para a modificação por meio do recurso do órgão acusador.[646]

Sobre a proibição da dupla persecução penal, segundo Rogério Schietti Cruz, no *civil law* essa garantia incide sobre os casos já definitivamente julgados, cujos efeitos da coisa julgada impedem a instauração de um novo processo. No entanto, nos países da *common law* existem restrições ao direito de recorrer "por entender-se que a submissão do acusado ao julgamento de outra instância interfere na garantia contra dupla persecução penal."[647]

Em outras palavras, se o recurso da acusação contra a absolvição pode conduzir o réu a submeter-se a novo julgamento, viola-se a *double jeopardy clause*. Essa característica da *common law* decorre em grande parte da estrutura do sistema criminal destes países, onde em quase todos os julgamentos criminais funciona o tribunal do júri, cujas "decisões são tomadas a partir do convencimento formado pelos sentidos dos jurados, que vêem e escutam, sem intermediários ou meros registros escritos, as provas que são produzidas na sessão de julgamento."[648]

Por estas razões, o exame de apelação com possibilidade de alteração do mérito não se coadunaria com a soberania inerente do veredito popular e nem com as características do julgamento (oral) por ele levado a cabo.

Mas não é só. A partir da compreensão de que no processo penal a averiguação da verdade funciona apenas como garantia do acusado, Julio B. J. Maier [649] complementa que o *juicio público y oral*, cuja base é a imediação, é condição necessária para condenação penal e o único meio válido para se chegar à verdade processual.

Sobrepondo esse raciocínio para o duplo grau de jurisdição em modelos de apelação restrita (sem produção de prova), eventual recurso do acusado contra uma condenação pode ensejar sua reforma ainda que sem um *juicio* público e oral (ou seja, sem imediação e os demais requisitos que o caracterizam), pois o controle da verdade processual a partir das regras estabelecidas no *juicio* público e oral é uma garantia do acusado e não do acusador. Assim, ao contrário do ocorrido em relação ao recurso do acusado, não há espaço

---

[646] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 600-601; MAIER, Julio B. J. El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 85, p. 248-256, jan-mar., 1997, p. 253.

[647] CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 113-114.

[648] CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 114-115. O autor faz duas ressalvas importantes. A primeira é que existem exceções, como no caso em que a apelação do órgão acusador não pretende sujeitar o acusado a novo julgamento, ou ainda, quando é o próprio acusado quem provoca o término do julgamento antes do veredito de condenação ou absolvição. Por segundo, parte da doutrina dos países da *common law* não aceita a vinculação entre a *double jeopardy clause* e o direito de recorrer (p. 116-117).

[649] MAIER, Julio B. J. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición *vs.* Composición. **Jueces para la democracia**. Madrid, n. 49, mar. 2004, p. 16-19.

para o órgão acusador obter a revisão da decisão absolutória por inexistir em segundo grau o *juicio público* (ou seja, ausente a imediação e demais caracteres).

> De tal maneira, a verdade só é averiguável, para fundar uma sentença de condenação, por intermédio de um julgamento público e contraditório, afirmação que não quer significar que seja um método irrepreensível ou tão somente o único idôneo para descobri-la, mas, somente o único juridicamente admitido para isso em virtude de outros argumentos político-culturais. Absolver, quando não há dúvida sobre a correspondência dessa decisão, é possível ainda que sem um julgamento público [ou seja, sem imediação], mas condenar somente é possível, juridicamente, através de um julgamento público [ou seja, com imediação].[650]

Partindo de entendimento semelhante, Geraldo Prado[651] alça a identidade física como aspecto substancial do princípio do juiz natural e sustenta que apenas com o contato direto com as provas e por meio dos argumentos das partes o juiz alcança as condições cognitivas imprescindíveis para o exame do caso concreto a partir do contexto histórico, cultural e social, determinantes para o correto julgamento da causa, o que não ocorre no julgamento da apelação restrita.

Assim, conjugada a identidade física a uma interpretação *pro homine* do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o recurso que tem por objeto modificar a decisão de primeiro grau seria acessível apenas ao acusado.

Como se nota, há tendência doutrinária razoável em situar a oralidade como fundamento para impedir o recurso da acusação. Sem ingressar no mérito sobre a desproporcionalidade ou não de um sistema recursal que vede absolutamente recursos contra decisões absolutórias por parte do órgão de acusação[652], mesmo em modelos recursais menos restritivos para a acusação, a discussão continua focada na ausência do contato direto e oral do órgão *ad quem* com as provas.

Nessa linha, Jaques de Camargo Penteado entende que o duplo grau de jurisdição seria aprimorado com a previsão de acesso ao acusador ao juízo superior somente para o reexame de questões jurídicas (e não fáticas), pois ao contrário do acusado que depende do

---

650 MAIER, Julio B. J. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición *vs.* Composición. **Jueces para la democracia**. Madrid, n. 49, mar. 2004, p. 19. O autor admite recurso do Ministério Público em casos extremos, como na hipótese em que o juiz é coagido, corrompido ou prevarica, quando comprovada falsificação dolosa de um documento incorporado aos autos ou, ainda, em caso de prática de crime pelo acusado ou terceiros que vise afastar sua responsabilidade penal (p. 18).

651 PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Direto penal e direito processual penal**: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 113-114.

652 Há entendimento no sentido de que a vítima tem o direito à revisão de decisões absolutórias, direito esse que seria igualmente reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos sob a cláusula do direito à persecução penal, o que autorizaria inclusive a análise de matéria fática sem imediação em sede recursal também em relação à acusação. Nesse sentido: GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 233.

duplo grau para o exercício da ampla defesa, o Estado conta com meios de aprimorar a operacionalidade do Poder Judiciário sem a necessidade de empregar o duplo grau obrigatório (reexame necessário) ou impugnar a sistemática (e ampla) pelo acusador.[653]

Mais restritivamente, Rubens Casara entende cabível a recorribilidade pelo órgão acusador apenas de questões processuais (*error in procedendo*) ou matérias de ordem pública, vedando-se aquelas afetas à valoração da prova ou que versem sobre o mérito da decisão.[654]

Já em relação ao acusado, a garantia ao duplo grau de jurisdição continua a sinalizar a possibilidade de impugnação integral da decisão (fato e direito), incluindo a produção de provas.[655]

No caso Herrera Ulloa *vs*. Costa Rica, de 02 de julho de 2004, a Corte Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o recurso de cassação previsto à época no Código de Processo Penal da Costa Rica não atendia aos requisitos do artigo 8.2, "h", da CADH.

Na oportunidade, entendeu-se que a mencionada garantia deveria consubstanciar um recurso acessível, que não demandasse grandes formalidades e tivesse amplitude suficiente a permitir que o órgão *ad quem* examinasse integralmente todas as questões debatidas e analisadas pelo órgão *a quo*, o que não ocorria com o recurso de cassação costarriquenho.[656]

---

[653] PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p. 175; 195. O autor ressalva esse entendimento em relação ao sistema processual brasileiro, pois as peculiaridades (falta de maior participação popular nos negócios da justiça e deficiências orgânicas e relativas aos sujeitos processuais) recomendam, ao menos por ora, um sistema de acesso amplo, com gradual modificação para um regime de restrição ao acusador de arguir matéria fática em sede de recurso contra decisões absolutórias (p. 175).

[654] CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In:* PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 509.

[655] Segundo Gustavo Badaró, quanto ao conteúdo, o recurso preconizado pela CADH deve ensejar uma revisão ampla, seja de *error in procedendo*, seja de *error in judicando*, e ainda, da matéria de fato e de direito, incluindo nova valoração da prova (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 48). Segundo o autor, o acusado deve contar com a possibilidade de refazer a atividade probatória em segundo grau e produzir provas novas (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 74). Também admitindo genericamente a produção de provas em segunda instância: PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p. 178. Para Julio B. J. Maier, a afirmação de um duplo grau de jurisdição presumiria por si só a renovação da audiência pública (e respectivas provas) perante novos juízes como uma "segunda primeira instância", e não um reexame da decisão com base num debate já ocorrido e desconhecido para o tribunal *ad quem* (MAIER, Julio B. J. El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 85, p. 248-256, jan-mar. 1997, p. 252).

[656] No caso concreto, o recurso de cassação (artigos 443 a 451 do CPP de Costa Rica à época) era cabível quando a decisão aplicasse erroneamente um preceito legal. Já o artigo 369 do mesmo diploma estabelecia os seguintes casos de cabimento da cassação: a) insuficientemente individualização do acusado; b) ausência de determinação circunstanciada do fato a ser analisado pelo tribunal; c) decisão baseada em meios de prova ou elementos probatórios incorporados ilegalmente ou com violação de normas processuais; d) falta, insuficiência ou contradição na fundamentação da maioria do tribunal, ou que não tenha sido observada as regras de *sana crítica* (livre convencimento) em relação aos meios de prova ou elementos probatórios de valor decisivo; e) ausência de elementos essenciais na parte dispositiva da decisão; f) falta da data do ato ou que não seja possível fixá-la ou falte a assinatura dos juízes e não se possa determinar quem participou do julgamento, salvo os casos excepcionalmente previstos em lei; g) a inobservância das regras previstas para a deliberação e redação da decisão; h) a inobservância de regras relativas à correlação entre a sentença e a acusação; i) a inobservância ou errônea aplicação da lei material. Ainda segundo os artigos 448 e 449 do CPP costarriquenho, no trâmite do recurso de cassação o tribunal poderia convocar audiência oral e determinar a produção de provas úteis para verificar se houve o descumprimento da lei processual,

Em sentido diverso, Julio B. J. Maier [657] dá por satisfeita a exigência do recurso do acusado mesmo em se tratando de recurso de cassação. Todavia, sustenta que tal recurso deve ser deferido apenas para o acusado (e não para a acusação), além de ser ampliado para abranger situações típicas da *revisión*,[658] como a demonstração de que a sentença se fundou em documentos falsos, prevaricação, suborno, surgimento de fatos novos ou prova até então não conhecida (ou omitida) que indique evidente erro da decisão.

Por outro lado, não se admite a (re)valoração da prova, mas se autoriza que o recorrente demonstre que o sentido no qual um elemento de prova foi empregado na sentença não corresponde ao sentido da informação (um documento não expressa aquilo que a sentença informou, uma testemunha não disse aquilo que a sentença refere que falou), ou seja, um erro grosseiro (falsa percepção na sentença dos elementos de prova valorados). O acusado tem o ônus dessa prova e caso se desincumba, tem direito a um novo julgamento pelo órgão *ad quem.* Permite-se a produção de prova em segundo grau, mas apenas para comprovar os casos restritos em que a cassação tem cabimento.[659]

De todo modo, seja de titularidade somente do acusado, seja de ambas as partes, num sistema processual em que se adote o duplo grau de jurisdição e simultaneamente estabeleça um modelo de apelação restrita (sem produção de provas), a consequência é a possibilidade do reexame de questões de fato a partir de nova valoração da prova pessoal pelo órgão *ad quem* sem a imediação.

Portanto, o duplo grau de jurisdição em sua vertente ampla quanto à matéria, abrangendo fato e direito, tende a constituir um fator de limitação à oralidade.

---

mas não se admite introduzir elementos de prova para demonstrar a prática ou não do delito. Em caso de provimento, a decisão recorrida será anulada no todo ou em parte, com determinação de realização de novo julgamento ou prolação de outra decisão. Se possível, o órgão *ad quem* pode corrigir o vício e resolver o assunto de acordo com a lei aplicável.

[657] MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016, p. 679-680; 690-691. Além de entender pela suficiência do recurso de cassação em favor do acusado, frise-se ainda que o autor se posiciona pela impossibilidade de recurso do Ministério Público contra absolvições em virtude do *ne bis in idem* e pelo fato de que o controle da verdade processual é uma garantia do acusado (e não do acusador).

[658] Instituto semelhante à revisão criminal brasileira (artigo 621 e seguintes do CPP).

[659] O entendimento de Julio B. J. Maier se assemelha aos ditames do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América, cuja previsão recursal se limita à cassação. Esse recurso, por sua vez, somente poderá ser fundamentado na inobservância ou aplicação errônea de um preceito legal na sentença. Interessante notar que o diploma parte da premissa de uma composição colegiada de primeiro grau, mas adverte que nos países em que o órgão de primeira instância for singular, poderá ser acrescida hipótese adicional de cabimento para a cassação, no caso, quando a decisão for manifestamente contrária à prova realizada no debate. Nesse caso haverá alguma margem para discussão da matéria de fato em sede recursal (artigos 338 a 344).

4.9.3 Imediação e o julgamento da apelação

Do exposto, percebe-se a dificuldade em harmonizar o recurso de apelação com a oralidade.

O modelo de apelação plena condiz com o processo oral, haja vista que com a reabertura da atividade probatória em segundo grau há o contato direto e oral com os julgadores. Contudo, padece de graves disfuncionalidades e enseja distorções.

Para Perfecto Andres Ibañez, é enganoso entender que somente a repetição das provas pela segunda instância justificaria o reexame da sentença de primeiro grau. Considerando as condições em que foram produzidas, as vicissitudes da prova não são repetíveis e estão ao alcance somente do primeiro julgador que teve contato com as provas e apenas naquele momento.[660]

A imediação é preservada em segundo grau, mas não serve como parâmetro de controle da decisão primitiva, pois dá ensejo a uma nova atividade probatória cujo resultado pode ser diverso da primeira oportunidade.

Dentre outros óbices apontados está o custo econômico gerado tanto ao cidadão como ao Estado ao se exigir novo comparecimento de testemunhas, agora em segunda instância, com a inerente possibilidade de ausências por fatos imprevistos e necessidade de novos atos e mais atrasos.

O tempo transcorrido entre as duas etapas de produção probatória afeta a duração razoável do processo e a memória das testemunhas, já que declaram sobre um fato pretérito. Assim, quanto mais próximo de sua ocorrência, maior a chance de um depoimento fidedigno.

Vislumbra-se também a perda do efeito surpresa sobre a inquirição[661] e o potencial comprometimento da espontaneidade das testemunhas pelo fato de que podem ser alertadas do que foi (ou não) considerado como relevante em seus depoimentos pretéritos, tornando a já contestada fiabilidade da prova testemunhal ainda mais discutível.[662]

Há ainda o potencial de transformar o primeiro exame da causa num mero ensaio do que poderia ocorrer no "verdadeiro" julgamento mediante o uso estratégico da primeira

---

[660] IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In:* BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 188-189. Segundo o autor, haveria potencial perda da autenticidade da prova em segundo grau, pois o resultado atribuído no primeiro aporte de provas condicionaria, ainda que inconscientemente, a valoração das provas quando repetidas em segundo grau (p. 194-195).

[661] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 230.

[662] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 109. Jaime Suau Morey fala do estado de pressão sob o qual ficam sujeitos os depoentes quando conscientes de que eventual declaração diversa em nova audiência pode alterar a decisão do processo, notadamente em casos midiáticos (MOREY, Jaime Suau. **Inmediación y apelación en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2010, p. 108-109).

instância como experimentação, reservando as provas para a segunda instância a depender do resultado obtido.[663]

Remanesceriam os problemas decorrentes da possibilidade (ou não) da incorporação dos depoimentos prestados anteriormente, mas agora tendo como parâmetro o que foi produzido em primeiro grau e não mais na fase preliminar de investigação, o que é menos traumático pela incidência do contraditório, mas não afasta o problema da ausência de imediação caso estes depoimentos sejam incorporados ao julgamento de segundo grau.

No mais, nos modelos recursais que exigem a imediação em segundo grau para a modificação de anterior decisão absolutória ou agravamento de decisão condenatória,[664] a apelação com produção de provas pode resultar na vulneração da presunção de inocência. Se ao apreciar a prova perdurar o estado de incerteza, não caberia ao tribunal *ad quem* realizar nova atividade probatória para buscar a condenação (ou o agravamento), "devendo reconhecer que o princípio da presunção de inocência não foi suficientemente afastado (não tendo a acusação se desincumbido do seu ônus)".[665]

Por sua vez, o modelo recursal de apelação restrita se distancia do processo oral, pois admite a análise de matéria fática pelo órgão *ad quem* sem a imediação e não exige para tanto renovar as provas em segundo grau.

Apesar do entendimento de que a imediação tem importância na *revisio prioris instantiae* justamente por serem aferíveis as conclusões extraídas pelo órgão *a quo* a partir da relação sem intermediação tida com as provas,[666] parece claro que o tribunal *ad quem* é colocado numa posição de inferioridade na medida em que não terá contato direto com as fontes de conhecimento pessoais do fato. Esse é, na verdade, o ponto mais vulnerável.[667]

A percepção direta do acervo probatório é um método para valorar as provas com melhor qualidade, garantindo-se assim, ainda que potencialmente, uma decisão com mais chance de acerto na definição da causa.

---

663 RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p.109-110; MOREY, Jaime Suau. **Inmediación y apelación en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2010, p. 84-85.

664 Como é o caso da Espanha, que será visto a seguir.

665 GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 239. Entretanto, essa situação pode ser contornada com o simples pedido da parte acusadora de produção de provas em segundo grau como preliminar de apelação.

666 Nesse sentido, Luiz Machado Guimarães pondera: "Há como que uma decantação, uma filtragem do material armazenado, tanto de fato como de direito, de forma a serem aproveitados apenas os elementos úteis ao conhecimento da causa. Ora, si assim é, essa primeira apreciação da causa, quando feita pelo juiz que a dirigiu e observou pessoalmente, constituirá um subsídio muito útil ao julgamento de segunda instância [...]" (GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e seus críticos. *In:* **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 218, redação original).

667 RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 108.

Entendida a imediação como requisito de validade para a valoração da prova pessoal, é de se indagar se um tribunal *ad quem* pode realizar a valoração destas provas e, obtendo resultado diferente daquele alcançado pelo órgão de primeiro grau, reformar a decisão ainda que sem imediação.[668]

Se o legislador exige a imediação em primeiro grau, não poderia se esquecer dos efeitos produzidos igualmente no julgamento de recursos de devolução ampla (fato e direito). Nessa toada, a revisão da decisão somente seria possível em relação às provas que não demandem imediação (em regra, a prova pessoal).[669]

Com efeito, é paradoxal exigir o contato pessoal e direto do órgão de primeiro grau com as provas pessoais como forma de se alcançar a correta valoração do conjunto de provas e, em seguida, autorizar o exame da matéria fática pelo tribunal *ad quem* que não compartilhou dessa relação imediata e que julgará com base em meras informações escritas:

> Aqui o problema é o seguinte: o juiz de primeira instância tem uma visão direta da prova, e sobre esta observação profere um veredicto, o que "estrutura os fatos" e determina ou define o Direito aplicável ao caso. Este veredicto materializa-se em uma sentença que, como já vimos, se corresponder às garantias judiciais básicas, deve estar fundamentada, isto é, deve expressar os argumentos que permitiram ao juiz chegar a esse veredicto. Como controlar o veredicto sem afetar o princípio da imediação: este é o problema.[670]

O reexame irrestrito em sede recursal permitiria a modificação da apreciação dos fatos com base em uma "débil imagem esboçada em atas escritas redigidas a partir do ditado do mesmo juiz cuja opinião se procura controlar", o que tornaria a imediação um convidado que entraria por uma porta e logo sairia por outra, sem deixar qualquer efeito positivo de sua passagem no processo.[671]

Nessa ótica, pressupondo um modelo de processo oral, cujo alcance se estenda também à fase recursal, observa-se que a apelação restrita sem produção de provas e com devolução ampla das matérias de fato e de direito perante os órgãos de revisão não se harmoniza com a oralidade, haja vista que afasta a exigência da imediação em segundo grau.[672]

---

[668] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 191.
[669] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 196.
[670] BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 226.
[671] EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 62.
[672] Esclarece Mauro Fonseca Andrade que a ausência de oralidade (imediação) em segundo grau é o principal motivo pelo qual na atualidade não tem mais cabimento uma divisão rígida entre procedimento oral e escrito, prevalecendo o procedimento misto (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 159).

Essa incompatibilidade, presente tanto no recurso do acusado como do órgão de acusação, é solucionada a partir da maior ou menor importância que determinado ordenamento processual confira ao duplo grau de jurisdição em comparação com a oralidade (e imediação), conforme o caso.[673]

Pelo exposto, ao menos no plano ideal, o modelo recursal mais adaptável à oralidade é o recurso de cassação, seja instituído bilateralmente, seja apenas em prol do acusado, pois não haverá os graves inconvenientes da atividade probatória em segundo grau decorrente da apelação plena e nem afetará a valoração da prova que depende da imediação conforme ocorre na apelação restrita.[674]

4.9.4 A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos

A interpretar o artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos no caso Ekbatani *vs*. Suécia, de 26 de maio de 1988, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem deu importante contribuição para a oralidade em segundo grau de jurisdição.

A partir desse julgamento, a Corte de Estrasburgo passou a entender que caso se pretenda que a matéria fática seja apreciada em grau recursal, é necessário realizar (nova) audiência pública antes de se decidir sobre a culpabilidade do acusado.

Segundo se depreende de Ekbatani *vs*. Suécia, após a condenação em primeiro grau, o acusado acreditou que haveria uma nova audiência com oitivas e interrogatório, agora perante o tribunal de apelação. O órgão acusatório fez pedido de julgamento imediato e o acusado requereu que fosse ouvida uma testemunha que ainda não tinha se manifestado e que deporia sobre sua pessoa e credibilidade. A corte de apelação julgou sem produzir provas e o fez com base nos depoimentos já prestados, mantendo a condenação anterior.

O TEDH entendeu violado o direito a uma audiência pública (*public hearing*), que alcança também o segundo grau de jurisdição. Entendeu-se que o tribunal de apelação foi chamado para julgar tanto os fatos como o direito e, em particular, se o acusado era culpado ou inocente. Diante destas circunstâncias, visando um julgamento justo, a corte de apelação não poderia julgar sem antes ter acesso a provas que poderiam ter sido fornecidas direta e pessoalmente pelo acusado e pela vítima em segundo grau, lembrando que o acusado negou a prática do crime.

---

[673] Lembrando que a flexibilização do duplo grau de jurisdição em relação ao acusado é muito mais problemática, pois sofre os influxos da ampla defesa e da presunção de inocência.

[674] Nesse último caso, a limitação de reexame da matéria fática atritará com o direito ao duplo grau com garantia do acusado e novamente demandará a análise sistêmica dos direitos e garantias processuais de determinado ordenamento processual.

Muito embora fosse possível admitir julgamentos em segundo grau sem audiências públicas, no caso concreto não se vislumbrou circunstâncias aptas a excepcionar o *public hearing* perante a corte de apelação e o direito do acusado em ser ouvido pessoalmente.

Esse entendimento foi reiterado no caso Helmers *vs*. Suécia, de 29 de outubro de 1991. Trata-se de ação penal privada julgada improcedente em primeiro grau. O querelante apelou e pediu oitiva de testemunhas em segundo grau, pleito esse negado. Contudo, a corte *ad quem* admitiu prova nova documental e a absolvição foi mantida em segundo grau.

Pela seriedade do que estava em jogo para o queixoso, especialmente sua reputação profissional e carreira, entendeu-se que para o deslinde da culpabilidade dos acusados o tribunal de apelação não poderia prescindir do contato direto com provas que poderiam ser fornecidas pessoalmente pelo querelante e acusados. Não se justificou, assim, a negativa para a realização da audiência pública.[675]

Aprofundando-se no tema, no caso Jan-Ake Andersson *vs*. Suécia, também de 29 de outubro de 1991, o TEDH temperou o entendimento da necessidade de audiência em segundo grau. Nesse julgado, o acusado foi condenado em primeiro grau e pediu em seu recurso a oitiva de uma testemunha em segundo grau. A produção de prova oral foi indeferida e a condenação foi mantida principalmente com base em fotografias.

Isso porque mesmo quando o tribunal de apelação tem o poder de julgar matéria de fato e de direito, nem sempre haverá o direito de produção de prova em segundo grau pois dependerá das circunstâncias do caso. E na hipótese, o acusado admitiu em juízo a conduta (direção de trator em rodovia), muito embora tenha se justificado sob o argumento de ausência de sinalização e péssimas condições meteorológicas.

Assim, considerando que a análise do tribunal *ad quem* se centrou nas fotografias sobre os sinais de trânsito, prova essa que dispensava a imediação, aliado ao fato de que o acusado confirmou ter trafegado, entendeu-se ser desnecessária nova audiência pública, agora em segundo grau.[676]

No caso Constantinescu *vs*. Romênia, de 27 de junho de 2000, o acusado foi absolvido em primeiro grau e condenado em segunda instância sem ter sido ouvido perante o tribunal de apelação. Apesar de estar presente no julgamento de segundo grau, a corte *ad quem* não admitiu os requerimentos feitos e nenhuma prova foi produzida.

---

[675] Oportuno notar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos foi aplicada num caso em que o queixoso era autor de uma ação penal privada e não os acusados dessa ação.

[676] Conforme lembra Rosario Herrera Abián ao comentar o caso Jan-Ake Andersson *vs*. Suécia, não basta que a questão seja de fato para justificar a nova audiência, mas também que a resolução implique valoração de uma prova para a qual a imediação seja necessária (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p.181).

O TEDH seguiu a tese exposta em Ekbatani, entendendo que quando um tribunal é chamado a conhecer de questões de fato e de direito, e avaliar a culpabilidade ou a inocência do acusado, não é viável, por motivos de equidade, decidir estas questões sem ouvir pessoalmente o acusado, notadamente quando nega a prática do crime.

Em Cooke *vs*. Áustria, de 08 de fevereiro de 2000, o acusado foi condenado por um tribunal de jurados a pena de 20 anos com interposição de recursos pelo acusado e pelo órgão acusador, este último com pedido de agravamento da pena para prisão perpétua. Quando do julgamento dos recursos, foi admitida a presença apenas do defensor. O réu estava custodiado, mas não foi levado ao *public hearing*. A pena de primeiro grau foi mantida, não obstante, entendeu-se que na medida em que era possível o agravamento da sanção em segundo grau, o acusado tinha direito de ser ouvido pessoalmente e se defender em segundo grau.

Mais recentemente, em Gómez Olmedá *vs*. Espanha, de 29 de março de 2016, o TEDH reafirmou que é imprescindível um julgamento oral quando o tribunal de apelação pretenda examinar fatos considerados provados na primeira instância e decida por modificá-los, indo além das questões eminentemente jurídicas.

No caso citado, o tribunal *ad quem* se divorciou das conclusões do órgão *a quo* e realizou nova análise da culpabilidade do acusado ao reconsiderar questões de fato e de direito sem que tivesse havido um novo julgamento em segundo grau. Ademais, o fato de o tribunal *ad quem* ter condenado o acusado, que tinha sido absolvido em primeiro grau, tornou ainda mais difícil que fosse considerado um processo justo e equitativo nos termos da CEDH.

Portanto, a partir de Ekbatani *vs*. Suécia, a interpretação dada pelo TEDH sobre o artigo 6.1 da CEDH foi no sentido de afirmar o direito de toda pessoa em ser ouvida publicamente em todas as instâncias, e não apenas em primeiro grau, exigindo a reprodução da prova em segunda instância sempre que o tribunal *ad quem* não se limite ao exame de questões jurídicas e passe a valorar a prova praticada em primeiro grau.[677]

Pelo teor das decisões, observa-se que, não obstante a afirmação da impossibilidade de julgamento do recurso sem a realização de nova audiência pelo órgão *ad quem* em relação à matéria de fato, mais do que a imediação propriamente dita, a Corte de Estrasburgo preocupou-se mais com a defesa do acusado e a caracterização de um processo justo e equitativo a partir de garantias existentes em primeiro grau e que deveriam ser

[677] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 177-179.

estendidas à fase recursal, no caso, o direito de toda pessoa ser ouvida em um julgamento público.

No entanto, ao inserir a audiência pública ao julgamento em sede recursal, a oralidade invariavelmente afetou o segundo grau e passou a estabelecer parâmetros importantes para o reexame nesta instância, notadamente quanto à matéria fática.

Importante frisar que nos termos do TEDH, nem sempre se demandará nova audiência pública, pois quando pelas circunstâncias do caso concreto as questões de fato puderem ser adequadamente resolvidas com base nas provas já produzidas sem que isso afete a realização do valor equidade e justiça, a celebração de audiência oral com a presença do acusado e com atividade probatória será prescindível.

4.9.5 A jurisprudência do Tribunal Constitucional da Espanha

A interpretação dada ao artigo 6.1 da CEDH pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos inspirou mudanças nos ordenamentos jurídicos dos países europeus no âmbito recursal, dentre as quais se destaca a Espanha.

Nesse país, por força do então artigo 795.2 da LECrim, admitia-se – e ainda se admite – como fundamento do recurso de apelação a violação a normas e garantias processuais, erro na apreciação da prova ou infração de normas do ordenamento jurídico. Desta forma, sob o fundamento de erro na apreciação da prova pelo órgão *a quo*, as partes podiam impugnar matéria de fato, incluindo aquela obtida de fontes pessoais e o órgão *ad quem* tinha liberdade para reformar a decisão de primeiro grau, se assim entendesse.

Em suma, o artigo 795.2 da LECrim instituía um modelo recursal de apelação com possibilidade de revisão integral da sentença pela corte de apelação, tanto da matéria de fato como de direito.[678]

Influenciado pela jurisprudência do caso Ekbatani *vs*. Suécia e dos precedentes que o seguiram, mas ao contrário do TEDH, cujas referências expressas à imediação foram parcas, o Tribunal Constitucional espanhol expressamente aludiu a questão do contato direto dos julgadores de segundo grau com as fontes de provas pessoais como fundamento principal

[678] Vale ressaltar que o artigo 795.2 da LECrim atualmente corresponde ao artigo 790.2, cujo teor é praticamente idêntico. Não obstante, o artigo 792.2 passou a vedar expressamente que o órgão *ad quem* em apelação venha a condenar o acusado absolvido em primeira instância ou agravar a sentença condenatória por erro de apreciação da prova, prestigiando assim o entendimento firmado na STC 167/2002.

da alteração de sua jurisprudência em relação ao conhecimento de matéria de fato em sede recursal.[679]

Na Sentença 167/2002 do Tribunal Constitucional espanhol (STC 167/2002), de 18 de setembro de 2002, a discussão envolvia a admissão de declarações prestadas pelo acusado perante a polícia e ratificadas junto ao juiz de instrução, ocasião em que houve admissão do crime. Posteriormente, a confissão foi retificada no *juicio oral*, agora com a negativa do acusado. Houve recurso da decisão de absolvição e a corte de apelação deveria avaliar essas duas declarações (confissão e posterior retratação da confissão). Nenhuma delas foi produzida com imediação do referido órgão.

O Tribunal Constitucional espanhol concluiu pela vedação da (re)valoração da prova pessoal produzida em primeiro grau, pois necessária a imediação. Logo, era imprescindível que o órgão *ad quem* ouvisse pessoalmente o acusado, agora em segundo grau, para valorar estas declarações.

A imediação foi considerada garantia processual e integrante do direito fundamental a um processo com todas as garantias (artigo 24.2 da Constituição da Espanha), caracterizando um limite para a (re)valoração da prova produzida em primeiro grau pelo órgão *ad quem*, pois deveria colher diretamente a prova pessoal para valorá-la.

Essa limitação tem lugar somente nos casos em que a corte de apelação revise sentenças absolutórias proferidas pela primeira instância, mas não o contrário. Ademais, mesmo que o acusado não tenha postulado a produção de prova em segundo grau, como eventual nova audiência se destinava à finalidade buscada pelo órgão acusatório (manutenção da condenação), cabia a este o dever de solicitar nova audiência e não ao acusado.[680]

Ainda que a lei processual autorize o órgão *ad quem* a decidir sobre fatos e direito, revisando ou corrigindo a valoração feita pelo primeiro grau, essa faculdade deve ser compatibilizada com as garantias constitucionais do artigo 24.2 da Constituição espanhola, dentre as quais a imediação. Logo, entendeu-se como violado o direito do acusado a um processo com todas as garantias.

Partindo da premissa estipulada pelo TEDH no caso Ekbatani *vs*. Suécia, que muito embora não mencionasse diretamente a imediação, mas a aplicação do direito do acusado em ser ouvido e de produzir provas em segundo grau, o Tribunal Constitucional

[679] Como se verá, o outro fundamento foi o da presunção de inocência.
[680] Nesse ponto, o Tribunal Constitucional espanhol alterou o entendimento então prevalente (STC 120/1999), no sentido de que quem não solicitou a prática da prova perante o órgão *ad quem* não poderia invocar a violação do direito a um processo com todas as garantias por falta de imediação.

espanhol incorporou expressamente a imediação, pois afirmou tratar-se de garantia integrante do direito a um processo com todas as garantias.[681]

Por outro lado, a violação a um processo com todas as garantias se conecta intimamente à presunção de inocência, pois no caso concreto a única prova válida para afastar tal presunção era a confissão do acusado na fase policial e ratificada perante o juiz de instrução, mas retratada no *juicio oral*. Assim, uma vez inexistindo imediação, a confissão não poderia ser valorada em segundo grau. Sendo esta a única prova a escorar o acórdão condenatório, resulta na ausência de suporte probatório para a condenação.[682]

Segundo Nicolás Cabezudo Rodríguez,[683] podem ser extraídas as seguintes conclusões da STC 167/2002: a) não é admissível que pela via recursal um acusado absolvido seja condenado (ou que tenha anterior condenação agravada) mediante a modificação dos fatos dados como provados na sentença recorrida em razão de nova valoração de meios de prova que exijam a imediação para sua correta ponderação, no caso, prova pessoal e inspeção judicial;[684] b) por outro lado, é admissível modificar a decisão de primeiro grau quando: b1) não importe em modificação do relato fático por se tratar de questão jurídica; b2) apesar da alteração dos fatos dados como provados, os meios de prova considerados não demandam imediação, como é caso das provas reais (documentos etc.); b3) ocorrer em virtude de discrepâncias do órgão *ad quem* em relação ao processo dedutivo seguido pelo órgão *a quo* para se chegar à decisão recorrida;[685] c) a determinação de eventual violação da imediação (e

---

[681] Era comum a discussão sobre a imediação na jurisprudência e na doutrina do direito processual espanhol. Segundo Rosario Herrera-Abián, antes mesmo da STC 167/2002, era possível ver na jurisprudência das *audiencias provinciales* tendência em não substituir a valoração da prova praticada em primeira instância, muito embora se reconhecesse que a apelação outorgasse plenas faculdades ao órgão *ad quem* para resolver questões de fato e de direito. De todo modo, antes da STC 167/2002 o Tribunal Constitucional entendia que a apelação era um recurso que conferia à corte *ad quem* a plena jurisdição do caso, podendo chegar a um resultado diverso do primeiro grau sem a necessidade de nova atividade probatória. Nessa linha os seguintes julgados: STC 124/1983, STC 23/1985, STC 54/1985, STC 145/1987, STC 194/1990, STC 157/1995 e STC 120/1999 (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 183; 187).

[682] Na STC 24/2009 foi explicado que se a prova valorada sem imediação for excluída e dessa exclusão resulte ilógica ou não concludente o desfecho condenatório, haverá violação da presunção de inocência. Para Jaime Suau Morey, a ausência de imediação pode resultar em violação ao direito a um processo com todas as garantias e à presunção de inocência, mas reconhece que é frequente a concorrência de ambas dada a evidente interação (MOREY, Jaime Suau. **Inmediación y apelación en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2010, p. 58-59). Contudo, o sentido atribuído pela STC 167/2002 parte da premissa de que se trata de violação simultânea e necessariamente consequente, ou seja, a prova não podia ser valorada sem imediação (o que afeta o direito a um processo com todas as garantias) e, justamente por isso, não tem aptidão para afastar a presunção de inocência.

[683] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 117-118.

[684] Abrange, portanto, essencialmente, a matéria fática aferida a partir de provas pessoais, incluindo o interrogatório do acusado.

[685] Compreende-se aqui o controle da racionalidade das inferências feitas pelo órgão *a quo* durante a atividade de valoração, que não podem ser arbitrárias, irracionais ou absurdas, sob pena de arbítrio judicial. Para Décio Alonso Gomes, a imediação não afeta "a razoabilidade do discurso de valoração da prova (ou seja, é possível a revisão do concernente à estrutura lógica do juízo sobre a prova produzida: regras de lógica, os princípios de experiência e os conhecimentos científicos)" (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 216).

do direito a um processo com todas as garantias) tem caráter casuístico, dependendo sempre das circunstâncias do caso concreto.

Não se confunde com a situação da STC 167/2002 a produção de prova (nova) em segundo grau, nos termos do artigo 790.3 da LECrim.[686] Nestes casos, havendo a referida atividade probatória, a decisão de primeiro grau poderá ser alterada, ainda que absolutória, pois a prova terá sido praticada diretamente em primeiro grau e consequentemente haverá imediação.[687]

Uma das críticas à STC 167/2002 diz respeito à ausência de imediação como fator impeditivo para o tribunal *ad quem* substituir a valoração da prova do órgão *a quo* e se aplica tanto para o acusado como para a parte acusadora. O Tribunal Constitucional não explicou tal limitação.[688]

Para Jaime Suau Morey, a modificação tem o condão de alterar o modelo recursal espanhol, pois ao exigir a repetição de provas em segunda instância para alterar a anterior decisão absolutória, aproximou-se do modelo de apelação plena (*novum iudicium*), "tradicionalmente descartado pelo nosso ordenamento jurídico, assim como pela maioria dos países de nossa cultura jurídica."[689]

Como era de se esperar, a STC 167/2002 gerou uma reviravolta no processo penal espanhol e demandou do Tribunal Constitucional mais esclarecimentos sobre a tese sustentada, ensejando o início de uma nova e complexa jurisprudência sobre as demais premissas da imediação, agora alçada como parte integrante do direito a um processo com todas as garantias.

No STC 272/2005 firmou-se que a condenação oriunda do segundo grau poderia ser mantida independentemente de ter reformado anterior absolvição ou agravado condenação anterior quando não houver alteração do substrato fático sobre o qual se assenta a sentença de primeiro grau (ou seja, questões jurídicas),[690] ou ainda, se houver alteração fática, ocorrer por

---

[686] O dispositivo citado prevê produção de provas em segunda instância no recurso de apelação, mas em hipóteses restritas: a) prova que o recorrente não pode propor em primeira instância; b) prova proposta em primeira instância e que foi indevidamente indeferida, sem que houvesse sido dada oportunidade para manifestação; c) provas admitidas em primeira instância que não puderam ser realizadas por motivos não imputáveis ao recorrente.

[687] CARRÓN, Clara Fernández. La inmediación en la segunda instancia penal y civil: ¿resulta razonable que su significado y alcance varíe en función de la naturaleza del proceso? *In*: DEU, Tereza Armenta (coord.) **La convergência entre proceso civil y penal**. ¿Una dirección adecuada? Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 167. Esta situação também é abordada por Décio Alonso Gomes (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 204-205).

[688] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 125. Rosario Herrera-Abián também critica essa posição, pois as garantias processuais devem ser atribuídas a ambas as partes. Assim, se determinada prova não pode ser corretamente valorada pela ausência de imediação, isso é válido para o réu e para o órgão da acusação (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 220-222).

[689] MOREY, Jaime Suau. **Inmediación y apelación en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2010, p. 126.

[690] Na STC 170/2002 se afirmou que a distinta valoração jurídica de um fato dado como provado pela decisão de primeira instância pelo órgão de segundo grau não viola a imediação. O mesmo ocorreu na STC 45/2011, onde se discutiu a existência

meios de prova que não demandem a imediação. Observou-se na oportunidade que a determinação da vulneração da imediação é uma análise circunstancial e que sempre dependerá do caso concreto.

No que tange à prova pericial, a STC 120/2009 ratificou entendimento anterior no sentido de que tal prova pode ser valorada sem a necessidade de se ouvir os peritos quando conste dos autos laudos e relatórios que exponham de maneira convincente as razões e o tribunal de apelação valore a prova pericial somente através de documentos escritos. Por outro lado, se o perito prestar declaração em juízo para explicar, aclarar ou acrescentar as informações do laudo, esta prova adquire o caráter pessoal e passa a exigir a imediação.

Na STC 184/2009, o tribunal de apelação condenou o acusado outrora absolvido em primeiro grau, mas não alterou a apreciação das provas pessoais feita pelo órgão *a quo*, limitando-se a condenar o acusado com base em fatos considerados provados em primeira instância. A divergência era eminentemente jurídica e alheia à (re)valoração de provas pessoais, não havendo necessidade de imediação em segundo grau. Todavia, sob o prisma da defesa, entendeu-se que o acusado tinha o direito de ser ouvido pessoalmente perante o órgão de segundo grau já que este foi o primeiro a lhe condenar.[691]

Quanto às regras de experiência, entendeu-se na STC 170/2005 que era permitido o controle pelo segundo grau sobre a razoabilidade das inferências feitas pelo órgão de primeiro grau segundo as regras de lógica e experiência, pois para que o tribunal de apelação realizasse nova (e diversa) inferência não era necessária a imediação.[692]

De modo bastante semelhante, na STC 272/2005 deliberou-se que quando o processo dedutivo considerar os mesmos fatos tidos como provados em primeiro grau no que tange à prova pessoal, é possível extrair conclusão diferente. Esse fundamento foi combinado com a prova documental, cujo tribunal de apelação discordou do primeiro grau, mas por se tratar de prova não pessoal pode alterar os fatos nesse ponto.[693]

---

de concurso aparente de normas ou concurso de crimes, aferição essa que pode ser feita sem imediação por se tratar de questão jurídica.

[691] Trata-se de situação em que a imediação foi observada tal como estipulado na STC 167/2002. Na verdade, esse caso reflete com mais precisão a posição do TEDH iniciada com Ekbatani *vs*. Suécia e mantida em julgados como Constantinescu *vs*. Romênia dentre outros, ou seja, o arco de garantias processuais presente em primeiro grau deve ser disponibilizado ao acusado também em segundo grau, notadamente o direito de ser ouvido e se defender pessoalmente.

[692] No caso concreto, o órgão *a quo* entendeu que o acusado não teve ânimo de se apropriar indevidamente de quantias, enquanto a corte *ad quem*, partindo da mesma base fática reconhecida em primeira instância (e sem alterar o fato tido como ocorrido, qual seja, o recebimento da quantia e a retenção pelo acusado), concluiu diversamente, ou seja, entendeu pela existência do ânimo de se apropriar. Em suma, a discussão se centrou sobre o elemento subjetivo extraível a partir dos fatos dados como provados em primeiro grau (recebimento da quantia, demora em devolver os valores, desparecimento da empresa do acusado sem que seu paradeiro fosse informado para os credores etc.).

[693] O caso dizia respeito à direção em estado de embriaguez. O órgão *a quo* entendeu que apesar da medição do bafômetro de 0,62 mg/l, tal índice não teria comprovado alteração necessária da capacidade de dirigir. Ademais, quanto ao aparelho usado para medição, apesar de ser um modelo homologado, não foi apresentado certificado de homologação ou de calibragem. Para o órgão de primeiro grau, a prova oral produzida não apontou sinais de alteração no condutor, razão pela qual concluiu que

Percebe-se, assim, que o tribunal de apelação pode discordar do processo dedutivo empregado pelo órgão *a quo* e deduzir conclusões distintas a partir dos fatos dados como provados no primeiro grau (e sem que estes sejam alterados). Nesta hipótese, é aceitável modificar a sentença absolutória na medida em que esse processo dedutivo se funda em regras de experiência, que não dependem da imediação.

Por outro lado, nem sempre o processo dedutivo de primeiro grau passará ileso do crivo da imediação. Na STC 24/2009 foi fixado que quando a retificação da inferência levada a cabo pelo órgão de primeiro grau provir de dados indiciários extraídos exclusivamente da prova pessoal que viabilizaram a modificação do relato fático constante da decisão de primeira instância, terá havido nova valoração de uma prova de caráter pessoal sem a realização de nova audiência, o que é vedado.[694]

De maneira semelhante, na STC 36/2008 entendeu-se ter havido nova valoração da prova pessoal realizada sobre uma série de indícios que não foram considerados pelo órgão de primeiro grau e que acabaram introduzindo um novo relato fático.[695]

---

não havia certeza sobre o grau de álcool no sangue do acusado. A apelação interposta pelo órgão de acusação foi provida, pois o único ponto discutido foi se o acidente decorreu de influência de bebida alcoólica, cuja ingestão foi admitida pelo acusado. O tribunal *ad quem* chegou à conclusão diversa do primeiro grau analisando os mesmos fatos tidos como provados na primeira instância. Com base na sintomatologia apresentada pelo acusado, o juízo de primeiro grau o absolveu, enquanto o tribunal de apelação o condenou. No mais, em relação ao etilômetro, que na origem tinha sido descartado, por se tratar de prova documental que independe de imediação, o tribunal *ad quem* entendeu como válida tal prova e alterou os fatos nesse ponto para corroborar a alteração psíquica do condutor.

[694] Trata-se de caso onde o acusado foi detido enquanto dirigia veículo automotor em via pública. Os testes de alcoolemia tiveram resultados de 0,97 e 1,04 mg/L. O órgão *a quo* entendeu que, apesar de comprovada a ingestão de bebida alcoólica, não havia prova de que tivesse influído as faculdades psíquicas e físicas em relação à percepção e reação. Assim, não tendo influído de forma efetiva na condução do veículo e ausente o risco para os bens jurídicos protegidos, limitava-se à infração administrativa e não crime. A decisão de primeiro grau referiu que o depoimento do agente de trânsito não demonstrou a colocação em risco dos bens jurídicos, e ainda, a prova de alcoolemia e os sinais de embriaguez apresentados pelo acusado demonstraram que tinha ingerido bebida, mas não comprovaram influência nociva no ato de dirigir. No julgamento do recurso do órgão acusatório, o tribunal *ad quem* concluiu que, a partir da alta taxa de álcool no sangue e dos sinais de deambulação vacilantes, o réu conduziu o veículo sob a influência de álcool. E o fato de dirigir nessas circunstâncias, ainda que tenha conduzido corretamente, por si só causa lesão ao bem jurídico. Apreciando o caso, o Tribunal Constitucional afirmou que o juízo *a quo* considerou como não comprovado que a ingestão de bebida influenciou efetivamente nas faculdades físicas e psíquicas para a condução do veículo. A sentença fundamentou-se no depoimento do agente de trânsito. Ocorre que a decisão do órgão *ad quem* modificou o relato fático, acrescentando aos sintomas apresentados pelo acusado a referência a "*movimientos oscilantes a la verticalidad bastante pronunciados*", tal como declarado pelo agente de trânsito em juízo. A partir desse indício extraído exclusivamente da prova pessoal e uma vez conjugado com o grau de álcool no sangue, a corte de apelação chegou ao resultado condenatório. Contudo, a sentença de primeiro grau não fez o relato fático referido pela decisão de segundo grau ("movimentos oscilantes"). Daí que se entendeu ter havido (re)valoração da prova pessoal, no caso, do testemunho do agente de trânsito, sem a realização de nova audiência.

[695] Trata-se de acusação de calúnia na qual os réus teriam apresentado *notitia criminis* contra a vítima ao Ministério Público para apuração. Discutiu-se se os acusados agiram com intenção de caluniar e se sabiam da falsidade dos fatos constantes da *notitia*. O órgão de primeiro grau decidiu pela inexistência de elemento subjetivo do tipo (*animus infamandi*) a partir da valoração das declarações dos acusados e de testemunhas. Já o órgão de segundo grau concluiu diversamente, ou seja, que os acusados tinham conhecimento da falsidade da *notitia*. A inferência foi obtida a partir de uma nova valoração realizada sobre uma série de indícios desconsiderados pelo órgão de primeiro grau, no caso, que os acusados e a vítima eram adversários políticos, a proximidade da eleição municipal, a comunicação dos fatos à imprensa etc. A corte de apelação valorou novamente as provas pessoais não presenciadas, negando credibilidade aos depoimentos dos acusados e de uma testemunha a partir dos indícios, o que a levou a concluir que os acusados sabiam da falsidade da *notitia* e que tinham intenção de denegrir o nome de seu adversário político.

Na STC 120/2009, a questão dizia respeito ao fato de, se por ter visualizado a gravação audiovisual da audiência de primeiro grau, o tribunal de apelação podia valorar provas pessoais diversamente do juiz de primeiro grau e, por consequência, dar provimento ao recurso do órgão acusatório com base em erro de valoração da prova de fato, fixando novo relato dos fatos provados de modo a condenar quem foi antes absolvido.[696]

O tribunal de apelação reprovou parte das conclusões obtidas pelo juiz por reputá-las ilógicas, mas ao mesmo tempo valorou como verazes as declarações de determinadas testemunhas (guardas civis) em detrimento de outras testemunhas (compradores de drogas) e também dos acusados. Logo, esse confronto indica ter havido nova valoração de prova que dependia da imediação, não se limitando a mera discordância do processo dedutivo do juiz, já que houve comparação entre depoimentos e aferição sobre a credibilidade das pessoas que declararam em juízo e consequente modificação dos fatos dados como provados em primeiro grau.

Analisando a difícil relação da valoração de indícios com a imediação, Décio Alonso Gomes assevera:

> Isso conduz, pelo menos, a duas conclusões: a primeira que quando os indícios a partir dos quais se obtém a inferência proveem diretamente de declarações testemunhais, ainda que não se ponha em dúvida o declarado, será necessário que o órgão de segunda instância ouça tais testemunhos. A segunda é que nos casos em que o acusado tenha negado um determinado fato (por exemplo, o conhecimento ou a intenção de realizar a conduta), uma conclusão indiciária que contradiga o declarado suporá (ainda que implicitamente) uma revisão da credibilidade do testemunho, lesiva ao processo com todas as garantias, se este não tiver sido ouvido em segunda instância.[697]

Em suma, essa amostra de julgados demonstra a seriedade com que o Tribunal Constitucional espanhol passou a tratar a imediação a partir da STC 167/2002 e a complexidade alcançada pelo tema na jurisprudência e na doutrina.

---

[696] O caso concreto versava sobre acusação de tráfico de drogas (crime contra a saúde pública). Os acusados foram absolvidos em primeiro grau, pois as únicas provas foram os depoimentos dos guardas civis denunciantes e o órgão *a quo* entendeu que não fora comprovado o fato conforme exposto pelos guardas por variadas razões (os binóculos que os guardas disseram ter usado na diligência não foram vistos por testemunhas; não foi feito reconhecimento dos acusados pelos compradores das drogas; no local dos fatos havia outras pessoas além dos acusados; na árvore onde um dos acusados foi visto coletando a droga nada foi encontrado; estranha situação constatada de que durante três ou quatro horas de vigilância pelos guardas apenas duas operações de venda de drogas foram observadas). No julgamento do recurso de acusação, o órgão de apelação valorou como verdadeiras as declarações dos guardas civis. Tais depoimentos foram corroborados por outras provas (dentre elas, as declarações dos dois indivíduos que tinham comprado a droga), rechaçando-se a possibilidade de que os acusados foram confundidos com outras pessoas, pois a diligência foi feita logo depois da compra e não havia razão lógica para que os guardas tivessem confundido as pessoas que estavam vendendo com quem estava comprando, até porque os réus foram reconhecidos com segurança na fase judicial pelos guardas, que alegaram ter deixado os binóculos dentro do carro e deram detalhes do ocorrido que somente quem efetuou campana poderia saber.

[697] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 206-207. Em outra passagem, o autor cita expressamente as STC 24/2009 e STC 36/2008 e reitera que se sobre a base de indícios que provenham inequivocamente da valoração de provas pessoais são corrigidas as conclusões do órgão *a quo* sem nova audiência, a imediação restará lesionada (p. 217).

4.9.6 A gravação em suporte audiovisual da audiência de primeiro grau

No âmbito do julgamento de recursos, o problema da (falta de) imediação tem lugar quando o tribunal de apelação reexamina o caso apenas através de "escritos", ou seja, atas, termos e assentadas que documentam o ocorrido em audiência, isso em virtude da insuficiência desta forma de registro dos atos e incidentes processuais em reproduzir com exatidão o resultado do contato direto do órgão *a quo* com as fontes de provas pessoais.

As restrições giram em torno de eventuais erros e omissões que podem advir quando registrado o ocorrido em audiência por escrito, como também do caráter resumido e não integral, já que apenas os acontecimentos mais importantes são objeto de documentação.

Em meados da década de 1980, José Carlos Barbosa Moreira já alertava: "os inconvenientes da falta de imediação podem ser atenuados, em grande parte, se se consegue reproduzir com absoluta exatidão, em seu conteúdo e forma, o que a parte ou a testemunha disseram".[698]

O constante desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação e sua respectiva popularização viabilizaram novas formas de documentação dos atos processuais.

As gravações por sistema audiovisual, com a filmagem dos depoimentos prestados por testemunhas, vítimas, peritos e acusados permitem o acesso ao exato teor das declarações com o acréscimo da visualização dos participantes e demais aspectos, como sinais verbais, paraverbais e não verbais.[699]

Nesse sentido, a fidedignidade alcançada é incomparável com a tradicional forma de documentação por escritos, ainda que se trate de estenotipia,[700] pois "ver e ouvir um

---

[698] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas de la inmediación en el proceso civil. **Revista de Procesos**. 34, São Paulo, v. 9, n. 34, abr.-jun., 1984, p. 196.

[699] Sobre o registro em audiovisual, Bernd Schunemann sugere a gravação das inquirições das testemunhas na fase de investigações preliminares (polícia ou Ministério Público), pois "apenas dessa forma é que o advogado pode, em momento posterior, quando obtiver completo acesso aos autos, avaliar a fidedignidade dos depoimentos testemunhais. A prática atual de documentar os depoimentos testemunhais apenas em formato escrito conduz, como as investigações empíricas já mencionadas comprovaram, a um produto artificial misto advindo do conhecimento da testemunha e das hipóteses que guiam os funcionários que realizam a inquirição" (SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. *In:* SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.) **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Tradução de Aloar Leite. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2013, p. 236). Essa sugestão integra proposta mais abrangente de alteração da fase de investigação preliminar, providência essa que na visão do autor se mostra mais relevante do que a discussão comum de se modificar a fase judicial (acesso do juiz aos elementos da investigação antecedente; limitação dos poderes instrutórios). As outras sugestões são: criação de uma (pré) defensoria pública para atuar na fase da investigação, com obrigação inclusive de guardar sigilo em relação ao indiciado; garantir ao advogado o direito de inquirir reservada e privadamente eventuais testemunhas (mediante gravação), de forma a permitir a paridade de armas; substituição da prisão preventiva pelo monitoramento eletrônico (p. 235-237).

[700] Trata-se de método que permite a transcrição integral das palavras usadas no depoimento, tanto das perguntas como das respostas.

depoimento, mesmo com as limitações de uma mídia eletrônica, é sempre melhor que apenas ler uma declaração".[701]

Essa nova forma de documentação serve de auxílio ao primeiro grau, pois ainda que o órgão *a quo* tenha tido contato direto com as provas, em caso de cisão da audiência em mais atos, poderão ser consultados tais registros audiovisuais para avivar a memória do julgador e, com ainda mais razão, quando houver eventual substituição do juiz que colheu a prova por outro.

Permite ainda que o órgão jurisdicional tenha acesso integral à prova pessoal produzida perante outro órgão (carta precatória), facultada a incorporação na audiência oral mediante a reprodução do conteúdo de áudio e vídeo, sem a necessidade de se recorrer à leitura de atas.

Ocorre que essa ferramenta processual tem reflexos não apenas no primeiro grau, mas atinge o julgamento de recursos em segundo grau, pois a exatidão obtida pela gravação da audiência como meio de registro dos atos processuais viabiliza a análise do teor integral dos depoimentos, incluindo comportamentos paraverbais e não verbais.

A fidelidade do registro serve para aferir a compatibilidade da motivação e os critérios adotados pelo juiz na decisão de mérito com a efetiva realidade das provas produzidas em juízo, notadamente aquela oriunda de fontes pessoais.

Interessante notar que historicamente uma das justificativas para que no processo romano-canônico o registro fosse realizado por escrito foi proporcionar um registro com maior precisão e reduzir a discricionariedade do julgador.

> Entretanto, com a decisão de introduzir a oralidade na prova, depreciou-se a principal vantagem da escrita que, de fato, levou à sua incorporação ao processo em 1215: a imutabilidade que outorgava aos atos do processo. Intentava-se com a escrita que o registro do ocorrido na presença judicial não dependesse apenas da memória do juiz e, posteriormente, de suas lembranças e apreciações, que poderiam, infelizmente, ser arbitrariamente construídas. Ao contrário, quando figurava num escrito o que realmente tinha acontecido, a margem de discricionariedade do juiz evidentemente se reduzia. E isso foi, e é, muito positivo.[702]

Esse método de documentação, contudo, muito embora incremente o coeficiente de oralidade-imediação nos tribunais, não equivale ao contato direto e pessoal mantido entre o julgador que toma o depoimento e aquele que é inquirido.

---

[701] BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JR; Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A oralidade no processo civil brasileiro (relatório nacional). *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil**. Novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 426.

[702] FENOLL, Jordi Nieva. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 2, p. 27-41, jul.-set., 2010, p. 30.

Segundo Paolo Tonini,

> [...] aquele que escuta pode ouvir um monólogo ou diálogo, mas não pode "participar", não pode fazer perguntas nem obter respostas da pessoa que, anteriormente, prestou as declarações escritas ou gravadas. Portanto, tem-se a "oralidade" em sentido amplo, somente quando aqueles que escutam podem formular e obter perguntas e obter respostas diretamente do declarante.[703]

Quem visualiza a declaração, apesar de ter acesso a um conteúdo além da mera literalidade do quanto declarado, não participa do ato e não pode interagir em tempo real com o depoente.

Para Nicolás Cabezudo Rodríguez, esse método de registro aproxima o órgão *ad quem* da dimensão passiva da imediação ou de mera presença judicial e acompanhamento da atividade de prova.[704]

Todavia, ausente a possibilidade de interação, que é outra dimensão da imediação (vertente dinâmica), não se pode falar em sua substituição pela gravação audiovisual do julgamento em primeiro grau.

Nessa linha pondera Rosario Herrera-Abián

> Induvidosamente, o contato direto e imediato que caracteriza a imediação não pode ser igual a ver e ouvir uma fita de vídeo sobre o que as partes disseram no julgamento oral; os gestos, os silêncios, e mesmo o ambiente da declaração, não se plasmariam em uma fita gravada com uma ou várias câmeras fixas na sala, mesmo que os meios econômicos e materiais permitissem a gravação dos inúmeros julgamentos que se celebram e sua posterior reprodução ante o tribunal de apelação, sem negar que isso signifique uma melhora substancial, não pode se equiparar a imediação do órgão judicial que está presente na produção da prova.[705]

Além da inexistência do aspecto ativo da imediação, Clara Fernández Carrón apresenta mais óbices ao sistema de gravação audiovisual: a) maior distância cronológica, espacial e psicológica do fato; b) limitações técnicas decorrentes da restrição das imagens da sala de audiência, que não envolve todos os ângulos, locais e participantes; c) as percepções e apreciações não são as mesmas de quem teve tal contato direto e pessoal e consequentemente acesso à totalidade dos aspectos comunicativos verbais e não verbais; d) existe o risco de

---

[703] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 88.

[704] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 193.

[705] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 176-177. A partir do exposto por Jordi Nieva Fenoll, é possível traçar "níveis" de imediação, do mais distante para o mais próximo: a) resumo do depoimento elaborado por terceiro (não há imediação); b) transcrição exata do depoimento, como estenotipia (há imediação incompleta, pois falta o contato pessoal para visualizar o depoente); c) visualização de filmagem do depoimento (imediação incompleta, mas num grau acima, pois falta a possibilidade de interação); d) contato pessoal (imediação completa) (FENOLL, Jordi Nieva. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 67, set-dez. 2010, p. 251).

serem retiradas do contexto passagens da prova, ou seja, trechos do depoimento (a gravação não proporciona a mesma impressão que a realidade objeto da gravação).[706]

Parece claro, assim, que a gravação por suporte audiovisual não coloca a corte *ad quem* na posição do órgão *a quo* quando da realização da audiência oral e não se equipara à imediação.

Todavia, a questão a ser indagada é: o uso desse recurso tecnológico torna compatível a imediação, vista como garantia, um modelo recursal de apelação restrita (sem produção de provas) com devolução de questões de fato e de direito, especialmente em se tratando de revisão de sentenças absolutórias?

Sob o prisma da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Gómez Olmedá *vs*. Espanha, de 29 de março de 2016, ao reafirmar os argumentos dos casos Ekbatani e Constantinescu, a Corte de Estrasburgo entendeu que a gravação da audiência em suporte audiovisual não coloca um tribunal de apelação na mesma posição da primeira instância para os fins do artigo 6.1 da CEDH, ou seja, não compensa a falta de uma audiência pública e oral em segundo grau.

Da mesma forma, o Tribunal Constitucional espanhol se pronunciou na STC 120/2009 que a existência de gravação em suporte audiovisual não se equipara à realização de uma audiência propriamente dita e por isso não elimina a necessidade de imediação em se tratando da valoração de provas pessoais.[707]

Não obstante, é inegável que a gravação através de sistema audiovisual altera a lógica da apelação restrita onde a revisão pela via recursal tradicionalmente ocorria por atas – com evidente prejuízo à imediação – para um nível intermediário, mas aceitável, preservando com fidelidade a prova produzida e viabilizando que o órgão *ad quem* presencie todos os acontecimentos.

Trata-se de solução intermediária, mas que proporciona um equilíbrio razoável entre a imediação e a *revisio prioris instantiae*.

Para Nicolás Cabezudo Rodríguez, considerando a relativa certeza trazida sobre as situações vivenciadas durante o *juicio oral* e a forma como foi produzida a prova pessoal (regular ou não), como também diante do grau de complexidade e de dúvidas geradas pela

---

[706] CARRÓN, Clara Fernández. La inmediación en la segunda instancia penal y civil: ¿resulta razonable que su significado y alcance varíe en función de la naturaleza del proceso? *In*: DEU, Tereza Armenta (coord.) **La convergência entre proceso civil y penal**. ¿Una dirección adecuada? Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 178-179.

[707] Ainda segundo o Tribunal Constitucional Espanhol (STC 120/2009), os casos em que a legislação processual dispensa a imediação (crimes sexuais com vítimas menores etc.) sem que isso afete a validade do ato processual correspondente não significa uma forma facultativa de realização destas provas a critério do órgão judicial, mas um modo subsidiário, com justificação expressa na lei.

STC 167/2002 e demais precedentes no tratamento da imediação em segundo grau, ainda que com limitações, a gravação em sistema audiovisual pode ser considerada uma solução aceitável na atual situação.[708]

No mesmo sentido, Décio Alonso Gomes considera suficientemente respeitada a imediação pelo sistema de gravação já que permite o conhecimento e a observação direta da prova, sendo esta solução processualmente melhor e mais adequada do que as demais (apelação plena ou recurso de cassação).[709]

Tendo por base a atividade probatória original praticada pelo órgão *a quo*, a apelação restrita com gravação do conteúdo da audiência em audiovisual sob certo aspecto propicia uma aproximação até mesmo superior do que a apelação plena, pois no *novum iudicium* a imediação do tribunal *ad quem* é com a nova prova e não com aquela enfrentada e valorada pelo julgador *a quo.*[710] Nesse último caso, o órgão revisor somente teria como acessá-la através dos registros e, em sendo documentado por audiovisual, a fidedignidade seria incomparável.

4.10 Oralidade, paralinguagem e linguagem corporal

A prova oriunda de fontes pessoais é uma prova mediata, "no sentido de que o fato (a provar) é representado mediante um fato (probatório) ulterior, ou seja, mediante a declaração-narração de um terceiro ou da parte."[711]

Nesse sentido, a imediação não é uma condição necessária para o conhecimento humano, pois tanto pode conhecer aquele que o faz por um método que propicia a percepção imediata (testemunha que capta um fato através de seus sentidos, cientista que tem contato com o objeto e observa o resultado da experimentação), como aquele que recebe indiretamente de outrem o relato do acontecimento presenciado ou a respectiva percepção. Daí a afirmação de que a imediação não é o único método para se conhecer a verdade, entendida esta como "verdade-correspondência".[712]

---

[708] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p.126; 130; 207; MOREY, Jaime Suau. **Inmediación y apelación en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2010, p. 86.
[709] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 234.
[710] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 238-239.
[711] CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, jul. 2002, p.16.
[712] MAIER, Julio B. J. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre Inquisición *vs.* Composición. **Jueces para la democracia**. Madrid, n. 49, mar. 2004, p. 13-14.

Portanto, salvo a inspeção judicial, em todos os demais casos o juiz conhece dos fatos mediatamente, até porque se tomasse conhecimento diretamente (imediatamente) não poderia atuar como julgador, mas apenas como testemunha. Logo, o juiz não decide com base na observação imediata do fato a provar, mas no fato representativo do fato a provar, ou seja, na declaração prestada oralmente em audiência.

Por seu turno, caso esse relato esteja por escrito, o juiz não decidirá com base na observação imediata e nem com base no fato representativo do fato a provar (declaração da testemunha etc.), mas em um fato posterior, no caso, "as atas e as petições, as quais, por sua vez, representam o fato representativo."[713]

Esta circunstância incrementa o risco de uma compreensão inexata do caso concreto. Portanto, a nota característica associada à oralidade, e especialmente à imediação, é que o contato mantido pessoal e mediante viva voz entre interlocutores concederia ao juiz, ao menos em potência, melhores condições para avaliar a veracidade das declarações e a sinceridade do depoente.[714]

É da essência da interlocução oral o efetivo ganho na dialeticidade. A interação em tempo real entre os envolvidos, o fato de o depoente não saber antecipadamente o teor das perguntas, a possibilidade de (re)indagação imediata a uma resposta pouco clara são fatores que contribuem para a espontaneidade das respostas e a melhor verificação do ponto a ser esclarecido. Daí a diferença entre ouvir o relato e poder interagir da simples leitura da transcrição do ocorrido.

Para Clara Fernández Carrón, a atividade desenvolvida no juízo oral outorga uma singular autoridade ao juiz na apreciação da prova, já que a presenciou e teve a prerrogativa de intervir quando de sua produção. Diante disso, está em melhor condição de valorar corretamente o seu resultado.[715]

Além dos elementos verbais que naturalmente compõem a comunicação oral e sua consequente dialeticidade, discute-se se essa atividade valorativa repercutiria também sobre

---

[713] CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, jul. 2002, p. 16-17. Ou seja, o ato de julgar é realizado com base em escritos que representam o fato representativo (depoimento) do fato a provar (fato controvertido, caso concreto).

[714] José I. Cafferata Nores expõe os diversos aspectos relacionados à transmissão das informações em audiência e com a fidelidade da percepção pelo juiz: a) relacionados à aderência à realidade ou fidedignidade do relato: a1) idade e saúde dos depoentes; a2) condições em que foram apreendidas tais percepções, como fatores físicos (luz, distância etc.) e psíquicos (medo, ira etc.); a3) tempo transcorrido entre a percepção e o depoimento; b) relacionados com a sinceridade do depoimento: b1) se há interesse que possa influir na vontade do depoente (amizade, inimizade, laços familiares, suborno etc.); b2) controle interno do depoimento (dúvidas e contradições apresentadas, ausência de indicação de como teve acesso à informação etc.) (NORES, José I. Cafferata. **La prueba en proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1998., p. 121-123). Em ambos os aspectos, a forma oral do ato e a imediação são relevantes.

[715] CARRÓN, Clara Fernández. La inmediación en la segunda instancia penal y civil: ¿resulta razonable que su significado y alcance varíe en función de la naturaleza del proceso? *In:* DEU, Tereza Armenta (coord.) **La convergência entre proceso civil y penal**. ¿Una dirección adecuada? Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 166, nota 9.

os aspectos não verbais da comunicação mantida durante o ato, que serviriam de base para uma análise da sinceridade e da veracidade do relato apresentado.

Para Mauro Cappelletti, conceitualmente, o depoimento (testemunho em sentido amplo) não se limita a uma declaração representativa do fato a provar, o que resultaria numa simplificação de uma realidade bastante complexa:

> Por outro lado, há de se ter em mente que seria fruto de uma deplorável simplificação da análise considerar o testemunho como uma mera declaração-narração representativa. Em realidade, dita declaração acompanha toda uma série de atos, de comportamentos, de dados em suma, os quais, ainda que não propriamente representativos do fato a provar, são, porém, suscetíveis de valer como "provas indiretas", ou seja, como indícios da veracidade da testemunha e da verdade do fato por ela narrado: trata-se do modo como a testemunha narra os fatos, da subjetiva credibilidade do narrador, da objetiva verossimilhança do fato narrado, etc.[716]

Gabriel Chalita corrobora essa visão:

> A palavra é importante, sem dúvida, para comunicar fatos, ideias, pedidos ou ordens, raciocínios; em suma, um significado objetivo, que possa ser compartilhado, por meio dela, entre diferentes pessoas. No entanto, a comunicação propiciada pela palavra e os efeitos produzidos por ela não se restringem aos conteúdos objetivos: os significantes, em especial no âmbito da oralidade, fazem toda a diferença entre umas e outras consequências que a palavra pronunciada possa produzir. Dessa forma, é fundamental levarmos em consideração o tom de voz, o ritmo das frases e o modo como elas são articuladas pelo falante – tudo contribuiu para emprestar à palavra alternativas diferentes de entendimento por parte do auditório.[717]

Trata-se da paralinguagem (ou linguagem paraverbal) cujos elementos acompanham a comunicação oral, como a entonação, o volume, o ritmo da voz e outras características que transcendem a própria fala. Sem prejuízo, há ainda dados captados da linguagem não verbal (corporal), abrangentes de comportamentos voluntários (gestos, expressões faciais etc.) e involuntários (sudorese, gagueira, tremor etc.).[718]

Conforme explica Marco Antonio Marques da Silva,

> Muitas vezes a análise do semblante do réu, das vítimas e das testemunhas, do órgão da acusação e da defesa vem corroborar ou não o que está sendo dito através da palavra. Para isso, estar atento à postura física, tique nervoso do rosto ou do corpo

[716] CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, jul. 2002, p.17.
[717] CHALITA, Gabriel. **A sedução no discurso**. São Paulo: Planeta, 2012, p. 76.
[718] MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 88. Para o autor, a impossibilidade de contato face a face com eventual testemunha impedirá observar as alterações fisionômicas e de linguagem corporal, afetando o *right of confrontation* (p. 149).

> assegurará ao juiz se o produto de seu interrogatório, se o depoimento é confirmado a nível emocional ou não.[719]

Esses indicativos de verossimilhança dos testemunhos dificilmente podem ser valorados no sistema da escritura em virtude da ausência de contato direto entre o juiz e a pessoa que presta depoimento.[720]

Paolo Tonini recorda que o emprego da oralidade no processo presume que a memória da pessoa que apreendeu um fato se mantenha inalterada até a audiência oral, e que essa mesma pessoa permaneça predisposta a narrar o que viu e o que sabe com sinceridade.[721]

Portanto, durante a colheita de um depoimento, duas aferições são realizadas. A primeira incide sobre a sinceridade do depoente e se está dizendo o que acredita ser a verdade (correspondência entre o que pensa e o que diz). Já a segunda versa sobre a veracidade, isto é, quando haja correspondência entre o relato e a realidade verificável.[722]

A imediação, em seu aspecto paralinguístico, tende a atuar com mais força no plano da sinceridade do depoente e somente secundariamente afeta o exame da veracidade, pois esta última dimensão exige o confronto com outras provas para se chegar a um resultado final e conclusivo.[723]

---

[719] SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 61. No mesmo sentido, Francesco Carnelutti adverte que a prova pessoal não se resolve somente na narração, ou seja, no depoimento prestado, mas inclui também o comportamento da pessoa frente ao juiz ao responder as perguntas que lhe são dirigidas, como a demonstração de franqueza, serenidade, prontidão, perplexidade, dificuldade, inquietude (CARNELUTTI, Francesco. **Das provas no processo penal**. Tradução de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impetus, 2005, p. 64-65). Ainda, alerta Joaquim Canuto Mendes de Almeida que no escrito, o juiz não tem acesso à "atmosfera que envolvia o autor do depoimento, as suas palavras ou seu discurso", e nem pode acompanhar "os movimentos de fisionomia" (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Estudo comparativo da oralidade civil e da oralidade penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, v. 36, n. 1-2, jan.-ago, 1941, p. 148). As impressões sobre gestos e fisionomia também foram lembradas na exposição de motivos do CPC-39, considerado um marco legal na adoção da oralidade no direito processual civil: "No processo em vigor o juiz só entra em contato com a prova testemunhal ou pericial através do escrito a que foi reduzida. Não ouviu as testemunhas, não inspecionou as coisas e os lugares. Qual o grau de valor que conferirá ao depoimento das testemunhas e das partes, se não as viu e ouviu, se não seguiu os movimentos de fisionomia que acompanham e sublinham as palavras, se no escrito não encontra a atmosfera que envolvia no momento o autor do depoimento, as suas palavras ou o seu discurso?".

[720] Somente se consignado expressamente na ata do depoimento é que se poderá tomar ciência desses comportamentos, mas ainda assim nem de longe refletirá a impressão obtida diretamente. Nesse sentido, C. J. A. Mittermaier considerava "muito importante no processo criminal alemão, consignar em um auto o ar e os gestos do acusado (Geberdenprotokoll); por este meio o juiz, que não assistiu aos interrogatórios, é posto ao fato, é verdade que imperfeitamente, de sua atitude durante a informação" (MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herbert Wuntzel Heinrichi. 5. ed. São Paulo: Bookseller, 2008, p. 247, destaques originais). Para Klaus Volk, essa "ata de comportamento" também era usada no processo inquisitivo, onde era anotado durante o depoimento se o acusado tremia, ficava pálido etc. (VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, julio-diciembre 2009, p. 113).

[721] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 89-90.

[722] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 96.

[723] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 97.

A valoração da sinceridade da testemunha é o ponto mais problemático. Assim, ainda que se trate de uma percepção direta possibilitada pela imediação, a conclusão poderá ser formada por meras impressões desprovidas de critérios objetivos ou da mera intuição.[724]

Essa funcionalidade da imediação tem sido objeto de críticas fundadas basicamente na ausência de critérios seguros para traduzir esses aspectos não verbais e paraverbais da comunicação.[725]

Para Michelle Taruffo, a observação direta da linguagem corporal do depoente (modo de falar e de se comportar, timidez, assertividade etc.) não resulta numa certeza sobre a fidedignidade do relato, ainda mais quando a maioria dos juízes não têm formação específica em psicologia. É verdade que a prática judicial pode conferir alguma experiência, mas não impede que ocorram generalizações típicas – e sujeitas a equívocos – oriundas do senso comum (preconceitos, predisposições sem relação entre o modo de agir do depoente e a fiabilidade do depoimento).[726]

Além da inerente dificuldade em traduzir esses sinais, Perfecto Andres Ibañez alerta que a noção de imediação em suas vertentes paraverbal e não verbal pode se converter numa maneira de blindar a decisão judicial do dever de motivação. Com efeito, o fato destes dados serem obtidos "extrassensorialmente" os torna inacessíveis a terceiros já que não podem ser expressados por palavras.[727]

> Contudo, nesse contexto, uma coisa é a objetiva produtividade da confrontação e do diálogo direto e descarnado, com tradução discursiva em expressões e argumentos articulados com propósito de justificação, de explicação, de retificação, de evasão ou de desculpa, suscetível de registro fielmente por escrito e, com isso, também de exame diferido, que permita reconsiderar eventuais conclusões apressadas fruto da percepção original imediata. E outra coisa a *leitura* da linguagem gestual, da atitude do que declara e no momento que o faz, conformada por traços essencialmente

[724] Para Vicente Greco Filho, a intuição é um fenômeno psicológico difícil de definir, mas pode atuar significativamente no processo penal. Numa aproximação conceitual, seria algo que se "sabe mesmo sem saber direito por que se sabe", ou seja, uma percepção além do que a consciência consegue explicar. Para Greco Filho, em que pesem tais dificuldades, a intuição interage com a experiência adquirida de um indivíduo, isto é, o conhecimento das coisas pela observação e prática, tanto de questões técnicas, como comuns/cotidianas. Assim, a experiência é condição de validade lógica da intuição, que somente atua a partir da experiência. Em outras palavras, "não há intuição sem experiência e a intuição, que é a percepção de algo além do racionalmente posto, existe a partir da experiência de cada um" (GRECO FILHO, Vicente. Intuição e prova processual. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 11, n. 128, p. 9-10, jul., 2003, p. 11).

[725] Para Alexandre Miura Iura, não há consenso sobre a razão pela qual a comunicação direta (oral) deve ser valorizada: por sua agilidade e eficiência pela interação entre os interlocutores; ou pela crença de que a linguagem corporal permite um juízo de maior fidedignidade sobre o conteúdo do depoimento (IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 120).

[726] TARUFFO, Michelle. **Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil** (versión abreviada). Tradução de Esther Monzó. Disponível em: https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf. Acesso em: 11 nov. 2017.

[727] IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In:* BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 172.

> ambíguos, de significação imprecisa e, por isso, abertos a todas as interpretações em qualquer das possíveis hipóteses.[728]

No mesmo sentido se posiciona Michelle Taruffo:

> Em qualquer caso, deve se descartar que o contato direto do juiz dos fatos com as testemunhas possa conduzir a uma espécie de prognóstico ou de intuição subjetiva sobre se a testemunha disse ou não disse a verdade. Em outras palavras, o contato direto não deveria constituir um meio de compreensão irracional e inescrutável da mente do testemunho; ao contrário, deveria proporcionar ao juiz a oportunidade de coletar a informação para a avaliação racional da credibilidade da testemunha, baseada em critérios racionais. De modo equivalente, o juiz dos fatos deveria ser capaz de justificar sua avaliação numa opinião fundamentada a ser incluída na sentença.[729]

Por outro lado, o próprio formalismo do ambiente forense não pode ser desprezado como fator de influência na testemunha ou depoente:

> O aspecto imponente, não raras vezes terrível, e alguma vez grotesco do ambiente, a presença e a tensão do público, a oposição e a excitação do acusador e dos defensores, a severidade e a drasticidade do juiz são alguns, mas não certamente todos, elementos que determinam no comportamento do narrador reações que não se dariam se aquele pudesse narrar a seu gosto sem ser premido, desorientado e, às vezes, assustado.[730]

Vale lembrar que mesmo quando a testemunha é considerada "acreditada", isto é, presumindo-se sua sinceridade, o conteúdo da informação transmitida pode sofrer importantes desvios da realidade.[731] Nestes casos, o testemunho será infiel não por mendacidade, mas por se basear em memórias distorcidas, o que tornará eventuais métodos de detecção de mentira inócuos.[732]

Pelo exposto, a imediação não se presta a justificar a rejeição do dever de motivação das decisões e nem prejudicar a expectativa de um julgamento racional, pois do contrário equivaleria a um critério de íntima convicção, o que deve ser rechaçado.

---

[728] IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In:* BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 173, destaque original. Também nesse sentido, Jordi Nieva Fenoll: "É simplesmente absurdo afirmar que porque uma testemunha seja veemente, ou pareça muito segura do que disse, esteja dizendo a verdade, ou que esteja mentindo porque titubeia, coloca a mão no rosto, sua, encolhe os ombros, desvia o olhar ou arqueie as costas" (FENOLL, Jordi Nieva. Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidade. **Civil Procedure Review**, v. 3, n.1, p. 03-24, jan.-apr., 2012, p. 22).

[729] TARUFFO, Michelle. **Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil** (versión abreviada). Tradução de Esther Monzó. Disponível em: https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf. Acesso em: 11 nov. 2017.

[730] CARNELUTTI, Francesco. **Das provas no processo penal**. Tradução de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impetus, 2005, p. 66.

[731] IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In:* BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 190.

[732] SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 393.

A participação direta do juiz na produção das provas deve permitir que a motivação da decisão seja perfeitamente explicável com razões plausíveis. Ao invés de se transformar em um mecanismo de intangibilidade da decisão, deve constituir um catalisador de motivações mais precisas e concretas.[733]

Portanto, deve ser descartada de imediato a ideia de imediação como uma espécie de experiência íntima que permita ao juiz nunca se equivocar em suas percepções e que não seja passível de motivação, sob pena de arbitrariedade e distanciamento de um julgamento racional.[734]

A rejeição a esse sentido específico da imediação se relaciona diretamente à oralidade em segundo grau. Com efeito, nessa visão crítica, a falta de contato direto com o material probatório – comum no julgamento de recursos que versam sobre matéria fática e jurídica – não representa um obstáculo instransponível para a valoração racional das provas.

Nesse ponto, para Perfecto Andres Ibañez, é possível até mesmo vislumbrar uma vantagem na falta de imediação quando do julgamento em segundo grau, pois o distanciamento da prova permite uma crítica mais precisa para detectar desvios intimistas, demasiadamente subjetivos e irracionais na apreciação da prova.[735]

Apesar da polêmica, os dados paraverbais e não verbais obtidos com a imediação devem ser admitidos, mas com cautela.

Inicialmente, imprescindível entender que a imediação não é suficiente por si só para fundamentar uma decisão e nem se trata de "uma experiência interior e inacessível a terceiros".[736] Na verdade, é um modo de compreensão que ajuda na busca de uma justificação racional e juridicamente viável, logo, não serve para mascarar a fundamentação de uma decisão.

A imediação com os meios de prova é insuficiente, em si, para fundamentar uma decisão. Ao contrário, integra um modo de compreensão da realidade que auxilia a encontrar essa justificação. É um começo e não um fim, que deve ter continuação de modo a produzir uma motivação adequada e suficiente.[737]

---

[733] FENOLL, Jordi Nieva. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 2, jul.-set., 2010, p. 40-41.
[734] FENOLL, Jordi Nieva. Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidade. **Civil Procedure Review**, v. 3, n.1, jan.-apr., 2012, p. 14.
[735] IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In:* BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 189.
[736] Conforme expressão utilizada por SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 386.
[737] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 208.

Não se pode ignorar, por outro lado, que do colóquio mantido entre pessoas, independentemente da situação em que se encontram, social ou profissionalmente – ou no ambiente de uma audiência judicial – podem resultar, conscientemente ou não, percepções que transcendam os aspectos linguísticos tradicionais:

> Inquestionavelmente, a imediação com os meios de prova pessoais, a percepção direta do testemunho ou da perícia, não garante o acerto, nem é por si mesma suficiente para distinguir a versão correta da que não é. Mas também é certo que permite ao tribunal acessar alguns aspectos singulares das provas pessoais irrepetíveis, tais como sinais, silêncios, olhar, gestos ou atitudes, que de modo temperado podem, e até devem, influir na sua valoração.[738]

Trata-se de situação comum e recorrente no cotidiano das pessoas. Entender e não ignorar essa situação é o primeiro passo para lidar objetivamente com os elementos não verbais e impedi-los de se tornarem uma couraça invisível e intransponível das decisões judiciais.

Os dados não verbais apreendidos pelo juiz deverão ser objeto de consideração expressa, seja no termo de depoimento (caso transcrito e não gravado pelo sistema audiovisual), seja na decisão. Caso o depoimento seja gravado, basta mencionar na decisão.

Se o contato direto gera sensações que podem retirar ou reforçar a credibilidade de certo depoimento, impressões essas que, por sua vez, são usadas na valoração da prova, cabe ao juiz motivar em sua decisão estas circunstâncias, pois ao expressar seu raciocínio permitirá ao menos que as partes (e o tribunal em caso de recurso) façam um juízo crítico sobre tal valoração.[739]

Caso a decisão de primeiro grau seja omissa nesse ponto, não relatando os elementos não verbais que infirmam ou reforçam o conteúdo do depoimento, as partes e o tribunal *ad quem* não poderão racionalmente pressupor que estes comportamentos ocorreram ou que, apesar de terem ocorrido, foram corretamente valoradas pelo juiz *a quo*.[740]

---

[738] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 94. No mesmo sentido Herrera-Abián entende que a credibilidade da testemunha e a veracidade que se atribua a seu testemunho dependerão não apenas do teor de sua declaração em si, mas também de seus gestos, silêncios e atitudes durante o ato (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 95). Já para Diogo Malan, o juízo de valor sobre a credibilidade do testemunho é formado pelo conteúdo do depoimento e pela observação do comportamento da fonte de prova (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 86).

[739] SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 394-395. No mesmo sentido, Priscila de Oliveira Margraf e Alencar Frederico Margraf, que entendem pela necessidade de o juiz descrever todos os comportamentos relevantes observados em audiência (MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. **Prova oral**. Linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos. Curitiba: Juruá, 2018, p. 202).

[740] SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 394-395.

Se tal providência não tiver lugar, o convencimento do julgador terá sido formado por raciocínios inexpugnáveis cujo conhecimento não é acessível às partes, atuando indevidamente como critério da íntima convicção.

De todo modo, evidente que os indicadores verbais e objetivos do depoimento constituirão a base da avaliação e devem ser usados em primeiro lugar na aferição da sinceridade e da veracidade.

Sempre de forma complementar e excepcional, os marcadores paraverbais e de linguagem corporal podem ser usados na valoração da prova, mas desde que cotejados com o restante do conjunto de provas e sempre mediante motivação expressa na decisão acerca destas circunstâncias.

Na escala de graduação proposta por Nicolás Cabezudo Rodríguez, inicialmente incidem os aspectos objetivos do depoimento e sua eventual corroboração com outras provas; na sequência, a linguagem gestual do declarante, a ser sopesada com as máximas proporcionadas pela experiência pessoal e forense, em apoio ou em prejuízo dos aspectos objetivos do relato.[741]

Não se trata, portanto, de exercício de adivinhar ou da mera intuição, mas de aceitar que, excepcionalmente em algumas situações visivelmente acintosas, o dado paraverbal observado simplesmente não pode ser ignorado por quem colheu a prova.[742]

Por fim, importante diferenciar os aspectos paraverbais com a percepção de elementos objetivos durante o contato direto em audiência entre juiz e quem presta o depoimento.

Em outras palavras, trata-se de observar dados concretos em relação a quem presta declaração (porte físico, condição de saúde, ferimentos suportados, linguagem utilizada, roupas usadas etc.) e que podem servir para formar o convencimento judicial.

A verificação dessas condições em audiência pode ser relevante para concluir sobre a prática (ou não) de determinada conduta, como eventual acusação de furto consumado onde se alega que o réu fugiu em velocidade de populares e de policiais por centenas de metros. Caso o réu se apresente em audiência com problema físico de fácil percepção e sem

---

[741] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 94-95.

[742] Para Luís Filipe Pires de Sousa (SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 396), "os indicadores verbais da mentira são mais operativos do que os não verbais, sendo estes mais erráticos. A análise feita a partir do canal verbal é mais fiável e eficaz do que a feita a partir dos comportamentos não verbais, sendo certo que isto não significa que não se propugne a articulação entre os dois canais como modelo ideal. O que não se aceita é o empolamento, artificial e gratuito, da importância de comportamentos não verbais quando estes são apreciados de forma difusa (apelando-se genericamente à postura da testemunha, às suas reações fisiológicas, à palidez, ao tom de voz, e por aí se quedando a análise) e não com base em critérios estudados e verificados pela psicologia do testemunho [...]."

qualquer fato concomitante ou superveniente ao alegado furto que o justifique, esse dado objetivo deverá ser considerado na valoração da prova. O mesmo se diga na aferição de eventual legítima defesa real considerando os atributos físicos do réu e da vítima, dentre várias outras situações.[743]

Nesse caso, trata-se de situação objetiva e constatável *ictu oculi* pelo julgador e pelas partes, assemelhando-se a uma inspeção judicial. De todo modo, deve ser objeto de fundamentação na decisão se considerada na formação do convencimento judicial.[744]

4.11 Os novos expedientes tecnológicos (processo eletrônico e videoconferência)

Sobre o inexorável avanço da tecnologia e as mudanças propiciadas pela modernidade, oportuna a lembrança de Victor Nunes Leal ainda nos idos de 1938, momento em que despontava como novidade o processo oral, contestado por muitos na época em nome da tradição:

> Para os nossos "marca-passo" do processo, o mundo não evoluiu de 80 anos para cá, pois o direito processual, cuja função é tornar aplicável o direito substantivo, isto é, dar vida ao texto inerte da lei, deve, em 1938, ser moldado pelo regulamento 737, de 1850. Na feliz expressão do Sr. Pedro Batista Martins, a vida para êles, deteve-se à porta das pretórias. Mas os rotineiros de hoje, que já leram ANATOLE FRANCE, que olhem para essas reformas com um pouco de ironia. Daqui a cincoenta anos, nós é que seremos batidos como reacionários. Quando os **modernos** de 1990 exhumarem e destroçarem sacrilegamente os ossos de CHIOVENDA, nós também arrancaremos os cabelos brancos de desespero, clamando: – Esses moços de hoje estão doidos! Já não temos juristas [...] Voltemos, pelo amor de Deus, ao Código de 1940, porque só há salvação na volta a 1940! E as reformas serão feitas à nossa revelia [...] [745]

O antagonismo oralidade/escrita foi travado originariamente num momento em que a máquina de escrever manual não era um instrumento popular e ainda nem se imaginava a possibilidade de registro da voz por gravações.[746]

Portanto, é visível que as novas tecnologias dos meios de comunicação e a informatização do processo tenham o potencial de alterar o contexto em que a oralidade atua na realidade processual, já que o influxo dessas tecnologias é inexorável.

---

[743] Sobre elementos objetivos, vide: IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 124.

[744] Os elementos objetivos aqui citados devem ser obtidos a partir da verificação visual em audiência, mas impõem um processo lógico-racional para que o juiz conclua nesse sentido. Não significa, por evidente, a formação antecipada da convicção por raciocínios sem qualquer vinculação com os fatos, ilógicos ou preconceituosos, como por exemplo, o tipo de vestimenta, aparência, posição social etc.

[745] LEAL, Vitor Nunes. Ignorância, rotina e chicana – os três maiores inimigos do processo oral. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v.74, abr.-jun. 1938, p. 252-253, destaque original.

[746] CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, p. 47-75, dez., 2009.

> Processo eletrônico é aquele em que os atos judiciais (do juiz, dos servidores e das partes) e a sua comunicação são praticados por meios eletrônicos. Quando se analisa o princípio (ou o modelo) da oralidade, analisam-se as formas de comunicação oral e escrita. Resta, então, verificar se no processo eletrônico prevalece uma dessas duas formas, realiza-se uma forma mista, ou se trata verdadeiramente de um novo meio de agir e de se comunicar. Afinal, os atos do processo eletrônico são orais ou escritos? Ou se trata de um *tertium genus*? A informática é uma grande novidade e a universalização da comunicação informática, como hoje se verifica, jamais foi objeto de qualquer previsão. Tudo tem que ser repensado. Por isso a comunicação informática não deve ser confundida com uma das formas tradicionais de comunicação. Pelo computador se fala e se escreve, mas a comunicação informática não é simplesmente uma forma mista, pois reúne características muito peculiares, o que faz com que seja efetivamente uma nova forma de viver em sociedade. É, efetivamente, um novo meio de fazer e de se comunicar. Na informática, nem a escrita nem a fala guardam as mesmas características da escrita em papel e da fala voltada para o ar.[747]

Fala-se, assim, tanto em escrita "oralizada", como em oralidade materializada. A documentação do ato processual se faz via gravação em audiovisual, ou seja, consegue-se materializar a oralidade. Por sua vez, o acesso aos autos é facilitado, principalmente quando a parte ou o advogado não resida na comarca, já que se encontra disponível na *internet*. No mais, a transmissão de informações em um curto período e o estabelecimento de um pronto diálogo no processo faz a escrita no processo eletrônico assumir características típicas da forma oral (simplicidade, rapidez e fluidez).[748]

Discute-se, por isso, se o emprego dessas novas tecnologias, impedindo o contato pessoal do juiz com as partes e as provas, resultaria numa oralidade despersonalizada ou "desencarnada",[749] e por assim dizer, insuficiente para assegurar as garantias processuais.

Conforme Jefferson Carús Guedes, o aspecto de humanização proporcionado pela oralidade-imediação não pode ser desprezado, principalmente quando considerado o processo como um instrumento de pacificação social.[750]

Nesse sentido, notadamente em se tratando de videoconferência, a tela do computador não supriria a distância real entre as partes, depoentes e o juiz, o que desfavorece o diálogo. Por sua vez, a ausência de contato direto diminuiria a força persuasiva da

---

[747] CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, p. 47-75, dez., 2009, destaques originais. Para João Eberhardt Francisco, considerando o parâmetro oralidade/escrita, há um hibridismo das formas de expressão por meio das novas tecnologias, no que conclui que os atos processuais passaram a ser efetivamente mistos (FRANCISCO, João Eberhardt. A oralidade e a relação entre juiz, advogados e as partes no contexto da informatização do processo. *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 434).

[748] FRANCISCO, João Eberhardt. A oralidade e a relação entre juiz, advogados e as partes no contexto da informatização do processo. *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 432-435.

[749] AMRANI-MEKKI, Soraya. **El impacto de las nuevas tecnologias sobre la forma del proceso civil**. Disponível em: https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/6tecmek.pdf. Acesso em: 18 out. 2018, p. 4.

[750] GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003, p. 62.

argumentação, seja em relação ao juiz, seja quanto à parte contrária. Ademais, há o simbolismo judicial, pois a solenidade do ato com a presença física do juiz e a possibilidade de oitiva pessoal contribui para o sentimento de realização de justiça e a legitimação do resultado do processo.[751]

A transposição da presença física para a presença virtual interferiria na maneira como os sujeitos percebem e se fazem perceber uns aos outros. Assim, a virtualização promoveria a alteração na compreensão dos fatos e na forma pela qual o conhecimento é formado sobre eles.[752]

É diferente observar uma pessoa sentada na sala de audiência e a mesma pessoa através do monitor de um vídeo. Ademais, o próprio indivíduo tende a se comportar de forma diferente se colocado diante de uma pessoa real ou uma transmissão de imagem.[753]

Na verdade, esse hibridismo das formas processuais e a reconfiguração proposta pelas novas tecnologias deve ser visto não como a substituição da oralidade, ao contrário, significa a renovação do conjunto de ideias que lhe dão forma, mas que ainda se mostram relevantes no processo penal da atualidade.

Em suma, os horizontes são ampliados e há a adaptação exigida pelo momento, mas a concepção básica e os fundamentos políticos, racionais e instrumentais que dão sustentação à oralidade permanecem incólumes. O contexto, portanto, é de reformulação, e não de superação.

A gravação pelo sistema audiovisual permite que o juiz que presidiu integralmente a instrução, mas por algum motivo não proferiu a sentença em audiência, possa rever o conteúdo das provas pessoais com maior exatidão. Todavia, não implica na desnecessidade da identidade física, que segue tendo sua importância.

Por essa razão, é de se repelir entendimentos que pregam a não obrigatoriedade da identidade física ou até mesmo a inconstitucionalidade do preceito legal que a regulamenta caso a audiência tenha sido gravada.[754]

---

[751] FRANCISCO, João Eberhardt. A oralidade e a relação entre juiz, advogados e as partes no contexto da informatização do processo. *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 437.

[752] SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. **Audiência virtual**. Videoconferência e outras questões. Niterói: Impetus, 2011, p. 14.

[753] SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. **Audiência virtual**. Videoconferência e outras questões. Niterói: Impetus, 2011, p. 15; 37.

[754] Como é o caso da inconstitucionalidade progressiva em relação ao artigo 132 do CPC-73 sustentada por PASKIN NETO, Max; RIBEIRO, Maria Danielle Rosa Padilha. A desproporcionalidade progressiva do princípio da identidade física do juiz em face dos avanços tecnológicos e do processo eletrônico. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, ano VIII, n. 5, p. 200-201, maio 2013.

Nos casos em que o juiz vinculado não possa seguir no processo e proferir a decisão, o magistrado que o substituir poderá examinar a prova com mais precisão através das gravações do que por meros escritos. De maneira semelhante, a análise recursal pelo órgão *ad quem* é mais acurada a partir do suporte audiovisual, assim como receber um depoimento gravado em audiovisual por precatória.

Contudo, é certo que há diferença entre o ato de tomar um depoimento pessoalmente e assistir uma inquirição gravada em áudio e vídeo. Logo, as gravações devem ser reservadas às hipóteses em que a oitiva direta não tenha sido possível.

Ademais, não tem cabimento no processo penal a substituição de depoimentos prestados em juízo por gravações particulares executadas pelas partes para posterior incorporação ao processo, pois a prova pessoal deve ser formada por atos praticados no processo a partir da imediação e do contraditório contemporâneo das partes.

O público tem acesso às atividades jurisdicionais não apenas pela presença física no local, mas mediante acesso ao conteúdo dos autos (digitais) e respectivos atos processuais pelo sistema informatizado e disponível na *internet*, incluindo a gravação em audiovisual dos depoimentos ocorridos na própria audiência de instrução e julgamento. Por outro lado, sem prejuízo do acesso virtual, a admissão ao local físico deve ser garantida a qualquer interessado.

Com a videoconferência, a imediação pode ser exercida pelo juiz da causa ainda que a testemunha ou o acusado não residam na comarca ou não possam se apresentar na sede do juízo.

O contato e a interação em tempo real com o depoente são circunstâncias superiores sob o prisma da aquisição do conhecimento dos fatos em relação à mera leitura de escritos ou o ato de assistir uma gravação em audiovisual contendo o depoimento. Contudo, a videoconferência deve ser empregada em situações excepcionais, mantendo-se a regra do depoimento presencial na sede do juízo.

Ademais, há formalidades que devem ser cumpridas, pois mesmo no juízo deprecado, a testemunha necessita comparecer a um prédio do Poder Judiciário e o depoimento será colhido em sala especial. Isso não significa admitir a videoconferência entre o juiz e as pessoas em ambientes particulares e sem formalidades, independentemente do depoente residir na mesma comarca ou fora dela.

5 ORALIDADE NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

Expostas as noções teóricas do processo oral, cabe agora o estudo do direito processual penal positivo a fim de apurar o coeficiente de oralidade contido na legislação em vigor.

A análise se baseará no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), mais representativos da estrutura procedimental positivada, incluindo aspectos recursais, além do procedimento dos crimes dolosos contra a vida diante de sua peculiar estrutura bifásica, notadamente pelo fato de a segunda fase do *iter* constituir a expressão idealizada do processo oral.

Dada a conexão da oralidade com a atividade probatória, dispositivos legais sobre a prova também serão examinados, assim como as audiências de custódia e a Lei 12.694/12, que criou os juízos colegiados de primeiro grau.

5.1 Notas sobre a estrutura procedimental original do Código de Processo Penal

Na década de 1930, muito se discutiu sobre a oralidade no processo civil. O ideário exposto por Giuseppe Chiovenda, festejado na Europa continental, foi também absorvido na América do Sul.

Bastante representativa da discussão acadêmica da época foi a coletânea de artigos doutrinários intitulada *Processo oral*, publicada pela editora Forense, em 1940. Dentre os colaboradores, Giuseppe Chiovenda, Francisco Morato, Piero Calamandrei dentre outros autores brasileiros e estrangeiros. Os artigos foram publicados na *Revista Forense* no final dos anos 1930 e depois reunidos para publicação em edição conjunta.

Nesse contexto foi publicado o CPC-39, que incorporou em grande parte os fundamentos do processo oral.[755]

Também nesse período foi editado o Código de Processo Penal, em outubro de 1941. A oralidade também ensejou debates significativos na legislação projetada no processo penal.

Conforme apontou Lucio Bittencourt, "não seria admissível que o Govêrno seguisse orientação divergente, atípoda: adotando em uma jurisdição o **processo oral** e na

[755] Para Luiz Machado Guimarães, a oralidade não foi debatida apenas quando da reforma do CPC-39: "Já desde 1901 – antes, portanto, da brilhante campanha que, na Itália, em prol do processo oral, encetou CHIOVENDA, em 1906 – já desde 1901, que, no Brasil, era agitado o problema da modelação do processo forense, mediante a adoção dos princípios da concentração, oralidade e da imediação" (GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e seus críticos. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p.16), destaque original.

outra o **processo escrito**. Seria dar ázo a que os 'legistas' chamassem o Govêrno de incoerente e contraditório." E, mais adiante, complementa: "não é admissível que um Projeto de Código de Processo Penal, elaborado em nossos dias, deixasse de acolher o procedimento oral".[756]

Todavia, o Código de Processo Penal de 1941 não seguiu o exemplo do CPC-39. Ao contrário, a opção não foi pela oralidade, mas por um modelo com predominância da escrita, descontínuo e sem vinculação do juiz.

Em ponderação anterior à reforma de 2008, Julio Fabbrini Mirabete reconhecia: "na nossa legislação processual penal ainda se mantém as regras do procedimento escrito, com pálidos episódios decorrentes de oralidade e concentração".[757]

A base era formada por uma etapa pré-processual, constituída pelo inquérito policial com as seguintes características: a) escrito; b) secreto (ou pelo menos com publicidade restrita para terceiros) e c) inquisitivo (sem contraditório ou ampla defesa).

Formulada a denúncia, a viabilidade da acusação era aferida pelo juiz com base nos elementos colhidos no inquérito policial. Positivo esse juízo de admissibilidade, a denúncia era recebida e determinada a citação do acusado e sua intimação para interrogatório, com designação de data para a solenidade (artigo 394, redação revogada).

Realizado o interrogatório judicial, o defensor era intimado na própria audiência para apresentar defesa por escrito (artigo 395, redação revogada). No mesmo ato, o juiz designava nova audiência para oitiva das testemunhas arroladas na denúncia (artigo 396, redação revogada). Em seguida, uma terceira audiência tinha lugar, agora para as testemunhas arroladas pela defesa do acusado, o que demonstrava a visível falta de concentração.

Muito embora essa terceira audiência não estivesse expressa no texto legal da época, tornou-se praxe a designação de três atos: interrogatório, oitiva das testemunhas arroladas na denúncia (e vítima) e oitiva das testemunhas arroladas pela defesa.

Encerrada a instrução, as partes se manifestavam necessariamente por escrito sobre eventuais diligências complementares (artigo 499, redação revogada) e logo depois apresentavam as alegações finais também obrigatoriamente por escrito (artigo 500, redação revogada). Não havia previsão para debates orais e a sentença não era prolatada em audiência, mas por escrito.

---

[756] BITTENCOURT, C. A. Lúcio. A oralidade no processo penal. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, abr.-jun. 1938, p. 207, destaques originais.

[757] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44. No mesmo sentido, para João Gualberto Garcez Ramos o procedimento ordinário, aplicável aos crimes apenados com reclusão, era informado pelo princípio da escritura, pois a audiência processual não foi considerada elemento principal (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 116).

Da mesma forma, a identidade física do juiz não constava expressamente no texto legal, embora o artigo 502 (redação revogada) facultasse a realização de novo interrogatório do réu ou a reinquirição de testemunhas e do ofendido, caso o juiz sentenciante não tivesse presidido esses atos durante a instrução criminal.[758]

No procedimento sumário, por sua vez, observava-se uma ligeira aproximação com a oralidade na medida em que, após a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, as partes procediam aos debates orais e o juiz proferia sentença em audiência, facultada a conclusão dos autos caso não se julgasse habilitado (artigo 538, redação revogada).

Por essa razão, com base na redação do artigo 538, § 2°, do CPP (redação revogada), Edgard Magalhães Noronha entendia que o procedimento sumário, seja para contravenções, seja para os crimes apenados com detenção, impunha a identidade física do juiz. Ainda que não proferisse a decisão em audiência, mas por escrito no prazo legal, o mesmo juiz que presidiu a instrução deveria ser o prolator da sentença, sob pena de nulidade, "pois os debates são orais e, consequentemente, se outro for o juiz, não os ouviu nem sabe qual a defesa."[759]

Parte da doutrina, contudo, negava a oralidade ao procedimento sumário antes da reforma de 2008, procedimento esse que somente "numa análise mais açodada, poderia ser classificado como oral".[760]

Para Décio Alonso Gomes, mesmo quando admitiu a identidade física no procedimento sumário antes de 2008, o Supremo Tribunal Federal "não o fez com referência à instrução probatória (incluindo-se o interrogatório), mas apenas em relação à peculiaridade da apresentação verbal das alegações finais no rito sumário", ou seja, somente o juiz que estivesse presente na audiência teria acesso ao conteúdo das alegações e, assim, poderia proferir sentença em seguida, já que eventual outro juiz desconheceria o teor dos debates.[761]

A despeito de alguns julgados entendendo pela vinculação do juiz, prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a identidade física não era acolhida no CPP, seja no procedimento sumário[762], seja com ainda mais razão no procedimento ordinário.[763]

---

[758] Para Marco Antonio Marques da Silva, o artigo 502 do CPP não supria "as vantagens decorrentes do princípio do imediatismo; na verdade, é medida prejudicial à economia processual" (SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 17; 25-26).

[759] NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 314.

[760] DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 42. No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

[761] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 165-166.

[762] Os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal reconheceram a identidade física no procedimento sumário: HC 36.718, Min. Rel. Nelson Hungria, DJ 20.08.1959; HC 64.209, Min. Rel. Lins e Silva, DJ 04.06.1968; HC 47.060/SP, Min. Rel. Djaci Falcão, DJ 04.05.1970. Em que pesem tais decisões, prevaleceu naquela Corte a posição contrária à identidade

Não obstante a ausência de previsão no CPP e a postura do STF pela não incidência no procedimento sumário, houve experiências legislativas de curta duração que aplicaram expressamente a identidade física.

O Ato Institucional n. 02/65 em seu artigo 24 estabeleceu: "o julgamento nos processos instaurados segundo a Lei n. 2.083, de 12-11-1953, competia ao Juiz de Direito que houver dirigido a instrução." O diploma legal citado era a então Lei de Imprensa, que teve vigência até 15-03-1967, ano em que foi editada a Lei 5.250/67, que regulamentou os crimes contra imprensa e não manteve a vinculação do magistrado.

Por sua vez, a Lei 6.416/77 conferiu nova redação ao artigo 77 do CP,[764] determinando a vinculação do juiz que presidisse a instrução para declarar a periculosidade real do réu. Esta providência era dispensável na periculosidade presumida pela lei.

Desse modo, constatada a partir das circunstâncias indicadas pela lei (antecedentes, personalidade, motivos determinantes, circunstâncias do fato, meios empregados, modos de execução, intensidade do dolo ou o grau da culpa) que o réu era "perigoso", ou seja, que pudesse tornar a delinquir, ou ainda, revelada torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral, o juiz que instruísse o feito deveria declarar a periculosidade real do réu, o que era relevante para fixar o regime inicial e para progressão ao regime semiaberto (artigo 30, § 5°, do CP, também alterado pela Lei 6.416/77).

Apesar disso, Sebastião Luiz Amorim lembra que o § 5° do artigo 30 do CP (redação revogada) dependia de regulamentação, conforme o § 6°. Assim, enquanto o legislador não regularizasse essa pendência, não havia possibilidade de se conceder aos condenados os benefícios do artigo 30, § 5°. Portanto, concluía que o princípio da identidade

---

física antes da reforma do CPP de 2008, conforme se verifica dos seguintes julgados, todos versando sobre o procedimento sumário: RE 62.610, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ 28.06.1968; RHC 47.755, Rel. Min. Adaucto Cardoso, DJ 15.05.1970; STF, RE 70.515/SP, Rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 02.10.1970; RE 84.485, Rel. Min. Bilac Pinto, DJ 10.09.1976. Mais recentemente, depois da Constituição de 1988, o STF manteve tal entendimento: HC 70.819, Rel. Min. Sepúlveda pertence, DJ 16.09.1994; HC 74.131, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.04.1997; STF, HC 74.333, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.02.1997. O não reconhecimento da identidade física no processo penal permitiu que diversos tribunais instituíssem programas de auxílios por juízes diversos daqueles que atuaram na recepção da prova e dos debates para prolatar sentenças (mutirões etc.), como foi o caso do STF, HC 69.114, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 15.05.1992. Essa postura foi reproduzida no Superior Tribunal de Justiça, que igualmente enunciou a inexistência da identidade física no processo penal em geral: STJ, RHC 15.126, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 07.03.2005; STJ, HC 12.751, DJ 25.09.2000; e STJ, REsp 173.534, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 13.12.1999.

[763] No procedimento ordinário não havia qualquer dúvida a esse respeito. Nesse sentido: STF, HC 60.248, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 17.12.1982; STF, HC 58.795, Rel. Min. Antonio Neder, DJ 12.06.1981; STF, HC 46.812, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, DJ 19.09.1969; STF, RHC 42.387, Rel. Min. Evandro Lins, DJ 18.08.1965.

[764] CP, artigo 77. Quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o agente: I – se seus antecedentes e personalidade, os motivos determinantes e as circunstâncias do fato, os meios empregados e os modos de execução, a intensidade do dolo ou o grau da culpa, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir; II – se, na prática do fato, revela torpeza, perversão, malvadez, cupidez ou insensibilidade moral. § 1º Compete ao juiz que presidir a instrução, salvo os casos de promoção, remoção, transferência ou aposentadoria, para os fins do disposto no § 5º do artigo 30, declarar na sentença a periculosidade do réu, valendo-se, para tanto, dos elementos de convicção constantes dos autos e podendo determinar diligências. § 2º O juízo poderá dispor, na forma da lei local, de funcionários para investigar, coletar dados e informações com o fim de instruir o requerimento de verificação de periculosidade (redação revogada).

física do juiz no processo criminal não poderia ser aplicado – estava suspenso – até que houvesse a respectiva regulamentação.[765]

A situação do juiz quanto à identidade física era indefinida, pois iniciava o julgamento do feito sem saber se haveria ou não a vinculação, já que poderia apreciar o caso penal e não vislumbrar a periculosidade real a partir das circunstâncias concretas. Assim, não haveria a vinculação. Do contrário, se o juízo de periculosidade (real) fosse positivo com base em elementos apurados durante a instrução, o juiz estaria vinculado.

Comentando o preceito legal à época, Paulo Edson Marques recorda a conclusão do Grupo de Trabalho instituído pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para analisar a reforma do sistema penal segundo a Lei 6.416/76:

> O artigo 77, § 1°, do Código Penal não instituiu a identidade física do juiz penal. Contudo, se o Juiz da sentença não tiver presidido a instrução, não poderá declarar a periculosidade real do acusado, salvo se usar da faculdade prevista no artigo 502, parágrafo único, do Código de Processo Penal.[766]

Em termos práticos, qualquer juiz poderia sentenciar, mas se não tivesse presidido a instrução a periculosidade real não poderia ser examinada e nem decidida.

Posteriormente, o artigo 77 do CP foi revogado pela Lei 7.209/84 (reforma da Parte Geral) e a medida de segurança foi mantida apenas para a inimputabilidade ou semi-imputabilidade, eliminando qualquer dúvida sobre a (in)existência da identidade física no processo penal.[767]

Este breve apanhado da situação da oralidade antes da reforma de 2008 conduz a algumas conclusões: sob a perspectiva sistêmica, não foi caracterizado um modelo oral, mas apenas a presença de dispositivos isolados que prestigiavam indiretamente a oralidade (artigo 502 e 538), além de experiências limitadas e breves quanto à identidade física.

A estrutura procedimental dividida em três audiências sucessivas afetava a unidade dos atos, enquanto a preferência pelo escrito como forma de comunicação entre o juiz e as partes era identificável, principalmente nos debates e na sentença.

A possibilidade de o juiz que presidiu a instrução proferir a decisão de mérito era meramente circunstancial. No mais, a identidade física não era observada por falta de preceito

---

[765] AMORIM, Sebastião Luiz. O princípio da identidade física do juiz no processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 66, n. 504, p. 451-453, out. 1977, p. 465.
[766] MARQUES, Paulo Edson. O interrogatório por carta precatória. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 42, n. 110, jul.-set., 1980, p. 96.
[767] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 60.

legal[768] e quando a lei autorizava debates orais e sentença em audiência, a praxe remetia para o escrito. Situada no plano de faculdade, a disposição sobre a reinquirição de testemunhas e novo interrogatório pouco acrescia ao panorama geral.

Muito embora não fosse vedada, a oitiva de peritos não era prevista expressamente.[769]

5.2 Os procedimentos ordinário e sumário pós-reforma de 2008

As Leis 11.690/08 e 11.719/08 imprimiram relevantes modificações nos procedimentos ordinário, sumário e nas provas. Incorporou-se um ambiente sistêmico mais propício à oralidade.

O inquérito policial (escrito, sigiloso[770] e inquisitivo[771]) foi mantido com a função de providenciar a colheita de provas cautelares, amealhar elementos para o exame da admissibilidade da acusação e justificar medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias.

Ada Pellegrini Grinover compara a fase de investigação com a etapa judicial no que concerne aos elementos da oralidade e conclui que naquela não estão presentes a concentração, a imediação e nem a identidade física da autoridade policial.[772]

Oferecida a denúncia, o juiz avalia os elementos informativos apresentados e, se positivo tal juízo, recebe a denúncia e determina a citação do acusado para responder à

---

[768] Para Gustavo Badaró, "mais do que a ausência de uma previsão expressa, a não adoção da identidade física do juiz decorria da estrutura do procedimento até então adotado" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A regra da identidade física do juiz na reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 200, ano 17, jul. 2009, p. 12).

[769] Antes do Código de Processo Penal de 1941, Joaquim Canuto Mendes de Almeida Jr. já aludia o comparecimento pessoal de peritos para prestarem esclarecimentos em audiência (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Estudo comparativo da oralidade civil e da oralidade penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, v. 36, n. 1-2, jan.-ago, 1941, p. 153). Antes de 2008, José Frederico Marques sustentou a oitiva de peritos no plenário do tribunal do júri (MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 284).

[770] O sigilo do artigo 20 deve ser compreendido como sigilo externo (para terceiros) e não para o investigado e seu defensor constituído, aos quais é assegurado o acesso às diligências já documentadas (Súmula 14 do STF e artigo 7°, XIV e §§ 12 e 13, da Lei 8.906/94. Vale lembrar que alguns meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica, demandam sigilo externo (terceiros) e interno (acusado e seu defensor) até o encerramento final de suas diligências. Vide ainda a súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.

[771] Muito embora o artigo 7°, XXI, da Lei 8.906/94, alterado pela Lei 13.245/16, não tenha instituído o contraditório no inquérito policial, o dispositivo sinaliza o despertar de uma tendência em permitir a participação ativa do investigado na primeira fase da persecução penal. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal negou provimento a agravo regimental em que se discutia a necessidade de intimação prévia da defesa técnica do investigado para a tomada de depoimentos orais na fase de inquérito policial, sob pena de nulidade dos atos, cujo fundamento se escorou na nova redação do artigo 7º, XXI. O STF entendeu que, por se tratar de procedimento informativo de natureza inquisitorial destinado precipuamente à formação do *opinio delicti*, o inquérito comporta a regular mitigação das garantias do acusatório e da ampla defesa, até porque os elementos indiciários não se prestam, isoladamente, a um juízo penal condenatório. As alterações legislativas implicaram reforço das prerrogativas da defesa técnica, sem, contudo, conferir ao advogado o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial (STF, Pet 7612, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 12.03.2019, Informativo 933). Outro instituto que pode contribuir para uma atuação mais paritária do investigado no inquérito policial é a investigação criminal defensiva. Atualmente não há lei regulamentando a matéria, mas o Provimento 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da OAB, deu os primeiros passos nessa direção.

[772] GRINOVER, Ada Pellegrini. A instrução processual em Ibero-América. *In*: **O processo**. Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 321.

acusação em dez dias. O artigo 395 enuncia os motivos para a rejeição liminar da acusação (inépcia da denúncia, falta de pressuposto processual, condição da ação penal ou justa causa).

A resposta, que poderá conter tanto defesa de mérito como preliminares, enseja a reapreciação dos motivos que podem gerar a rejeição da denúncia ou pode resultar na absolvição sumária nas hipóteses de manifesta existência de causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade (salvo inimputabilidade), quando o fato narrado não constituir crime e estiver presente causa de extinção da punibilidade (artigo 397).

Se não for o caso de rejeição da denúncia ou absolvição sumária, o juiz ratificará o recebimento da denúncia e designará audiência de instrução e julgamento para os próximos sessenta dias.

Os atos processuais de aquisição de prova pessoal, no caso, os depoimentos da vítima, testemunhas e informantes (artigos 201 e 204) e o ato de interrogatório (artigo 185) continuam a ser praticados, em regra, em momento processual próprio (audiência) e através da palavra falada. A novidade é que a audiência passou a concentrar todos os referidos atos (artigo 400), aproximando-se do modelo oral de processo.

Apesar da audiência concentrada, o legislador não estipulou um prazo máximo para o término da instrução caso haja necessidade de mais de uma audiência para a colheita da prova, prazo esse que, uma vez superado, demandaria a realização integral de todos os atos de prova.[773]

A oitiva de peritos e assistentes técnicos indicados pelas partes em audiência para esclarecimentos sobre a prova foi regulamentada (artigo 159, § 5°, I e II), incrementando o coeficiente de oralidade sobre a prova pericial, que até então se restringia ao laudo escrito juntado aos autos.

A reforma do CPP de 2008 reforçou a imediação, pois segundo o artigo 155, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, somente são consideradas provas os elementos produzidos em juízo e mediante o contraditório. Logo, impôs-se o contato direto com o juiz e o contraditório para a formação válida do elemento probatório e sua consequente valoração. Ademais, a identidade física foi expressamente prevista (artigo 399, § 2°).

[773] A previsão desse prazo máximo para o término da instrução tendo como fundamento a necessária proximidade temporal entre a recepção da prova e a prolação da sentença talvez seja a característica da oralidade mais difícil de ser implementada no processo penal brasileiro em razão do elevado número de feitos na justiça penal em geral. Ademais, em processos complexos, com várias testemunhas, inclusive residentes em cidades e Estados diversos, o cumprimento de eventual prazo seria impraticável, lembrando ainda que as dimensões continentais de nosso país também dificultam a celeridade na produção da prova pessoal. Portanto, no momento atual, é inviável se pensar em disposição semelhante, o que resultaria num custo altíssimo caso a instrução tiver que ser refeita.

Finalizada a instrução e após o interrogatório, as partes debaterão a causa oralmente por vinte minutos, prorrogáveis por mais dez. Ao contrário do procedimento do júri, não se admite réplica, tréplica e nem apartes nos debates das partes, mas apenas a prorrogação do prazo conforme a necessidade (artigo 403).

A sentença será proferida ao final, também oralmente, mas com redução a termo na íntegra na ata de audiência. Admite-se ainda a emissão da decisão em audiência por escrito, mas de forma separada. Nesse caso não constará na íntegra da ata, mas será juntada na sequência.

Para João Gualberto Garcez Ramos, proferida a sentença em audiência, a atividade decisória do juiz, com a exposição dos argumentos que fundamentam a respectiva decisão, assumirá a forma oral e pública. Por essa razão, entende pela viabilidade da intervenção das partes nesse instante, ou seja, durante a prolação oral da sentença em audiência.[774]

Essa posição não merece prosperar. As partes têm o direito de se manifestar durante os debates sem receber apartes e interrupções, logo idêntico direito deve ser assegurado ao magistrado quando prolatar a sentença. Após a emissão do *decisum* caberá recurso, incluindo embargos de declaração sobre eventuais obscuridades, ambiguidades, contradições ou omissões que poderiam ser indagadas durante a emissão oral da decisão. Assim, não se justifica essa intervenção das partes a pretexto de incrementar a oralidade no procedimento.

Sem prejuízo, a lei prevê que, diante da complexidade do caso ou do número elevado de acusados, os debates das partes podem ser convertidos em memoriais (alegações escritas) por cinco dias. Nesse caso, a sentença será proferida também por escrito em dez dias (artigo 403, § 3°).

Quanto aos recursos, admite-se que a apelação e o recurso em sentido estrito sejam interpostos por escrito (petição) ou oralmente (por termo), conforme os artigos 578, 587, e 600, § 4°. Assim, ao final da audiência e após a sentença, as partes poderão manifestar-se oralmente sobre eventual recurso.[775]

Em consagração ao princípio da documentação, todos os depoimentos deverão ser reduzidos a termo (artigo 216, aplicável por analogia aos demais casos, e artigo 195), sem

---

[774] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 383.

[775] Edson Prata lembra que a interposição de recurso na própria audiência e por termo é uma manifestação da oralidade (PRATA, Edson. Oralidade antes de Chiovenda. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Vitória, v. 1, p. 49-62, 1º. trim. 1975, p. 59).

prejuízo da lavratura de ata de audiência contendo o resumo dos fatos nela ocorridos (artigo 405).

A sentença deve ser proferida sempre por escrito. O artigo 388 se aplica tanto à prolação da decisão em audiência como fora dela, ainda que mediante meios tecnológicos (computador) para registro por escrito e mesmo que a emissão ocorra em meio digital e não físico.[776]

Quanto ao procedimento sumário, as diferenças no que atine à oralidade são mínimas, mas refletem claramente a intenção do legislador em forçar ainda mais a concentração dos atos em audiência.

Além da redução do número de testemunhas para cinco (artigo 532) e do prazo menor para designação da audiência de instrução e julgamento depois de apreciada a resposta à acusação (artigo 531), não há previsão de solicitação de diligências após o término da instrução e nem de conversão dos debates em memoriais ou sentença prolatada por escrito.

De todo modo, a depender das circunstâncias fático-processuais, pode haver diligência imprescindível que impeça o julgamento imediato, ou ainda, se o caso apresentar complexidade equivalente ao processo ordinário, justificado estaria a apresentação de alegações escritas.

5.2.1 Depoimentos de testemunhas e interrogatório fora da sede do juízo da causa

O regime legal sobre a produção da prova testemunhal exige que o depoente compareça no juízo onde tramita o processo, sob pena de condução coercitiva e multa, se não o fizer, sem prejuízo do crime de desobediência (artigos 218 e 219).

Porém, há situações que excepcionam esta diretriz. O CPP prevê a expedição de cartas precatórias para oitivas de testemunhas (artigo 222), vítimas e informantes que residam fora da jurisdição do juiz da causa, ocasião em que a testemunha será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, ou seja, um magistrado diverso atuará na recepção desse depoimento.[777]

Trata-se de hipótese comum de auxílio judicial por outro órgão que afeta a imediação. Apesar disso, é uma exceção aceita em diversos ordenamentos jurídicos, pois não

[776] O STJ entendeu que o artigo 405, § 2°, não estabeleceu a possibilidade de dispensa de transcrição da sentença penal quando esta seja registrada por meio audiovisual (STJ, HC 336.112, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 31.10.2017). Todavia, há precedente posterior do mesmo tribunal em sentido contrário, sustentando que a previsão legal do artigo 405, § 2º autoriza o registro de toda a audiência, ou seja, além dos depoimentos e dos debates, também da sentença (STJ, HC 462.253, Rel. Min. Néfi Cordeiro, DJe 04.02.2019).

[777] Caso a testemunha resida no exterior, a lei prevê a expedição de carta rogatória "se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio" (artigo 222-A).

é viável exigir o deslocamento da testemunha residente em local diverso da comarca onde tramita o processo, especialmente em um país de dimensões continentais como o Brasil.

Preserva-se a forma oral do ato, assim como a judicialidade, mas a prova é produzida sem contato direto com o juiz da causa, que a recebe como um mero escrito. Logo, não há imediação (em sentido estrito).

A lei prevê ainda a inquirição de testemunhas fora da sede do juízo quando impossibilitadas de comparecer por enfermidade ou velhice (artigo 220). No entanto, tal hipótese presume que tenham residência na comarca onde se situa o juízo, sendo ouvidas onde estiverem (hospital, residência etc). Não há propriamente exceção à imediação ou à oralidade, mas pode impedir a realização de audiência única e, assim, afetar a concentração dos atos. Se a testemunha residir em comarca diversa, expedir-se-á precatória, devendo ser cumprido o artigo 220 pelo juízo deprecado.

O interrogatório do acusado solto, em regra, será realizado na sede do juízo e na audiência una. Caso resida em local distante e não possua recursos materiais para o deslocamento ou esteja com enfermidade que o impeça de se apresentar, é cabível a expedição de precatória, pois pretender manter o interrogatório perante o juiz da causa pode resultar em prejuízo para a autodefesa diante da possibilidade de não comparecimento.[778]

Admite-se a aplicação do artigo 220 para o interrogatório se o acusado responder ao processo solto, residir na mesma comarca da sede do juízo, estiver enfermo e não puder comparecer na sede do juízo. Se residir em outra comarca e estiver nessas condições, o interrogatório poderá ser deprecado com as mesmas ressalvas.

Já o acusado preso deve ser requisitado para comparecer em seu interrogatório (artigo 399, § 1°), ou mais precisamente, à audiência concentrada.[779] Somente com a concordância expressa de seu defensor cabe expedir precatória para tal finalidade.

---

[778] Nesse sentido o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: "[...] A adoção do princípio da identidade física do juiz no processo penal não pode conduzir ao raciocínio simplista de dispensar totalmente e em todas as situações a colaboração de outro juízo na realização de atos judiciais, inclusive do interrogatório do acusado, sob pena de subverter a finalidade da reforma do processo penal, criando entraves à realização da Jurisdição Penal que somente interessam aos que pretendem se furtar à aplicação da Lei [...]" (STJ, CC 99.023, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 28.09.2009).

[779] A disciplina dada pelo artigo 185, § 1° é irrealizável a nosso ver. Dispõe o preceito que, em tese, a regra seria a realização do interrogatório do acusado preso no local onde se encontra recolhido, desde que haja sala própria e estejam garantidas a segurança do juiz, do membro do Ministério Público e dos auxiliares bem como a presença do defensor e a publicidade do ato. Contudo, ainda que haja acomodações desta natureza, é inviável assegurar a publicidade da audiência num estabelecimento prisional, cujo acesso a terceiros é restrito por natureza. Ademais, a norma destoa da imposição da concentração (artigo 400), que coloca o interrogatório como último ato da audiência una, cuja realização deve ocorrer na sede do juízo, até porque o ingresso de testemunhas, vítimas e informantes no estabelecimento prisional para tal finalidade é inviável.

5.2.2 A videoconferência

Segundo Danyelle da Silva Galvão,

> [...] para o processo penal atual, a videoconferência é entendida como o meio de transmissão de sons e imagens e, eventualmente dados, entre dois ou mais pontos fisicamente distantes, em tempo real e de forma bilateral; sendo requisitos mínimos a qualidade de áudio e vídeo a possibilitar a perfeita interação entre os envolvidos no ato processual.[780]

O exemplo tradicional de prova oral incorporada por escrito era a carta precatória expedida para oitivas de testemunhas. Havia oralidade apenas no juízo deprecado, pois a prova aportava no juízo deprecante como escrito. A imediação com o juiz da causa também ficava prejudicada.

Com a instituição de gravações por audiovisual, o coeficiente de oralidade obteve ganhos, pois o juízo deprecante passou a não mais se limitar à mera leitura, podendo assistir o depoimento por suporte audiovisual, cuja fidelidade é inerentemente superior.

Todavia, a videoconferência representa um passo adiante. Não há dúvida de que a visualização e a interação em tempo real com a pessoa que depõe, ainda que em ambiente virtual, é um avanço substancial considerando as opções de leitura de escritos ou mesmo o ato de assistir a um depoimento gravado.

Portanto, melhor que ler um depoimento escrito ou assisti-lo através de gravação audiovisual, é preferível a realização pelo próprio juiz por videoconferência. Nessa linha, o emprego da videoconferência para oitivas de testemunhas que residirem fora da comarca é autorizado pelo artigo 222, § 3°, do CPP que prevê a expedição de carta precatória para a oitiva de testemunha por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Expede-se a precatória para que a testemunha seja intimada a comparecer perante a sede física do juízo deprecado e seja inquirida em tempo real pelo juiz da causa (juízo deprecante) via videoconferência.

Essa prática tem o potencial de reduzir consideravelmente o problema da ausência de oralidade-imediação em relação ao juízo deprecante nas cartas precatórias, o que permitiria manter a concentração do ato e a colheita da prova integralmente pelo juiz da causa.

Justamente visando preservar a identidade física e a concentração, o artigo 3º da Resolução 105/10 do CNJ prevê preferência na expedição da carta precatória para a inquirição

[780] GALVÃO, Danyelle da Silva. **Interrogatório por videoconferência**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 112.

pelo sistema de videoconferência de testemunha não residente na comarca, devendo tal testemunho ser prestado na audiência una realizada perante o juízo deprecante.

Não há, portanto, qualquer óbice na oitiva de testemunhas por videoconferência pelo juiz da causa, ao contrário, trata-se de medida salutar em todos os sentidos e, sob o viés da imediação, superior à oitiva da testemunha perante o juiz deprecado. Cabe ao Estado agora aparelhar materialmente o Poder Judiciário para que a carta precatória por videoconferência se torne uma prática comum.

O artigo 185, § 8°, do CPP igualmente prevê o emprego de videoconferência na realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

Contudo, exige-se a presença dos requisitos do artigo 185, § 2°, o que limita bastante a realização do ato. O caráter excepcional da videoconferência é válido apenas em relação ao acusado. Para oitiva de testemunhas, ainda que recolhidas em estabelecimentos prisionais, a restrição legal em utilizar a videoconferência não tem sentido.

A partir do artigo 217 é possível também o emprego de videoconferência nas oitivas realizadas na própria sede do juízo da causa. Verificando-se que a presença do réu pode causar humilhação, temor ou constrangimento à testemunha ou ao ofendido, a inquirição será feita por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Assim, o ato processual será realizado no mesmo local físico, mas em salas separadas, mediante videoconferência.[781]

O depoimento especial previsto na Lei 13.431/17 é uma manifestação semelhante – e mais ampla – do artigo 217 do CPP. Segundo aquele diploma legal, em breves linhas, o depoimento especial é colhido por profissionais especializados e não diretamente pelo juiz, assegurada, durante o curso do processo judicial, a transmissão em tempo real para a sala de audiência e gravação em suporte audiovisual.

É assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas

[781] Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci levanta dois pontos relevantes: "a) na maior parte das Comarcas brasileiras, não há o sistema de videoconferência disponível, de modo que o usual será a retirada do réu da sala de audiências; b) havendo o sistema apropriado, será que a testemunha (ou vítima) atemorizada, sabendo que o réu a assiste de outro local, dará o depoimento imparcial aguardado? Parece-nos que não (deixamos de ponderar a hipótese de mentir à testemunha ou vítima, ocultando que o acusado estará assistindo). Por isso, a previsão de que se utilizará a videoconferência pode ter sido em vão. O mais importante, por certo, é garantir que o depoente fale sem constrangimento e sem prejudicar a ampla defesa. Para tanto, estará presente, no recinto, o defensor do réu." (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 514).

que permitam elucidar os fatos. Em seguida, as partes podem reperguntar, mas o juiz avaliará a pertinência das perguntas, que devem ser organizadas em bloco e transmitidas ao profissional especializado que, por sua vez, pode adaptá-las à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente.

Há oralidade, mas não imediação, pois a colheita do depoimento sofre intermediação do profissional especializado, que fica em contato pessoal com a criança ou adolescente em sala separada enquanto o juiz permanece na sala de audiência com as partes e acompanha o ato remotamente.

A flexibilização da imediação é plenamente justificada pela necessidade de resguardar a integridade psíquica da criança e do adolescente, quando vítima ou testemunha de atos violentos (artigo 4° da Lei 13.431/17).

Em relação à realização do interrogatório por videoconferência, a Lei 11.900/09 alterou o artigo 185, § 2°, do CPP e passou a autorizar "excepcionalmente" a videoconferência para acusados presos em determinados casos, como para 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; viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando houver relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência; responder à gravíssima questão de ordem pública.[782]

Há, contudo, resistência na doutrina acerca deste método para interrogatório. Alega-se que o fato de o juiz julgar sem nunca ter visto o acusado contraria direitos fundamentais, já que a dignidade humana está acima da praticidade ou do funcionalismo.[783]

Para Sérgio Humberto de Quadros Sampaio, a percepção se altera por duas razões: a) modificação da sensibilidade de quem assiste ao depoimento virtual pela perda da dimensão interativa natural, ou seja, a virtualização favorece o distanciamento psicológico e a consequente coisificação do indivíduo; b) problemas para lidar com a virtualização, como a influência negativa no ânimo da vítima e testemunhas por entender o acusado mais ameaçador e tendência em "soltar" a imaginação.[784]

---

[782] Ainda que existam hipóteses cujo teor normativo seja mais aberto, como os incisos III e IV do artigo 185, a excepcionalidade da videoconferência é pressuposta pelo § 2° do artigo 185 e nesse sentido deve ser orientada a interpretação de seus incisos.

[783] MARQUES, Paulo Edson. O interrogatório por carta precatória. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 42, n. 110, p. 93-102, jul.-set., 1980, p. 101. Para o autor, é importante a conversa pessoal entre juiz e réu e não com "uma representação de quem permanece constrangido num presídio, do outro lado da linha" (p. 101).

[784] SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. **Audiência virtual**. Videoconferência e outras questões. Niterói: Impetus, 2011, p. 18-19; 84-85.

Haveria assim uma oneração em desfavor do acusado das condições em que o ato processual é praticado pela potencial alteração da percepção e do conhecimento dos fatos gerados pela videoconferência.

Em que pesem tais críticas, a questão precisa ser corretamente dimensionada.

Mais importante do que encontrar argumentos pela inadmissibilidade do instituto, de resto aceito em diversos países, notadamente na criminalidade organizada e terrorismo, é delinear que se trata de medida excepcional e que "não deve ser pretexto para afastar o contato entre o juiz e o preso, ainda mais agora que se consagrou o princípio da identidade física do juiz."[785]

Por segundo, ainda que em ambiente virtual, há o efetivo contato entre o juiz e o réu. E mesmo que se reconheça o distanciamento físico e a redução da qualidade da comunicação, o acusado continua com a possibilidade de participar da audiência e exercer seu direito de autodefesa. Importante lembrar que o interrogatório constitui primordialmente um meio de defesa, ou seja, do réu se dirigir ao magistrado e não apenas deste receber e avaliar as declarações, até porque o direito ao silêncio pode ser exercido.[786]

Quanto ao acusado solto, em princípio o interrogatório deve ocorrer na sede do juízo. Cabe a carta precatória somente em casos de enfermidade ou de impossibilidade de deslocamento.

Nesses casos, havendo interesse do acusado solto em ser interrogado perante o juiz da causa, é de se dar preferência à expedição de precatória para colheita via videoconferência pelo juiz da causa, conforme o artigo 6º da Resolução 105/10 do CNJ. Inexistindo tal possibilidade, o ato será realizado pelo juízo deprecado.

5.2.3 O uso de intérpretes e tradutores em depoimentos

O depoimento de estrangeiro também tem efeitos na imediação, pois dependerá de intérprete para traduzir as perguntas e respostas, portanto, afastará o contato sem intermediários do juiz com a testemunha (artigos 193 e 223).

---

[785] FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 17, n. 200, jul. 2009, p. 20.

[786] GALVÃO, Danyelle da Silva. **Interrogatório por videoconferência**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 156. Ademais, para quem considera que os aspectos verbais e paraverbais não devem ser objeto de consideração judicial, a ausência física do acusado e do contato "face a face" não constituem impedimento ao uso da videoconferência.

Conforme pondera José Carlos Barbosa Moreira, mesmo que um bom intérprete ofereça a mais fiel das traduções, o juiz dificilmente terá a percepção integral do depoimento.[787]

De fato, uma vez dependendo do intérprete para se fazer entender e para compreender o que é transmitido, a imediação será invariavelmente afetada. A oralidade do ato será mantida, mas com prejuízo da compreensão direta da informação pelo juiz, que demandará intermediário.

A exceção se justifica já que se trata de situação em que não é materialmente possível concretizar a imediação, ou pelo menos não integralmente.

Quanto ao surdo, mudo e surdo-mudo, nos termos do artigo 192 do Código de Processo Penal, o interrogatório será feito da seguinte forma: a) ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; b) ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; c) ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo serão dadas as respostas.[788]

Somente se o depoente não souber ler ou escrever, intervirá no ato um intérprete ou pessoa habilitada a entendê-lo.[789] Evidentemente que o ato será realizado na presença do juiz e das partes, devendo o intérprete auxiliar o juiz e nunca praticar o ato pessoal e de forma autônoma.[790]

Essa metodologia se aplica também aos depoimentos de testemunhas mudas, surdas ou surdas-mudas (artigo 223, parágrafo único).

---

[787] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas de la inmediación en el proceso civil. **Revista de Procesos**. 34, São Paulo, v. 9, n. 34, abr.-jun., 1984, p. 93.

[788] Nos casos "a" e "b", há imediação entre o réu (ou a testemunha) e o juiz, mas o ato é praticado de forma mista, em parte por escrito e em parte oralmente. Já na hipótese "c" há imediação, mas o ato é praticado pela forma escrita. Para Francesco Carnelutti, mesmo quando o depoimento ocorrer por escrito, mas diretamente ao juiz, haverá redução da imediação (CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. v. II. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 152). Discordamos, pois o contato é mantido diretamente entre o juiz e o depoente, logo, há imediação plena, afetada apenas a oralidade do ato.

[789] Jorge Leonardo Frank sustenta que a inquirição de mudo por tradutor não é exceção à oralidade, pois os tradutores se expressariam oralmente (FRANK, Jorge Leonardo. **Sistema acusatorio criminal y juicio oral**. Buenos Aires: Lerner, 1986, p. 27). Contudo, parece fora de qualquer dúvida que tanto a oralidade em sentido estrito como a imediação são afetadas, pois o ato não será oral em sua origem e nem haverá comunicação direta entre o juiz e a testemunha, mas sim por meio de tradutor/intérprete. A respeito do uso de tradutores para mudos e surdo-mudos, a Lei 10.436/02 reconhece como meio de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais (Libras), sistema linguístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, impondo ao Poder Público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos o dever de garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva.

[790] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 265-266.

5.2.4 Depoimento prestado por escrito

Importante exceção à forma oral dos depoimentos de testemunhas (artigo 204) consta do artigo 221, § 1°, que faculta o depoimento por escrito de determinadas autoridades, no caso, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, com perguntas formuladas transmitidas por ofício, ou seja, por escrito.

Esse preceito conflita com o sentido da oralidade em sentido estrito e como garantia, extraível do princípio constitucional do contraditório e de convenções internacionais subscritas pelo Estado brasileiro.[791]

Por outro lado, em tese haverá imediação, pois ainda que não pessoalmente e por escrito, o contato entre juiz e testemunha ocorrerá sem intermediários.

Considerando a dinâmica natural do depoimento de testemunhas, cuja oralidade permite o contato em tempo real entre inquirido e inquiridor, a ausência dessa característica inviabiliza a interação entre os participantes e, consequentemente, a formulação de perguntas subsequentes e imediatas diante das respostas dadas pelo depoente sobre perguntas anteriores.

Portanto, exercida tal faculdade e produzida a prova pessoal através de escritos, o contraditório é afetado na medida em que o enfraquecimento da base dialética torna ineficiente a prova testemunhal como mecanismo voltado à aferição da sinceridade do depoente e credibilidade do quanto declarado.

Uma das características da oralidade é viabilizar a formulação de perguntas imprevisíveis a partir das respostas dadas, o que dificulta a construção de relatos falsos na medida em que retira a possibilidade de o depoente refletir sobre a nova indagação e apresentar resposta coerente.[792]

Por isso, o depoimento por escrito era rechaçado por Nicola Framarino Dei Malatesta:

> Finalmente, a testemunha que, em lugar de vir depor oralmente no debate público, reduz a escrito o seu depoimento, tem todo tempo e toda calma para poder refletir e poder, querendo mentir, dar coerência à sua mentira sem o perigo de ser perturbado e descoberto por um interrogatório imprevisto.[793]

---

[791] Artigo 8°, item 2, "f", da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/92); e artigo 14, item 3, "e", do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/92).

[792] IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 125.

[793] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Alexandre Augusto Correia. v. II. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 26.

Caso sejam feitas perguntas por escrito, não haverá possibilidade de modificação estratégica da linha de questionamento pela parte conforme a evolução do depoimento.[794]

E mesmo admitindo-se novas perguntas (por escrito) a partir das respostas originariamente apresentadas (por escrito), que de resto devem mesmo ser permitidas,[795] é evidente que o problema continuará a existir para as novas respostas, que podem dar margem a outras indagações antes não aventadas, demandando novo ofício com novas perguntas (por escrito) e mais respostas (por escrito), e assim por diante.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho, a previsão é incompatível com a natureza da prova testemunhal, que tem como característica inerente a oralidade, além de impedir a plena realização do contraditório, pois as partes não podem controlar as reações da testemunha e formular outras indagações necessárias no transcorrer do depoimento.[796]

Ademais, conforme sublinham Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, se não houver contato pessoal entre depoente e inquiridor e sendo as respostas apresentadas por escrito em momento diverso, dificulta-se o controle de quem subscreverá as respostas ("pessoalidade" da prova), ou seja, se haverá ou não intermediários na comunicação do pensamento entre juiz e testemunha, ainda que por escrito.[797]

Por estas razões, o § 1° do artigo 221 do CPP deve ser tido como não recepcionado pela Constituição Federal de 1988.[798]

Por outro lado, há que se reconhecer que a alteração legal visa evitar o emprego do expediente de se arrolar maliciosamente uma dessas autoridades como testemunhas em casos que não tenham conhecimento dos fatos.

Por isso, conforme avalia Antonio Magalhães Gomes Filho, o preceito legal deve ser interpretado no sentido de que, uma vez arroladas estas autoridades, as perguntas devem ser admitidas por escrito e, se as respostas apontarem a falta de conhecimento sobre os fatos, afasta-se eventual alegação de nulidade. Em contrapartida, demonstrada que possuem ciência

---

[794] MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 87-88.

[795] Para Guilherme de Souza Nucci, o impedimento de reperguntas, ou seja, novos questionamentos por escrito feitos a partir das respostas dadas por escrito lesionaria o contraditório e a ampla defesa e incidiria em prática inconstitucional (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 486-517).

[796] GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; TORON, Alberto Zacharias (coord.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018, comentários ao artigo 221, p. 461.

[797] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 428.

[798] Pela inconstitucionalidade por ofensa ao contraditório e ao devido processo legal, pois retira a possibilidade de reperguntas e de contrariedade, com menção ainda de infração da imediação: COSTA JÚNIOR, Paulo José da; GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova lei penal**. A nova lei processual penal. São Paulo: RT, 1977, p. 99-100. Já Gustavo Badaró vê violação ao contraditório previsto na CF/88 e ao artigo 8°, item 2, alínea "f", da Convenção Americana de Direitos Humanos, diploma esse que teria revogado o § 1° do artigo 221 do CPP (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 484).

sobre fatos relevantes da causa, ainda que em parte, a inquirição completa deve ser admitida, agora pela forma oral.[799]

Relevante registrar que o depoimento prestado por escrito não se confunde com a breve consulta a apontamentos pela testemunha, providência prevista no artigo 204, parágrafo único e compatível com a oralidade desde que coibidos eventuais exageros.[800]

5.2.5 Debates

Há redução na oralidade quando da conversão dos debates (orais) em memoriais (escritos) considerando a complexidade do caso ou o número de acusados (artigo 403) ou determinada diligência imprescindível, quando a audiência será concluída sem as alegações orais (artigo 404).

Uma vez realizada a diligência, as partes apresentarão alegações escritas em até dez dias[801] e o juiz proferirá sentença igualmente por escrito.

Ainda sobre os debates, importante consignar certo desvio sedimentado pela prática, anterior à reforma de 2008. Diz respeito à situação em que, iniciados os debates, as partes passam a ditar o conteúdo de suas alegações para transcrição na íntegra.

Percebe-se a diferença do procedimento dos crimes contra a vida, onde não é possível registrar integralmente o conteúdo dos debates pela extensão do tempo concedido às partes, razão pela qual consigna-se em ata apenas o resumo das teses apresentadas pelas partes.

Portanto, conforme ocorria no júri, não havia necessidade da reprodução literal dos debates orais na ata, bastando que o juiz, após ouvir os debates, fizesse constar resumidamente as teses apresentadas e as respectivas fundamentações.[802]

---

[799] GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; TORON, Alberto Zacharias (coord.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018, comentários ao artigo 221, p. 461.

[800] Nicola Framarino Dei Malatesta vislumbrava cabível o uso de apontamentos durante o depoimento: "[...] quando o conteúdo do depoimento faz sentir a necessidade de notas ou apontamentos, deve ficar sempre aberto o caminho para o seu uso, confiando-se a faculdade de o autorizar, a quem dirige os debates, para evitar que se abuse, recorrendo a notas por artifício ou por indolência, e não por uma necessidade natural, derivada da natureza do depoimento" (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Alexandre Augusto Correia. v. II. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 27).

[801] Registre-se o entendimento de Jordi Nieva Fenoll, no sentido de que nas alegações escritas não há intermediário na comunicação do pensamento entre as partes e o juiz. Logo, há imediação, muito embora esteja ausente a oralidade (FENOLL, Jordi Nieva. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 67, set.-dez. 2010, p. 250).

[802] Nesse sentido: DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 100. Referindo-se ao procedimento sumário pré-reforma de 2008, João Gualberto Garcez Ramos ressalta que não há norma que determinasse o registro *in totum* da atividade crítica das partes (debates). Assim, por força do princípio da oralidade, entendia cabível que os resumos dos debates fossem registrados não na ata, mas no relatório da própria sentença, nos termos do artigo 381, II, do CPP (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 330).

A postura de ditar os debates não atende à oralidade na medida em que, além de desfavorecer a celeridade do julgamento, assemelha-se mais à materialização de um ato escrito do que propriamente a documentação de um ato oral.

Para João Gualberto Garcez Ramos, essa prática superestima o ato de mera documentação, que passa a ter mais importância do que a própria oralidade:

> Em termos mais simples, a discussão propriamente dita do caso penal cede seu lugar a uma atividade de mera documentação; as partes técnicas, nas alegações orais, limitam-se a ditar as palavras para os auxiliares do juiz. Despreocupam-se em fazer valer as alegações para aquele momento, olvidando-se de que o que importa é enformar o convencimento do juiz, dar-lhe um projeto de sentença.[803] (*sic*)

Essa deformação decorria da ausência de norma legal veiculadora da concentração da audiência, pois não havendo garantia de que sairia uma decisão na audiência, a preocupação era meramente de conservar o ato para "consumo" posterior, e não visava o convencimento do juiz.[804]

Ocorre que a concentração de atos não necessariamente impede práticas semelhantes, agora sob uma roupagem mais moderna, como a apresentação de alegações em arquivo digital armazenado num *pendrive* ou dispositivo análogo. Assim, depois da colheita da prova, as partes acrescem às minutas pré-preparadas os dados concretos do caso e então requerem que o conteúdo do arquivo seja inserido na ata de julgamento mediante o recurso de "copia e cola".

5.2.6 Gravações em sistema audiovisual

A grande dificuldade na documentação dos atos de recepção da prova pessoal (depoimentos em geral) é a possibilidade de erros e omissões nos registros, pois a enunciação oral é sempre mais rica e completa do que qualquer redução ao escrito.

---

[803] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 313. Criticando também essa praxe: DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 100. O processo civil também não estava livre, pois Athos Gusmão Carneiro ressalta que esse mesmo desvio já ocorria sob a égide do CPC-39: "Ao invés de os advogados exporem com eloquência e de viva voz ao julgador suas finais alegações, a seguir mandando o juiz consignar no termo de audiência o resumo da argumentação verbalmente apresentada, criou-se em muitas comarcas e juízos a praxe irregular e vitanda, inteiramente divorciada da lei e dos princípios informativos do processo moderno, de os procuradores, sob a tolerância ou anuência dos juízes, ditarem suas razões ao escrivão, que as lança por inteiro no termo, isso quando irregularidade mais grave não ocorre, resumindo-se o debate oral à simples consignação de que os advogados se reportaram, respectivamente às alegações já anteriormente e por escrito produzidas nos autos" (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 105).

[804] RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 313.

Entre a pergunta e o registro das respostas, há risco de "ruído na comunicação", isto é, uma interpretação não exata do que foi dito e o consequente transcrição equivocada no termo.[805]

Isidoro Eisner apregoa que uma das desvantagens da oralidade é a fugacidade da palavra falada, pois ainda que melhor represente o estado subjetivo do depoente, é efêmera no tempo e retida por breves instantes, advindo daí o brocardo *verba volant, scripta manent.*[806]

Da mesma forma, Francesco Carnelutti refere que, se a oralidade é indubitavelmente necessária para o processo penal, o seu "complemento documental" é uma das maiores imperfeições do mecanismo judicial.[807]

Essa preocupação refletiu-se na conduta do legislador ao determinar que "na redação do depoimento, o juiz deverá cingir-se, tanto quanto possível, às expressões usadas pelas testemunhas, reproduzindo fielmente as suas frases" (artigo 215).

Ao dispor que, sempre que possível, o registro dos depoimentos em geral será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, incluindo o audiovisual (artigo 405, § 1°), o legislador reformista de 2008 propiciou a maior fidelidade na documentação das declarações prestadas em juízo, incluindo não apenas o teor das declarações, mas também aspectos paraverbais e não verbais.[808]

Evita-se, assim, a variação na transcrição do depoimento conforme o estilo do juiz (detalhista, genérico etc.), além de omissões, falhas e alegações de tendenciosidade ou de subjetivismo.

Mais do que a fidedignidade do relato, esse meio de registro significa a retomada da importância da linguagem oral no processo, agora numa versão informatizada.

As gravações das audiências foram incorporadas pelos tribunais e têm se difundido cada vez mais, tornando-se comum no primeiro grau de jurisdição, ao menos em comarcas de médio e grande porte.

A matéria também foi objeto de regulamentação no âmbito infralegal pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja Resolução 105/10 (alterada posteriormente pela Resolução

---

[805] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 217. No mesmo sentido João Gualberto Garcez Ramos, que reconhece a potencial perda da fidelidade em razão da reelaboração das palavras pelo juiz quando do ditado para redução a termo (RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 273).

[806] EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963, p. 68.

[807] CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. v. II. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 157.

[808] Vale lembrar que além dos depoimentos, os debates podem ser gravados em audiovisual, mas a sentença não dispensa a transcrição por escrito por força do artigo 388 do CPP. Nesse sentido: STJ, HC 336.112, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 31.10.2017. Em sentido contrário, sustentando que a previsão legal de registro audiovisual da prova autoriza o registro de toda a audiência, seja dos depoimentos e debates, seja da sentença: STJ, HC 462.253, Rel. Min. Néfi Cordeiro, DJe 04.02.2019.

222/16) dispôs sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência.

A citada resolução foi editada em virtude da resistência inicial de alguns tribunais *ad quem* que, em detrimento do artigo 405, § 1°, determinavam ao juízo *a quo* a devolução dos autos para degravação de depoimentos tomados pelo sistema audiovisual.

Ao possibilitar o registro fiel e integral do depoimento, a gravação pelo sistema audiovisual contribuiu para a oralidade de modos variados.

Em primeiro lugar, no caso de fracionamento da audiência una, permite que o juiz avive sua memória sobre os depoimentos já colhidos de modo mais eficiente do que a mera leitura de depoimentos escritos.

Por segundo, viabiliza o registro com mais autenticidade nos atos praticados fora da sede do juízo, como os depoimentos colhidos por precatória.

Em terceiro lugar, nas hipóteses em que a identidade física restar excepcionada em primeiro grau, o juiz que julgar a causa terá acesso a um registro mais fidedigno dos depoimentos.

Por derradeiro, pelas mesmas razões, auxilia os órgãos *ad quem* no julgamento dos recursos de ampla devolução como a apelação (matéria de fato e de direito).

Ressalte-se que nos casos de oitiva de vítimas e testemunhas que pediram segredo de justiça em relação aos seus dados (artigo 201, § 6°, do CPP), ou ainda, nos casos de sigilo da Lei 9.807/99, apenas o áudio será gravado e não a imagem. Essa limitação se justifica em razão do interesse contraposto envolvido, igualmente tutelável.

Nereu José Giacomolli adverte que a gravação pelo sistema audiovisual sem transcrição pode dificultar a ampla defesa, situação em que demandará a transcrição integral do depoimento.[809]

Não se justifica tal conclusão, seja porque o artigo 405, § 2° dispõe justamente o contrário, isto é, dispensa-se a transcrição, seja porque atualmente o acesso à informática é amplo, especialmente quando vários tribunais já instituíram os "processos digitais", pelos quais os advogados e promotores se manifestam em meio virtual, assinam suas peças eletronicamente e consultam os autos digitais pelo computador, *tablets* ou telefones celulares.

Estes profissionais têm plenas condições de acessar digitalmente o conteúdo do depoimento colhido pelo sistema audiovisual, cuja fidelidade com o ocorrido em audiência é integral, o que certamente contribui para uma atuação mais eficiente do que a mera leitura de

[809] GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 72.

atas ou termos de depoimentos, visto que ver e ouvir o ato é mais eficiente do que apenas ler a transcrição do que foi dito.[810]

A gravação dos depoimentos também auxilia a concretização da publicidade do processo, pois o arquivo digital pode ser inserido no sistema informático do tribunal ou gravado em mídia digital e mantido nos autos físicos ou em cartório, permanecendo à disposição para eventuais consultas a qualquer tempo, incluindo para fins de controle do público em geral, que sequer precisa se deslocar até a sede do juízo para acompanhar os atos processuais de audiência.

Merece registro ainda a redação do artigo 475 do CPP, aplicável apenas à instrução realizada em plenário no procedimento dos crimes dolosos contra a vida. Ao contrário do procedimento comum (artigo 405), o artigo 475 enuncia a necessidade de transcrição integral dos depoimentos.[811]

Esse modo de proceder, além de representar uma injustificada incongruência com o método escolhido para o procedimento comum, tem como consequência a perda relevante da oralidade-imediação que, mesmo indiretamente, pode ser introduzida na fase recursal com a gravação de depoimentos.

Porém, o mais relevante é que da interpretação conjunta dos artigos 405 e 475 se extrai a desnecessidade de registro na segunda fase do júri, caso seja empregado o método de gravação por suporte audiovisual.

Explica-se. O artigo 475 não prevê taxativamente a gravação por meio audiovisual, mas autoriza o emprego de recursos eletrônicos destinados a obter a maior fidelidade.

Por sua vez, o artigo 405 também referencia diversos outros meios (magnéticos, digitais ou similares), mas menciona o audiovisual, ressalvando que nesse caso especificamente (audiovisual) não há necessidade de transcrição.

Desse contexto, temos que o meio audiovisual não é expressamente excluído pelo artigo 475, mas nele não está previsto. Assim, ao buscar complemento no artigo 405 para o emprego do audiovisual na segunda fase do procedimento dos crimes contra a vida, não há dúvida sobre a necessidade de se incluir a ressalva da desnecessidade de transcrição.

---

[810] O STJ entende pela dispensa da degravação dos depoimentos colhidos em audiência, salvo comprovada demonstração de necessidade (STJ, RMS 36.625, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 01.08.2016).

[811] Há precedente judicial nesse sentido: "Apelação. Júri. Interrogatório dos réus e depoimentos das vítimas e testemunhas colhidos em Plenário, registrados por meio eletrônico e gravados em mídia digital. Degravação. Necessidade em vista do disposto no parágrafo único, do artigo 475, do CPP. Conversão do julgamento em diligência para esse fim" (TJSP, Apelação 0006717-97.2014.8.26.0564, Rel. Sérgio Coelho, j. 03.08.2017).

Apesar de não previsto expressamente, nada impede que os debates orais realizados em audiência possam ser registrados por gravação audiovisual. Essa prática tem espaço no procedimento comum (ordinário, sumário e sumaríssimo), enquanto na segunda fase do procedimento dos crimes contra a vida, pelo largo tempo concedido às partes para debates, mostra-se menos comum, mas ainda assim é cabível.

Continua-se a registrar *in totum* as alegações orais, mas agora com maior aproximação da oralidade. Não há mais a lentidão decorrente da transcrição integral dos debates pelo serventuário da justiça. A documentação ocorre em tempo real e sem eventuais alegações de insuficiência ou infidelidade entre o que foi sustentado oralmente e o quanto consignado por escrito.

5.2.7 A identidade física do juiz (artigo 399, § 2°)

5.2.7.1 Alcance da norma

De todas as inovações promovidas pelo legislador de 2008, a mais visível sob a ótica da oralidade foi a introdução da identidade física do juiz no artigo 399, § 2°, cujo teor preconiza: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Por força do disposto no artigo 394, § 2°, o novo dispositivo tem aplicação ao procedimento comum e aos especiais. Não se vislumbra qualquer óbice na aplicação da identidade física aos ritos especiais, ainda que estipulem mais de uma audiência.

Mesmo numa estrutura procedimental concentrada em audiência única, a instrução pode ser fracionada em duas ou mais audiências e a identidade física seguirá útil.

Ainda que um procedimento com múltiplas audiências se afaste do paradigma do processo oral, a identidade física pode contribuir para a obtenção de uma decisão de melhor qualidade, tal como ocorre em havendo a cisão da audiência una em mais de um ato.

Ademais, como se verá a seguir, a redação do artigo 399, § 2°, do CPP se afasta da previsão ideal da identidade física, pois não exige que o juiz que iniciou a colheita da prova pessoal prossiga nos demais atos instrutórios, estabelecendo uma espécie de fato gerador da vinculação, no caso, quando o juiz tiver presidido (toda) a instrução.

Assim, havendo norma legal cuja redação seja compatível a procedimentos desconcentrados e remanescendo útil ao processo, não se justifica a exclusão da imutabilidade do juiz em tais casos.[812]

> Efetivamente, se um juiz colheu a prova, e se o tiver feito imediatamente junto às testemunhas, mesmo que o processo *demore*, porque os atos processuais não sejam concentrados – isto é, uns próximos dos outros – [...], é perfeitamente possível que, em parte, as impressões globais deixadas pela testemunha, no juiz, possam, quando for sentenciar, produzir alguns frutos.[813]

A determinação da concentração dos atos em uma única audiência faz com que a identidade física do julgador seja uma consequência natural. Se a unidade dos atos se concretizar, o mesmo juiz que participou da instrução necessariamente proferirá a sentença ao final da instrução e após os debates, independentemente de norma expressa sobre a imutabilidade do julgador.

No entanto, a mera previsão legal de unidade dos atos não gera por si só a identidade física. Conforme observa Petronio Calmon, a determinação legal de imutabilidade do juiz não é de todo essencial uma vez concretamente atingida a concentração total dos atos, pois nesse caso, ao final da audiência, será proferida sentença pelo mesmo juiz que colheu as provas. Muitas vezes a prova não é colhida inteiramente numa única audiência, ou ainda, pode haver autorização da lei para o juiz não proferir imediatamente a sentença em audiência. Para estes casos importa que a lei determine os termos nos quais incida a imutabilidade do juiz.[814]

Salvo no procedimento sumaríssimo, cuja matriz constitucional impõe a oralidade em sentido amplo e, por conseguinte, a identidade física independentemente de preceito legal específico, o mesmo não se aplica aos demais procedimentos (ordinário, sumário e especiais).

Tratando-se de opção política no processo penal em geral (excluído o rito sumaríssimo), compete ao legislador estabelecer os detalhes do modelo oral e seus respectivos elementos. Daí a importância de um dispositivo específico fixando a identidade física, como é o caso do artigo 399, § 2°.

Não obstante, afastando-se da ideia tradicional da imutabilidade do juiz, que impõe que o juiz que iniciou a colheita da prova prossiga nos demais atos até a conclusão da

---

[812] Em sentido contrário, Gustavo Badaró restringe a incidência do artigo 399, § 2°, aos procedimentos especiais que adotem estrutura concentrada, ou seja, a audiência una (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A regra da identidade física do juiz na reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 200, ano 17, jul. 2009, p. 13). Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci entende que a identidade física se restringe ao procedimento comum (ordinário e sumário) e não pode ser estendido à legislação especial (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 778).

[813] ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 5. São Paulo: RT, 1979, p. 290, destaque original.

[814] CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, dez. 2009, p. 60.

instrução, o legislador reformista de 2008 estabeleceu uma espécie de fato gerador da vinculação, no caso, a presidência integral da instrução pelo juiz.[815]

Cumpre definir o que a lei entende como instrução. Em sentido amplo, instruir o processo significa tanto o contato estabelecido pelo juiz com a prova oral em audiência como os dados e elementos recebidos das partes durante o procedimento, incluindo o conteúdo dos debates finais.

Para Ada Pellegrini Grinover, "não parece correto que as vantagens e o proveito que resulta dessa identidade física fiquem restritos à instrução entendida em seu sentido mais pobre e restrito, que é a colheita da prova oral em audiência."[816]

Já Nereu José Giacomolli baliza a identidade física pelos debates, pois "o juiz que colheu os debates deverá ser o mesmo a proferir a decisão, salvo se houver conversão em memoriais".[817] Para Rui Portanova, se o juiz ouvir as testemunhas, mas o debate não tiver ocorrido, não haverá vinculação. O outro juiz que ouvir os debates deverá sentenciar. [818]

Contudo, apesar das opiniões acima, a expressão "instrução" do artigo 399, § 2°, deve ser interpretada em seu sentido estrito.

Assim, compreende-se como instrução a prova pessoal produzida em audiência, no caso, os depoimentos de testemunhas, declarações da vítima e de informantes, esclarecimentos de peritos e interrogatório do acusado, independentemente da natureza atribuída a este último como meio de prova ou defesa.[819]

Por consequência, caso não tenha presidido qualquer ato de instrução e somente tenha presenciado os debates orais das partes numa segunda (ou terceira etc.) audiência, o juiz não estará vinculado. Da mesma forma, atos de recepção da prova real (juntada de documentos) não induzem a vinculação.

Se nenhuma testemunha foi ouvida seja qual for o motivo e realizado apenas o interrogatório do acusado, o juiz que atuou nesse único ato oral estará vinculado. Por outro

---

[815] O artigo 132 do CPC-73, na redação da Lei 8.673/93, igualmente impunha um fato gerador para que um juiz fosse tido como vinculado, a saber, a prática do último ato de instrução.

[816] GRINOVER, Ada Pellegrini. Remoção de juiz. Competência. *In*: **O processo**. Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 477.

[817] GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90.

[818] PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 243.

[819] Nesse sentido, a Súmula 262 do antigo Tribunal Federal de Recursos: "não se vincula ao processo o juiz que não colheu prova em audiência." Mais recentemente, entendendo igualmente que só há vinculação com a colheita de prova oral em audiência: STJ, AgRg no REsp 1.269.654, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 07.12.2012; e STJ, REsp 19.359, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17.12.1999; STJ, REsp 831.190, Rel. Min. Castro Meira, DJ 17.08.2006. Especificamente em relação aos informantes, há julgado do Superior Tribunal de Justiça não aplicando o artigo 132 do CPC-73 quando as testemunhas são ouvidas na condição de informantes (STJ, AgRg no Ag 527.272, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 22.08.2005). Discordamos, pois se trata de prova pessoal produzida em juízo, logo, com imediação, e pode servir como fundamento para a sentença.

lado, no julgamento antecipado das hipóteses do artigo 397 (absolvição sumária), justamente pelo fato de não terem sido praticados atos de instrução, não haverá vinculação.

Os atos de instrução que ensejam ou não a vinculação são aqueles praticados no juízo da causa. A expedição de precatória e consequente produção de prova em outra comarca é irrelevante para determinar o juiz vinculado, pois constituindo a precatória em si mesma uma exceção à oralidade, não gera efeito na definição do juiz vinculado.[820]

Não se ignora que esse entendimento pode levar, por vezes, a uma situação de perplexidade, como quando a prova seja quase integralmente produzida via carta precatória. Mesmo praticando um único ato de recepção de prova, ainda assim haverá vinculação do juiz da causa, o que não é ideal sob o prisma da identidade física. Trata-se, contudo, de contingência. Uma possível solução é a implementação ampla da videoconferência por precatória.

Além disso, somente estará vinculado nos termos do artigo 399, § 2°, o juiz que tiver presidido integralmente a instrução, ou seja, que tenha participado de todos os atos de instrução, seja em audiência única, seja em mais de uma audiência. Havendo dispositivo expresso, não há se falar em analogia com o artigo 132 do CPC-73 na parte em que este referia que "o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide".

A aplicação subsidiária do artigo 132 do CPC-73 tinha pertinência somente no que tange às exceções à identidade física, mas não quanto ao fato gerador da vinculação.

O artigo 399, § 2°, dispôs diversamente do artigo 132 do CPC-73 (na redação dada pela Lei 8.673/93), pois não reproduziu a menção ao juiz que tiver "concluído" a audiência, mas sim aquele que tiver presidido todos os atos de instrução, ainda que estes ocorram em mais de uma audiência.

Uma vez tendo presidido a instrução e colhido toda a prova pessoal, concentrada ou fracionadamente, o juiz estará vinculado e deverá proferir a sentença, independentemente de conversão do julgamento em diligência ou de substituição dos debates por memoriais.

Não se pode falar mais em vinculação do juiz pelo fato de ter "concluído" a audiência tal como ocorria no artigo 132 do CPC-73 na redação dada pela Lei 8.673/93, ou seja, praticado o último ato de recepção de prova pessoal.

O fato gerador agora é outro, qual seja, a presidência integral da instrução, isto é, que o mesmo juiz tenha praticado todos os atos de prova pessoal do processo, seja em um único ato concentrado, seja em audiências diversas.

---

[820] Nesse sentido, comentando o artigo 132 do CPC-73: ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 5. São Paulo: RT, 1979, p. 282.

Excepcionalmente, se for determinada oitiva de testemunha após a instrução nos termos do artigo 404, o acusado será (re)interrogado. Se tais atos forem praticados por outro juiz, não haverá vinculação de nenhum dos magistrados, pois nenhum deles terá presidido (toda) a instrução.

Por consequência, se mais de um juiz atuou em audiências diversas no juízo da causa, não se imporá a identidade física a nenhum juiz, seja aquele que iniciou, seja aquele que concluiu a audiência.

Por sua vez, Gustavo Badaró interpreta diversamente o artigo 399, § 2°:

> Não há necessidade de definir qual, entre os diversos juízes que tenham participado da instrução, irá sentenciar o feito, se toda a prova deve ser colhida por um mesmo juiz, em contato direto com o acusado, a vítima, as testemunhas e os peritos que prestem esclarecimentos orais em audiência. Assim, mais do que uma regra sobre quem será o juiz que julgará o feito, sendo a instrução, ou melhor, o ato de instrução, somente um fator de definição do juiz individualmente considerado que deverá proferir sentença, o CPP trouxe regra diversa, que prevê a unidade do juiz durante toda a instrução e a sentença.[821]

Em outras palavras, essa posição sustenta que toda a instrução deve se desenvolver perante um único juiz. Assim, o juiz que tiver "iniciado" a instrução, deverá também "concluí-la", ou seja, uma vez tendo realizado a primeira audiência, o julgador estaria vinculado para todas as demais audiências e, assim, também para proferir a decisão.

Apesar de coerente com o modelo oral de processo, essa interpretação força o sentido da redação do artigo 399, § 2°, que estabelece apenas a situação que gera a vinculação (presidência de toda instrução), mas não impõe que o mesmo juiz siga atuando nas demais audiências caso sejam necessárias. Tamanha amplitude exigiria menção expressa do legislador, não presente na espécie.

Examinando outros dispositivos que versavam sobre a identidade física (artigo 120 do CPC-39 e artigo 132 do CPC-73 em sua redação original), nota-se que quando o legislador pretendeu impor a unidade de juiz para toda a instrução, o fez expressamente, referindo que caso o magistrado tivesse iniciado a prática de atos instrutórios, deveria seguir e colher a prova faltante até o fim.

É verdade que os termos empregados pelo CPC-39 e CPC-73 (redação original) não eram muito precisos, pois mencionavam "iniciar" e "concluir" a audiência, quando o ideal seria que aludissem à instrução como um todo (e não apenas a "audiência"). Porém,

---

[821] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 640. De maneira semelhante, entendendo que a identidade física exige que o juiz que tiver iniciado a audiência participe de todas as demais audiências até o fim (BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009, p. 88).

analisados no contexto do processo oral, percebe-se que a intenção foi vincular o juiz para toda a instrução, mencionando que aquele que iniciou deverá encerrar a instrução.

E o artigo 399, § 2°, não aborda início ou conclusão, mas apenas presidência da instrução. Não há delimitação de um marco inicial a partir do qual o juiz deve seguir praticando os atos restantes da instrução caso não exista a concentração em audiência única.

Não se ignora que o fracionamento da instrução pode ocorrer com frequência e por motivos variados (não comparecimento de testemunha arrolada, oitiva de testemunha referida etc.). Quanto maior o número de atos, mais fácil será a participação de mais de um juiz na instrução, resultando no afastamento da identidade física, o que é indesejado diante da oralidade.

Todavia, na ausência de norma legal expressa que imponha a unidade de juiz para toda a instrução – e o artigo 399, § 2°, não estabelece isso – essa situação deve ser encarada como escolha política do legislador.

Certamente, quanto mais provas pessoais são recepcionadas por um juiz, em tese, mais apto ele estará para julgar a causa face os benefícios auferidos com a oralidade. Nessa linha, numa solução intermediária seria a vinculação do juiz que praticou o maior número de atos instrutórios.[822]

Ocorre que a ideia básica da imediação (e da identidade física como seu corolário) pressupõe a concentração de atos e a integralidade da colheita da prova na pessoa de um único juiz, pois não há como identificar *a priori* quais das provas produzidas serão mais importantes na formação do convencimento dado o seu valor relativo.

Assim, o juiz que ouviu só uma testemunha presencial ou que apenas interrogou o acusado pode ter melhores condições para julgar sobre o prisma da imediação do que outro que ouviu uma dezena de testemunhas que não tiveram conhecimento direto dos fatos.

Sem prejuízo, não se pode subestimar a possibilidade de que sejam praticados atos instrutórios na mesma quantidade por juízes diferentes, o que geraria imensa dificuldade em constatar quem estaria vinculado.

---

[822] Nesse sentido: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A falaciosa identidade física do juiz no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 245, v. 21, p. 09, abr. 2013. Na jurisprudência, o STJ já entendeu isoladamente que o juiz vinculado era aquele que praticara mais atos instrutórios até então. O caso refere-se à ação penal que tramitou inicialmente em vara especializada e que, após a criação de outra (nova) vara com a mesma competência *ratione materiae*, o juízo da primeira vara remeteu os processos ainda não sentenciados para a vara nova com base em resolução editada pelo respectivo tribunal que autorizava a redistribuição de feitos. Após a análise das particularidades do episódio, decidiu-se: "[...] Ainda que não seja absoluto o princípio da identidade física do juiz, as circunstâncias do caso concreto aconselham a manutenção dos feitos conexos na Vara especializada que concluiu a instrução de um dos feitos e conduziu a maior parte da instrução do outro, realizando mais de 70 horas de audiências destinadas à oitiva de 84 (oitenta e quatro) pessoas – 11 testemunhas de acusação, 57 testemunhas de defesa e 16 interrogatórios –, na medida em que aquele que colhe a prova terá mais facilidade para formar seu convencimento no momento da prolação da sentença [...]." (STJ, HC 317.704, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 20.09.2017).

Discorrendo sobre outras opções que não a colheita integral da instrução, Gustavo Badaró lembra o risco destas opções:

> [...] outras soluções, como vincular o juiz que presidisse um maior número de atos instrutórios ou o juiz que colheu a prova mais importante para o convencimento judicial, ainda que pudessem atender melhor ao escopo da identidade física, teriam efeitos prejudiciais em termos de segurança jurídica, pois gerariam grandes incertezas e dificuldades na definição do juiz que deveria julgar o feito.[823]

Outra solução intermediária seria pensar em vincular ao menos os juízes que participaram da colheita da prova quando esta tiver sido fracionada, sendo que qualquer um deles – mas só eles – poderiam julgar a causa. Tal hipótese abrangeria apenas os juízes que atuaram na sede do juízo (titular, auxiliar ou substituto), excluindo-se aqueles que atuaram em precatórias.

Nesse caso não haveria propriamente identidade física, que presume um único juiz vinculado a proferir a decisão. E mais, justamente por não ser possível identificar quais provas seriam mais relevantes, essa tese de vinculação padece dos mesmos equívocos já referidos.

Ausente o fato gerador da vinculação, qualquer juiz pode proferir a sentença, tenha ou não atuado parcialmente na instrução. É desnecessário refazer a prova o que, por seu turno, não é vedado e pode ser determinado se assim se entender pertinente (artigo 404 do CPP).

Já em caso de declaração de nulidade do processo que atinja atos instrutórios (por exemplo, descumprimento de formalidade essencial do ato de instrução ou suspeição do juiz), a prova alcançada pela mácula deve ser refeita.

Assim, o juiz que estiver no órgão jurisdicional após a declaração de nulidade, seja quem atuou originariamente na instrução, seja seu eventual substituto (em caso de promoção, remoção etc.), deverá renovar as provas pessoais, não por imposição da identidade física, mas em virtude da nulidade dos atos.[824]

O procedimento da *mutatio libelli* (artigo 384) pode também afetar a vinculação. Isso porque no aditamento da denúncia e na manifestação subsequente da defesa admite-se o arrolamento de até três testemunhas, sendo obrigatório ainda o (re)interrogatório do acusado.

---

[823] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 220.

[824] O Superior Tribunal de Justiça já entendeu no âmbito processual civil pela desnecessidade de renovar a prova em caso no qual o juiz colheu a prova e depois se declarou suspeito. Ressalve-se que todas as testemunhas foram ouvidas na qualidade de informantes. Esse foi o argumento para o aproveitamento da prova e para que o artigo 132 do CPC-73 não fosse aplicado (STJ, AgRg no Ag 527.272, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 22.08.2005). De nossa parte, ao menos no processo penal, é incabível tal conclusão pelo teor do artigo 101 do CPP, que determina a nulidade dos atos na hipótese de suspeição.

Se nessa nova audiência outro juiz estiver à frente do órgão, mesmo temporariamente, e praticar atos de instrução, ainda que o magistrado anterior tenha presidido por inteiro a primitiva instrução, não haverá mais vinculação, pois mais de um juiz terá praticado atos de instrução e nenhum terá presido toda a instrução, aqui considerando a prova produzida antes e depois da *mutatio libelli*.

Para resultar na vinculação do magistrado, os atos de instrução devem ocorrer no momento procedimental adequado à respectiva prática. Desta forma, não incide a identidade física quando o juiz colhe a prova antecipada em virtude de urgência da medida (artigos 225 e 366). Ademais, o artigo 155, ao excepcionar a imediação do juiz quanto à prova antecipada, corrobora tal conclusão.

Também não estará vinculado o juiz que atuar em incidentes processuais em que houver instrução extraordinária (falsidade documental ou exibição de documento ou coisa), pois nesses casos os atos de prova não se destinam a fornecer uma melhor percepção dos fatos objetos da ação penal.[825]

5.2.7.2 Exceções à vinculação

Por vezes, circunstâncias diversas obrigarão outro juiz, diverso daquele que presidiu toda a instrução, a proferir sentença. Nesses casos, mesmo ocorrendo o fato gerador da vinculação (presidência da instrução), a identidade física é passível de relativização.

Diversas razões podem justificar a não vinculação, como o afastamento temporário do juiz por longo período para assunção de outro órgão, o que comprometeria a eficiência e a celeridade na prolação da sentença dada a concomitância das funções. Da mesma forma, a aposentadoria ou perda do cargo de juiz retira o poder jurisdicional e impede o julgamento.

Há situações materialmente impeditivas, como doenças que prejudicam o exercício da atividade jurisdicional e incapacitam fisicamente o juiz, sejam temporárias ou permanentes.

Em grave omissão, o artigo 399, § 2° não dispôs expressamente sobre as exceções à identidade física.

A aplicação em caráter absoluto da identidade física já havia rendido maus frutos no CPC-39. O artigo 120 do mencionado diploma não previa exceções à identidade física, salvo aposentadoria por absoluta incapacidade física ou moral para o exercício da judicatura.

---

[825] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 145.

Assim, aposentado por outros motivos, o juiz continuava vinculado ao processo e deveria proferir sentença.[826] Ademais, somente podia gozar férias se julgasse todos os casos cuja instrução tivesse dirigido (artigo 39).

Segundo Dermeval Lírio,[827] no início da vigência do CPC-39, o preceito era aplicado com rigor, não importando que o juiz tivesse sido removido ou promovido, ainda que para instância superior, quando então deveria concluir o julgamento dos feitos que tivesse instruído. Com o tempo, esse rigorismo foi arrefecendo e a jurisprudência passou a relativizar a identidade física, como hipóteses de promoção ou remoção, pois não era cabível o exercício simultâneo do mesmo juiz em instâncias diversas. No mais, motivos menos jurídicos e mais pragmáticos (ônus e custo da viagem de volta, acúmulo de serviço etc.) também foram considerados para a atenuação da identidade física.

Marco Antonio Marques da Silva comenta a inflexibilidade do texto legal:

> Nesse tópico, ia além do necessário: em unidades da Federação de grande extensão territorial era inexequível o preceito, porque o magistrado não podia voltar à Comarca anterior para completar a instrução de causas, ou para julgá-las. No caso de promoção, além do mencionado inconveniente, havia outros, como o do juiz elevado a desembargador com funções já bem diversas e superiores, e que não poderia receber facilmente encargos de voltar aos trabalhos da instância inferior, prejudicando sua atividade no Tribunal. Ainda maior era a dificuldade no caso do juiz que se aposentou: já sem função judicante, soava estranho que ele pudesse ainda julgar, especialmente se a aposentadoria foi por implemento de idade, compulsória, e por força da Constituição. Por esses motivos e outros semelhantes, a jurisprudência entendeu não impor o cumprimento de forma rígida, apesar da clareza do texto, transformando o dispositivo praticamente em letra morta.[828]

Para não incidir novamente nesse mesmo equívoco, a solução alvitrada ao processo penal pós Lei 11.719/08 foi aplicar, por analogia, as exceções previstas no artigo 132 do CPC-73.

---

[826] "Artigo 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo, ainda quando o efetivo tenha reassumido o exercício. Parágrafo único. Si, iniciada a instrução, o juiz falecer ou ficar, por moléstia, impossibilitado de julgar a causa, o substituto mandará repetir as provas produzidas oralmente, quando necessário." Idêntica regra estava prevista no artigo 24 do Dec-lei 960/38 (redação dada pela Lei n. 3.937/61), referente aos executivos fiscais: "Artigo 24. A ação deve ser julgada pelo juiz que tiver iniciado a sua instrução em audiência."

[827] LÍRIO, Dermeval. Da identidade física do juiz no processo. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 56, v. 183, maio-jun. 1959, p. 498-500.

[828] SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 24. Confira-se ainda os inúmeros julgados colacionados por Alexandre de Paula sob a égide do CPC-39 nos quais, ao lado de acórdãos em que foram aplicados o artigo 120 daquele Código em sua literalidade, muitos outros arestos afastaram a vinculação pelos mais variados motivos, como licença para tratamento de saúde, remoção, promoção e aposentadoria. Em alguns casos entendeu-se que a enumeração das exceções era exemplificativa e não taxativa, o que evidentemente contrariava frontalmente a *men legis* do CPC-39 (PAULA, Alexandre de. **O processo civil à luz da jurisprudência**. v. 22. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 394; 400-401; 405-406). Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vide o RE 60.687, Rel. Min. Evandro Lins, DJ 26.04.1967, que afastou a identidade física do CPC-39 de juiz aposentado que funcionou na instrução e entendeu que o processo poderia ser sentenciado por juiz substituto.

Após a experiência do CPC-39, a identidade física foi mantida no CPC-73, mas com nítidos temperamentos. Segundo a redação original do artigo 132 daquele código, "o juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado".

Muito embora as expressões "iniciar" e "concluir" a audiência não fossem claras, a intenção era manter o juiz no processo do início até o fim no que concerne à produção de provas pessoais. Destarte, o juiz que tivesse iniciado a instrução, ou mais precisamente, colhido provas pessoais, deveria prosseguir no processo e concluir a instrução, isto é, praticar os atos de prova faltantes e, ao final, proferir a sentença.

Algumas dificuldades logo emergiram e duas interpretações se formaram sobre as exceções.

Na primeira, o juiz que praticou todos os atos de instrução ("iniciou" a audiência e "concluiu" a instrução) ficava vinculado, ainda que fosse promovido ou transferido.[829] Somente se a promoção ou transferência ocorresse quando ainda não terminada a colheita da prova oral, o juiz que a iniciou, mas não a concluiu, estaria desvinculado.

Conforme sintetizado por Reynaldo José Castilho Paini, "se o juiz iniciou a instrução oral e, não terminando, foi promovido ou transferido, passará os autos ao sucessor", ao passo que "se o juiz terminou a prova oral, sentenciará o processo".[830]

Corroborava esse entendimento a menção final que o sucessor, recebendo os autos do sucedido, prosseguiria na audiência. Logo, se prosseguiu, a audiência (colheita de provas) não tinha se encerrado.

Além da ressalva na parte final do dispositivo, também contribuía para esse entendimento o fato de que a situação que retardava o curso do processo era a dificuldade do juiz transferido ou promovido em marcar audiência na comarca anterior. Porém, se a instrução já tinha se encerrado, não havia essa necessidade, cabendo apenas a emissão da sentença.

Por estas razões, Gian Antonio Michelli, Arruda Alvim, Antonio Cezar Peluso, Clito Fornaciari Júnior e Antônio Carlos Matteis de Arruda fixaram o seguinte entendimento sobre o artigo 132 do CPC-73: "O juiz fica vinculado em regra em nome da oralidade porque

---

[829] A transferência normalmente significava remoção, ou seja, transferência do juiz dentro de uma mesma entrância, de um órgão judicante para outro.

[830] PAINI, Reynaldo José Castilho. O artigo 132 do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 12, n. 45, p. 261, jan.-mar., 1987. No mesmo sentido: AMORIM, Sebastião Luiz. Vinculação do juiz no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 64, n. 476, jun. 1975.

o artigo 132 é norma de exceção que comporta interpretação restritiva e tendo em vista a própria redação de sua segunda frase."[831]

Na segunda interpretação, mais ampliativa, tendo colhido a prova oral no todo ou em parte, havendo promoção ou remoção (e com ainda mais razão, a aposentadoria), não haveria vinculação, ainda que ultimada a instrução.

A redação original do artigo 132 do CPC-73 trouxe razoáveis dúvidas em sua aplicação. Do mesmo modo, situações importantes não foram contempladas como aptas a desvincular o juiz, como os afastamentos por longos períodos por motivo de saúde e questões disciplinares.[832]

Posteriormente, na redação dada pela Lei 8.637/93, o artigo 132 do CPC-73 alterou o fato gerador da identidade física e passou a prever mais exceções. Agora, dispunha: "o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor".

Estaria vinculado o juiz que tivesse apenas concluído a audiência, não mais se impondo a unidade de juiz durante a instrução. Ocorrendo coleta de prova oral em mais de uma audiência e por mais de um juiz, vincular-se-ia aquele que necessariamente presidiu a derradeira audiência em que foi produzida prova oral.[833]

Se o último ato de instrução tivesse sido realizado por carta precatória, não havia vinculação, pois não era cabível exigir que o juiz da comarca deprecada prolatasse sentença.

Atendendo aos reclamos de outrora, as exceções foram alargadas. Agora se o juiz estivesse convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, ainda que tivesse praticado o último ato de instrução ou a presidido integralmente, cessaria a vinculação. Vejamos cada uma dessas espécies.

Os artigos 69 e seguintes da Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN) relacionam os casos de licença (tratamento de saúde, doença em pessoa da família e repouso à gestante).

---

[831] ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antonio; FORNACIARI JÚNIOR, Clito; PELUSO, Antônio Cezar; ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. Promoção do juiz depois de terminada a instrução e antes da prolação da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v. I, n. 4, p. 226, out-dez., 1976.

[832] Moacyr Amaral Santos considerava o artigo 198 do CPC-73 mais uma exceção à identidade física. Tratava o dispositivo sobre a avocação dos autos caso instaurado procedimento disciplinar para apuração de responsabilidade por excesso de prazo, quando então poderia ser designado outro juiz para decidir a causa (SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.1. 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1995, p. 240).

[833] Nesse sentido: SOUZA JÚNIOR, Jurandyr. Vinculação do magistrado ao processo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 86, p. 223, abr.-jun. 1997; SOUZA, Gelson Amaro de. Princípio da identidade física do juiz e a nova redação do artigo 132 do CPC. **Revista jurídica**. Doutrina, legislação, jurisprudência. Porto Alegre, v. 42, n. 202, p. 22, ago. 1994.

O artigo 71, § 2º, da LOMAN, ao prever "Salvo contra-indicação médica, o magistrado licenciado poderá proferir decisões em processos que, antes da licença, lhe hajam sido conclusos para julgamento ou tenham recebido o seu visto como relator ou revisor", não constitui propriamente uma "exceção à exceção" do artigo 132 do CPC-73, pois estabelece uma faculdade e não uma imposição.

A convocação diz respeito ao chamado para funcionar em outro órgão de seu próprio tribunal (artigo 118 da LOMAN), ou ainda, perante outras cortes (artigo 3°, III, da Lei 8.038/90), seja em função jurisdicional, seja administrativa.[834]

A promoção é a movimentação vertical dentro da carreira da magistratura e retira o juiz do órgão judicante que integrava até então para fazê-lo assumir outro (artigos 80 e seguintes da LOMAN). O processo passará ao sucessor do juiz.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda lembra uma aparente exceção à identidade física mesmo depois da promoção, que tem lugar quando o juiz substituto é promovido para o cargo que estava substituindo, passando a ser titular.[835]

Com a aposentadoria (compulsória ou voluntária), há a perda da investidura, o que implica no encerramento de eventual vinculação na medida em que o juiz não pode mais exercer a função jurisdicional. Por evidente, a demissão traz a mesma consequência.

Por sua vez, o "afastamento por qualquer motivo" inclui férias, licença-prêmio, remoções (compulsórias e voluntárias),[836] além da sanção de disponibilidade e as concessões do artigo 73 da LOMAN, salvo as de curto prazo.[837]

---

[834] Na jurisprudência, dentre outros, admitindo a desvinculação em caso de convocação (no caso, para auxiliar a presidência do Conselho Nacional de Justiça): STJ, AgRg no AREsp 1.229.297, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 13.04.2018.

[835] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 391.

[836] NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 392. Há dúvida na doutrina, principalmente em relação aos afastamentos decorrentes de férias e remoção voluntária, já que a expressão "transferido" não foi repetida pela Lei 8.637/93. Para José Roberto dos Santos Bedaque, se os afastamentos temporários como a convocação desvinculam, seria uma contradição manter a identidade física na remoção, que é um afastamento definitivo. A solução é considerá-la como afastamento por qualquer motivo (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 132 do CPC. *In*: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 405). Segundo Jurandyr Souza Júnior, a remoção por opção do juiz não o desvincula (SOUZA JÚNIOR, Jurandyr. Vinculação do magistrado ao processo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 86, p. 228, abr.-jun., 1997). Por sua vez, em parecer emitido sobre caso concreto em que os autos foram conclusos para sentença antes da remoção, mas a sentença foi baixada em cartório com data posterior à remoção, Ada Pellegrini Grinover entendeu que a juíza que atuou no processo continuava vinculada e deveria proferir sentença (GRINOVER, Ada Pellegrini. Remoção de juiz. Competência. *In*: **O processo**. Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo, DPJ, 2009, p. 484). Finalmente, Leonardo Cunha Carneiro discorda da inclusão da licença-prêmio, pois não se trata de vantagem típica da magistratura (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 125). Por outro lado, no âmbito da jurisprudência é relativamente tranquilo que o afastamento abrange as férias (STJ, AgInt no AREsp 130.910, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 17.08.2018;STJ, AgRg no REsp 1.353.241, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 02.12.2013) e a remoção voluntária (STJ, AgRg no AREsp 395.152/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 13.05.2014; e STJ, RHC 78.603, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 24.08.2017).

[837] DALL'AGNOL, Antonio. Do processo de conhecimento. Arts. 102 a 242. *In*: SILVA, Ovídio A. Batista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. v.2. São Paulo: RT, p. 159.

A abertura da expressão gera certa preocupação, pois sua elasticidade tem o condão de desnaturar a essência da identidade física, tornando-a uma exceção no sistema processual, e não a regra.[838] Cabe aqui, portanto, prudência na aplicação do preceito para não resultar no completo afastamento da oralidade.

Por essa razão, em especial se tratando de afastamentos voluntários de curta duração e por prazo determinado, não deve ser aceita a desvinculação.

Na ausência de critérios legais, razoável a ponderação entre o tempo de afastamento exigido para desvinculação em se tratando de acusado preso ou solto, conforme o caso.

Havendo prisão cautelar em curso, a demanda pela celeridade processual é mais premente, razão pela qual se o afastamento não superar o prazo de dez dias previsto no artigo 800, I, do CPP, o juiz permanecerá vinculado.

Já para o acusado que responde ao processo solto e também sendo o afastamento voluntário e por tempo certo, se não ultrapassar trinta dias, tempo correspondente ao período regulamentar máximo de férias, o juiz continuará vinculado.

Quanto ao juiz substituto, por ser da essência do cargo a atuação em múltiplas varas judiciais, seja de uma mesma comarca ou não, eventual designação para assumir ou auxiliar outro órgão não caracteriza afastamento por qualquer motivo, pois não há afastamento da função jurisdicional.[839] Portanto, concorrendo o fato gerador da identidade física (presidência de toda a instrução), o juiz substituto fica vinculado tal como o titular.

Incidindo quaisquer das situações legais de desvinculação, a lei não exige que a prova pessoal seja refeita. Nada impede, contudo, que o juiz sucessor determine com esteio nos artigos 196 ou 404 o reinterrogatório ou a repetição da prova pessoal no todo ou em parte para a melhor formação de seu convencimento, faculdade essa que remanesce viável apesar da revogação do artigo 502.

Nesse ponto, pondera Eugênio Pacelli de Oliveira que, em princípio, é vedada a reabertura completa da instrução, seja porque a prova produzida integra o direito à prova das partes, cuja eventual alteração lhes traria prejuízo, seja em virtude da duração razoável do processo.[840]

---

[838] Já se entendeu, inclusive, que o rol do artigo 132 do CPC-73 não era taxativo: STJ, REsp 1.595.363/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.04.2017.

[839] Nesse sentido: VALÉRIO, J. N. Vargas; FUZITA, Maurício Takao. Princípio da identidade física do juiz. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, ano II, n. 6, p. 64, jan.-mar., 2003. Contra, entendendo pela desvinculação por considerar a cessação da designação do juiz substituto incluída no "afastado por qualquer motivo" (LIMA, Rogério Montai de. Princípio da identidade física do juiz. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, n. 19, p. 761, 1. quinz. out., 2014).

[840] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 460.

Portanto, o regime das exceções à identidade física autoriza a prolação da sentença pelo sucessor com o aproveitamento das provas já produzidas, facultado o refazimento.

Em resumo, a partir da Lei 11.719/08, o artigo 132 do CPC-73 (redação dada pela Lei 8.637/93) passou a ser aplicado por analogia no processo penal apenas em relação às exceções à identidade física, mas não quanto ao fato gerador (concluir a audiência), pois o artigo 399 do CPP exige a presidência de toda a instrução.

A jurisprudência vinha admitindo com tranquilidade a possibilidade de analogia com o artigo 132 do CPC-73 no que tange às exceções.[841] No entanto, com a vigência do CPC-15, a norma da identidade física não foi reproduzida na nova codificação, culminando na revogação do artigo 132 do CPC-73.

Evidente que mesmo ausente norma legal que enuncie as exceções, haverá situações em que o juiz que presidiu a instrução não terá mais condições de proferir sentença, seja porque se encontra em tratamento de doença por prazo indeterminado (licenciado), seja porque não mais exerce a função jurisdicional (aposentadoria), ou ainda, o afastamento da atividade judicante por período prolongado e que gere prejuízo à duração razoável do processo se aguardado o seu retorno.

De todo modo, a ausência de norma específica gera o grave inconveniente de delegar à jurisprudência o balizamento das exceções e sujeitá-las a juízos casuísticos.

Portanto, nesse momento de vácuo normativo, cabe aos tribunais definir as exceções a partir das particularidades de cada caso concreto, situação essa desconfortavelmente insegura.

Na jurisprudência pós CPC-15, nota-se inclinação em manter o tratamento das exceções à identidade física nos moldes do revogado 132 do CPC-73 (redação dada pela Lei 8.637/93), entendendo pela não vinculação em caso de férias, convocação, licença, promoção ou outro motivo razoável que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito.[842]

De todo modo, pela expectativa de segurança jurídica e racionalidade próprias a um sistema processual, urge a edição de lei específica dispondo sobre a matéria.

---

[841] Nesse sentido: STF, RHC 123.572, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30.10.2014; STF, ARE 839.680-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 15.12.2017; STF, HC 120.414, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 06.05.14; STF, ARE 1.137.527 AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 05.09.2018.

[842] Como se percebe no STJ, HC 432.875, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 20.06.2018; e STJ, AgRg no AREsp 1.242.011, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 29.04.2019.

5.2.7.3 O juiz natural e a identidade física

A garantia do juiz natural encontra positivação no ordenamento jurídico no artigo 5°, XXXVII ("não haverá juízo ou tribunal de exceção") e LIII ("ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"), da CF/88.

Acerca desse dúplice conteúdo, elucida Ada Pellegrini Grinover:

> Tais garantias desdobram-se, na verdade, em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes preconstituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.[843]

A previsão legal da identidade física, muito embora ostente relação de complementaridade com o juiz natural, não integra a ordem taxativa de competências. Não raramente a doutrina e a jurisprudência dão à identidade física a característica de norma de competência funcional, portanto, de caráter absoluto.[844]

No entanto, explica Gelson Amaro de Souza, "competência guarda pertinência com o órgão jurisdicional, que pode ser o foro ou o juízo", enquanto "a identidade física, não se relaciona com o órgão jurisdicional, mas com a pessoa física do julgador."[845] Logo, mesmo na competência funcional, é o órgão que estará predeterminado pela ordem estrita de competências e não a pessoa física do juiz.[846]

Justamente por não se caracterizar como competência, a identidade física não opera para os embargos de declaração, que é um recurso da competência do órgão julgador (juízo) e não da pessoa física (juiz).[847]

---

[843] GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 08, n. 29, p. 11-33, jan.-mar. 1983, p. 28.

[844] Na jurisprudência: STJ, REsp 56.119, Rel. Min. Costa Leite, DJ 04.09.1995; STJ, REsp 398.971, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 23.09.2002; STF, RE 102.561, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 20.04.1990. Na doutrina: PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 151; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 126; GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 12. ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 230.

[845] SOUZA, Gelson Amaro de. Princípio da identidade física do juiz e a nova redação do artigo 132 do CPC. **Revista jurídica**. Doutrina, legislação, jurisprudência. Porto Alegre, v. 42, n. 202, ago., 1994, p. 20.

[846] Por vezes, a alteração da competência durante a tramitação do feito ensejará reflexos não só no juiz natural, mas também na identidade física. Um exemplo típico é a instalação de nova vara que enseja, por deslocamento de competência, a remessa de feitos que tramitavam em outro juízo, cuja instrução pode ter sido iniciada ou até mesmo já encerrada. Entendendo que não há violação da identidade física nestes casos: STJ, AgRg no REsp 1.572.350, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 22/08/2018; STJ, HC 202.657, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 17.02.2016.

[847] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 392. Contra: José Roberto dos Santos Bedaque, para quem os embargos de declaração devem ser apreciados pelo mesmo juiz prolator, ainda que promovido ou cessada a sua designação (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 132 do CPC. *In*: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 406). Fábio Henrique Podestá igualmente entende pela vinculação do juiz prolator da decisão no julgamento dos embargos "tendo em vista que somente o juiz que decidiu a causa está habilitado para esclarecer eventual vício intrínseco de um pronunciamento" (PODESTÁ, Fábio Henrique. Sobre o princípio da identidade física do juiz e o julgamento dos embargos de declaração. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 17, n. 65, p. 230-234, jan.-mar., 1992, p. 234).

De todo modo, havendo desentendimento entre juízes (pessoas físicas) sobre quem está vinculado nos termos do artigo 399, § 2°, ainda que não configure propriamente um conflito de competência (já que este ocorre somente entre juízos e não juízes), por envolver atividade jurisdicional a divergência deve ser resolvida de forma semelhante, seguindo-se o rito do conflito de competência.[848]

Por outro lado, mesmo não caracterizando norma de competência, se a identidade física não for observada, a prolação da decisão por juiz diverso implica em nulidade absoluta por violação expressa do artigo 399, § 2°.

Em que pese tal fato, o entendimento jurisprudencial prevalente aponta que a identidade física tem caráter relativo e eventual nulidade decorrente de sua não observância demanda comprovação de efetivo prejuízo.[849]

Essa concepção se escora na instrumentalidade das formas e mitiga a identidade física sempre que a sentença proferida pelo juiz que não presidiu a instrução criminal seja congruente com as provas produzidas. Em outras palavras, para a nulidade é necessária a demonstração de flagrante incompatibilidade entre aquilo que foi colhido na instrução e o que foi decidido pelo juiz não vinculado.

Entretanto, o caráter relativo da identidade física diz respeito ao fato de a lei autorizar, dentro das exceções legais, que juiz diverso daquele que presidiu a instrução profira a sentença.

Assim, presente o fato gerador (presidência integral da instrução) e ausente quaisquer das exceções legais (promoção, convocação, afastamento etc.), não há espaço para relativização do preceito, resultando em nulidade absoluta caso descumprido o comando legal.

Na verdade, o prejuízo é presumido face ao sistema processual ter estabelecido como norma geral que o juiz que teve contato com a prova tem mais aptidão a proferir decisão qualitativamente superior sob o viés do livre convencimento motivado e adequada reconstrução histórica do fato *sub judice* e, por isso, não concorrendo quaisquer das exceções à identidade física, deve julgar o feito sempre que tenha presidido integralmente a instrução.[850]

---

[848] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 392.

[849] Nesse sentido: STF, RHC 115.219, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 07.06.2013; STF, RHC 123.572/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.10.2014; STF, RHC n. 116.205, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 30.4.2013; STJ, HC 301.319, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 01.08.2018; STJ, AgRg no AREsp 1.146.390, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 18.10.2017.

[850] Gustavo Badaró menciona nulidade absoluta com fulcro no artigo 566, pois a violação terá influenciado "na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa" (BADARÓ, Gustavo. A regra da identidade física do juiz na reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 200, jul. 2009, ano 17, p. 14). Em estudo posterior, o autor pontua que haverá nulidade por violação da garantia do juiz natural no aspecto do "juiz-pessoa", mas não por se tratar de incompetência absoluta (BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 215-216, nota 268).

Segundo Geraldo Prado, a identidade física, isto é, o juiz que teve contato com as provas e "participou do cenário no qual foram produzidas as informações relevantes", é o fator de garantia de que a decisão respeitará a realidade do caso e "a verdade que aparece dentro do processo".[851]

A despeito de não integrar a característica ordem de competências do juiz natural, a identidade física ainda assim auxilia na concretização dessa garantia. Visando assegurar a imparcialidade, o juiz natural deve abranger não apenas a predefinição do órgão competente, mas também a pessoa individualmente considerada que atua como juiz no órgão competente.

No exercício da função jurisdicional, a imparcialidade somente tem sentido quando considerada também a pessoa física do juiz e não só o órgão. Apenas numa situação de neutralidade ideológica do julgador, isto é, imaginando-se que todos os juízes tenham os mesmos conhecimentos e idênticos valores é que se poderia reconhecer a importância apenas do órgão.[852]

É de suma importância, assim, que critérios legais prévios definam quem será o magistrado que atuará em determinado órgão e como se dará sua substituição caso seja necessária, pois de nada adiantaria garantir em prol do juiz natural que o órgão "x" (competente) julgue o caso ao invés do órgão "y" (incompetente), se o juiz (pessoa física) do órgão "y" pode ser colocado para atuar no órgão "x". Em outras palavras, mantém-se a competência, mas burla-se o juiz natural com mecanismos de determinação da pessoa física do julgador.[853]

Por isso, não basta predefinir o órgão competente, deve-se assegurar a predefinição do juiz (pessoa física) que atuará no órgão competente com critérios precisos sobre a designação, nomeação, convocação e substituição de juízes de modo a impedir eventual escolha da pessoa física que irá atuar no órgão.[854]

Eis o vínculo entre identidade física e juiz natural, pois ao se definir o juiz que está vinculado e deve julgar a causa, evita-se a manipulação discricionária e de conveniência

---

[851] PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Direto penal e direito processual penal**: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001, p. 110-111. Essa interpretação da identidade física é associada com o sentido histórico e substancial do juiz natural sustentado por Alberto Binder. Nessa concepção de juiz natural, o juiz deve conhecer as características culturais e os costumes do grupo social de modo a compreender os valores e os critérios de vida das pessoas que serão julgadas para então alcançar a real capacidade de interpretar os casos penais (BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 101-103).

[852] BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 192-193.

[853] BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 193-194.

[854] BADARÓ, Gustavo. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014, p. 193-194. Também nesse sentido é o entendimento de Gilson Bonato (BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 146-147).

na determinação da pessoa física responsável pelo julgamento, ainda que sob a escusa de que não houve alteração da competência do órgão julgador.

Considerando a legislação processual penal brasileira, duas providências são necessárias para reduzir essa potencial discricionariedade, ambas dependentes de lei.

Em primeiro lugar, impõe-se alterar o fato gerador da vinculação. Atualmente, nos limites do artigo 399, § 2°, do CPP, está vinculado o juiz que presidiu toda a instrução. É necessário, assim, expressa menção de que o juiz que iniciou a instrução deve prosseguir até o final, ou seja, se atuou na primeira audiência e colheu a prova pessoal, deve terminar a recepção probatória até o final.

Em segundo, tendo em vista que atualmente sequer há um regime legal de exceções, cabe definir precisamente as hipóteses em que um juiz vinculado deixe de ter a obrigação de proferir decisão.

Trata-se da regulamentação das exceções à identidade física, recusando expressões abertas, como o "afastado por qualquer motivo", prevista no artigo 132 do CPC-73 com a redação dada pela Lei 8.637/93.

5.2.7.4 Aplicação da sanção penal

A oralidade é relevante não apenas para aferir o fato delitivo e a culpabilidade do agente, mas também tem utilidade na aplicação da sanção penal ao caso concreto.

Segundo Marco Antonio Marques da Silva, é importante que o juiz que instruiu o processo proceda à dosimetria da pena justamente pelo contato direto mantido com as partes e as provas:

> O magistrado que manteve contato com o acusado, vítima, testemunhas e demais participantes do processo, e teve a oportunidade de colher a prova diretamente, estará sempre em melhores condições, fática e jurídica, inclusive pessoal, de decidir, impondo uma pena que não seja mera medida aritmética, mas espelhe a realidade do que presenciou, vivenciou e depreendeu de todo o feito.[855]

René Ariel Dotti entende que, especialmente em se tratando de penas alternativas à prisão, o aplicador da sanção deve ser o juiz que presidiu a instrução, pois teve condições de adquirir melhor conhecimento do acusado, da vítima e da prova testemunhal. Esse contato não serve apenas para conhecer e apurar o evento punível, mas também para outros dados

[855] SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 09-10.

voltados à decisão final, como a quantidade e a motivação da pena, razão pela qual a identidade física tem "excepcional importância e improrrogável necessidade".[856]

A individualização da sanção, como meio garantidor do princípio da personalidade da pena, demanda adequada fundamentação que, por sua vez, deve provir do juiz que recebeu as provas.

> A motivação deverá ser procedida pelo juiz que presidiu a instrução, pois, recolhendo elementos sensíveis sobre o fato e seus protagonistas, terá melhores possibilidades de aplicar o princípio de garantia individual. Com maior razão no processo criminal que no civil – pela evidente hierarquia de bens e interesses em confronto – precisa imperar o princípio da *identidade física* do juiz.[857]

Da mesma forma, Winfried Hassemer reconhece que, em geral, há um déficit cognitivo na aplicação judicial da pena pois, contrariamente ao ocorrido na culpabilidade, não se repete a análise meticulosa das provas. Face essa constatação, entende pertinente a divisão da audiência em duas fases, uma para o fato e a culpabilidade, e outra para os dados referentes à determinação da pena.[858]

Balizando-se pelo Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América que contém tal previsão (artigo 287), Julio B. J. Maier também menciona a divisão do debate em duas etapas visando superar possíveis arbitrariedades na determinação da pena.[859]

No novo Código de Processo Penal da Nação Argentina (CPPN), aprovado em 2014, o *juicio oral* foi dividido em duas audiências. Uma delas destinada a apurar a responsabilidade penal do acusado e outra, chamada de *cesura*, ou audiência de determinação da pena (artigo 270 do CPPN), que somente tem lugar com a declaração de responsabilidade do réu.

Fixada dentro de 48 horas, na *cesura* procede-se ao "debate para determinar o tipo e a quantidade de pena, assim como a modalidade de cumprimento". As provas admitidas são aquelas indicadas na fase intermediária e deferidas pelo juiz no *auto de apertura del juicio oral* (artigo 247 do CPPN).

No direito processual penal brasileiro não há estipulação para divisão dos debates em audiência para essa finalidade, remanescendo discussão única para o fato/culpabilidade e dosimetria da pena eventualmente imposta.

---

[856] DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998, p. 416.
[857] DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998, p. 295, destaque original.
[858] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 154-155.
[859] MAIER, Julio B. J. El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 85, jan-mar., 1997, p. 252-253.

Não obstante, na identidade física implantada pela Lei 6.416/77 (artigo 77 do CP, redação revogada), a vinculação do juiz era necessária para a análise da periculosidade real do réu, circunstância essa que não se relacionava com a caracterização do fato ou da autoria, mas afetava a determinação do regime inicial e a eventual progressão.

Nota-se, assim, certo vínculo da imutabilidade do juiz com aspectos da determinação da pena. Atualmente, contudo, não há previsão legal semelhante.

5.2.8 O artigo 155 do Código de Processo Penal e a oralidade

No estudo da oralidade, merecem atenção os "sucedâneos de prova". Muito embora sejam normalmente referidos no contexto do direito à prova, há forte ligação com a imediação.

Como explica Antonio Scarance Fernandes,

> [...] Aqui, o fenômeno processual dos *sucedâneos de prova* consiste no uso, como prova, daquilo que não é verdadeiramente prova, normalmente em decorrência de dois fatos: o uso, na audiência de julgamento, como elementos probatórios de elementos colhidos em fases anteriores, e a substituição de um meio de prova por outro.[860]

A primeira situação diz respeito ao emprego na audiência de instrução, debates e julgamento de elementos colhidos na fase de investigação preliminar.

Já a segunda materializa a substituição de um meio de prova por outro, como por exemplo, o uso de declarações prestadas por escrito no lugar da prova testemunhal ou declarações de corréus como se fossem documentos. Essa postura, além de evitar produção da prova em juízo e em contraditório contemporâneo das partes, confere ampla liberdade quanto à admissibilidade da prova, já que ao contrário da prova testemunhal, documentos podem ser introduzidos a qualquer momento no processo, ficando sujeitos ao contraditório diferido.[861]

O testemunho de ouvir dizer também é manifestação desse fenômeno, pois há a substituição da testemunha que presenciou o fato (fonte primária) por quem dela ouviu o relato (fonte secundária ou de segunda mão), como ocorre em oitivas de policiais que depõem

---

[860] FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos da prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30, destaques originais.

[861] FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos da prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

sobre declarações de testemunhas por eles ouvidas de modo a superar a impossibilidade ou dificuldade em se colher o depoimento direto.[862]

A noção dos sucedâneos de prova liga-se à oralidade-imediação no que concerne às provas pessoais, pois o emprego dessas alternativas implica o uso de elementos formados sem contraditório, por escrito (e não oralmente) e que não tiveram contato com o juiz da causa.

Michelle Taruffo lembra que no processo civil, notadamente por questões econômicas e de (falta de) tempo, atualmente tem se tornado relativamente comum nos diversos sistemas processuais a substituição de testemunhos orais por *affidavits*, ou seja, declarações por escrito que contém um testemunho.[863]

No processo penal, contudo, em se tratando de fontes de prova pessoais, a oralidade é ínsita aos atos de recepção dessa prova, funcionando como garantia processual no plano internacional e constitucional. Ademais, relaciona-se com a cláusula do direito ao confronto, que também demanda a produção da prova em juízo e sob certas condições, dentre as quais, na forma oral e imediata.

Acresça-se o fato de que o Código de Processo Penal disciplina a produção da prova testemunhal e exige que seja produzida judicialmente e em contraditório, o que conduz à conclusão de que, em regra, não se admite sucedâneos em relação à prova pessoal, entendimento esse que pode ser aplicado também ao interrogatório.

Os sucedâneos de prova relacionados aos elementos colhidos em inquérito policial não constituem prova ilícita e nem geram nulidade caso sejam mantidos nos autos.

---

[862] FERNANDES, Antonio Scarance. Tipicidade e sucedâneos da prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37. O autor dá outros exemplos que não implicam necessariamente em burla à oralidade, mas sim à tipicidade da prova, como a substituição da prova documental para prova do estado de pessoas (idade, parentesco etc.) por testemunhal; substituição de perícia anulada por declarações de peritos; substituição de reconhecimento pessoal pelo reconhecimento fotográfico ou apontamento em audiência.

[863] TARUFFO, Michelle. **Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil** (versión abreviada). Tradução de Esther Monzó. Disponível em: https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf. Acesso em: 11 nov. 2017. Vide, ainda, os diversos exemplos trazidos por Flávio Luiz Yarshell no direito processual civil comparado: "Por exemplo, o sistema inglês conhece as figuras do *written statement*, abrangente de declarações escritas do perito e de testemunhas propriamente ditas, ficando ao juiz a opção de se contentar com as declarações escritas ou de chamar a testemunha a depor. No direito estadunidense as *Federal Rules of Civil Procedure*; em 1938, previam as *depositions*, abrangentes das declarações da parte contrária e de terceiros, perante oficial público legalmente autorizado ou pessoa indicada pelo órgão judicial. Também naquele ordenamento registram-se os *interrogatories* e a *request of admission*. Mais recentemente, discutem-se a admissibilidade e a conveniência de se produzirem declarações de testemunhas previamente gravadas em vídeo e assim levadas a julgamento. No direito francês, há o instituto da enquête e no alemão o parágrafo 377 da ZPO dá ensejo a que o juiz admita declaração feita por escrito, competindo-lhe decidir pelo comparecimento em audiência, levando-se em conta a pessoa da testemunha e o tema da prova" (YARSHELL, Flávio Luiz. Qual o futuro da oralidade? *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). **A prova no direito processual civil**. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013, p.237-239, destaques originais).

A consequência para a prova que não passou pelo contraditório e pela imediação é o não aproveitamento para formar o convencimento judicial. Paolo Tonini fala em "inutilizabilidade" da prova, tipo de invalidade que alcança não o ato em si, mas o seu valor probatório, impedindo que a prova sirva como fundamento para uma decisão, o que constitui limitação ao livre convencimento do juiz.[864]

Na nulidade, o ato em si não é vedado, mas pela forma como foi produzido, isto é, com violação das regras respectivas, gera a nulidade.[865] Já a "inutilizabilidade" não atinge o ato, mas o seu valor probatório, e o controle é realizado a partir da motivação da sentença.[866]

Essa solução também se aplica ao testemunho de ouvir dizer produzido em juízo, ao menos em princípio. Já a substituição da prova testemunhal por declarações escritas a rigor deveria ser desentranhada. Caso permaneçam nos autos, não podem ser aproveitadas e não terão valor como elementos de prova.[867]

Correlacionando o exposto, a imposição da forma oral para a produção da prova pessoal em juízo resulta que a oralidade é necessária para a produção regular da prova.

Cotejando os sucedâneos de prova com a disciplina legal do que é exigido para a constituição de provas, observa-se que o artigo 155, na redação dada pela Lei 11.690/08, é o núcleo orientador da formação do (livre) convencimento do juiz.

O citado preceito legal explicita a diferença entre prova e elemento informativo tendo por base o contraditório. Assim, prova constitui o dado de conhecimento formado em contraditório e elemento informativo é o dado obtido de forma inquisitória.[868]

---

[864] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p.76; 79. Também entende que a sanção processual é o não aproveitamento desses elementos: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 65, mar.-abr. 2007, p. 198-199.

[865] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 79.

[866] Abordando o tema das proibições probatórias, Diogo Malan explica os diferentes métodos de funcionamento nos sistemas da *common law* e *civil law*. Na *common law* evita-se que o julgador da causa tenha contato com um elemento inadmissível e que possa influenciar no seu convencimento. É tradicional o exame de admissibilidade por outro órgão que não o julgador. Por seu turno, na *civil law*, parte-se da premissa de que mesmo tendo contato e decidindo sobre a admissibilidade da prova, o juiz da causa é capaz de desconsiderar os elementos tidos como inidôneos ou atribuir o valor que possam merecer. Por isso, o que no sistema *common law* é considerado uma questão de admissibilidade de provas, no *civil law* se consubstancia em questão de força probante do elemento no momento da valoração (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 36-37; 39).

[867] Como lembra Antonio Scarance Fernandes: "Distingue-se, então, entre a simples documentação de um ato processual e a prova de natureza documental. Assim, o termo referente a uma inquirição de testemunha realizada pelo Ministério Público em seu gabinete, ou uma declaração assinada por uma pessoa em favor do acusado, a respeito do fato imputado, não constituem documento que pudesse ser juntado aos autos em qualquer momento do processo, mas simples indicação de testemunha, cujas palavras somente valerão como prova se ouvidas em contraditório judicial" (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 79).

[868] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 24, n. 122, ago. 2016, p. 49.

Além do contraditório, o artigo 155 adiciona a nota da judicialização. A presença do juiz, ou seja, a imediação, é igualmente requerida pela lei ao se fazer menção que o contraditório deve ser instituído perante e em contato direto com o juiz.

Assim, a exigência de contemporaneidade do "contraditório judicial" para formar as provas segundo o artigo 155, aplica-se às provas que devem ser constituídas durante o processo e na presença do juiz.

A prova oriunda de fontes pessoais (testemunhos em geral) é exemplo disso, pois se trata de prova típica que deve ser produzida a partir de determinada regulamentação processual (oralmente, com imediação e em contraditório). Integra as chamadas provas constituendas,[869] cuja formação deve ocorrer no ambiente do processo e, por consequência, judicialmente e com contraditório contemporâneo ("para" a prova).

Já as provas pré-constituídas são aquelas formadas anteriormente ou fora do processo, como é o caso da prova documental. Não se exige contraditório na sua formação, mas apenas depois de serem introduzidas nos autos ("sobre" a prova).

Conforme conclui Antonio Magalhães Gomes Filho,

> Da distinção entre provas *constituendas* e pré-constituídas resulta uma importante nota, quando se trata de atender à garantia do contraditório sobre os elementos de prova introduzidos no processo: no exemplo inicial [prova testemunhal], a participação das partes processuais deve ser realizada sempre no mesmo momento em que se desenvolve a atividade processual de formação dos dados probatórios, ou seja, o contraditório é essencial *para* a prova, com a consequência de que, sem ele, a informação não pode servir para o julgamento; em outras palavras, *não há prova*. Já na segunda hipótese [prova documental], a função de controle assegurada pelo contraditório é exercida *sobre* uma prova já existente, atribuindo-se aos interessados a possibilidade de discutir o conteúdo das informações, trazer dados ou postular novas diligências.[870]

O artigo 155 do CPP traz uma ressalva importante. O convencimento do juiz deve ser formado pelos elementos formados em contraditório judicial e a decisão não pode se fundar exclusivamente nos informes colhidos na fase de investigação.

---

[869] Para Michelle Taruffo são provas "de formação processual" (TARUFFO, Michelle. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 378) ou ainda provas "constituendas" (TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 180-181). Mauro Cappelletti menciona "provas a constituir" (CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, jul. 2002, p. 14-15). Joaquim Canuto Mendes de Almeida já falava em meios de prova pré-constituídos, ou seja, formados antes do litígio, como documentos em geral; e não pré-constituídos, como formados durante o litígio, como o exame de objetos ou tomada de depoimentos, que exigem esforço para sua constituição judicial (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p. 21-22).

[870] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias (coord.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018, comentários ao artigo 155, p. 401. Segundo o autor, na prova pré-constituída, o contraditório, ainda que diferido, é condição para que tal prova possa ser valorada judicialmente (p. 401).

Trata-se de disposição semelhante a uma prova legal negativa, isto é, não se veda a valoração, mas estabelece-se a insuficiência dos depoimentos colhidos no inquérito policial para, isoladamente, fundamentar uma condenação.[871]

De todo modo, os elementos informativos, que não caracterizam provas, podem ser utilizados na formação do convencimento do julgador, desde que não exclusivamente.

Sob a ótica constitucional, essa abertura cognitiva atrita com o artigo 5°, LV, da CF/88. Ora, se há necessidade no uso de elementos de informação, ainda que em reforço para a formação do convencimento do juiz, isso significa que a prova judicial foi insuficiente para tanto e a condenação foi possível apenas pela força adicional do elemento informativo, ainda que "corroborador". Nesse caso, a decisão não terá sido fundada efetivamente em provas colhidas em contraditório e imediação.

Por outro lado, se as provas judiciais isoladamente autorizarem por si só a formação de um juízo condenatório, nesse caso os elementos informativos, ainda que usados para corroborá-las, terão pouco ou nenhum valor e serão dispensáveis diante da suficiência daquelas.

Desta forma, a interpretação que autoriza o uso indiscriminado de elementos informativos oriundos de fontes pessoais na formação do convencimento judicial, ainda que a título de corroboração, deve ser vista com reservas sob o prisma da garantia constitucional do contraditório.

Não obstante, a jurisprudência tem preferido a interpretação de que é viável valorar elementos informativos do inquérito policial desde que corroborados por provas produzidas em juízo.[872]

Face essa realidade, é de se discutir o adequado significado de "corroboração". Para Antonio Magalhães Gomes Filho, o elemento de prova produzido em contraditório deve ser convergente com o dado obtido no inquérito policial: "só haverá *convergência* dos diversos elementos – os da investigação e os produzidos em contraditório – quando, em relação à mesma hipótese, tendam eles a produzir o mesmo resultado."[873]

Não se olvide, como já visto, que o artigo 155 se destina às provas constituendas. Já quanto às provas pré-constituídas, o juiz pode formar seu convencimento com base em

---

[871] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 426.

[872] A jurisprudência do STJ se inclina amplamente pela utilização de elementos informativos para justificar a decisão condenatória desde que corroborados por outras provas colhidas em juízo. Nesse sentido: STJ, AgRg no HC 385.358, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 17.10.2017; STJ, AgRg no HC 378.640, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 01.10.2018.

[873] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: RT, 2008, p. 252, destaque original. Para Gustavo Badaró, a corroboração deve se fundar numa mesma afirmação sobre fato juridicamente relevante para a decisão da causa (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 428).

elementos da investigação preliminar, ainda que exclusivamente, desde que assegurado o contraditório posterior.[874]

Não somente os documentos formados antes e fora do processo podem ser aproveitados, mas também os elementos não orais constantes do inquérito policial, como a notícia do crime (boletim de ocorrência), os autos de exibição, de apreensão etc. Em suma, não incide a exigência do contraditório judicial e contemporâneo nas peças que não contenham declarações de testemunhas, policiais, vítima e investigado etc.

O artigo 155 do CPP alude ainda às provas cautelares, antecipadas e não repetíveis. Nesses casos, ainda que obtidos fora do "contraditório judicial", estes elementos podem ser valorados independentemente do contexto de confirmarem ou não provas judiciais, ou seja, para a lei tem o potencial para formar exclusivamente a convicção do juiz.[875]

O legislador não especificou cada uma dessas modalidades de prova, o que resulta em insegurança jurídica. Com efeito, num modelo oral de processo, a lei deve dispor o mais precisamente possível sobre as exceções à oralidade.

Sobre a eficácia probatória de diligências pré-processuais, Nicolás Cabezudo Rodríguez lembra: "o verdadeiro desafio está em determinar quando, como e em relação a que aspectos deve se outorgar a essa classe de atos um valor que *ab initio* não lhes corresponda, simplesmente porque esse fim é alheio a sua natureza."[876]

Face o silêncio legiferante no ordenamento brasileiro, há que se buscar uma definição terminológica para tais exceções de modo a delimitar o âmbito em que a oralidade-imediação pode ser excepcionada.

A chave está em compreender as noções de repetibilidade e não repetibilidade da prova, pois sua abrangência alcança as provas cautelar e antecipada.[877]

---

[874] Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 426.

[875] Antonio Scarance Fernandes interpreta o artigo 155 de forma duplamente restritiva: a) nega possibilidade ao juiz para basear seu julgamento em quaisquer elementos informativos, sob pena de violação do contraditório; b) quanto às provas cautelar, não repetível e antecipada, admite que estas sirvam de fundamento para a decisão, mas não exclusivamente, ou seja, podem ser consideradas apenas quando corroborarem provas produzidas em contraditório judicial (FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 65). Concordamos com a posição "a", mas não inteiramente com a "b", pois as provas cautelar e antecipada podem servir de fundamento exclusivo, mas a irrepetível não.

[876] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 209, destaque original. Veja-se, a esse título, a extensa exposição de Claus Roxin a respeito do minucioso tratamento dado às exceções à oralidade-imediação feitas pela lei processual penal da Alemanha e na jurisprudência desse país (ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 394-401).

[877] Ainda que com alterações, o entendimento aqui apresentado para provas repetíveis e não repetíveis se baseia em grande parte na sistematização concebida por BRENTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 41-57. Segundo a autora, as provas repetíveis são aquelas em que a fonte de prova se mantém íntegra até a audiência de julgamento e se dividem em perfeitas (são repetidas no julgamento) e imperfeitas (não são repetidas por circunstâncias atribuíveis à vontade humana). As provas irrepetíveis são aquelas em que a fonte de prova se modifica ou se extingue antes do julgamento e se dividem em naturais (a fonte de prova não subsiste em razão de sua natureza transitória) e supervenientes (a fonte não subsiste por circunstâncias imprevisíveis e não atribuíveis à vontade humana). Também foram aproveitadas as noções de irrepetibilidade superveniente e

A prova repetível é aquela cuja fonte se mantém íntegra desde o momento do fato criminoso até a instrução judicial, enquanto na prova não repetível a fonte deixa de existir, possui alto potencial de modificação ou não pode ser encontrada.

A irrepetibilidade subdivide-se em natural e superveniente. A natural está associada à transitoriedade da fonte de prova, que pode ser um objeto (vestes com manchas hematóides que devem passar por exame) ou uma pessoa (testemunha gravemente enferma e com risco de morte que deve ser ouvida). Inclui-se também nessa espécie a situação em que a fonte não corre risco por circunstâncias inerentes a si, mas pode ser alterada ou extinta por obra humana (arma usada como instrumento do crime ou arquivos de computador que podem ser ocultados ou destruídos pelo agente). As notas da urgência e previsibilidade são típicas da prova naturalmente irrepetível.

Na irrepetibilidade superveniente, a fonte não subsiste até o julgamento por circunstâncias imprevisíveis, quer involuntárias, quer atribuíveis à vontade humana. Essa espécie tem aplicação basicamente para as provas pessoais e envolve enfermidade ou falecimento inesperados ocorridos após a oitiva na fase policial (mas antes da instrução judicial), assim como a impossibilidade de localização, seja por inadvertido desaparecimento por ato da própria testemunha, seja por atos ilícitos do réu ou de terceiros (ameaça, homicídio, suborno etc.).[878]

Por sua vez, a prova repetível se divide em perfeita e imperfeita e normalmente tem relação com a prova pessoal. Em ambos os casos, a fonte se mantém íntegra e está presente por ocasião da (re)produção em juízo. Na perfeita, a testemunha se apresenta e o depoimento é colhido normalmente. Já na imperfeita, a testemunha também comparece, mas a repetição é inviável por motivos atribuíveis à vontade humana (originados do depoente ou de terceiros contra ele).

Como exemplo de prova repetível imperfeita, pode-se citar a testemunha que comparece em audiência, mas fica em silêncio e opta por descumprir o dever de falar a verdade, quer imotivadamente, quer por ato do réu ou terceiro (ameaça, suborno, conluio etc.). Também ocorre em se tratando de testemunhas com vínculo familiar com o acusado ou

---

cautelaridade das provas apresentadas por FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 65-66; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas**. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). As reformas no processo penal. São Paulo: RT, 2008, p. 247-255; e TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 214.

[878] Comparativamente, no direito processual penal espanhol, para o aproveitamento das declarações precedentes na fase judicial são exigidas gestões policiais para esse fim, constatando-se formalmente a não localização da testemunha. Nesse sentido: RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 136-137.

que devam guardar segredo em razão de função ou profissão e que, mesmo desobrigadas pela parte interessada, invoquem em audiência o direito de se eximir da obrigação de depor (artigos 206 e 207 do CPP e artigo 53, § 6°, da CF/88), aplicando-se também aos casos de delação de corréu na fase policial que fica em silêncio em juízo. Apesar de a fonte estar disponível e presente, o ato probatório não é praticado (ou não o é como deveria).

Delineado o panorama geral das provas repetíveis e não repetíveis, resta enquadrar as provas cautelar e antecipada.

A prova cautelar é a produzida em regra na fase de inquérito policial e em situação de urgência na obtenção de fonte ou de elemento de prova,[879] incidindo o contraditório após o ato. A depender do caso, pode depender ou não de autorização judicial para sua realização. São exemplos os exames periciais (necroscópico, lesões corporais etc.) e os meios de obtenção de prova (interceptação telefônica, busca e apreensão etc.).

Por seu turno, a prova antecipada se caracteriza pela urgência decorrente do risco previsível e conhecido de desaparecimento da fonte de prova ou da dificuldade em produzi-la no momento processual próprio (mudança para o exterior, doença, idade avançada etc.).[880]

A nota da cautelaridade também está presente na prova antecipada, pois o adiantamento somente tem lugar se constatado o risco na demora em sua realização, ou seja, a urgência. Distingue-se da prova cautelar pelo fato de que é determinada sempre judicialmente e há contraditório no momento de sua produção, seja durante o inquérito policial, seja quando já instaurada a relação processual (artigos 225 e 366).[881]

Confrontando as noções expostas com os termos empregados no artigo 155 do CPP, percebe-se que as provas cautelar e antecipada se enquadram no conceito de prova naturalmente não repetível (por transitoriedade natural ou potencial da fonte de prova).

Por seu turno, a prova não repetível diz respeito à irrepetibilidade superveniente, associando-se ao uso na fase judicial de depoimentos prestados na investigação e que não puderam ser repetidos.

Sob o viés da oralidade-imediação, a prova não repetível (irrepetibilidade superveniente) é a mais delicada, pois a lei processual admite que seja valorada

---

[879] Conforme indica o artigo 6°, II, III e VII, do CPP, dentre outros. Se ainda não realizada na fase de inquérito policial, é possível que alguma providência de natureza cautelar seja determinada com o processo já instaurado, como o exame pericial complementar de lesões corporais (artigo 168 do CPP), ou eventual busca e apreensão.

[880] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 430.

[881] Não obstante, o contraditório pode não incidir em sua plenitude, como, por exemplo, a oitiva de depoimento de pessoa enferma na fase de inquérito quando sequer houve a identificação do autor dos fatos, pois haverá contraditório pela necessidade de presença de defensor, ainda que dativo, mas a ausência do investigado limitará essa garantia. O mesmo ocorre quando o autor está identificado, mas a imputação ainda não foi totalmente delimitada, já que o contraditório será exercido em grau menor por ainda não ter sido estabelecido em todos os seus termos o fato objeto da acusação. De qualquer forma, em ambos os casos, não haverá a concentração, um dos elementos da oralidade (em sentido amplo).

independentemente de contraditório e imediação, com a possibilidade de servir como fundamento exclusivo de um juízo condenatório.

Na prova cautelar, há o contraditório diferido[882]; na prova antecipada, o contraditório é contemporâneo, o que é suficiente para autorizar o aproveitamento autônomo desses elementos na valoração da prova.

Já na prova não repetível (superveniente), ainda que a parte se manifeste em juízo sobre o depoimento prestado durante o inquérito policial, o contraditório "sobre" a prova é insuficiente, pois é a oralidade que dá substância e efetividade ao contraditório na colheita da prova pessoal.

Essa diminuição não se coaduna com a amplitude que se espera do contraditório, razão pela qual, a partir de uma interpretação constitucional do artigo 155 do CPP, as provas não repetíveis (por fato superveniente) devem ser utilizadas de modo subsidiário e como reforço a outros elementos de prova, mas não autonomamente.

Todavia, demonstrada a prática de atos ilícitos do réu ou de terceiros que impeçam a escorreita produção da prova pessoal (homicídio, ameaça, suborno etc.), a prova não repetível terá valor autônomo e não apenas subsidiário, pois o acusado não pode se beneficiar da própria torpeza para anular ou reduzir o valor de eventual prova que poderia ser produzida em seu desfavor.

Da mesma forma, havendo ato ilícito contra a testemunha, a prova repetível imperfeita se equipara à irrepetibilidade por fato superveniente, inclusive com força probatória autônoma.

Por outro lado, se houver lei permitindo que o depoente não deponha, a declaração precedente não pode ser usada, ao menos não para a formação de um juízo condenatório. Se a legislação autoriza o depoente a deixar de prestar o depoimento, cabe ao Estado localizar outras provas para obter a correta reprodução histórica do fato.[883]

---

[882] Se a prova cautelar for pericial, além a impugnação ao laudo, há a possibilidade de apresentação de quesitos complementares pela parte na fase processual e oitiva do perito em juízo.

[883] Discorrendo sob a ótica do direito ao confronto, mas aplicável também à oralidade, Diogo Malan assinala a inadmissibilidade de tal prova em juízo, seja de corréu delator na fase policial que permanece em silêncio em juízo, seja da testemunha que se recusa a depor por vínculos familiares quando a lei assim permite (MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.160-162). Sob a perspectiva do direito processual penal espanhol, Rosario Herrera Abián reconhece que se trata de hipótese de difícil solução, mas entende possível o aproveitamento da prova no *juicio oral* com base no artigo 732 da LECrim desde que o depoimento precedente colhido na fase de instrução (sumário) tenha contado com a presença de um defensor, ou seja, mediante contraditório e defesa do acusado (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 142-144). No ordenamento brasileiro não há contraditório e ampla defesa na fase de inquérito policial, sendo que tal situação (presença de defensor e contraditório) somente pode ser vislumbrada nos depoimentos da instrução preliminar do procedimento dos crimes dolosos contra a vida para posterior aproveitamento na instrução em plenário, caso a testemunha se recuse a depor com base nos artigos 206 e 207 do CPP.

De maneira semelhante, se o depoente violou por conta própria os deveres processuais como testemunha sem qualquer motivo aparente, recusando-se a depor, o depoimento precedente não pode ser utilizado desfavor do acusado.[884]

De todo modo, é imprescindível que o legislador defina precisamente as situações de prova não repetível (por fato superveniente) e equiparáveis, de modo a delimitar as exceções à oralidade-imediação e, consequentemente, quando os elementos informativos oriundos de fontes pessoais e não reproduzidas em juízo podem interferir na formação do convencimento judicial.

Omitindo-se a lei em defini-las, entendemos justificado que seja considerada prova não repetível para os fins do artigo 155 do CPP aquela cuja fonte de prova pessoal não está disponível no momento da audiência de instrução e julgamento por fato superveniente e imprevisível (atribuível ou não à vontade humana), assim como a prova repetível imperfeita por conduta ilegal do acusado ou de terceiro.

5.2.8.1 A leitura de depoimentos anteriores e o testemunho de ouvir dizer

A exigência de contraditório e da oralidade-imediação "para a prova" prevista no artigo 155 do CPP suscita outras questões que merecem maior debate na doutrina e jurisprudência.

Trata-se da leitura de depoimentos anteriores perante a mesma testemunha que os prestou para resolver eventuais contradições, além do testemunho indireto.

Sobre o confronto da testemunha com a versão dada em depoimento pretérito, o Código de Processo Penal silencia a respeito. Não obstante, tem-se admitido em geral a leitura para questionar desconformidades verificadas entre o manifestado na fase de investigação e o depoimento prestado em audiência de instrução e julgamento, com a finalidade de fazer o depoente esclarecer eventual contradição.

A leitura para confronto presume uma situação de prova repetível perfeita, ou seja, de testemunha (fonte de prova) que esteve presente (disponível) tanto na investigação preliminar como na audiência de instrução e julgamento e que prestou depoimento em ambas as oportunidades.

Nicola Framarino Dei Malatesta admite a leitura do testemunho escrito após o depoimento oral da testemunha quando houver necessidade de confronto entre um e outro

[884] Justifica-se a diferença de tratamento dado à prova repetível imperfeita nesse caso com a prova não repetível superveniente por desaparecimento da testemunha, pois nessa última hipótese, caso a testemunha não compareça, não se saberá o motivo de seu desaparecimento (se justificado ou não), ao passo que na prova repetível imperfeita a testemunha estará presente e a razão da (indevida) recusa poderá ser descoberta.

com o fito de "notar as variações e as transformações que êle introduz no depoimento já escrito", pois tal providência não configuraria real limitação à oralidade, mas um complemento racional dela.[885]

Todavia, a questão não é tão simples.

Inicialmente, há que se ter cuidado para que essa prática não se torne um desvio do modo normal de produção da prova pessoal, assumindo a forma de mera ratificação das declarações anteriores agora em juízo.[886]

É que a imediação na prova decorrente de fontes pessoais presume inquirição direta sobre os fatos. Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho,

> Não são válidos os depoimentos em que a testemunha simplesmente ratifica as declarações anteriores do inquérito ou prestadas em processo anulado, deixando o juiz, assim, de inquiri-la diretamente sobre os fatos, pois o contato do juiz com a testemunha é fundamental para a aferição da força probante de suas palavras, sentindo suas dúvidas e incertezas, esclarecendo suas contradições, constatando suas omissões: colhendo, enfim, sua impressão pessoal a respeito da pessoa que depõe e sobre o que diz (princípio da imediação).[887]

Mesmo com esse cuidado, a imediação é transgredida na medida em que três elementos serão valorados como resultados desse confronto: a) a declaração precedente; b) a declaração contraditória em juízo; c) as explicações vertidas após a leitura da primeira. O conhecimento das duas últimas ("b" e "c") é direto e satisfaz a imediação, mas a anterior ("a") não satisfaz, já que é indireta.[888]

Nesse contexto, explica Nicolás Cabezudo Rodríguez: "O resultado é a eventual valoração como prova de um material cujo conhecimento pelo julgador é indireto, a respeito do qual o afetado pode não ter tido a oportunidade de se defender no momento de sua constituição e que ademais contradiz a prova regularmente produzida em juízo".[889]

Assim, não havendo critério legal para a valoração, o juiz fica livre para utilizar quaisquer desses elementos como fundamento de sua decisão, ainda que "exclusivamente" aquele fruto de oitiva realizada sem contraditório contemporâneo.

---

[885] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Alexandre Augusto Correia. v. II. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 27-28.
[886] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 170.
[887] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal constitucional**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 153.
[888] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 172.
[889] RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 177.

Claus Roxin pondera que, no caso de leitura de depoimento anterior visando esclarecimentos por parte do inquirido em audiência, em tese, o fundamento da sentença não poderá considerar o conteúdo do documento lido, mas unicamente a declaração do inquirido que esclareceu a divergência com o que foi prestado anteriormente.[890]

Nessa linha, Rosario Herrera Abián sinaliza tratar-se de "prova sobre a prova", ou seja, serve apenas para valorar a declaração prestada em juízo e, se for o caso, para rechaçá-la a partir dos esclarecimentos então prestados pela testemunha sobre a divergência.[891] Em suma, a declaração precedente não serve como prova e nem se destina a formar o convencimento judicial, mas serve apenas para rechaçar a credibilidade da versão dada em juízo.

No direito processual italiano há entendimento semelhante consubstanciado na contestação probatória (artigo 500, II, do CPP italiano).

Segundo Paolo Tonini,

> Assim, é regra geral que a declaração precedente é utilizável pelo juiz somente para valorar a *credibilidade* do sujeito que, na fase de debates, apresentou uma versão diferente ou permaneceu silente. [...] Em outras palavras, a contestação serve no máximo para *retirar o valor* da declaração da fase de debates, mas não é útil para *formar* a prova da existência do fato narrado.[892]

Por outro lado, há entendimento que outorga valor probatório autônomo aos relatos prestados fora da audiência de instrução e julgamento quando usados para fins de confronto com o quanto declarado em juízo. Nesse caso, costuma-se exigir a concorrência de outros elementos de prova que corroborem o relato precedente colhido na fase de investigação e que não contou com oralidade-imediação e nem contraditório.[893]

Em que pese o vácuo na legislação processual penal brasileira, a partir da redação do artigo 155 do CPP, é possível conceber que a declaração precedente, não formada em "contraditório judicial", tem utilidade apenas para averiguar a credibilidade da testemunha e

---

[890] ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 399.

[891] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 111.

[892] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002, p. 227, destaques originais.

[893] Rosario Herrera Abián destaca que essa é a tendência da jurisprudência espanhola quando admite a valoração dos depoimentos precedentes ao *juicio oral* (ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 118). Para Nicolás Cabezudo Rodríguez, a solução seria reafirmar a proeminência das declarações judiciais sobre as precedentes. No entanto, optando-se pela valoração, dois requisitos devem ser satisfeitos: a) que a declaração precedente seja corroborada por outros elementos de prova; b) o órgão jurisdicional deve expor as razões pelas quais preferiu o relato precedente sobre o depoimento prestado em juízo (RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 173-174).

da fidedignidade de seu relato prestado em juízo, não autorizando o uso como elemento de prova.

Ou seja, há que se privilegiar o depoimento judicial e examiná-lo à luz das explicações proporcionadas pelo depoente quando confrontado com sua declaração anterior.

Quanto ao testemunho indireto (de ouvir dizer, de referência ou *hearsay*), é da natureza da prova testemunhal que a fonte de prova (testemunha) deve depor a partir do seu conhecimento pessoal sobre o fato.[894]

Logo, havendo testemunhas presenciais, estas devem ser chamadas a depor ao invés de se admitir relatos de terceiros, pois o testemunho indireto implica justamente na ausência de conhecimento direto dos fatos.

A referência por parte de alguma testemunha de alguém que tenha conhecimento direto é válida para se descobrir a fonte de prova e produzi-la em juízo, mas não como substituição daquela, ao menos em princípio.

Não se pode ignorar que algumas situações são particularmente complexas, principalmente no contexto da criminalidade organizada, como a do agente de confiança (*V-Mann*) descrita por Winfried Hassemer. Trata-se de um agente infiltrado que transmite seu conhecimento a testemunhas que, por sua vez, prestam depoimento e revelam o que esse agente de confiança confidenciou. Normalmente, os órgãos estatais se valem dessa possibilidade sob o argumento de que certas formas de criminalidade não podem ser esclarecidas sem o agente de confiança.[895]

Semelhante situação ocorre nos confidentes de polícia, normalmente um informante não identificado que, após relatar a agentes policiais o que tem conhecimento, em seguida os policiais prestam depoimento em juízo e expõem as informações as quais tiveram acesso. Nesse caso, os policiais declaram em juízo o que ouviram de terceiro, logo, são testemunhas de ouvir dizer.[896]

No Código de Processo Penal não há tratamento legal expresso, mas apenas referência implícita. Segundo o artigo 209, § 1°, "Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem." A *contrario sensu*, o dispositivo indica que o testemunho indireto é admitido, pois se houver referência a pessoas que saibam dos fatos, somente se "parecer conveniente" o juiz as convocará para depor.

---

[894] MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53.
[895] HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 216-217.
[896] TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 164-165.

Conveniente ou não a convocação, o preceito parece admitir que no relato de uma testemunha seja feita menção a pessoas que saibam do fato objeto da prova e que, eventualmente, tenham informado a testemunha sobre o que tem conhecimento. Essa informação, portanto, chega em juízo indiretamente.

Se considerado o sentido subjetivo, o testemunho indireto não conspurca a imediação, pois há contato direto com a fonte de prova. Todavia, no sentido objetivo da imediação, há distanciamento da fonte de prova do fato, já que o conhecimento da testemunha não é direto sobre o fato.

Conclui-se, assim, que a imediação é reduzida, pois o órgão judicial está mais distante do objeto da prova do que quando diante de uma testemunha direta. Quanto menos obstáculos houver entre o fato imputado e o juiz, mais garantia de que a valoração do ocorrido seja mais correta.[897]

Sobre a testemunha de ouvir dizer, Gustavo Badaró e Antonio Magalhães Gomes Filho ponderam:

> Tal posicionamento não deveria ser aceito. Uma das características da prova testemunhal é a imediatidade. A testemunha deve manifestar percepções sensoriais recebidas imediatamente por ela em relação a um fato passado, que no presente deve ser provado. Em outras palavras, é necessário que a testemunha reproduza uma percepção originária e direta do fato a ser provado, isto é, por ela imediatamente recebido. No testemunho indireto há uma cognição reflexa, que não fornece elementos seguros de informação, até mesmo porque a testemunha direta não terá qualquer responsabilidade pelo que a testemunha indireta tenha dito.[898]

Verifica-se ainda interferência no contraditório, na medida em que impede a parte de inquirir a testemunha dos fatos que teoricamente declararia em juízo.

Essas considerações levam à conclusão de que, em regra, o testemunho indireto não deve ser admitido, ao menos quando disponível a fonte de prova direta. Apesar disso, em algumas situações essa vedação comporta flexibilização.

Segundo Rosario Herrera Abián, a testemunha de referência é tratada pela jurisprudência espanhola como "uma prova subsidiária, condicionada à impossibilidade de que possa prestar depoimento a testemunha direta quem, em princípio, tem idoneidade para esclarecer ao Tribunal por sua proximidade com os fatos objeto de prova". Além da nota da excepcionalidade, sempre deve vir corroborada por outros elementos de prova. [899]

---

[897] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantia procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 101.

[898] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 65, mar.-abr. 2007, p. 189.

[899] ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006, p. 102-103. Segundo a autora, outro meio do testemunho indireto atuar é como "prova sobre a prova", cuja finalidade não é convencer o órgão judicial da existência ou não de determinado fato, mas convencer sobre a fiabilidade das provas diretas. Assim, o depoimento da testemunha de referência influenciaria na valoração da prova

Com efeito, individualizada a fonte de prova direta e aferida a conveniência e a razoabilidade em sua oitiva, o testemunho de ouvir dizer pode ser aproveitado se constatada a indisponibilidade absoluta da fonte de prova. Para tanto, o depoimento indireto deve ser necessariamente produzido em juízo e ainda assim poderá ser aproveitado apenas de modo subsidiário, a depender de outros elementos de prova diretos que o corroborem.[900]

Percebe-se que a admissibilidade do testemunho indireto converge para as hipóteses da prova não repetível por fato superveniente e imprevisível.

5.2.9 A prova produzida perante juízo incompetente e a prova emprestada

Alguns casos processuais particulares podem afetar a oralidade, como a incompetência do órgão jurisdicional e a prova emprestada.

Nos termos do artigo 567 do CPP, declarada a incompetência e encaminhados os autos ao juízo competente, somente os atos decisórios são passíveis de anulação. Logo, *a contrario sensu*, os atos não decisórios podem ser convalidados, incluindo os atos de instrução.

Em relação à prova produzida, portanto, o órgão judicial que recebeu o processo não necessita repetir a prova produzida e pode valorá-la diretamente. Deste modo, o novo – e agora competente – órgão judicial não terá tido contato direto (imediação) com a prova, mas pode valorá-la na decisão.

Contudo, há que se distinguir os casos de incompetência absoluta e relativa. Na absoluta não tem aplicação o artigo 567, impondo-se o refazimento tanto dos atos não decisórios como dos decisórios na medida em que sua inobservância acarreta nulidade absoluta.

Já a incompetência relativa caracteriza nulidade sanável, podendo ser prorrogada caso não oposta exceção de incompetência. Nesse caso, tem lugar o aproveitamento dos atos não decisórios nos termos do artigo 567 do CPP.

Para Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas,

---

testemunhal produzida, aumentando ou diminuindo a credibilidade dos relatos das testemunhas diretas (p. 103). Vale lembrar que o testemunho indireto é previsto da seguinte forma na LECrim: "Artigo 710. As testemunhas expressarão o motivo de sua declaração e, se forem de referência, especificarão a origem da notícia, designando com nome e sobrenome, ou com outros dados com os quais ela for conhecida, a pessoa que tiver lhe comunicado".

[900] Importa lembrar que o próprio direito estadunidense admite exceções ao *hearsay rule*. A esse respeito: MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52-60. Admitindo o testemunho de ouvir dizer em casos excepcionais, como morte e enfermidade incapacitante: VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A ilicitude da prova**. Teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: RT, 2004, p. 360-361.

> O aproveitamento dos atos instrutórios atinge somente os casos de competência territorial. Assim, nos termos do artigo 108, § 1°, o juízo competente ratificará os atos anteriores e dará seguimento ao feito. A regra do dispositivo não alcança a incompetência absoluta que jamais estará convalidada.[901]

A repetição das provas será necessária em razão da nulidade gerada pela incompetência do juízo primitivo e não em virtude da falta de imediação do segundo juízo com tais provas. A consequência da nulidade decorrente da incompetência absoluta é a renovação *ab initio* do processo, abrangendo o refazimento das provas. Logo, em relação às provas pessoais, a oralidade acaba sendo observada reflexamente.

Quanto às provas pré-constituídas, a nulidade do processo não tem o condão de desconstituí-las, já que não dependem da prática de atos processuais para serem formadas e preexistem ao processo. Logo, podem ser aproveitadas mesmo com a incompetência absoluta. O mesmo se diga em relação às provas que não possam ser repetidas perante o novo órgão jurisdicional (irrepetibilidade natural ou por fato superveniente), sejam aquelas produzidas em investigação preliminar ou perante o juízo incompetente.

O não aproveitamento dos atos ocorre se a incompetência (absoluta) é preexistente ou concomitante à instauração do processo, ainda que o órgão jurisdicional não tenha conhecimento dessa situação.

Por outro lado, em se tratando de incompetência absoluta gerada por fato superveniente, o processo é remetido ao tribunal competente, mas com aproveitamento dos atos instrutórios já praticados e dos decisórios, pois até então realizados perante o órgão competente.

Nesse sentido pondera Eugênio Pacelli de Oliveira,

---

[901] SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 810; também nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 594; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 978. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal entende que a declaração de incompetência, ainda que de natureza absoluta, não invalida os atos instrutórios. Assim, o juízo competente que receber o processo pode ratificar os atos não decisórios, dentre eles aqueles referentes à recepção de prova. Nesse sentido: STF, RHC 129.809, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 19.04.2016; STF, HC 77.544, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 05.02.1999. No mesmo sentido: STJ, HC 308.589, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 01.09.2016; STJ, HC 111.152, Rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG, DJe 20.10.2008. Destaca-se, por oportuno, trecho do voto do Min. Luiz Fux no HC 121.189: "[...] hoje em dia essa divisão de competência absoluta ou relativa deve ter como única consequência remeter os autos ao juízo competente, porque a jurisdição é uma – nós, então, que já trabalhamos na comarca do interior fazendo júri, vara de família, ação de despejo, crime, enfim – eu tenho essa tendência, que é uma tendência já de há muito adotada até pela Corte de Cassação Italiana, no sentido da ***translatio judicii***, quer dizer, o juiz já recebe tudo. Pronto. Se ele achar que tem de renovar, renovará. Se achar que houve a violação de algum princípio constitucional, mas ele absorve a causa e julga" (STF, HC 121.189, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 19.08.2014, destaque original). Na doutrina, não diferenciando o caráter absoluto ou relativo da competência em relação ao artigo 567 do CPP: MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II. Campinas: Bookseller, 1997, p. 403; CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 62-63. Inclusive, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira estendeu esse entendimento também aos atos de relativo caráter decisório, como o recebimento da denúncia. Nesse sentido: STF, HC 88.262, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.03.2007; e STF, HC 83.006, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 29.08.2003.

> De outro lado, na hipótese da competência absoluta, isto é, quando um processo estiver em curso e, por motivo de superveniente imposição de foro por prerrogativa de função (exercício de mandato eletivo, assunção de cargo público etc.), por exemplo, não haverá de se falar na necessidade de ratificação de quaisquer atos até então praticados. É que os aludidos atos teriam sido praticados pelas autoridades constitucionalmente a tanto legitimadas, seja pela competência (juiz), seja pela atribuição (MP), ao tempo e espaço das respectivas práticas. O novo foro (privativo, então), limitar-se-ia a dar prosseguimento ao processo, no estado em que ele se encontrar.[902]

Outra exceção sobre a manutenção de atos praticados e a incompetência absoluta ocorre na desclassificação do procedimento dos crimes dolosos contra a vida (artigo 419). A questão do *animus necandi* envolve matéria fática e demanda a produção de provas para ser dirimida. Logo, tal situação equivale à incompetência por fato superveniente.

Se houver fato superveniente provocador de mudança da competência, resta saber se a prova necessita ser repetida por força da oralidade-imediação. Se o aproveitamento dos atos é cabível sob o prisma da competência, pela mesma razão deve se admitir que a (falta de) imediação não tem força de prejudicá-los. É razoável concluir que se trata de exceção válida à identidade física do juiz.[903]

Quanto à incompetência relativa, há que se distinguir duas situações. Ao prever que o juiz que presidiu (toda) a instrução deve proferir a sentença (artigo 399, § 2°), a lei processual restringe a possibilidade de declaração da incompetência relativa com fulcro no artigo 109, pois se colheu a totalidade da prova, o juiz estará vinculado e não mais poderá reconhecer sua incompetência.

Se a parte não apresentou exceção de incompetência e a produção de prova já foi concluída, seria um contrassenso o juiz se dar por incompetente de ofício e remeter os autos ao juízo que o seja.[904]

Entretanto, caso a instrução tenha se iniciado, mas ainda não esteja concluída, restando pendente ato de prova a ser praticado, inexistirá vinculação e será cabível a

---

[902] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 831. Na jurisprudência: STF, AP 695 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 10.03.2014. Vale lembrar, contudo, que a Suprema Corte alterou seu entendimento sobre o foro por prerrogativa de função para parlamentares federais no julgamento da AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 10.12.2018.

[903] Em sentido contrário, Décio Alonso Gomes: "também as questões relativas à alteração superveniente de competência (casos de conexão ou continência) ou de incidente de deslocamento da competência devem ensejar a renovação da instrução probatória, diante da troca de órgão jurisdicional" (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 153).

[904] SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 810. Por seu turno, Eugênio Pacelli de Oliveira entende que o momento limite para declaração da incompetência relativa pelo juiz é até a realização da audiência de instrução e julgamento, pois a partir daí haveria preclusão, inclusive para o juiz, em decorrência do artigo 399, § 2° (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 827). De nossa parte, acrescentamos que se a audiência for realizada numa única oportunidade e a prova foi inteiramente colhida, haverá vinculação do juiz que presidiu a audiência e será inviável o reconhecimento da incompetência relativa. Todavia, em não sendo encerrada a instrução e remanescendo prova pessoal a ser colhida em outra audiência, não haverá vinculação do juiz que presidiu a primeira audiência, portanto, ainda terá cabimento a declaração de ofício da incompetência relativa.

declaração de incompetência em conformidade com o artigo 109. Por seu turno, o órgão jurisdicional que receber o processo poderá ratificar os atos instrutórios (artigo 108, § 1°) e não haverá necessidade de renovação da prova realizada no juízo primitivo, pois ausente situação de subsunção ao artigo 399, § 2°, isto é, nenhum juiz presidiu toda a instrução e, portanto, não há juiz vinculado.

De todo modo, nas hipóteses em que o refazimento da atividade probatória não seja obrigatório (incompetência relativa e absoluta por fato superveniente), o órgão jurisdicional que recebeu o processo pode determinar a repetição integral da prova pessoal para a melhor formação de seu convencimento de ofício ou a requerimento da parte interessada (artigos 155, II, e 400, ambos do CPP).

Já a prova emprestada se traduz na prova originariamente produzida em um processo, mas transportada documentalmente para outro processo onde surtirá efeitos. Embora seja introduzida através de documentos no segundo processo, a prova emprestada mantém seu valor probatório original, devendo ser valorada conforme o meio empregado no processo original, isto é, caso se trate de perícia, valerá como perícia, e assim por diante.[905]

A despeito de não haver regulamentação da prova emprestada no Código de Processo Penal, na esfera cível o artigo 372 do CPC-15 dispôs: "O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório".[906] Cabível, assim, a aplicação ao processo penal com base no artigo 3° do CPP.

Para o empréstimo da prova ser válido, existem requisitos de admissibilidade e de produção a serem observados.

Conforme aponta Brenno Gimenes Cesca,[907] são requisitos constitucionais de admissibilidade: a) o contraditório e b) o juiz natural. Por sua vez, são requisitos legais de admissibilidade: a) respeito às formalidades de produção da prova no processo originário (licitude e legitimidade); b) respeito no processo em que haverá o empréstimo das normas que

---

[905] Para Eduardo Talamini, ao menos terá o potencial de assumir a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida, estando superada a concepção de que a prova emprestada receberia valor de documento, "prova inferior" ou "ato extrajudicial". Ainda, a única prova que, se emprestada, não tem como manter o valor originário, ainda que em potencial, é a inspeção judicial, pois seu valor diferenciado e específico ocorre somente quando realizada pelo juiz que julgará o feito. Contudo, essa "restrição ao valor da inspeção não ocorrerá só nos casos de traslado, mas toda vez que o juiz que inspecionar não vier a ser o mesmo que julgará: para o segundo magistrado, sua documentação terá valor apenas enquanto veiculadora do depoimento do primeiro" (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 140, out.-dez. 1998, p.140-147). Em sentido contrário, Pedro Henrique Demercian sustenta que a prova emprestada tem natureza de prova documental (DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 45).

[906] Como se percebe, o instituto foi tratado sucintamente e não resolveu as polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais.

[907] CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 54-73.

disciplinam a admissibilidade da prova em sua natureza originária[908]c) atendimento das regras de admissibilidade da prova documental.[909]

Os requisitos de admissibilidade acima elencados não se confundem com o requisito de produção da prova emprestada. Por conta desse último, a produção da prova emprestada exige serem trazidas ao segundo feito todas as peças processuais referentes à prova a ser aproveitada, incluindo a decisão que admitiu a produção da prova no processo originário. Aém disso, deve ser dada oportunidade das partes se manifestarem, primeiro a parte que requereu o empréstimo e depois a parte contrária.[910]

O contraditório é uma das notas primordiais à prova emprestada. Exige-se que o sujeito contra quem se pretenda fazer valer a prova no segundo processo tenha efetivamente exercido o contraditório no processo originário. Mais precisamente, em se tratando de prova constituenda, como aquela originada de fontes pessoais, a prova deve ter sido formada em contraditório e com a participação da parte que poderá ter contra si os efeitos daquele elemento de prova.[911]

Por sua vez, a prova pré-constituída, cujo contraditório é diferido, pode ser emprestada sem a exigência do contraditório para a formação da prova na origem. De todo modo, uma vez trasladada ao segundo processo, as partes terão direito de se manifestar sobre tal prova.

Quanto ao juiz natural, outra nota essencial da prova emprestada, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho sustentam que não basta o exercício do contraditório no processo originário – a prova deve ter sido produzida perante o mesmo órgão jurisdicional.

---

[908] Como exemplo, a prova testemunhal produzida no feito originário não se presta a demonstrar a idade de determinada pessoa ou a materialidade do fato delitivo, pois devem ser observadas as regras dos artigos 155, parágrafo único, 158 e 167, todos do CPP, no processo em que será feito o empréstimo. Ademais, insere-se nessa restrição o limite temporal, ou seja, a produção de prova testemunhal emprestada deve ser feita no momento processual adequado para tanto, no caso, na denúncia ou na resposta à acusação. Evidentemente se a prova tiver sido conhecida pela parte apenas em momento posterior à denúncia ou resposta à acusação, o pleito poderá ser feito com base nesse fato superveniente.

[909] Em regra, a prova documental pode ser produzida a qualquer tempo (artigo 231 do CPP). No entanto, no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, mais precisamente na segunda fase (*judicium causae*), há limitação na produção da prova documental, que deve ser juntada com antecedência de três dias da sessão plenária (artigo 479 do CPP). Portanto, essa limitação temporal para juntada de documentos deve ser observada no segundo processo como requisito de admissibilidade da prova.

[910] CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 76-77.

[911] O Superior Tribunal de Justiça tem oscilado sua jurisprudência, ora entendendo que a participação da parte e o efetivo (contemporâneo) contraditório no processo originário é essencial na prova emprestada (STJ, HC 183.571, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 13.10.2011), ora admitindo a prova emprestada sem que a parte tivesse participado do processo anterior e apenas com sujeição da prova ao contraditório diferido, mesmo em relação à prova oral (STJ, AgrReg no REsp 1.471.625, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 10.06.2015; e STJ. AgRg no REsp 1.553.367, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 22.02.2016). Em todos os julgados entendeu-se que a prova emprestada não caracterizava prova plena e por isso não serviria para, isoladamente, fundamentar uma condenação, razão pela qual deve ser sempre conjugada com outras provas produzidas no processo. Para esse entendimento, com o qual não concordamos, o valor probatório da prova emprestada se assemelharia a elementos informativos, contrariando a posição doutrinária de que, uma vez admissível o traslado, a prova emprestada teria o mesmo valor da prova produzida no processo originário (ou pelo menos potencial valor).

> O princípio do juiz natural, enquanto juiz constitucionalmente competente para processar e julgar, (artigo 5°, LII, da CF), exige que o contraditório seja exercido perante este. A rigor, para o transporte puro e simples de uma prova, de um processo para outro, seria necessário que o contraditório no processo originário tivesse sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa (entendendo-se, com o termo "juiz", não a pessoa física investida na função, mas o órgão jurisdicional constitucionalmente competente).[912]

Contudo, Eduardo Talamini defende: "é dispensável que o juiz [órgão jurisdicional] que presidiu a colheita da prova a se emprestar detenha competência para conhecer e julgar a causa do segundo processo", bastando que tenha competência para julgar o seu respectivo processo.[913]

De fato, é suficiente que o contraditório tenha sido exercido na prova produzida em processo que tramitou perante seu juiz natural, quando então poderá ser objeto de empréstimo em outro feito que possua a mesma parte e que, por sua vez, também seja processado em seu juiz natural, ainda que órgão jurisdicional diverso do primeiro. Desnecessário, assim ser o mesmo juízo.

De outro lado, incide a mesma restrição relacionada ao artigo 567 do CPP, pois a prova emprestada se assemelha à prova colhida por juízo incompetente. Portanto, a incompetência absoluta é um fator limitador ao aproveitamento da prova emprestada.

Seria contraditório estabelecer o não aproveitamento dos atos instrutórios em se tratando de competência absoluta, mas permiti-lo na prova emprestada. Ora, na incompetência absoluta a prova é produzida perante juízo não competente para conhecer da causa; por isso há nulidade e o consequente não aproveitamento.

Na prova emprestada, apesar da competência do juízo originário que produziu a prova, pretende-se que a prova seja aproveitada em outro juízo. Se este for absolutamente incompetente para conhecer da matéria decidida pelo juízo originário, tratar-se-á de prova oriunda de um juízo incompetente. Em suma, por analogia ao artigo 567 do CPP, somente pode haver o empréstimo se a competência for relativa, mas não absoluta.

É certo, por outro lado, que eventual concordância das partes pode viabilizar a admissão do empréstimo, ainda que de um juízo absolutamente incompetente.

A discussão sobre a garantia do juiz natural em relação à prova emprestada se relaciona com o órgão jurisdicional competente, mas não a pessoa física do juiz.

---

[912] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal constitucional**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 117-118.

[913] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 140, out.-dez. 1998, p. 152. No mesmo sentido: CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 65-66.

Por isso, ainda que os órgãos do primeiro e segundo processos sejam respectivamente competentes para o julgamento de suas causas, importa saber especificamente para a oralidade se o empréstimo da prova continua viável na alteração da pessoa física do juiz, ou seja, quando o magistrado do segundo processo é pessoa diversa do que julgou o primeiro feito, pois não terá havido a imediação.

Ada Pellegrini Grinover exige que a prova seja colhida no processo originário pelo mesmo juiz (pessoa física) que julgará o segundo processo, pois entende indispensável "quando se trate de prova originariamente oral (interrogatório, depoimentos testemunhais), em que o princípio da imediação torna indispensável que o juiz da causa tenha contato direto com as provas, para poder valorá-las devidamente."[914]

Em sentido contrário, Eduardo Talamini vislumbra o aproveitamento da prova emprestada ainda que a prova seja colhida por juiz (pessoa física) diverso daquele que atua no segundo processo:

> A prova emprestada insere-se perfeitamente nesse quadro. Outros valores a autorizam [...], ainda que ela represente diminuição de incidência da diretriz da oralidade. Isso não significa que, de algum modo, a oralidade não possa influir na avaliação da prova emprestada: precisamente porque não teve participação direta e imediata na atividade de produção originária da prova, o juiz, em face de outros elementos probatórios com ela incompatíveis, pode conferir-lhe fundamentadamente valor menor do que aquele que receberia se tivesse sido produzida diretamente no segundo processo [...]. Isso, entretanto, não é peculiaridade da prova emprestada. Pode acontecer em qualquer caso em que não se dê a imediação do juiz com as provas (colheita por carta; substituição de juiz no curso do processo [...]).[915]

Com efeito, se o fundamento da prova emprestada é concretizar a duração razoável do processo e gerar a economia processual, uma vez satisfeitos os pressupostos de admissibilidade e de produção, a parte tem direito à prova por empréstimo independentemente da identidade física do juiz nos dois processos. Do contrário, o instituto resultaria demasiadamente restringido e na prática restaria inaplicável.

Pelo mesmo motivo, não deve ser exigido que a prova emprestada seja de impossível repetição ou haja grande dificuldade em sua (re)produção no processo que se intenta o empréstimo.[916]

---

[914] GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *In*: **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 63. Neste artigo, de autoria exclusiva, ela se refere especificamente à pessoa física do juiz (e não ao órgão jurisdicional competente), pois menciona a imediação. Já em obra coletiva, alude ao órgão jurisdicional e não à pessoa física do juiz (FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal constitucional**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 117-118).

[915] TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 140, out.-dez. 1998, p. 140. No mesmo sentido: CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 79-80.

[916] Segundo Eduardo Talamini, "a simples possibilidade de sua reprodução não é motivo para a inadmissão (TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 140,

Tratam-se, portanto, de exceções válidas à identidade física prevista no artigo 399, § 2°, do CPP. Assim, desde que respeitados os requisitos de admissibilidade e de produção, a prova pode ser utilizada e valorada no segundo processo ainda que os juízes (pessoas físicas) que atuaram na recepção da prova pessoal sejam diversos ou que a prova seja repetível.

Vale lembrar que o artigo 372 do CPC-15, aplicável por analogia no processo penal, não exige a identidade física e nem a irrepetibilidade da prova no segundo processo, mas apenas o contraditório, derrogando nessa parte o artigo 399, § 2°, do CPP.

Por derradeiro, a prova não repetível (natural ou por fato superveniente e imprevisível) pode ser objeto de empréstimo para o segundo processo ainda que o juízo destinatário seja absoluta ou relativamente incompetente em relação ao juízo originário, bastando demonstrar que não é possível o seu refazimento em juízo.

Essa conclusão é válida tanto para o elemento informativo colhido extrajudicialmente (sem contraditório) como, com ainda mais razão, para o elemento de prova produzido mediante contraditório no juízo originário.

5.2.10 A irrecorribilidade das decisões interlocutórias

No Código de Processo Penal, sustenta-se que a regra é a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Todavia, o artigo 581 revela tratar-se de uma irrecorribilidade relativa, pois existem exceções autorizando o cabimento de recurso em sentido estrito contra algumas decisões específicas.

Segundo Gustavo Badaró, entre a escolha de um modelo concentrado, com uma ou poucas audiências e nenhuma possibilidade de recurso contra interlocutórias e, por outro lado, um sistema no qual existam várias audiências dispersas no tempo e com ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, o legislador pátrio acolheu um modelo médio, estabelecendo um rol taxativo de interlocutórias recorríveis (artigo 581), enquanto para todas as demais a opção foi pela irrecorribilidade.[917]

O rol do artigo 581 é taxativo. Algumas hipóteses estão revogadas pela Lei de Execução Penal (incisos XI, XII, XVII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV). Parte da

---

out.-dez. 1998, p. 159). No mesmo sentido: CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 75-76. Em sentido contrário, Décio Alonso Gomes afirma que a prova emprestada "não pode servir à substituição da prova oral disponível e acessível pelo julgador, por importar sua *documentação*", pois quando disponível a fonte de prova original, esta terá a preferência (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 126, destaque original).

[917] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 103-104.

doutrina, contudo, admite interpretação extensiva abrangendo decisões não constantes do artigo 581.[918]

No entanto, a recorribilidade do sistema é ainda acrescida pelo artigo 593, II, do CPP, ao permitir o recurso de apelação de decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular que não tenham sido contempladas no artigo 581 do mesmo diploma.

O sistema recursal, em relação às decisões interlocutórias, estaria limitado, em tese, aos casos acima referidos. Contudo, mesmo não havendo previsão legal de recurso específico, é possível, se presentes os respectivos requisitos, o ajuizamento de ações autônomas de impugnação, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança contra decisões interlocutórias. Ressalte-se ainda a possibilidade do emprego de reclamação e correição parcial em casos restritos.

Conforme se percebe, não são poucas exceções ao regime de irrecorribilidade, principalmente considerando o amplo emprego do *habeas corpus* contra decisões que atinjam a liberdade de locomoção.

Ainda assim, é razoável concluir que o regime adotado no CPP se aproxima mais da irrecorribilidade das interlocutórias do que um sistema de impugnabilidade plena, como é o caso do processo civil.

5.3 O procedimento dos crimes dolosos contra a vida

5.3.1 Antes da reforma de 2008

Quanto ao procedimento dos crimes dolosos contra a vida, a redação original do CPP estipulou o rito bifásico.

A primeira fase (juízo da acusação) era destinada ao juízo de admissibilidade da acusação e, com pequena modificação,[919] seguia o rito ordinário até a fase decisória (artigos 394 a 405, redação revogada), na qual se abria quatro possibilidades: pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação.

Como era observado o procedimento ordinário, não havia concentração, as alegações finais eram escritas, assim como a sentença, e inexistia identidade física.

---

[918] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 619. Idem na jurisprudência: STJ, AgRg no REsp 1.539.695, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 12-06-2017, dentre outros.

[919] Havia previsão de restrição da juntada de documentos após o término da inquirição de testemunhas (artigo 406, § 1°, redação revogada) e não era estipulada uma fase própria de requerimentos das partes na forma do artigo 499 (redação revogada), mas era o juiz que determinava de ofício "diligências necessárias para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade, inclusive inquirição de testemunhas" (artigo 407, redação revogada).

Já na segunda fase (juízo da causa), uma vez emitida a decisão de pronúncia e delimitada a acusação, a oralidade prevalecia em razão da radical concentração da audiência perante o Conselho de Sentença. Assim, todos os atos deveriam ser praticados na sessão de julgamento, que era verdadeiramente una e contínua, caso fosse necessário prosseguir por mais de um dia.

Os jurados não tinham contato com os fatos e atuavam com imediação. A identidade física era mera consequência da unidade de atos, pois a decisão seria proferida ao final da sessão de julgamento. A palavra falada era o principal instrumento para formar o convencimento dos jurados e o tempo de debates era compatível para a consecução desta finalidade.

Inicialmente não era prevista a leitura de peças, mas a Lei 263/48 alterou a redação do artigo 466 do CPP (redação revogada) e passou a permiti-la irrestritamente desde que requerida pelas partes.[920] Registre-se que nos termos do artigo 466, § 1° (redação revogada), a leitura das peças era feita não pelas partes, mas pelo escrivão.

Muito embora se assemelhasse à incorporação por leitura, a mudança legal não pretendeu criar uma condição para introduzir a prova perante os jurados pela via oral. Na verdade, tratou-se de mera diligência de cunho informativo aos jurados, até porque as partes podiam ler durante os debates quaisquer peças dos autos, tanto do inquérito policial como da fase processual independentemente da leitura anterior pelo escrivão.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci explica que independentemente do requerimento de leitura, ou se indeferido pelo juiz, "poderia a parte empreender a leitura durante a sua manifestação".[921]

5.3.2 Após a Lei n. 11.689/2008

A reforma do CPP de 2008 manteve a estrutura procedimental de duas fases (juízo da acusação e juízo da causa). A primeira continuou voltada para a admissibilidade da acusação (denominada juízo da acusação), mas recebeu rito específico desde a fase de recebimento da denúncia, ainda que bastante semelhante ao procedimento ordinário

[920] Com o tempo, os termos abertos do artigo 466, § 1° (redação revogada) deram azo a eventuais abusos, pois não eram incomuns pedidos de leitura integral dos autos "de capa a capa", o que constituía evidente despropósito.
[921] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 733.

estabelecido pela Lei 11.719/08,[922] com audiência concentrada de instrução, debates orais e julgamento.

Na etapa decisória foram mantidas as mesmas decisões de outrora (pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação).

Numa interpretação literal, ao mencionar "sentença", o artigo 399, § 2°, aparentemente excluiu a identidade física nos casos de pronúncia e desclassificação, pois são decisões interlocutórias, enquanto a absolvição sumária e a impronúncia, por serem sentenças, estariam sujeitas à vinculação do juiz que presidiu a instrução preliminar.

Todavia, quando os autos são remetidos ao juiz para proferir decisão, não há como avaliar antecipadamente qual decisão será proferida (sentença ou decisão interlocutória). A seguir esse caminho, o tratamento da identidade física seria errático e casuístico, pois o juiz que recebesse os autos para julgar só saberia de eventual vinculação (dele ou de outro juiz) quando a decisão fosse formalizada.

Por essa razão, não é razoável instituir tratamento diferenciado no mesmo procedimento, isto é, estipular a vinculação ou não em razão da natureza da decisão a ser proferida que só será conhecida após sua emissão.

Ademais, a ampla produção de provas na instrução preliminar, notadamente as provas pessoais, permite concluir que está presente a mesma *ratio* justificadora da identidade física no procedimento comum.

Para Walfredo Cunha Campos, as decisões proferidas no juízo da acusação têm todos os requisitos formais de uma sentença (relatório, fundamentação e dispositivo), "o que demonstra a necessidade de seu prolator ser o mesmo profissional que colheu a instrução nos moldes do que dispõe a lei em comento, afinal, *tais decisões são, formalmente, sentenças*."[923]

---

[922] Basicamente, a única diferença é a referência expressa de réplica do Ministério Público caso a resposta à acusação apresente documentos ou preliminares (artigo 409). Há certa divergência sobre o cabimento da absolvição sumária do artigo 397 após o oferecimento da resposta à acusação. Apesar do artigo 394, § 4° prever a aplicação dos artigos 395 a 398 a todos os procedimentos, sem ressalvas, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que no procedimento do júri a absolvição sumária não pode ser decidida após o oferecimento da resposta à acusação, uma vez que há momento processual específico para tal fim após a conclusão da fase instrutória (STJ, HC 357.522, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 31.08.2016; STJ, HC 336.606, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 31.03.2016; e STJ, HC 172.925/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 05.02.2016).

[923] CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82, destaques originais. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o artigo 399, § 2°, na primeira fase do procedimento do júri, mas com os temperamentos do artigo 132 do CPC-73: STJ, HC 239.509, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 21.10.2015; STJ, HC 151.054, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJRJ), DJe 03.02.2012; STJ, HC 161.881, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 01.06.2011. Confira-se ainda o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde não se divisou "qualquer razão ontológica a justificar a inobservância de tal diretriz ao cabo da fase do *judicium accusationis*, nos processos dos crimes de competência do júri" (TJSP, Conflito de Jurisdição 990.10.413555-9, Rel. Luiz Ganzerla, Comarca de Barueri, Câmara Especial, j. 27.09.2010, destaques originais). Em sentido contrário, o STJ considerou inadmissível a alegação de violação da identidade física em caso de pronúncia, pois se trata de decisão de natureza provisória que não encerra o processo e apenas remete os autos ao tribunal do júri. Ressalve-se que um dos argumentos empregados foi a ausência de prejuízo ao contraditório e ampla defesa (STJ, HC 331.662, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 01.02.2017).

Ressalte-se que não há determinação legal impondo ao mesmo juiz que laborou na instrução preliminar atuar como juiz-presidente na sessão de julgamento perante o tribunal do júri. Esta situação não se enquadra no artigo 399, § 2°.

Ainda que o ideal em termos práticos seja a atuação de um único juiz, não se vislumbra ofensa à oralidade-imediação, pois o juiz preparador do processo não será o responsável por julgar o caso, mas sim os jurados. E quanto à dosimetria da sanção penal, a prova produzida em plenário já é suficiente para tanto.[924]

Proferida decisão desclassificatória na primeira fase do procedimento do júri (artigo 419), o feito será encaminhado ao juiz competente. A Lei 11.689/08 andou mal nesse ponto, pois ao contrário do antigo artigo 410 em sua redação revogada, não definiu o procedimento a ser seguido no juízo destinatário do processo.

Na omissão legal, observar-se-á por analogia o procedimento da *mutatio libeli*,[925] com a ressalva de que o número de testemunhas não fica limitado a três como referido no artigo 384, § 4°, mas obedece ao máximo previsto no procedimento que seria adotado caso o crime desclassificado tramitasse originariamente na vara criminal comum (ordinário, sumário ou sumaríssimo).

A plenitude da atividade probatória junto ao novo juízo – que pode ser tanto a repetição das provas já produzidas como produção de provas novas – se justifica pela modificação do fato criminoso que fundamenta a imputação, o que implica a renovação do direito à prova das partes.

Não se trata, pois, de repetição dos atos probatórios por nulidade em virtude de incompetência (absoluta). O órgão jurisdicional atuante no *judicium accusationis* era competente para decidir sobre a admissibilidade ou não da acusação perante o tribunal do júri, o que inclui quatro decisões diversas, dentre elas a desclassificação. No mais, o fato determinante para a desclassificação é a ausência de *animus necandi*, o que somente pode ser aferido após a produção de provas na instrução preliminar, equivalendo a uma alteração da competência por fato superveniente, não geradora de nulidade.

---

[924] Em sentido contrário, entendendo que o juiz da instrução preliminar deve ser o mesmo que presidirá o plenário, sob pena de violação da imediação: CROZARA, Rosberg de Souza; PAULA, Leonardo Costa de. O princípio da oralidade no processo penal brasileiro. Leis 11.689, 11.690 e 11.719 de 2008. *In*: LIMA, José Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (org.) **Temas para uma perspectiva crítica do direito**. Homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 560.

[925] A doutrina aponta para a aplicação do artigo 384 do CPP em caso de redistribuição do processo da Vara do Júri para o juízo criminal comum. Nesse sentido: ARRUDA, Eloísa de Sousa. Comentários ao procedimento do júri com as alterações introduzidas pela Lei 11.689/08. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2008, p. 51; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 816; JOPPERT, Alexandre Couto. **Manual do novo júri**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 38. No mesmo sentido: TJSP, Habeas Corpus 2160743-28.2015.8.26.0000, Rel. Marcos Correa, Comarca de São Bernardo do Campo, 6ª Câmara de Direito Criminal, j. 08.10.2015.

Muito embora as partes tenham o direito à prova renovado por conta da mudança da imputação, contam com a faculdade de aceitar os atos instrutórios já praticados no *judicium accusationis*. Caso o façam, a prova colhida na instrução preliminar poderá ser valorada pelo juízo destinatário ainda que sem imediação deste.

Trata-se, pois, de exceção à identidade física do juiz, à semelhança do ocorrido no *judicium causae*, em que a prova colhida no *judicium accusationis* pode ser aproveitada e valorada pelo Conselho de Sentença.[926]

Na segunda fase, após a etapa de preparação (artigo 422), o julgamento incorporará todos os elementos de um autêntico processo oral: concentração, imediação, palavra falada como modo de convencimento dos julgadores e identidade física, sendo esta última mera consequência da unidade dos atos.

A ata de julgamento é imprescindível para a documentação dos atos e deve descrever "fielmente todas as ocorrências" (artigo 495).

Sob a ótica da concretização da oralidade na sessão de julgamento perante o Conselho de Sentença, importa considerar duas questões que trazem adversidades ao processo oral nessa fase. O primeiro ponto destaca a situação já retratada quanto ao artigo 155 do CPP, mas agora com um complicador.

O CPP não estabelece proibições expressas sobre o conteúdo probatório que pode ser apresentado aos jurados na sessão de julgamento e a regulamentação da matéria ficou limitada ao artigo 155 do CPP. Isso resulta no já comentado desvirtuamento da oralidade na medida em que, se invocados elementos informativos colhidos na fase de investigação, a decisão emitida pelo conselho de sentença poderá levar a uma condenação baseada exclusivamente em elementos que não tiveram imediação com os jurados e não passaram pelo crivo do contraditório.

Todavia, há um agravante no Tribunal do Júri, pois com o sistema da íntima convicção e a dispensa de fundamentação, não poderá ser controlado o motivo da decisão dos jurados.

É certo que nos termos da atual legislação, o juízo de admissibilidade da acusação perante o Conselho de Sentença demanda a observância do artigo 155 do CPP, o que configura uma garantia relativa de que somente elementos probatórios – e não informativos,

---

[926] Em sentido contrário, entendendo pela necessária repetição da prova no juízo que recebe o processo após a desclassificação em virtude do artigo 399, § 2°: SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 650; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 710. Para Guilherme de Souza Nucci, a reinquirição das testemunhas já ouvidas é, em princípio, vedada, mas em determinados casos em prol da ampla defesa pode ser necessária a oitiva de quem já foi ouvido (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 816).

ou pelo menos não exclusivamente – poderão embasar a decisão de pronúncia e, consequentemente, autorizar o julgamento pelo Tribunal do Júri.[927]

Apesar disso, se não houver regra limitadora da valoração dos elementos informativos pelo Conselho de Sentença, ainda que a decisão de pronúncia tenha se pautado por provas, isto é, elementos produzidos em contraditório judicial, poderão ser usados livremente e eventualmente formar – exclusivamente – a convicção dos jurados.

Esse problema já era detectado por Gustavo Badaró e Antonio Magalhães Gomes Filho antes da reforma do CPP de 2008, que pugnava pela exclusão desses elementos dos autos:

> Justamente porque a questão se coloca no plano da motivação, o problema deveria ter uma solução diversa no procedimento dos crimes dolosos contra a vida, que são submetidos ao júri popular. Como os jurados decidem de forma não motivada, não há como controlar se os elementos de informação produzidos no inquérito policial, e que permanecem nos autos, podendo ser lidos pelo Ministério Público e pelo Advogado, na sessão de julgamento, foram utilizados ou não pelos jurados, até mesmo em caráter de exclusividade, para a formação da convicção pessoal de cada jurado. No caso do Tribunal do Júri, portanto, diante dessa impossibilidade de controle da formação do convencimento dos jurados, a única forma de se assegurar o respeito ao contraditório seria a determinação de exclusão do processo dos elementos de informação produzidos durante o inquérito policial.[928]

Com o advento da Lei 11.689/08, essa tendência doutrinária passou a propor uma leitura restritiva do artigo 473, § 3°, do CPP.

A partir de uma interpretação *a contrario sensu*, entendeu-se vedada a utilização de elementos produzidos fora do plenário, com exceção das provas colhidas por carta precatória, cautelares, antecipadas e não repetíveis. Isso porque, se as partes não podem "requerer a leitura" dos depoimentos fora das hipóteses previstas no artigo 473, § 3°, não podem contornar o preceito e, ao invés de solicitarem a leitura, passem a "ler" esses mesmos depoimentos durante as alegações orais.[929]

---

[927] O STJ tem entendido que pelo conteúdo meramente declaratório e por não encerrar um juízo de certeza, a pronúncia poderia se embasar exclusivamente em elementos produzidos na fase inquisitorial (STJ, AgRg no AREsp 1.414.455, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16.04.2019; STJ, AgRg no AREsp 1.342.408, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 15.02.2019). Contudo, há significativo precedente em sentido contrário, expressamente consignando que o artigo 155 do CPP tem aplicação na etapa decisória do *judicium accusationis*, notadamente para amparar eventual pronúncia. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.740.921, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 19.11.2018. Esse último entendimento parece ter tido ressonância na Suprema Corte, como se percebe no STF, ARE 1.067.392, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 26.03.2019, Informativo 935.

[928] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar.-abr., 2007, p. 199.

[929] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 719-720.

E mais, além dos elementos informativos, também as provas colhidas na instrução preliminar não poderiam ser admitidas para valoração pelos jurados. Apesar de constituídas mediante o contraditório, não contaram com a participação do órgão competente.[930]

A adoção desse entendimento evidentemente reforçaria a oralidade em plenário. Todavia, na forma em que se encontra redigido, o artigo 473, § 3°, não permite tal conclusão.

Inicialmente, oportuno lembrar que, independentemente da interpretação conferida ao artigo 473, § 3°, a vedação quanto aos elementos informativos não abrange a prova pré-constituída, mas apenas a prova constituenda, pois apenas nesta exige-se que seja formada em "contraditório judicial".

Por sua vez, o Projeto 4.203/2001, do qual originou a Lei 11.689/08, previa em seu artigo 421 a exclusão desses elementos dos autos. Ocorre que na tramitação do projeto a redação foi alterada, optando-se pela manutenção nos autos, mas restringindo a leitura somente às provas por carta precatória, cautelares, antecipadas e não repetíveis. Sintomática a atitude do legislador, que não pretendeu excluí-los do conhecimento dos jurados, mas limitar o que poderia ser objeto de requerimento de leitura pelas partes.

Semanticamente, o artigo 473, § 3° refere que as partes podem requerer a leitura, feita pelo escrivão (ou outro servidor incumbido pelo juiz), o que não se confunde com os elementos e peças que podem ser lidas pelas partes por conta própria ou fazer referência durante o período de debates.

No mais, os autos do inquérito policial e as peças do juízo da acusação continuam nos autos, cujo acesso integral é assegurado aos jurados (artigo 480, § 3°). É contraditório impedir que as partes façam referências durante os debates a esses elementos e ao mesmo tempo dar amplo acesso aos autos ao Conselho de Sentença.

Quanto aos atos probatórios produzidos judicialmente durante a instrução preliminar, a vedação é ainda mais difícil, pois além dos óbices já citados, a prova terá sido obtida mediante o contraditório.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o procedimento do júri representa um sistema processual do tipo misto, mas com instrução contraditória. Assim, é possível a incorporação das provas produzidas durante a instrução judicial, todas submetidas a contraditório na primeira etapa do procedimento. Nestes casos, o órgão julgador "nem sempre usufrui do

[930] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 720.

contato direto com as provas, formando seu convencimento na base de elementos probatórios de cuja produção não participou."[931]

Se pela redação anterior era permitida a leitura de quaisquer peças e isso não se confundia com a incorporação por leitura e nem legitimava a admissão de escritos via "oralização", não se pode concluir que a redação atual, apenas limitando as hipóteses de leitura, determine a inadmissibilidade destes elementos.

Ao que tudo indica, a intenção do legislador foi evitar os abusos outrora cometidos, quando era possível à parte requerer a leitura integral ou de várias peças do processo sem qualquer justificativa plausível.

Ainda que desprestigie a oralidade, a interpretação plausível é a de que as peças cujas leituras podem ser requeridas pelas partes se limitam às provas colhidas por carta precatória, provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis. Todavia, a solicitação desta diligência não se confunde com a possibilidade de, por si mesma, a parte apresentar (lendo, inclusive) quaisquer elementos aos jurados, incluindo aqueles obtidos no inquérito policial e que não sejam provas colhidas por precatória, cautelares, antecipadas ou não repetíveis.[932]

Apesar de ser possível vislumbrar certa semelhança na leitura de penas com o instituto da incorporação por leitura de documentos na sessão de julgamento para "oralizá-los" e assim torná-los passíveis de valoração, o direito processual penal brasileiro não absorveu tal característica com a finalidade de admitir provas na sessão. Isto significa que o independentemente da leitura pelo escrivão, o material pode ser apresentado pelas partes aos jurados.

Na verdade, a leitura de peças busca oferecer ao jurado o conhecimento antecipado das provas produzidas antes do início dos debates, sem correlação entre o que pode ser lido com base no artigo 473, § 3°, e o que pode ser apresentado pelas partes como provas durante as alegações orais.

Em suma, o artigo 473, § 3°, é uma disposição teleologicamente voltada em informar o jurado e não em admitir ou restringir elementos de prova, seja a partir de uma interpretação literal (o artigo não veda a apresentação pelas partes, mas apenas a leitura pelo escrivão em momento próprio), seja histórica (a redação anterior nunca impediu a leitura pelas partes), seja sistêmica (de qualquer modo os jurados terão acesso integral aos autos e

---

[931] GRINOVER, Ada Pellegrini. A instrução processual em Ibero-América. *In*: **O processo**. Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 324-325; 329.

[932] Nesse sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. São Paulo: Método, 2008, p. 93; NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 839; GOULART, Fábio Rodrigues. **Tribunal do júri**. Aspectos críticos relacionados à prova. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18 do adendo à 1ª edição.

por consequência ao inquérito policial e atos da instrução preliminar sendo ilógico autorizar tal acesso e ao mesmo tempo vedar que a partes façam referências durante os debates).

Ainda que o artigo 155 do CPP estabeleça taxativamente o que é passível de valoração sob o prisma do convencimento do julgador e a forma como isso ocorre ("não exclusivamente"), os jurados invariavelmente dependerão das partes para serem informados dos elementos de prova e das respectivas teses.

Nessa toada, poderão decidir contrariamente ao artigo 155 considerando exclusivamente os elementos informativos da investigação preliminar mesmo que não sejam provas cautelares, antecipadas e não repetíveis.

E sem o filtro da motivação exigida das decisões judiciais, será impossível demonstrar o que efetivamente foi considerado na formação do convencimento do Conselho de Sentença.

O sistema da íntima convicção do tribunal do júri impõe a um só tempo alteração legislativa do artigo 155 e do regime de admissibilidade dos elementos de prova no *judicium causae*, excluindo os elementos informativos amealhados no inquérito policial, salvo em se tratando de provas cautelares, antecipadas e não repetíveis, provas essas que, por sua vez, demandam definição legal para evitar dúvidas.

Portanto, na instrução em plenário, *de lege ferenda*, a legislação deve ser alterada para dispor expressamente sobre quais elementos são produzidos em contraditório e sem imediação dos jurados que possam ser valorados em plenário.

Em complemento, acrescentar-se-ia à fase de preparação do processo para julgamento em plenário um juízo de admissibilidade prévio e específico das provas cautelares, antecipada e não repetíveis com aptidão de serem apresentadas aos jurados.

Assim, na manifestação da fase do artigo 422, as partes solicitariam a admissão desses elementos, o que seria objeto de exame pelo juiz preparador. Em caso positivo, as partes poderão fazer referência a estas provas durante os debates.

Trata-se de proposta semelhante ao auto de abertura do julgamento oral (*auto de apertura del juicio oral*) previsto no artigo 247 do Código de Processo Penal da Nação Argentina (CPPN). O diploma prevê uma fase intermediária, depois da investigação preliminar, mas antes do *juicio oral*, destinada ao controle da acusação e admissibilidade da prova a ser produzida no juízo oral.[933]

[933] Segundo Leonel González Postigo e Tobías José Podestá, "Na referida peça [auto de abertura], deverá consignar uma série de dados, a saber: a. o órgão jurisdicional competente para intervir no juízo oral; b. a acusação admitida; c. os fatos que se dizem por verdadeiros em razão das convenções probatórias; d. a decisão sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova oferecida para o debate e o juízo da pena, com o fundamento; e. os fundamentos pelos quais se rechaça, total ou

Quanto à leitura de peças, estas podem permanecer restritas àquelas referidas no artigo 473, § 3°, evitando eventuais abusos vistos anteriormente.

Estas medidas não burocratizariam a preparação do julgamento e contribuiriam a garantir a oralidade no tribunal do júri, além de facilitar a compreensão do material probatório validamente apto a formar a convicção dos jurados.

O segundo ponto diz respeito à esfera procedimental. A estrutura bifásica do procedimento dos crimes dolosos contra a vida tende a desestimular a produção de prova pessoal em plenário.

A hipertrofia conferida à instrução preliminar, em tese destinada ao juízo de admissibilidade da acusação, mas cujo espectro probatório é amplo e praticamente idêntico ao do procedimento ordinário, gera uma inclinação natural de aproveitamento em plenário dos atos de prova pessoal anteriormente produzidos. Em outras palavras, não raro e em detrimento da oralidade, as partes deixam de arrolar ou desistem de testemunhas que poderiam ser ouvidas perante os jurados.

Outro fator correlato diz respeito ao fato de que as testemunhas podem ser ouvidas por até três vezes ao longo da persecução penal (uma vez na investigação e duas em juízo), circunstância essa que dificulta o comparecimento espontâneo e a localização em caso de mudança de domicílio.

Nesse sentido é a reflexão de Fábio Rodrigues Goulart:

> Se verdadeira é a assertiva de que o procedimento relativo ao júri, tal como previsto em lei, permite a realização de cognição *exauriente* pelo órgão julgador, a repetição, em sessão plenária, de atos instrutórios já produzidos na fase do sumário da culpa não constitui fator de estímulo, em virtude não só do desgaste natural próprio de tornar a fazer o que já foi feito (mais de uma vez, se considerados os atos realizados em sede de investigações), mas em razão do risco de a testemunha ou vítima, à vista do tempo decorrido, não mais se lembrar de fatos importantes relativos à causa, o que, em dadas situações, põe em dúvida a credibilidade de determinado depoimento.[934]

José Frederico Marques igualmente critica a prática de leitura de depoimentos em plenário em substituição às oitivas de testemunhas.

> O Júri, portanto, sem oralidade plena, perde muito de seus traços característicos de tribunal popular. [...] O juízo oral é o que tem o Júri de mais consubstancial e típico.

---

parcialmente, a oposição da abertura do juízo; f. a decisão acerca da legitimação do querelante para habilitar a abertura do juízo ou para intervir nele e, em caso de pluralidade de querelantes, a ordem de unificar a personalidade, se for procedente; g. quando o acusado suportar uma medida de coerção, a decisão acerca da manutenção da medida ou sua substituição; h. em seu caso, a indicação de como tem sido trabalhada a *litis* na demanda civil e sua contestação (artigo 247)" (GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; JOSÉ PODESTÁ, Tobías. A oralidade no novo código de processo penal da nação Argentina. Tradução de Caíque Ribeiro Galícia e Vinícius Diniz Monteiro de Barros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, set.-dez. 2017, p. 861).

[934] GOULART, Fábio Rodrigues. **Tribunal do júri**. Aspectos críticos relacionados à prova. São Paulo: Atlas, 2008, p. 68.

> Um julgamento perante esse tribunal, com a leitura de depoimentos e peças escritas do *judicium accusationis*, não passa de um arremedo do Júri.[935]

No mesmo sentido, Pedro Henrique Demercian critica a tendência das partes em desistir das oitivas de testemunhas em plenário sob o argumento de o depoente prestar depoimento diverso e imprevisível, razão pela qual se valem dos depoimentos da fase do sumário da culpa e até mesmo do inquérito policial.[936]

Para evitar esse desvirtuamento, sugere-se a simplificação da instrução preliminar do procedimento dos crimes contra a vida, limitando-se a cognição probatória nessa fase ou estabelecendo rito mais abreviado.

Dentre outras medidas, aventa-se a redução da fase do juízo de admissibilidade como fator de estímulo à produção da prova em plenário. Assim, oferecida a denúncia, citado o acusado e apresentada a resposta à acusação, o juiz verificaria se a imputação é aceitável com base nos elementos informativos e então proferiria a decisão respectiva (pronúncia etc.). A inquirição de testemunhas e eventuais diligências seriam cabíveis a critério do juiz somente em casos imprescindíveis para formar o juízo de admissibilidade da acusação.[937]

Não se ignora que nessa proposta o juízo de admissibilidade possa ser realizado exclusivamente com base em elementos informativos. Todavia, sistemicamente, é mais importante que a sentença de mérito seja calcada em provas, isto é, elementos produzidos em contraditório e com imediação do juiz da causa, do que a decisão de admissibilidade da acusação perante o tribunal do júri. Esta pode ter os parâmetros cognitivos flexibilizados dentro de certas circunstâncias, enquanto a decisão de mérito sempre exigirá um juízo de certeza.

Outra solução possível seria instituir a apresentação imediata em juízo do autuado e testemunhas conforme previsto no artigo 69 da Lei 9.099/95, ou ainda, no dia seguinte, à semelhança das audiências de custódia (Resolução 213/15 do CNJ), principalmente em situações de flagrante.

A "sumarização" da instrução preliminar não atenta contra o processo oral, pois busca justamente assegurar a oralidade na fase de julgamento propriamente dito. Evidente que a simplificação do *judicium accusationis* ora proposta deve ser conjugada com a exclusão dos elementos informativos, salvo provas cautelares, antecipadas e não repetíveis, sob pena de manutenção da disfuncionalidade.

---

[935] MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 84, destaques originais.
[936] DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 70.
[937] Trata-se da sugestão de GOULART, Fábio Rodrigues. **Tribunal do júri**. Aspectos críticos relacionados à prova. São Paulo: Atlas, 2008, p. 133.

5.4 O procedimento sumaríssimo (Lei n. 9.099/1995)

Mais de uma década antes das inovações trazidas pela reforma do CPP de 2008, a Lei 9.099/95 veio concretizar o artigo 98, I, da CF/88. Ao preconizar o "procedimento oral e sumaríssimo", entendendo indispensável a oralidade nos julgamentos das infrações de menor potencial ofensivo, o preceito constitucional impôs o modelo oral de processo nesses casos.

A Lei 9.099/95 foi responsável por criar um novo paradigma na resolução dos casos penais, introduzindo importantes institutos despenalizadores, em especial, a composição civil (artigo 74), a transação penal (artigo 76) e a suspensão do processo (artigo 89). A relação com a oralidade é patente na medida em que a apresentação, discussão e aceitação desses acordos ocorre em audiência e, naturalmente, sob a forma oral.

Porém, é no âmbito do procedimento, nomeado sumaríssimo em conformidade com o artigo 98, I, da CF/88, que a oralidade, consignada inclusive como princípio informador da lei (artigo 2°), manifesta-se com maior vigor. Por essa razão, não por acaso, o Juizado Especial (Cível e Criminal) é o último reduto da oralidade,[938]ou ainda, autêntica expressão do processo oral.[939]

São decorrências da oralidade no procedimento sumaríssimo: a) substituição do inquérito policial por termo circunstanciado (artigo 69); b) documentação por escrito apenas dos atos essenciais, com possibilidade de gravação em fita magnética ou equivalente dos atos praticados em audiência (artigo 65, § 3°); c) denúncia oral, salvo necessidade de diligências imprescindíveis (artigo 77, § 3°); d) defesa oral antes do recebimento da denúncia apresentada oralmente e em audiência (artigo 81); e) recebimento (ou rejeição) da denúncia em audiência e de forma oral (artigo 81); f) produção da prova pessoal, debates e sentença na forma oral e em audiência única (artigo 81, § 1°); g) dispensa do relatório da sentença (artigo 81, § 2°); h) oposição de embargos de declaração oralmente (artigo 83, § 1°).

É necessário registrar por escrito os atos ocorridos em audiência, contendo breve resumo dos fatos relevantes (artigo 81, § 2°, da Lei 9.099/95).

Não sendo utilizada gravação em fita magnética ou registro em audiovisual, é necessário reduzir a prova oral a escrito, pois se trata de ato essencial (artigo 65, § 3°, da Lei 9.099/95).[940]

---

[938] BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203.
[939] DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 67-68.
[940] No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, o artigo 36 da Lei 9.099/95 dispõe diversamente e determina: "A prova oral não será reduzida a escrito, devendo a sentença referir, no essencial, os informes trazidos nos depoimentos."

Quanto à necessidade de transcrição da gravação da fita magnética em caso de requerimento das partes (artigo 82, § 3º, da Lei 9.099/95), se os depoimentos forem registrados por meio audiovisual, dispensa-se a transcrição ou degravação, nos termos do artigo 405, § 2°, do CPP. Justifica-se o afastamento da norma da Lei 9.099/95, pois a regra prevista no CPP reforça a oralidade e atende melhor aos reclamos do artigo 98, I, da CF/88.

A despeito de ter representado um passo adiante no tocante à implantação do processo oral, a Lei 9.099/95 se ressentiu de norma expressa sobre a identidade física do juiz.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes, a identidade física não era obrigatória, mas resultava da própria técnica da lei,[941] ou seja, da concentração dos atos.

Já Alexandre Freitas Câmara entendia pela identidade física nos Juizados Especiais, pois havia dispositivo expresso enunciando a oralidade como princípio informador, pelo fato de o relatório da sentença não ser obrigatório, e ainda, em razão da sentença dever ser proferida em audiência una:

> Só se pode conceber que um sistema processual exija a apresentação de relatório na sentença, obrigando o juiz a examinar os autos antes de decidir, se tal sistema não alberga o princípio da identidade física do juiz, sendo certo que, ali, a maior parte das sentenças será proferida por juízes que não acompanharam os processos desde seu nascedouro. Dito isto [...], não há razão para obrigar o magistrado a demonstrar que conhece o conteúdo de atos antecedentes que foram praticados diante de seus olhos e sob sua presidência.[942]

Contudo, na prática forense, prevaleceu a orientação que, assim como ocorria no CPP, não havia identidade física do juiz, situação somente revertida com a introdução expressa no artigo 399, § 2°, do CPP na redação da Lei 11.719/08, quando, então, a identidade física passou a ser estendida ao procedimento sumaríssimo.

Como opção política, o modelo oral de processo pode ou não ser adotado pelo legislador nos procedimentos penais em geral. Contudo, nos Juizados Especiais Criminais, a Constituição Federal de 1988 foi expressa ao eleger a oralidade em sentido amplo como paradigma e, assim o fazendo, trouxe como consequência natural os elementos que a compõem, dentre os quais a identidade física.

---

[941] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p.158.

[942] CÂMARA, Alexandre Freitas. A oralidade e o processo civil. Estado atual da questão. *In*: **Escritos de direito processual**. Terceira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 69. Na verdade, a visão do autor para a identidade física nos Juizados Especiais é ainda mais rigorosa, pois entende que, mesmo na época em que vigia o artigo 132 do CPC-73, as exceções previstas (promoção, convocação, afastamento e gozo de licença) não se aplicavam no sistema dos Juizados Especiais. Apenas na hipótese de o juiz deixar o exercício da magistratura (aposentadoria) é que poderia se falar em desvinculação (p. 69).

Logo, na regulamentação do procedimento oral previsto no artigo 98, I, da CF/88, a identidade física deve ser observada pelo legislador ordinário, assim como os outros consectários do modelo oral, sob pena de inconstitucionalidade.

Mesmo na ausência de norma legal específica sobre a vinculação do juiz que teve contato direto com as provas pessoais para o julgamento da causa, há que se observar a identidade física por força da instituição constitucional do processo oral.[943]

Por fim, a previsão de recorribilidade da Lei 9.099/95 é mais próxima do modelo oral, pois ao contrário do ocorrido no CPP, não há rol expresso de decisões interlocutórias impugnáveis, mas apenas recurso de apelação e embargos de declaração, ambos contra sentença de mérito.

Sem prejuízo, se presentes os requisitos, são viáveis *habeas corpus* e o mandado de segurança contra interlocutórias, o mesmo ocorrendo para a correição parcial e a reclamação.

Excepcionalmente, admite-se a interposição de recurso em sentido estrito para casos nos quais eventual imposição de irrecorribilidade absoluta afetaria o próprio processo legal, como por exemplo, as decisões extintivas da punibilidade (artigo 581, VIII) ou que declaram a incompetência (artigo 581, II).[944]

5.5 A oralidade e o segundo grau de jurisdição no direito brasileiro

5.5.1 Aspectos procedimentais

Em linhas gerais (artigos 610 a 613 do CPP), o procedimento em segundo grau do recurso de apelação ordinária (crimes apenados com reclusão) é o seguinte: a) distribuição; b) parecer do Ministério Público; c) vista ao relator, no prazo de dez dias; d) vista ao revisor, no prazo de dez dias; e) designação de data para julgamento.

No recurso de apelação sumária (crimes apenados com detenção), o procedimento é semelhante, havendo variação apenas no prazo reduzido e na ausência de revisor: a) distribuição; b) parecer do Ministério Público; c) vista ao relator, no prazo de cinco dias; d) designação de data para julgamento.

---

[943] Evidentemente que a ausência de norma legal pode gerar inúmeros transtornos à aplicabilidade da identidade física, principalmente por não prever as respectivas exceções. Todavia, essa dificuldade não justifica o abandono do modelo oral de processo reconhecido pela CF/88.

[944] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 182.

Na sessão de julgamento, o relator lê o relatório; o Ministério Público e o defensor do acusado têm o direito de sustentação oral. Em seguida, o relator profere seu voto oralmente. Os demais integrantes também votam oralmente, mas podem pedir vista, ocasião em que o julgamento ficará suspenso até a próxima sessão e será retomado do ponto em que parou. Durante os debates, é possível haver discussão e troca de argumentos entre os integrantes do órgão julgador, o que pode ser considerado uma manifestação da oralidade.[945]

Todavia, conforme pontua Oreste Nestor de Souza Laspro, esses debates "estão distantes de um sistema em que os votos dos julgadores nascem da discussão das questões, mas sim resumem-se a uma simples leitura de votos anteriormente preparados".[946]

Não se ignora, ainda, que atualmente, a necessidade de se imprimir celeridade aos julgamentos, conjugada com o crescente volume de recursos e ações impugnativas autônomas (*habeas corpus* etc.), torna essa prática incomum.[947]

Na realidade, além dessas circunstâncias externas, há um déficit geral – e não recente – de cultura oral nos tribunais. Francisco Morato já havia notado o fato ao comentar sobre o antigo sistema das tenções, que apesar de substituído pela discussão pública, manteve seu espírito nos julgamentos em segundo grau:

> Prevaleceu entre nós até 1828 o systema deste julgamento nas Relações, no qual cada desembargador examinava o feito, escrevia seu voto em papel apartado e passava os autos ao seu imediato e assim de conseguinte até que, completa a revisão, collavam-se aos autos taes papeis que se denominavam **tenções** e de acordo com a maioria dos votos escriptos lavrava-se a sentença. A lei de 18 de setembro de 1828 acabou com o systema das **tenções**, passando os feitos a ser despachados em **conferencia** e **discussão publica**. Aboliram-se as **tenções**, mas de facto o que temos é o julgamento no seu systema, pois nos Tribunaes de Appelação os magistrados de ordinário não emitem seus votos em debates, trazem-nos escriptos para leitura em mesa; o que tudo torna ocioso o aparato de reuniões das Camaras e ainda mais gravoso o costume das **tenções**. Ocioso o aparato, porque bastaria que os desembargadores enviassem á mesa seus votos; mais gravoso o costume, porque nas **tenções** antigas os desembargadores enunciavam seus votos lendo os dos colegas e nas actuaes lavra cada qual o seu, separadamente.[948]

---

[945] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 250. Em comparação ao tribunal do júri, exemplo este de julgamento tradicionalmente oral, no Brasil não se permite debates entre os membros do conselho de sentença. Inclusive, se houver discussão entre os jurados sobre o caso, o conselho deve ser dissolvido por quebra da incomunicabilidade (artigo 466, § 1°, do CPP).

[946] LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 133.

[947] O chamado julgamento virtual é outro instrumento que restringe o debate entre os julgadores. Iniciado com o Supremo Tribunal Federal pela Resolução 587/16, mas atualmente já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e outros tribunais estaduais e federais, o funcionamento ocorre pelo acesso dos membros do colegiado a um ambiente eletrônico e sessões virtuais. Em resumo, o relator insere a ementa, relatório e voto no ambiente virtual e os demais tem determinado prazo para se pronunciar, podendo acompanhar o voto com ou sem ressalvas de entendimento, divergir ou acompanhar a divergência, declarando voto nos dois últimos casos. Não havendo manifestação, considerar-se-á que acompanhou o relator o ministro que não se pronunciar. A depender da regulamentação dada pela corte, existem limitações dos recursos em que o julgamento virtual pode ocorrer, resguardando-se ainda o direito das partes se oporem a esse método de julgamento e mesmo manifestações dos julgadores no sentido de remessa para a sessão presencial.

[948] MORATO, Francisco. A oralidade. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 9, destaques originais.

Em alguns casos, todavia, a predisposição para a escrita pode ceder. Em julgamentos pelo plenário dos tribunais (ou a respectiva corte especial), em cenários nos quais votos divergentes ensejem novos recursos (embargos infringentes, embargos de divergência etc.), a inclinação para o debate pode despertar.

Nos casos midiáticos ou que ostentem alguma particularidade, em especial quando televisionados, igualmente há aumento na tendência de debates entre julgadores.[949]

Outro instrumento propiciador da oralidade nos tribunais é a sustentação oral. No Código de Processo Penal, a sustentação oral está prevista nos artigos 610, parágrafo único, e 613, III, do CPP.

Segundo Sandro Gilbert,

> Em outras palavras, por meio da sustentação oral, a parte visa tentar convencer os juízes integrantes do colegiado, especialmente os vogais, do acerto de sua tese quanto à veracidade de suas alegações e, com isso, influir positivamente no julgamento da causa; senão, ao menos, obter um melhor reexame do caso, mediante pedido de vista por um dos integrantes da corte.[950]

A sustentação oral se funda no direito de audiência em sentido amplo e, a despeito de os fundamentos invocados constarem das razões recursais, constitui importante fonte de informações aos julgadores, pois a imediação atua tanto na recepção das provas como no contato e comunicação dos sujeitos processuais entre si.

Trata-se de uma forma de fornecer conhecimento do objeto do recurso diretamente aos integrantes do órgão julgador, pois apenas parte do colegiado tem acesso aos autos, que são enviados ao relator e por vezes, o revisor.[951]

Ainda que mitigada, observa-se a presença de um coeficiente de oralidade, pois há um embate argumentativo entre as partes no plano oral o qual o órgão julgador tem acesso

---

[949] Em especial, a situação pode ser observada em alguns julgamentos recentes, dentre os quais o caso "Mensalão" (STF, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.04.2013).

[950] MARTINS, Sandro Gilbert. Sustentação oral. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 11. São Paulo: RT, 2007, p. 412. Ainda sobre a função da sustentação oral, segundo José Rogério Cruz e Tucci, sempre que possível, a sustentação deve ser sintética e objetiva, abordando o teor da decisão recorrida e os fundamentos do recurso que visam alterar a decisão, detendo-se nas questões determinantes do processo, sob pena de banalização e de pouca utilidade do instrumento processual (TUCCI, José Rogério Cruz e. **Quando é oportuna a sustentação oral perante os tribunais**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/paradoxo-corte-quando-oportuna-sustentacao-oral-tribunais. Acesso em: 21 fev. 2018, destaques originais). Por seu turno, Elias Farah adverte que o advogado deve atuar com capacidade de concentração na oratória de modo que a manifestação oral siga uma concisão lógica, eloquente e convincente (FARAH, Elias. A oratória forense: reflexões sobre alguns aspectos práticos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 11, n. 22, p. 50-71, jul.-dez., 2008, p. 63).

[951] MARTINS, Sandro Gilbert. Sustentação oral. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v.11. São Paulo: RT, 2007, p. 412; PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006, p. 131.

direto. Da mesma forma, mesmo que não simultâneo, os argumentos trazidos pelas partes são confrontados pelos julgadores quando da prolação dos votos.[952]

Quanto aos demais integrantes, o julgamento se baseia naquilo que ouvem e eventualmente é debatido entre os demais julgadores.[953]

Por essa razão, Rogério Schietti Machado Cruz e Suzana de Toledo Barros sustentam que no âmbito da Lei 9.099/95, para maior aproveitamento da oralidade no julgamento perante as Turmas Recursais, a manifestação do Ministério Público deveria ser proferida oralmente durante a sessão e não por escrito. Essa providência faria com que os demais julgadores – e não apenas o relator – tivessem contato com o teor do parecer ministerial, o que não ocorre se elaborado por escrito.[954]

Questões de ordem pública e nulidades absolutas, ainda que não alegadas nas razões do recurso, podem ser conhecidas pelo tribunal *ad quem* via sustentação oral.[955]

Em essência, a sustentação oral configura renovar os debates, agora perante outro órgão julgador e tendo por objeto as provas produzidas em primeiro grau a própria decisão emanada pelo órgão *a quo*.

Trata-se de faculdade da parte e não precisa ser efetivamente exercida. Ademais, tem caráter relativo, pois em alguns casos pode sofrer limitação por regimentos internos quanto ao cabimento,[956] sem prejuízo de restrições funcionais.[957] A manifestação é individual

---

[952] BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A oralidade no processo civil brasileiro (relatório nacional). *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil**. Novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 425.

[953] Em julgado de agosto de 2018, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça entendeu que caso algum ministro tenha perdido o início do julgamento no qual ocorrera sustentações orais, ele não poderia participar de sua continuação (STJ, EREsp 1.447.624, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 30.10.2018). A tese se fundou na violação do juiz natural e não na surpresa no julgamento. Não obstante, percebe-se claramente que a questão envolve, sem prejuízo de outros princípios, a não observância da imediação, pois ao não ter presenciado as sustentações orais, o ministro que não estava presente deixou de ter contato (oral) com as alegações das partes e ficou alheio a esse conteúdo. Em consonância com esse julgado, o STJ alterou o artigo 162 de seu Regimento Interno para disciplinar a participação no julgamento do ministro que não assistiu às sustentações orais, dispondo que fica impossibilitado de atuar no julgamento. Todavia, previu-se a possibilidade de renovação da sustentação oral para viabilizar a participação de ministro que não tenha acompanhado a defesa oral, quando isso for necessário, por exemplo, para formar quórum, para desempatar ou julgar recurso repetitivo.

[954] CRUZ, Rogerio Schietti Machado; BARROS, Suzana de Toledo. A oralidade nas turmas recursais. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 8, n. 89, p. 7, abr. 2000. Os autores ressalvam que não obstante tal providência, deveria ser aberta prévia vista pessoal dos autos ao Ministério Público, mas que seria usada "para exame da regularidade formal da impugnação e viabilidade legal de seu seguimento". Por outro lado, em se tratando de matéria complexa ou vislumbrado algum incidente processual, a manifestação seria lançada por escrito, sem prejuízo da sustentação oral durante o julgamento. De todo modo, quando da abertura de vista dos autos, a data da sessão já estaria designada (CRUZ, Rogerio Schietti Machado; BARROS, Suzana de Toledo. A oralidade nas turmas recursais. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 8, n. 89, p. 7, abr. 2000).

[955] Como se verifica de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de sustentação oral, um dos recorrentes invocou ofensa à identidade física do juiz e consequente nulidade. Tal preliminar não havia sido referida nas razões recursais. O processo foi retirado de pauta em virtude dessa alegação e quando do julgamento foi apreciada tal alegação (TJSP, Apelação 0037145-17.2000.8.26.0576 (número antigo 990.09.262159-9), Rel. Des. José Orestes de Souza Nery, Comarca de São José do Rio Preto, j. 09.12.2010).

[956] Como exemplo, o artigo 131, § 2°, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal veda sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. Muito embora o CPC-15 tenha facultado a sustentação oral em sede de agravo interno em reclamação, mandado de segurança e ação rescisória (artigo 937, § 3º), mitigando a regra do artigo 131, § 2º, do RISTF, a norma do CPC-15 não abrange os recursos manejados em *habeas*

e a parte contrária não pode intervir durante a sustentação oral da outra, não havendo previsão de apartes. Tem lugar com o início do julgamento e após a leitura do relatório pelo relator, mas antes da emissão do voto. Desde que regularmente inscrito, o interessado se manifesta oralmente perante os integrantes do órgão julgador.[958] Depois desse momento, não se admite intervenções das partes na leitura dos votos ou durante eventuais debates entre os julgadores.

O artigo 7°, IX, da Lei 8.906/94 previa a sustentação oral "após o voto do relator", mas foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que "a sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes."[959]

Não obstante, é viável levantar questões de ordem durante o julgamento com base no artigo 7°, X, da Lei 8.906/94, situação que não se confunde com a sustentação oral, pois diferente no momento em que é apresentada e no conteúdo. A questão de ordem deve ser dirigida ao presidente e pode ocorrer, em tese, em qualquer momento.[960]

Não se trata, contudo, de permissão para interromper o julgamento a qualquer momento ou se admitir debate entre as partes e os julgadores, mas apenas o esclarecimento pontual de questões de fato que não ficaram bem compreendidas. Nesse caso, pode ser admitido que a parte contrária se manifeste brevemente em prol do contraditório.[961]

Em caso de pedido de vista do revisor ou terceiro juiz, quando da retomada do reexame, não há possibilidade de renovação da sustentação oral, que se reputa acabada tal

---

corpus. Nesse sentido, o STF já reconheceu por diversas vezes a constitucionalidade da vedação regimental em relação a *habeas corpus*, mesmo depois do CPC-15: STF, RHC 156.511 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 23.04.2019. Não obstante, há precedente da Segunda Turma do STF admitindo a sustentação oral em agravo interno em *habeas corpus* com base no artigo 937, § 3°, do CPC-15: STF, HC 152.676, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.04.2019.

957 Alguns regimentos internos vedam expressamente a leitura durante a sustentação oral, como é o caso do artigo 476 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo (artigo 476. "Na sustentação oral é permitida a consulta a notas e apontamentos, sendo vedada a leitura de memoriais"). Registre-se ainda o teor do artigo 464, § 4º, do mesmo ato normativo (artigo 464, § 4°. "O presidente da sessão coibirá incontinências de linguagem e, após advertência, poderá cassar a palavra de quem estiver proferindo a sustentação; ressalvada essa hipótese, não se admitirão apartes nem interrupções nas sustentações orais").

958 Alguns tribunais têm admitido a realização de sustentação oral por videoconferência, como faz o Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sua Resolução 62/07.

959 STF, ADIn 1105-7, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 02.06.2010.

960 MARTINS, Sandro Gilbert. Sustentação oral. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 11. São Paulo: RT, 2007, p. 421-422.

961 Nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A oralidade no processo civil brasileiro (relatório nacional). *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil**. Novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 425. Na jurisprudência, tem-se entendido que, em que pese o teor do artigo 7°, X, da Lei 8.906/94, "não há previsão legal específica que autorize o uso da palavra após a prolação do voto pelo Relator, de modo a instalar uma espécie de contraditório à viva voz acerca do conteúdo da decisão judicial" (STJ, EDcl no REsp 1.643.012, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 08.06.2018).

como realizada na primeira sessão, prosseguindo-se exatamente de onde o julgamento havia parado.[962]

Em virtude da discussão que suscita, a sustentação oral viabiliza em certa medida a oralidade durante o procedimento de julgamento de recursos e ações impugnativas em segundo grau de jurisdição ou cortes superiores.

De todo modo, em comparação aos países de forte tradição oral, há uma percepção reduzida de oralidade. Referindo-se ao procedimento inglês, John Anthony Jolowicz explica que muito embora as apelações para a *Court of Appeal* ou para a *House of Lords* não permitam as (re)oitivas de testemunhas que já prestaram depoimentos, o *hearing of the appeal* muito prestigia a oralidade em segundo grau. O caso é apresentado pelos advogados oralmente e o tempo destinado para sustentação oral é ilimitado, podendo durar vários dias. Além disso, estabelece-se um verdadeiro diálogo entre os advogados e os juízes e a conclusão é obtida somente ao final.[963]

Relevante mencionar, assim como no primeiro grau de jurisdição, a importância da documentação dos atos orais praticados durante a sessão, que vai além da mera consignação formal do resultado do julgamento.

Essa preocupação tem como justificativa o teor do debate entre os julgadores ou a explicação adicional prestada de imediato por algum deles sobre os fundamentos apresentados. Parte dessa argumentação pode ficar de fora dos votos escritos, principalmente aqueles que não são declarados (votos dos vogais).[964]

Mas não é só. A documentação igualmente importa quanto aos incidentes que tiveram lugar na sessão, argumentos apresentados em sustentações orais e quaisquer outras manifestações orais, tudo evidentemente resumido.

O emprego da taquigrafia supre esta necessidade, mas não está disponível para todos os tribunais. Por outro lado, em curto ou médio prazo, a gravação em audiovisual poderá ser uma alternativa razoável.

---

[962] Há exceções, como se percebe da alteração do artigo 162 do Regimento Interno do STJ, que prevê a renovação da sustentação oral para viabilizar a participação de ministro que não tenha acompanhado a defesa oral, quando isso for necessário para formar quórum, para desempatar ou julgar recurso repetitivo.

[963] JOLOWICZ, John Anthony. Orality and inmediacy in english civil procedure. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. México, n. 24, ano VIII, p. 595-608, septiembre-diciembre 1975, p. 606-607.

[964] BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 305.

5.5.2 A imediação e o julgamento do recurso de apelação

No plano ideal, o modelo recursal mais condizente com o processo oral é o de cassação, isto é, aquele em que os recursos são limitados a questões formais (*error in procedendo*) ou aspectos jurídicos, excluindo a matéria fática, salvo eventual admissão de produção de prova em segundo grau de jurisdição.

No modelo brasileiro, o recurso cabível contra sentenças absolutórias ou condenatórias é a apelação. A devolutividade é ampla, abrangendo o *error in procedendo* e o *error in judicando*, assim como matéria de fato e de direito. Por sua vez, a legitimidade recursal é concorrente. Tanto o acusado quanto o órgão acusador podem recorrer de forma paritária e, em alguns casos, até o assistente da acusação.

O modelo recursal adotado é a *revisio prioris instantiae*, ou seja, um juízo sobre o juízo realizado em primeira instância, no qual o tribunal *ad quem* pode reformar no todo ou em parte a sentença recorrida com base nos elementos escritos.

Não é necessário existir atividade probatória em sede recursal nem é assegurado às partes o direito de produzir provas perante o órgão *ad quem* para a decisão recorrida eventualmente ser modificada. Prescinde-se, assim, de imediação do órgão revisor com as provas produzidas para alterar o *decisum*, em favor do acusado ou do órgão acusador.

Portanto, o sistema recursal penal brasileiro não é totalmente compatível com o modelo oral de processo, pois admite a (re)valoração da prova pessoal referente à matéria fática produzida em primeiro grau, onde houve imediação, por órgão que não teve contato direto e pessoal com estes elementos probatórios.

A lei nada menciona sobre eventuais consequências quanto à (falta de) imediação nos julgamentos em segundo grau, no que se concluiu não interferir na análise dos recursos.

Por essa razão diz-se que no Código de Processo Penal a oralidade vige apenas no procedimento de primeiro grau, enquanto em segundo grau é predominantemente escrito.[965]

Apesar de entender que o processo oral não se coaduna com a devolução ampla do duplo grau de jurisdição, Pedro Henrique Demercian descarta a opção de reabertura da instrução em segunda instância, pois implicaria em injustificável demora, sugerindo a

[965] Nesse sentido: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 159; GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 194. Todavia, há que se reconhecer que, mais importante do que a pretensão de se instituir um modelo recursal inteiramente compatível com a imediação, no momento atual é mais profícuo o debate sobre a adequada implementação do processo oral em primeiro grau de jurisdição. Ou seja, antes de levar a discussão da oralidade ao segundo grau, onde o direito brasileiro não tem tradição alguma, é necessário fazer o básico em primeira instância, o que ainda não constitui uma realidade.

limitação das hipóteses de recurso (como nos casos de apelação no júri) e a implantação de órgãos colegiados de primeiro grau (sistema clássico ou escabinado).[966]

Nos sistemas que tradicionalmente se pautam por um regime de oralidade inclusive na esfera recursal, o recurso em tese cabível é o de cassação, com devolutividade limitada às questões processuais e à matéria de direito. Não obstante, admite-se o controle do processo lógico que levou o órgão de primeiro grau a concluir por determinado resultado, ou seja, "se o que foi exposto ou fundamentado da valoração da prova seguiu os passos lógicos que normalmente aceitamos como próprios de um pensamento correto."[967]

Há tendência nesses sistemas que os órgãos de primeiro grau sejam colegiados, o que representaria de certa forma uma cautela na apreciação da matéria de fato. Por isso a advertência de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho. Segundo eles, em sistemas como o brasileiro, "em que o juízo de primeiro grau é monocrático, é preferível estender o duplo grau de jurisdição à matéria de fato, como garantia de uma correta valoração dos fatos."[968]

A questão envolvendo o déficit de oralidade na fase recursal deve ser solucionada a partir dos contornos jurídicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição.

Ainda que não tenha sido expressamente afirmado na Constituição de 1988, a previsão de órgãos de primeiro e segundo graus de jurisdição aponta no sentido da existência do duplo grau de jurisdição no direito constitucional positivo brasileiro.[969]

A estipulação de hipóteses de foro por prerrogativa de função para determinadas autoridades não prejudica a afirmação constitucional do duplo grau de jurisdição. Na verdade,

---

[966] DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999, p.108-109. No processo civil, há igual tendência de se restringir o reexame da matéria fática. Nesse sentido: LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 174; CÂMARA, Alexandre Freitas. A oralidade e o processo civil. Estado atual da questão. *In*: **Escritos de direito processual**. Terceira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 70-71.

[967] BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 227.

[968] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 23.

[969] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 21. Já Nelson Nery Junior entende como uma garantia relativa no processo civil e do trabalho, mas absoluta no processo penal (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 288). Na compreensão de Oreste Nestor de Souza Laspro, voltada para o processo civil, o duplo grau de jurisdição não é um dos elementos informadores do devido processo legal e nem é garantido expressamente pela Constituição Federal, razão pela qual pode sofrer restrições pelo legislador ordinário (LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995, p. 177-178). Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal nega reconhecimento constitucional ao duplo grau de jurisdição: AI 513.044 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08.04.2005; RE 356.287, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 07.02.2003; RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002. Contudo, há precedente firmando que a "garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição" (STF, HC 88.420, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 06.06.2007).

os casos de competência originária significam apenas que a Constituição de 1988 admitiu exceções à regra geral, que é o duplo grau de jurisdição.

Em sua vertente tradicional, o duplo grau de jurisdição espelha um modelo recursal que permite a impugnação da decisão de mérito sobre o prisma fático e jurídico (matéria de fato e de direito).[970]

Para o acusado, o duplo grau assume a forma de garantia processual que interage e complementa outros direitos. O direito ao recurso é uma decorrência da ampla defesa[971]e reforça a presunção de inocência submetendo o juízo condenatório a um controle racional intersubjetivo.[972]

Além disso, é também uma garantia convencional (artigo 8.2., alínea "h", da CADH e artigo 14.5 do PIDCP), cuja compreensão abrange questões de fato e de direito.

Segundo Gustavo Badaró, o duplo grau instrumentaliza o direito ao recurso do acusado e "é um direito fundamental, decorrente de posições axiológicas que não podem ser pautadas pela maioria dominante do Poder Legislativo num e noutro momento."[973]

Quanto ao órgão acusador (Ministério Público ou querelante), ainda que com ressalvas, deve ser reconhecida a titularidade. Contudo, a densidade jurídica não é equivalente àquela conferida ao duplo grau visto como garantia processual do acusado, pois para a parte acusadora não há vínculo com a ampla defesa e nem com a presunção de inocência.

No entanto, há outros fundamentos a legitimá-lo. Com efeito, o duplo grau decorre também do regime democrático, pois não se admite a irrecorribilidade absoluta das decisões, notadamente no processo penal, onde deve haver um controle mínimo da justiça das decisões para ambas as partes.

Ademais, embora se reconheça que acusação e réu não estão em posições iguais no processo penal, um modelo recursal vedando absolutamente o recurso de apelação à parte acusadora incidirá em demasiado desequilíbrio.

A diferença é que mesmo sendo um direito constitucional, não necessita possuir a mesma amplitude e densidade jurídica da garantia outorgada ao acusado. Isso significa que, vedada a hipótese de irrecorribilidade absoluta das decisões de mérito (fato e direito), admite-se eventual restrição desse direito à parte acusadora sem afronta à paridade de armas.

---

[970] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 192.
[971] Isso porque o artigo 5°, LV, refere: "aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (destaque nosso).
[972] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 77.
[973] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 73.

Em inúmeros casos, a lei processual autoriza distinções em prol do acusado justamente por força da natural diferença das posições mantidas entre o acusado e o órgão acusador no âmbito do processo, daí a razão, dentre outros, da existência de recursos e de ações exclusivas do imputado.

Assim, seja sob o ângulo da paridade de armas, seja por força do controle das decisões, o duplo grau pode ser assegurado ao órgão acusador por meio de recursos mais restritos que a apelação.

Eventual inconstitucionalidade incidirá somente na hipótese de inexistência de qualquer recurso para a acusação poder questionar a sentença absolutória, pois nesse caso, não haverá paridade mínima, nem mesmo considerando as diferenças inerentes mantidas entre as partes, além de inviabilizar qualquer controle de uma decisão dessa natureza.

Dentre os fundamentos para eventual limitação recursal se inclui a falta de imediação no segundo grau. Mesmo que a imediação seja um princípio infraconstitucional, é viável que venha restringir o órgão de acusação no que toca ao duplo grau, muito embora não tenha força para fazer o mesmo quanto ao acusado.

Inexistindo previsão constitucional da oralidade em sentido amplo para o processo penal em geral, a opção por um ou outro modelo cabe ao legislador ordinário, que pode conferir tratamento igual ao do acusado para o órgão da acusação em relação ao recurso de apelação (questões de fato e de direito) ou estabelecer limitação quanto à matéria fática.[974]

Não obstante, a reforma do CPP de 2008 trouxe uma inovação que, mesmo indiretamente, repercutiu no tema da oralidade nos tribunais. O artigo 405 prevê que o registro dos depoimentos em geral será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, incluindo, principalmente, o audiovisual.

Há, de fato, uma significativa diferença entre a mera leitura do termo de declarações e a visualização do próprio depoimento via registro audiovisual, muito embora o emprego desse instrumento não equivalha ao contato direto mantido entre o julgador e a fonte de prova pessoal.

---

[974] Há quem entenda, como o faz Décio Alonso Gomes, que a ideia de instância única para as questões fáticas é fruto de uma interpretação radical do princípio da imediação e que deve ceder em atenção à proteção de outros interesses, como o direito das vítimas à revisão de decisões absolutórias, também previsto em tratados internacionais (GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 233). Não obstante tal ponderação, em outra passagem o autor parece afirmar o contrário: o "modelo oral de processo somente se verifica onde não se admite o recurso sobre matéria de fato e naqueles em que a prova é repetida no Tribunal de apelação. [...] No Brasil, o modelo oral de processo é exclusivo do procedimento em primeiro grau de jurisdição. Como a oralidade é o modelo que melhor atende às garantias de um processo democrático e justo, é evidente que o sistema recursal deve ser repensado" (p. 194). De todo modo, o autor conclui ao final que a gravação de depoimentos em audiências é suficiente para assegurar a imediação em segundo grau, mesmo sem produção de provas. Entretanto, a introdução pelo legislador da gravação em suporte audiovisual não significa modificação do sistema recursal, que continua o mesmo, representando apenas um alívio quanto à (falta de) imediação no modelo de apelação restrita.

Apesar da tecnologia não se equiparar à imediação real, propicia um equilíbrio razoável considerando o sistema da *revisio prioris instantiae*, preservando a fidelidade da prova produzida e viabilizando que o órgão *ad quem* presencie todos os acontecimentos, mesmo sem interação.

Trata-se de solução intermediária, mas que fortalece juridicamente a opção atual do legislador infraconstitucional em manter a apelação com devolução ampla e legitimidade concorrente, mas sem produção de provas em segundo grau.

Por fim, apesar do procedimento predominantemente escrito da apelação, o artigo 616 do CPP prevê excepcionalmente a possibilidade do órgão *ad quem* determinar "novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências."[975]

O preceito legal refere "reinquirição" de testemunhas e "novo" interrogatório, sugerindo que a prova admitida em segundo grau é aquela já produzida em primeira instância, vedando-se provas novas. Com fulcro no artigo 616, seria cabível, assim, a reinquirição de testemunha quando alguma questão tenha permanecido em aberto em seu depoimento anterior, a realização de laudo complementar ao laudo principal, nova perícia para confronto com a anteriormente realizada etc.

A redação do dispositivo legal parece corroborar a noção de que no direito brasileiro a apelação não enseja um *novum iudicium*, ou seja, um segundo juízo sobre tudo o que foi decidido com possibilidade de repetição da prova produzida e até mesmo de nova atividade probatória, mas um exame crítico do julgamento realizado em primeiro grau tendo como premissa as provas já produzidas e a decisão impugnada emitida a partir do material probatório colhido (*revisio prioris instantiae*).

Nesse sentido, haveria vedação na inquirição de testemunhas não ouvidas em primeira instância, o que impediria, por exemplo, a oitiva de testemunha regularmente arrolada e não ouvida por motivos diversos (não ter sido localizada, estar viajando, enferma, impossibilidade física temporária etc.), mas que por ocasião do julgamento do recurso estas circunstâncias não estivessem mais presentes.

Para Guilherme de Souza Nucci, a atividade probatória determinada a partir do artigo 616 deve ser meramente supletiva, não podendo extrapolar o âmbito das provas já

[975] Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, os poderes instrutórios do tribunal são amplos e podem ser empregados para os recursos em geral e não apenas na apelação (FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 46). Já a jurisprudência apresenta tendência contrária, no sentido de que só tem aplicação em sede de apelação e não em outros recursos: STJ, HC 276.485, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 30.09.2014.

produzidas e nem alargar o campo da matéria em debate. Se houver provas novas, não haverá duplo grau, mas única instância, da qual as partes não poderão recorrer amplamente.[976]

Em sentido contrário, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho entendem que o artigo 616 abrange "material probatório não submetido à apreciação do juiz antes da sentença, sem que haja aí violação ao preceito do duplo grau de jurisdição."[977]

No entanto, a nosso ver, o ponto principal é outro.

A concepção do duplo grau de jurisdição tem incidência tanto no modelo recursal do *novum iudicium* como na *revisio prioris instantiae*.[978] A diferença é que no primeiro caso a análise pelo órgão *ad quem* ocorre com base na reprodução da atividade probatória, agora em segundo grau, incluindo eventuais provas novas. No segundo, o exame é feito a partir das provas já produzidas e na decisão de mérito emitida pelo órgão *a quo*. Todavia, em ambos os casos a matéria passível de apreciação é ampla (fato e direito).

Ao se fixar na prova já produzida em primeiro grau e assim pautar o órgão *ad quem*, o artigo 616 apenas aparentemente mantém o caráter da *revisio prioris instantiae*.

Em ambos os casos, seja na produção de prova nova (testemunha que nunca foi ouvida), seja na complementação de prova já existente (reinquirição de testemunha), o cerne da *revisio prioris instantiae* será afetado, pois não mais se tratará integralmente de um juízo sobre juízo.

Na medida em que houver um elemento de prova adicional do qual o órgão *a quo* não teve conhecimento, não haverá propriamente um controle do resultado da primeira audiência ou sobre a valoração da prova nela produzida.

Mesmo que avaliado o resultado das provas colhidas em primeira instância, é certo que a adição de um elemento de prova novo – e exclusivamente produzido em segundo grau – viabilizará resultado distinto sem isso representar uma crítica (juízo) ao que foi feito em primeiro grau.

---

[976] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 1.053. Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que diante do conjunto probatório já produzido, o tribunal de apelação tem a faculdade de autorizar ou não a produção de eventuais provas, sendo imprópria a implementação de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição. Assim, a apresentação de laudo particular pelo defensor do acusado em segundo grau é inadmissível, pois "o referido exame não foi produzido sob o crivo do contraditório e sequer foi objeto de análise no primeiro grau de jurisdição, o que revela que a sua apreciação apenas pelo Tribunal Estadual caracterizaria indevida supressão de instância" (STJ, HC 276.485, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 30.09.2014).

[977] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 46; 120.

[978] Não se ignora o entendimento de que o duplo grau de jurisdição presume a renovação da audiência pública e da atividade probatória perante novos juízes como uma "segunda primeira instância", e não um reexame da decisão com base num debate já ocorrido e desconhecido para o tribunal *ad quem*. De todo modo, ainda assim é possível aceitar a concepção do duplo grau para sistemas recursais mais restritivos quanto à atividade de provas em segundo grau.

Variando a atividade probatória e presente um elemento probatório desconhecido do primeiro grau, o efeito pode resultar numa decisão diferente do segundo grau somente em virtude dele, sem que isso demonstre o acerto ou o erro da decisão recorrida, que não terá valorado a prova adicional.

Logo, independentemente da prova ser "nova" ou não (no sentido de já ter sido produzida ou não em primeiro grau), o fato é que em relação ao órgão *a quo* a atividade probatória empreendida em segunda instância será essencialmente nova, pois a testemunha poderá tanto ratificar como modificar suas declarações anteriores, tendo potencial para alterar os rumos do julgamento da apelação.

De todo modo, a *ratio* do artigo 616 parece efetivamente se inclinar para a complementação de provas já produzidas, o que conduz à conclusão de que são vedadas provas "novas".

Apesar disso, vislumbram-se duas exceções.

O acusado que não tenha sido interrogado em primeiro grau e compareça em juízo posteriormente pode ser ouvido pelo órgão *ad quem*. Ainda que os artigos 616 e 196 mencionem "novo" interrogatório, o artigo 185 do CPP autoriza o interrogatório de todo o acusado que tenha comparecido no curso do processo, ainda que isso ocorra no julgamento da apelação.

Na verdade, independentemente de previsão legal, trata-se de manifestação da garantia constitucional da ampla defesa, na modalidade de autodefesa. Ouvido originariamente em segundo grau, o teor do interrogatório será valorado pelo órgão *ad quem*, mesmo não se tratando de prova "complementar."

A segunda exceção é a prova não repetível (por fato superveniente e imprevisível). Como já referido, trata-se de prova não (re)produzida em contraditório judicial em razão de circunstâncias imprevisíveis, quer involuntárias (doença incapacitante, morte natural), quer por obra de terceiros (ameaça, suborno etc.).

Nestes casos, se no momento do julgamento do recurso os óbices que impediram a produção da prova em primeiro grau tiverem sido superados (localização ou alta médica da testemunha etc.), é viável que sua oitiva seja determinada com base no artigo 616.

A prova não repetível é um elemento não produzido em contraditório, mas ainda assim vale como prova e tem aptidão para gerar eventual condenação. Entre valorar um depoimento obtido sem contraditório e uma prova constituída somente em segundo grau, mas que contou com o contraditório, preferível a segunda opção.

Ademais, se um depoimento prestado na etapa policial e não reproduzido em primeiro grau foi valorado como prova (e não elemento informativo), eventual inquirição em segundo grau dessa mesma testemunha na verdade se tratará de uma "reinquirição", pois a testemunha terá sido ouvida anteriormente, ainda que na fase pré-processual.

Em relação ao procedimento, o artigo 616 do CPP tangencia nesse ponto. Porém, a redação do dispositivo esclarece que a produção da prova ou diligência pode ser determinada de ofício pelo órgão *ad quem.* Trata-se de faculdade do órgão julgador de segunda instância,[979] pois não há propriamente direito à produção de provas pessoais na fase recursal.

Não obstante, a parte interessada pode requerer a produção de prova ou eventuais diligências em razões recursais ou em sustentação oral, mas ficará sujeita ao crivo discricionário do órgão *ad quem.*

A diligência pode ser determinada pelo relator ao receber os autos e antes da designação do julgamento, quando então decidirá monocraticamente pela diligência. Todavia, se a questão surgir durante a sessão de julgamento, a iniciativa da diligência pode ser levantada por quaisquer dos julgadores presentes. Então, caberá a todos os integrantes do órgão recursal a decisão sobre a conversão em diligência.[980]

Determinada a diligência probatória na sessão de julgamento, será possível nova sustentação oral em face dos resultados então obtidos.[981]

Quanto à necessidade de participação dos membros do colegiado na diligência, Gustavo Badaró consigna que a redação do artigo 616 impõe que todos os integrantes do órgão julgador participem, e não apenas o relator.[982]

No entanto, segundo o preceito legal, o órgão colegiado poderá determinar a diligência, mas não menciona quem a executará, razão pela qual não se pode descartar que o ato seja realizado apenas pelo relator, primeiro responsável a analisar o feito, especialmente quando a questão probatória seja notada antes da sessão de julgamento.[983]

---

[979] No sentido de faculdade e não obrigação: STJ, AgInt no REsp 1.483.299, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 28.10.2016; STJ, AgRg no AREsp 1.204.315, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 13.03.2018; STJ, HC 467.320, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 04.02.2019.

[980] Vale lembrar que a *reformatio in pejus* tem incidência em relação ao artigo 616 em se tratando de recurso exclusivo da defesa.

[981] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias (coord.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018, comentários ao artigo 616, p. 1.152.

[982] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias (coord.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018, comentários ao artigo 616, p. 1.152.

[983] Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci entende que a diligência é realizada "normalmente pelo relator" (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 1.052). Nos termos do artigo 202, XXII, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo, cabe ao relator "proceder a novo interrogatório do acusado e reinquirir testemunhas, perante a turma julgadora da apelação criminal, na hipótese do artigo 616 do Código de Processo Penal".

Todavia, se a deliberação pela conversão em diligência foi determinada conjuntamente pelo órgão *ad quem* durante o julgamento do recurso, é de se admitir que todos os integrantes devam estar presentes quando o ato tiver que ser praticado.

Já a delegação destes atos instrutórios ao juiz de primeiro grau é inadmissível. Uma vez vislumbrada pelo órgão *ad quem* a necessidade de diligência probatória adicional, só há sentido na produção da prova pelo próprio órgão julgador que percebeu tal singularidade, até porque o órgão *a quo* já terá realizado a prova e evidentemente não a praticou como deveria na visão do tribunal de apelação. Logo, ao menos nesse ponto, prevalece a imediação em segundo grau.[984]

Não há espaço para analogia com a Lei 8.038/90 (artigos 3°, III e 9°), pois a delegação prevista na referida lei diz respeito à prova a ser produzida em ação penal originária e não em fase recursal.

A situação descrita no artigo 616 do CPP é diversa da ação penal originária, pois já há um conjunto de provas estabelecido. A prova adicional servirá apenas para suplementar o painel probatório posto. Cabe ao órgão que percebeu a necessidade da diligência a sua realização. No mais, ao contrário da lei especial, não há autorização expressa no Código de Processo Penal para delegar tais atos.

Apesar das considerações acima, a disciplina da produção de provas em segundo grau estipulada pelo artigo 616 é genérica e, por isso, deficitária. Imprescindível à lei processual definir explicitamente as hipóteses em que isso é viável, além do respectivo procedimento, incluindo a necessidade de participação de todos os membros ou a delegação do ato ao primeiro grau.

Portanto, impõe-se melhor esclarecimento pelo legislador nesse ponto para aprimorar a oralidade no segundo grau de jurisdição. Em paralelo, a estruturação da videoconferência para o segundo grau também praticar atos sem delegações via carta de ordem pode igualmente contribuir para esse aperfeiçoamento e incrementar a imediação nos recursos.

Por derradeiro, uma ressalva deve ser feita em relação ao procedimento sumaríssimo. Como já exposto, nos Juizados Especiais a escolha constitucional foi a oralidade em sentido amplo (processo oral), o que inclui a fase recursal.

---

[984] Nesse sentido, pela inviabilidade de delegação no caso do artigo 616: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias (coord.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018, comentários ao artigo 616, p. 1.152. Contra, admitindo tal possibilidade: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 1.052.

Por força da expressa consagração da oralidade como princípio constitucional e legal norteador da Lei 9.099/95, a Turma Recursal não pode reexaminar questões de fato, pois esta apreciação pressupõe que o órgão recursal disponha das mesmas condições de atuação do juiz que originariamente apreciou a matéria.

> É que, ao fazê-lo, a Turma Recursal terá apreciado e valorado provas que não colheu, notadamente (ainda que não exclusivamente) as provas orais. Afinal, caso valore as provas produzidas pelo Juizado de origem, a Turma Recursal incidirá no equívoco de desconsiderar o postulado que impõe, em um processo oral, a imediatidade entre o juiz e as fontes de prova. Isto se diz porque, num sistema de processo oral, precisa-se ter sempre presente a ideia de que o juiz do fato é o juiz que colhe a prova. E se é assim, não se pode admitir que, em grau recursal, haja uma nova valoração da prova, sob pena de se comprometer todo o sistema.[985]

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, Antonio Magalhães Gomes Filho e Luiz Flávio Gomes reiteram a regra geral de devolução ampla: "a apelação, como se sabe, é o recurso ordinário por excelência, permitindo a rediscussão de todas as questões de fato e de direito suscitadas na causa."[986]

No entanto, o imperativo constitucional prevalece sobre a regulamentação infraconstitucional da matéria, impedindo o órgão *ad quem* de apreciar a matéria fática em sede recursal no procedimento sumaríssimo, salvo se admitido direito de produzir provas em segundo grau.

Todavia, diante da natureza (também) constitucional do duplo grau de jurisdição em relação ao acusado e seu vínculo com a ampla defesa e presunção de inocência, alcançando necessariamente a matéria de fato e de direito, a imediação em segundo grau deve ceder na apelação da Lei 9.099/95.

Já no que concerne ao Ministério Público ou acusador particular, o duplo grau não tem a mesma amplitude e nem força jurídica suficiente a ensejar a modulação da oralidade, pois o que se veda é a absoluta inexistência de recursos contra decisões absolutórias, mas não eventual restrição quanto à matéria fática.

Assim, havendo previsão constitucional do processo oral para os Juizados Especiais, cujo modelo recursal não se coaduna com o exame da matéria fática, impõe-se limites à devolutividade da apelação para o órgão acusador nesse sentido, estando o legislador ordinário vinculado a essa opção do constituinte.

---

[985] CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da oralidade e o sistema recursal nos Juizados Especiais. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, n. 72, ano 18, out. 2010. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70489. Acesso em: 24 mar. 2011.

[986] FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 187.

Essa limitação quanto à matéria fática deve ser conjugada com a rigorosa aplicação da identidade física do órgão *a quo*, pois não há sentido em desprezar a imediação do juiz com a prova em primeiro grau (imediação em sentido estrito, isto é, conjugada com a vinculação do julgador) e pretender restringir a apreciação da matéria fática em relação ao órgão *ad quem* com base nessa mesma imediação, que não foi garantida em primeira instância.

Portanto, o artigo 82 da Lei 9.099/95 deve ser interpretado conforme à Constituição, admitindo-se a ampla devolutividade recursal (matéria de fato e de direito) somente em relação ao acusado. Para o órgão acusador somente tem cabimento impugnações versando sobre questões processuais ou matéria jurídica, excluindo o âmbito fático.

Quanto à gravação em suporte audiovisual no procedimento sumaríssimo, em que pese traga maior coeficiente de oralidade no julgamento da apelação, não equivale à imediação real. Desta forma, ainda que seja uma solução intermediária aceitável à *revisio prioris instantiae* no procedimento penal em geral (ordinário, sumário e especiais) não se sobrepõe à exigência constitucional de oralidade nos Juizados Especiais Criminais que, aliada aos imperativos de celeridade, economia e razoável duração do processo, prevalece também no plano recursal da Lei 9.099/95.

5.5.3 As ações penais originárias

O procedimento das ações penas originárias é disciplinado na Lei 8.038/90.

Há previsão de sustentação oral antes do recebimento (ou rejeição) da denúncia pelo prazo de quinze minutos (artigo 6°). Encerrados os debates, o tribunal deliberará em seguida.

A instrução seguirá as linhas gerais do procedimento ordinário do CPP. A Lei 8.038/90 autoriza ao relator delegar atos de instrução ou o interrogatório do acusado para outro juiz ou membro de tribunal por carta de ordem (artigo 9°). Ao referir que cabe ao relator delegá-los, o diploma implicitamente autoriza a colheita apenas pelo relator e não impõe a presença de todos os componentes do órgão colegiado na produção da prova.[987]

Além da delegação via carta de ordem, a Lei 12.019/09 autoriza a convocação direta de juízes de primeiro grau ou de tribunais como juízes instrutores, atuando diretamente

[987] Falando sob o prisma do processo civil e com base no CPC-73, Leonardo Carneiro da Cunha admite que a prova seja colhida: a) por juiz de primeira instância, mediante delegação; b) pessoalmente pelo relator em seu gabinete, ou ainda; c) em sessão do órgão colegiado. Nos dois últimos casos haverá vinculação do relator e do órgão colegiado, respectivamente (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 125).

perante o órgão competente ou se deslocando até o local onde o ato deva ser produzido (artigo 3°, III, na redação dada pela Lei 12.019/09).

As alegações finais serão apresentadas na forma escrita (artigo 11), mas na sessão de julgamento faculta-se às partes sustentação oral por uma hora; em seguida, a corte proferirá o julgamento. Novamente, não obstante as alegações finais sejam escritas, há relativa ampliação da oralidade pela importância dada à sustentação oral nesse momento processual, notadamente pelo prazo estendido de uma hora (artigo 12).

Para Décio Alonso Gomes, houve uma verdadeira "revogação setorial" do artigo 399, § 2°, do CPP depois da instituição dos juízes instrutores pela Lei 12.019/09 em franco prejuízo ao princípio da imediação e as vantagens por ele oferecidas, já que nada impediria tal preceito legal ser aplicado nas ações penais originárias.[988]

Uma solução intermediária, mas aceitável, é substituir as cartas de ordem (ou da convocação de juízes instrutores) pela colheita das oitivas por videoconferência. Ainda assim, impõe-se superar os óbices materiais (equipamentos, locais, pessoal) e sistêmicos (grande número de processos decorrente da ampla competência originária dos tribunais).

Por fim, ainda que não se trate propriamente de ação penal originária, a revisão criminal tem regime bastante semelhante. Se houver necessidade de produção de provas na ação revisional, o interessado deverá ajuizar prévia justificação criminal visando instruir o pleito.[989] A prova nova será produzida em primeiro grau e encaminhada junto da revisão criminal ao tribunal competente, logo, sem imediação.

5.6 A Lei n. 12.694/2012 e os juízos colegiados de primeiro grau

Desde a instalação da primeira unidade judiciária no Brasil, na cidade de São Vicente, o julgamento em primeira instância ocorre por juiz singular.[990] Isso se alterou com a Lei 12.694/12, que dispôs sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas.

O motivo da edição do diploma legislativo foi a alegada escalada do crime organizado e de atos contra autoridades, incluindo o assassinato da juíza carioca Patrícia

---

[988] GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 154. De se ressaltar, contudo, que mesmo antes da Lei 12.019/09, a jurisprudência do STF já entendia cabível a instrução criminal ser realizada por carta de ordem em se tratando de competência originária (STF, HC 73.423, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 12.11.1999).

[989] Na vigência do CPC-73, entendia-se que o procedimento de justificação (artigos 861 e seguintes) era aplicável no âmbito penal. No entanto, o CPC-15 não reproduziu norma semelhante, sendo cabível o procedimento de produção antecipada de prova (artigos 381-383 do CPC-15).

[990] FREITAS, Vladimir Passos de. **A silenciosa reforma processual da Lei 12.694/12**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-ago-05/segunda-leitura-silenciosa-reforma-processual-lei-1269412. Acesso em: 04 dez. 2014.

Acioli, em 11 de agosto de 2011. Em particular, interessa ao estudo da oralidade certos aspectos processuais atinentes ao procedimento.[991]

Nos termos da lei, em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz da causa poderá decidir pela formação de colegiado para a prática dos atos processuais.

O rol de decisões estipulado pelo diploma, de caráter expressamente exemplificativo, enumera algumas hipóteses cabíveis: decretar prisão ou medidas assecuratórias; conceder liberdade provisória ou revogar prisão; sentença; progredir ou regredir regime de cumprimento de pena; conceder liberdade condicional; transferir preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; e incluir o preso no regime disciplinar diferenciado.

O colegiado, formado pelo juiz do processo e dois outros magistrados de primeiro grau com competência criminal sorteados eletronicamente, deve ser criado com expressa indicação dos motivos e circunstâncias que acarretaram risco à integridade física em decisão fundamentada. Extrai-se ainda do diploma que a competência do colegiado é limitada ao ato para o qual foi convocado.

Há previsão de sigilo das reuniões entre os juízes sempre que a publicidade resulte em prejuízo à eficácia da decisão judicial, admitida a via eletrônica quando o colegiado for composto de magistrados domiciliados em cidades diversas.

A lei parece ter feito distinção entre as reuniões para comunicação entre os magistrados e os atos processuais ordinários realizados em audiência (colheita de depoimentos etc.). No primeiro caso, o sigilo pode ser externo (terceiros) e interno (terceiros e também para as partes), ou seja, abrangeria as partes e terceiros, mas com posterior registro do ocorrido nos autos.[992] Quanto aos atos de instrução só se pode falar em sigilo externo (terceiros) e não ao membro do Ministério Público ou defensor do réu.

Inexiste preceito determinando a ocultação da identidade de quaisquer dos juízes, até porque a lei impõe que as decisões sejam fundamentadas e firmadas por todos os seus integrantes, o que por si só exclui esta possibilidade. De todo modo, se o fizesse, seria inconstitucional eventual norma nesse sentido por ofensa ao juiz natural.

---

[991] Além do procedimento, a lei dispôs também sobre a definição de organização criminosa (posteriormente alterada pela Lei 12.850/13), medidas de segurança nos prédios do Poder Judiciário, efeitos da sentença penal e medidas assecuratórias, placas especiais para veículos usados por membros da Justiça e do Ministério Público, porte de arma e proteção pessoal de juízes e membros do Ministério Público.

[992] Em sentido contrário, Rafael Fecury Nogueira entende pela inconstitucionalidade do sigilo interno nesse caso (NOGUEIRA, Rafael Fecury. Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagem nisso? **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 20, n. 240, nov. 2012, p. 15).

No mais, os tribunais, no âmbito de suas competências, expedirão normas regulamentando a composição do colegiado e os procedimentos a serem adotados para o seu funcionamento.[993]

No que toca à oralidade, há dois pontos dignos de atenção. Em primeiro lugar, existe autorização legal em se omitir referência a eventual voto divergente emitido por quaisquer dos membros do colegiado.

Sob o viés da oralidade, a previsão legal constitui exceção ao princípio da documentação. Com efeito, pressupondo que a decisão seja proferida em audiência, o ato terá sido praticado, mas não será objeto de registro.

De todo modo, ainda que com a publicidade restrita e omitido o teor do voto divergente na ata de julgamento ou no corpo do próprio acórdão, se a decisão for proferida em audiência, ao menos o membro do Ministério Público e o defensor terão acesso ao seu teor, pois participarão da sessão.

O segundo ponto versa sobre a decisão e a identidade física do juiz, *rectius*, do órgão julgador. A formação do colegiado para a emissão do ato processual consubstanciado na sentença deve se harmonizar com a norma da identidade física.

Nesse ponto, Marco Antonio de Barros sustenta que para a prolação da decisão final, "é indispensável que o triunvirato de magistrados participe da instrução, da colheita de provas em audiência. É inaceitável a formação do Juízo colegiado para elaborar a sentença em ato separado ao da instrução do processo."[994]

Na verdade, a questão deve ser examinada a partir de seus diversos ângulos.

Se a instrução for presidida integralmente por um juiz, a decisão deve ser por ele proferida e não pelo colegiado, pois se encontra vinculado por força do artigo 399, § 2°, do CPP, afastando a legitimidade do órgão colegiado para a decisão final da causa, tenha sido criado antes ou depois da instrução.

Por outro lado, se houver mais de uma audiência com a participação de juízes diversos na recepção da prova pessoal, é cabível formar o colegiado exclusivamente para a sentença, pois inexistirá vinculação de qualquer um deles.

---

[993] No Estado de São Paulo, a Resolução 581/12 regulamentou a Lei 12.694/12 no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo.

[994] BARROS, Marco Antonio de. Julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa e princípio da identidade física do juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 103, v. 933, jul. 2013, p. 579. No mesmo sentido: NICOLITT, André Luiz. Julgamento colegiado em primeiro grau (Lei 12.694/2012) e as dimensões do princípio do juiz natural. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 20, n. 240, nov. 2012, p. 11.

Caso a criação do colegiado tenha antecedido o início da atividade probatória e o motivo da sua formação tenha sido a emissão de sentença, todos os membros deverão atuar nos atos de instrução.

Contrariamente, se o ato que determinou a instalação do colegiado não se tratar de sentença, como por exemplo, decisão sobre liberdade provisória ou decretação de prisão cautelar, não há necessidade da participação de todos os membros.

Nesse caso, uma vez praticado o ato que ensejou a criação do colegiado, o processo seguirá sua marcha e o juiz que tiver presidido os atos de instrução monocraticamente estará vinculado, nos termos do artigo 399, § 2°, do CPP.

5.7 A audiência de custódia

O incremento no número de presos processuais na última década e a deterioração das condições materiais dos estabelecimentos penais brasileiros há muito vinham chamando a atenção da comunidade jurídica.[995]

Diante dessa realidade e a partir do disposto nos artigos 9.3 do PIDCP[996] e 7.5 da CADH[997], iniciou-se o debate sobre a instituição de uma audiência judicial para apresentação do indivíduo que é preso, chamadas de audiências de custódia ou de apresentação. [998]

A partir da iniciativa do Tribunal de Justiça de São Paulo, a audiência de custódia foi implantada no Estado de São Paulo pelos Provimentos Conjuntos 03/15, de 22-01-2015 e 04/15, de 29-01-2015, ambos da Presidência e da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, inicialmente se restringindo à comarca da capital.

---

[995] Confira a esse respeito o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019; o estudo "Reunião Especial de Jurisdição", realizado a partir de reunião entre a Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça de janeiro de 2017. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

[996] "Artigo 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença."

[997] "Artigo 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo."

[998] Não se pode ignorar que o Brasil, quinto país mais populoso do mundo, possui um elevado índice de criminalidade, possivelmente um dos maiores do globo. Caso considerada a cifra negra, esse número tende a aumentar ainda mais. Evidentemente que tal fato tem o condão de gerar, em contrapartida, um percentual alto de prisões processuais e definitivas. Discutir o encarceramento em números isolados é contraproducente, pois necessariamente devem ser considerados outros fatores, notadamente a proporção de crimes por habitantes, os índices de desenvolvimento social (escolaridade, emprego etc.), o investimento estatal na segurança pública e medidas de longo prazo. De todo modo, eis os fatos que deram início à discussão das audiências de custódia.

Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou o instituto em todo país através da Resolução 213/15.

Paralelamente a esses acontecimentos, o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da ADPF 347 envolvendo o sistema penitenciário brasileiro. Na referida ação foi postulada a adoção de diversas providências estruturais com o objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais em decorrência de ações e omissões do Estado brasileiro.[999]

Na ocasião, o plenário do Supremo Tribunal Federal anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica, o que resultaria na conversão das penas privativas de liberdade em penas cruéis e desumanas, transgredindo normas constitucionais, legais e convencionais. Destacou ainda que a violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria não apenas dentro dos presídios, mas também fora deles, com o aumento da criminalidade e da insegurança social. Tal responsabilidade seria atribuída aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assim, diante da violação de direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e do próprio mínimo existencial, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do PIDCP e 7.5 da CADH, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas, contados do momento da prisão.

Os dispositivos convencionais e os atos normativos infralegais aliados ao entendimento do STF resultaram no reconhecimento da audiência de custódia no ordenamento jurídico nacional.

Ressalte-se que o Projeto de Lei 554/2011 altera o artigo 306, § 1°, do CPP e torna obrigatória a apresentação da pessoa presa perante o juiz para análise da prisão em flagrante e eventual conversão em prisão preventiva ou substituição por medida cautelar diversa da prisão. O projeto foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 30-11-2016 e seguiu para análise perante a Câmara dos Deputados, sendo apensado ao projeto do novo CPP.

O foco principal destas audiências gira em torno da prisão em flagrante, pois permite o contato direto e célere do autuado com o juiz, que então poderá analisar mais detidamente as circunstâncias da prisão em flagrante e decidir sobre a necessidade da conversão em preventiva ou alternativamente por medidas cautelares diversas da prisão,

[999] STF, ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 19.02.2016.

exame que já era feito quando da remessa do auto de prisão em flagrante ao Poder Judiciário, mas que agora passa a contar com o acréscimo do comparecimento do custodiado em audiência especialmente designada para esse fim.[1000] Sem prejuízo, destina-se também a averiguar eventuais abusos ou maus-tratos porventura ocorridos no ato da prisão ou durante a custódia.

As audiências de custódia representam um importante complemento à Lei 12.403/11, já que permitem a análise da regularidade do auto de prisão e da configuração ou não da situação de cautelaridade com prestígio à oralidade e imediação.

Com efeito, o exame passa a ser feito numa audiência realizada na presença do juiz com a participação do Ministério Público e defensor, que decidirá não apenas com base em escritos (auto de prisão em flagrante), mas no contato direto com o custodiado e nas alegações orais das partes, permitindo a prolação de um provimento jurisdicional mais próximo da realidade fático-processual.

Independentemente da redução ou não do número de encarceramentos, é certo que contribui para uma tomada de decisão mais embasada sobre a necessidade da prisão cautelar (e outras medidas) a partir do contato oral e imediato com o custodiado e após manifestação das partes, circunstâncias que aumentam a probabilidade do acerto e da decisão.

Para alcançar os objetivos propostos, o artigo 1° da Resolução 213/15 prevê que a pessoa presa em flagrante deverá ser apresentada à autoridade judicial competente "e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão", sem prejuízo de outras providências constantes do mesmo ato normativo.

Ainda segundo o artigo 8°, V, da mesma resolução, durante a entrevista, a autoridade judicial indagará o conduzido "sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão". Como se percebe, dentro do limite do objetivo de verificação da legalidade da prisão, não se veda a indagação ao autuado sobre as circunstâncias de sua prisão, ou em outras palavras, a situação em que se deu sua detenção.

Logo, especificamente acerca da legalidade da prisão, a análise incluirá a existência (ou não) de elementos que justifiquem a homologação do auto de prisão em

[1000] Além da prisão em flagrante, a Resolução 213/15 do CNJ prevê a audiência de custódia também "às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução" (artigo 13). Porém, fora da situação de flagrante, salvo se o custodiado for apresentado especificamente ao juiz que decretou sua prisão é que se poderia falar em eventual ganho em decorrência da oralidade-imediação, situação essa que provavelmente será excepcional. Por isso, o presente estudo se limitará a abordar a prisão em flagrante.

flagrante, ou seja, averiguará, ainda a partir de um juízo sumário de probabilidade, a tipicidade, a antijuridicidade, a culpabilidade e os indícios de autoria e de materialidade.[1001]

Não se trata de discutir o mérito da imputação que eventualmente será feita e nem de produzir prova para a investigação ou a ação penal, mas apenas de cumprir o artigo 8°, V, da Resolução 213/15 e dar oportunidade ao autuado de apresentar, se assim desejar, sua versão sobre as "circunstâncias de sua prisão".

Essa providência não se confunde com a vedação constante do artigo 8°, VIII, da mesma resolução, que inadmite a formulação de "perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante", pois voltada a resolver apenas as finalidades da audiência de custódia: a legalidade da prisão em flagrante, a necessidade da prisão cautelar e a apuração de eventuais abusos por agentes estatais.

De todo modo, como lembra Caio Paiva, não há como pretender uma separação absoluta entre a análise das medidas cautelares pessoais e do mérito, notadamente pelo fato de o CPP exigir prova da existência do crime e indícios de autoria para se decretar a prisão preventiva (artigo 312) e da Lei 7.960/89 demandar fundadas razões de autoria ou participação do investigado para se determinar a prisão temporária (artigo 1º, II, da Lei 7.960/89).[1002]

Vale lembrar que o autuado se entrevistará com seu defensor antes da oitiva e será lembrado pela autoridade judicial sobre o direito ao silêncio antes de ser indagado (artigo 8°, III e IV, da Resolução 213/15).

Mesmo depois da entrevista e da advertência quanto ao direito ao silêncio, se o custodiado pretender oferecer sua versão do ocorrido, essa postura não deve ser cerceada, pois a indagação sobre as "circunstâncias de sua prisão" está no âmbito cognitivo da audiência de custódia, cujo exame abrange não apenas os elementos informativos constantes do inquérito policial, mas também a oitiva do autuado, caso tenha a intenção de se manifestar.

Ainda que a inquirição do apresentado seja um "interrogatório *pro libertate*" e prescinda de finalidade investigativa – sendo apenas uma possibilidade para o exercício da autodefesa[1003] – o autuado tem o direito, se assim pretender, de oferecer sua versão em

---

[1001] Nesse sentido: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016, p. 134.
[1002] PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 115.
[1003] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1.096.

audiência, o que incluiu a admissão da conduta, principalmente em se tratando de confissão qualificada, como por exemplo, ocorre na hipótese do artigo 310, parágrafo único do CPP.[1004]

Nessa linha entendem Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen:

> Noutras palavras, ainda que a Resolução n. 213, do CNJ, haja disciplinado esse ato, qualificando-o como sendo uma entrevista (artigo 8°), ao juiz incumbirá buscar informações sobre a ocorrência [...], pois será a partir dessa inquirição que o auto que lhe foi encaminhado poderá ser homologado ou não. Até em respeito à própria ordem cronológica em que os fatos poderiam se verificar, as primeiras informações a serem buscadas pelo juiz diriam respeito ao cometimento da infração penal que está sendo imputada ao conduzido. Nessa ocasião, questões ligadas à autoria, materialidade, ilicitude e culpabilidade poderão ser objeto não só da exposição do sujeito conduzido, senão também, do próprio questionamento judicial, justamente para que se possa avaliar a (não)configuração, ainda que preliminar, de uma infração penal que motivou aquela audiência. De se observar que a resolução do CNJ prevê a necessidade de o juiz indagar o sujeito preso "sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão" (inciso V do artigo referido).[1005]

No mesmo sentido, a posição de Caio Paiva:

> Costuma-se invocar dois argumentos para justificar a proibição de atividade probatória na audiência de custódia: (I) o retrocesso causado pela antecipação do interrogatório; e (II) a inexistência de contraditório na fase de investigação. Ambos os argumentos me parecem equivocados. [...] No entanto, em nada prejudica esse cenário o fato de se permitir a atividade probatória na audiência de custódia, seja porque a pessoa presa será orientada pela sua defesa técnica (privada, por meio de advogado, ou pública, pela Defensoria) e cientificada pelo juiz do seu direito ao silêncio, seja – principalmente – porque este *interrogatório* naturalmente estará limitado àquele contexto da flagrância, em que as manifestações da vítima, das testemunhas e, sobretudo, do acusado, são provisórias e sujeitas à ratificação ou retificação em juízo. Ainda sobre este primeiro argumento, surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público. Quanto ao segundo argumento, sequer precisamos aprofundar o debate para abordar a questão relativa à existência e à amplitude do direito à ampla defesa e ao contraditório na investigação preliminar, e isso porque, embora realizada como regra na fase investigativa, a audiência de custódia não pode ser considerada ato ou instrumento de investigação, pois a partir do momento em que o auto de prisão em flagrante é judicializado, a prisão imediatamente adquire a natureza de ato processual, incidindo normalmente as garantias da ampla defesa e do contraditório.[1006]

[1004] Em sentido contrário, Gustavo Badaró sustenta: "Embora o ato tenha sido produzido em contraditório, e na presença do juiz, diante da vedação de perguntas tanto ao juiz, quanto às partes, sobre tais temas, deve-se considerar que há uma proibição de valoração relativa a tais temas" (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 1.100).

[1005] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 129-130.

[1006] PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 113-115, destaques originais.

Em suma, o teor do depoimento do custodiado sobre "as circunstâncias de sua prisão" pode ser considerado pelo juiz na decisão sobre a legalidade e necessidade da prisão, pois dentro das perguntas admitidas pela Resolução 213/15.

Por outro lado, tal depoimento, independentemente do seu teor, não poderá ser utilizado como elemento de prova na fase judicial, pois se destina exclusivamente a viabilizar a autodefesa na audiência e formar o convencimento judicial sobre a legalidade e a necessidade da custódia cautelar no momento da apresentação do custodiado.[1007]

Desde esse contexto, as audiências de custódia trouxeram um incremento ao coeficiente de oralidade para a fase pré-processual da persecução penal, que até então se baseava exclusivamente em escritos.

Muito embora o espaço cognitivo esteja limitado vertical e horizontalmente pela natureza da audiência, o ato em si é beneficiado pela oralidade-imediação, pois permite ao juiz uma visão mais completa da situação e isso se traduz em melhores condições para a prolação da decisão sobre a prisão ou a liberdade durante o processo.

A facilidade e a naturalidade da comunicação pela palavra falada, o ato de ver[1008] e interagir com o autuado, o contato pessoal mantido sem intermediários, todas essas circunstâncias contribuem para uma decisão mais embasada e condizente com a realidade fática e jurídica.

Não apenas os elementos verbais desse contato enriquecem a decisão a ser proferida, mas também elementos objetivos verificáveis com a imediação (saúde, porte físico, lesões aparentes etc.), principalmente em se tratando de eventuais maus-tratos.

Mais do que em qualquer outro instituto processual vigente, a audiência de custódia é a melhor representação na atualidade do antagonismo oralidade/escrita. Ainda que seja cedo para observar todas as repercussões no processo penal, a audiência de custódia permite perceber a incontornável diferença em se analisar um caso apenas com base em escritos e a partir do contato oral e direto do juiz.

[1007] O STJ entende que não há ilegalidade na juntada da mídia aos autos do inquérito policial. Isso porque, considerando a vedação da autoridade judicial em formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal, relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante, não se evidencia prejuízo na juntada da mídia (STJ, HC 381.186, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 06.10.2017). No mesmo sentido, sustentando que a disponibilidade do conteúdo relativo à audiência de custódia, no bojo da ação penal não caracteriza nulidade: STJ, RHC 77.359, Rel. Min. Joel Ilan Paciornick, DJe 15.08.2018. Em outro julgado, segue o entendimento: "Não há como considerar a oitiva do paciente colhida durante a audiência de custódia como prova ilícita, pois – apesar de algumas perguntas feitas pelo Magistrado não constarem da ata – pelas respostas dadas, não foram formulados questionamentos antecipatórios de mérito" (STJ, HC 396.302, Rel. Min. Sebastião Reis Jr., DJe 09.10.2017).

[1008] O artigo 8°, X, da Resolução 213/15 dispõe expressamente que o juiz deve averiguar, por perguntas e visualmente, a situação do autuado(a) referente à gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

6 CONCLUSÃO

Do presente estudo, a partir das inferências históricas e dos aportes teóricos hauridos, observa-se que a base conceitual da oralidade segue relevante e justifica sua adoção na atualidade, ainda que demande adaptação às novas tecnologias.

Apesar de ordinariamente não possuir estatura constitucional, a oralidade em sentido amplo cria uma estrutura procedimental que dialoga com diversas garantias e densifica os elementos que compõem o devido processo legal.

No que tange ao procedimento ordinário, que constitui a base do processo penal brasileiro, as Leis 11.690/08 e 11.719/08 estabeleceram um ambiente mais propício à oralidade ampla.

Não obstante, o processo oral não foi implementado a contento, pois diversos institutos ligados à oralidade demandam complementação legal, notadamente a identidade física, elemento transcendental da oralidade.

Ademais, a ausência de definição das provas não repetíveis traz prejuízos ao regime da oralidade e irradia efeitos em todos os procedimentos, pois essa indistinção tem como consequência indireta a valoração indiscriminada de elementos produzidos na fase de investigação como se fossem provas.

Na fase recursal, apesar do modelo de apelação restrita, impõe-se ao menos algum esclarecimento quanto ao lacônico artigo 616 do CPP de modo a aprimorar a oralidade em segundo grau.

No mais, diversos setores carecem de regulamentação específica, como a leitura de depoimentos precedentes para confronto, testemunho indireto, prova emprestada, dentre outros.

A seguir, recapitulam-se as principais conclusões do trabalho:

1. A fala é a condição primária para a interação humana dada sua naturalidade e maior proximidade com o processo de pensar. A escrita inaugurou uma nova fase da comunicação humana, menos espontânea, mas mais sofisticada e segura no armazenamento e transmissão do conhecimento.

2. A oralidade sempre esteve presente no direito processual penal dos povos da Antiguidade, mesmo depois da introdução da escrita. Notadamente no direito grego e direito romano da fase republicana, o julgamento público, oral e com provas produzidas perante os julgadores significou uma tendência de contrabalanceamento às formas processuais

autoritárias empregadas pelo poder central, além de refletir a escolha política de uma administração da justiça pelo povo.

3. No processo romano-canônico, a oralidade e a imediação foram afetadas, assim como o livre convencimento, pois a lei estipulava valor pré-determinado às provas e o juiz era afastado da produção probatória. O modelo de processo canônico influenciou o direito secular, cujas características se mostraram úteis aos Estados Absolutos.

4. Fundando-se na razão e na pessoa humana, a Revolução Francesa rompeu com o modelo precedente e se inspirou no júri como forma de organização da justiça e do processo penal. A escritura e o segredo foram antagonizados pela oralidade, imediação e publicidade, enquanto a prova tarifada cedeu à livre valoração das provas.

5. No direito processual, três acepções podem ser associadas à oralidade. O sentido estrito da oralidade refere o uso da fala e da escuta como forma obrigatória para a prática de determinados atos processuais, no caso, a produção da prova oriunda de fontes pessoais em audiência, assim como o interrogatório e debates das partes, cuja consequência se traduz no fato de que a decisão de mérito somente pode se basear no que foi exposto oralmente.

6. O sentido amplo da oralidade implica na adoção de um modelo específico de processo fundado na palavra falada, chamado de processo oral, cujos elementos caracterizadores são a oralidade em sentido estrito, a imediação, a concentração, a identidade física e a irrecorribilidade das interlocutórias.

7. O terceiro sentido é também associado à forma oral como condição do ato processual, mas assume a roupagem de garantia processual prevista no direito internacional dos direitos humanos e exige a oralidade na produção da prova pessoal e para o interrogatório independentemente do modelo processual designado pela lei ou da coexistência dos demais elementos da oralidade ampla.

8. No ordenamento jurídico brasileiro estão presentes as três acepções da oralidade. No procedimento sumaríssimo e no julgamento em plenário perante o tribunal do júri incide a oralidade em sentido amplo. O Código de Processo Penal adota a forma oral para a prova oriunda de fontes pessoais, interrogatório e também para os debates, ainda que com relativizações. Sob o aspecto de garantia, o direito interno incorporou convenções internacionais que pregam a oralidade e, a partir da Constituição Federal de 1988, é possível extrair a forma oral com fulcro no contraditório e na ampla defesa.

9. A definição da oralidade como espécie normativa depende do critério de distinção empregado para diferenciar as normas jurídicas.

10. Adotada a distinção gradativa entre regras e princípios, fundada na importância sistêmica e/ou na generalidade, a oralidade em sentido amplo e seus elementos caracterizam princípios e subprincípios sistematizadores do processo, respectivamente.

11. Tendo como referencial a distinção qualitativa (estrutura normativa), os elementos da oralidade em sentido amplo caracterizam comandos definitivos que podem ser aplicados mediante subsunção, ou seja, se enquadram como regras.

12. No que concerne à oralidade, a expressão "critério" constante do artigo 2° da Lei 9.099/95 deve ser entendida para todos os fins como princípio, pois utilizada para estruturar o procedimento sumaríssimo e dar coerência interpretativa ao microssistema processual dos Juizados Especiais, não havendo razão jurídica para diferenciação.

13. A conceituação da oralidade como técnica ou regra técnica visando flexibilizá-la por motivos de eficiência não tem aplicação no processo penal, pois além do inerente conteúdo político, há um núcleo axiológico que a caracteriza como garantia processual e que não comporta seu afastamento por mera conveniência.

14. A audiência é o ato processual que melhor espelha a oralidade e tem papel simbólico vinculado à legitimação estatal na aplicação de normas penais.

15. A oralidade possui um fundamento político, pois o contato direto e oral do juiz com as partes e demais intervenientes contribui para ressignificar o modo de operar estatal na resolução dos conflitos penais, redimensionando a carga de violência que lhe é inerente.

16. O fundamento racional da oralidade repousa na naturalidade e fluidez da comunicação pela fala entre as pessoas e o maior potencial em se obter a adequada compreensão das situações humanas.

17. A oralidade também ostenta caráter instrumental e de reforço para certos princípios e garantias processuais, as quais não atingiriam suas finalidades ou não teriam a eficiência esperada caso não atuasse.

18. Na prova originada de fontes pessoais e no interrogatório, a oralidade contribui para formar o livre convencimento do julgador e melhor averiguar o fato, pois o contato direto e pela via oral é condição necessária para a adequada compreensão do material cognitivo.

19. A oralidade contribui para o contraditório na medida em que maximiza a dialética processual na produção da prova pessoal e permite que seja exercido com eficiência.

20. A celeridade é uma das aspirações da oralidade, motivo pelo qual prevê a concentração dos atos processuais de prova, debates e julgamento numa única audiência.

21. A forma oral e a concentração viabilizam a publicidade do processo e a fiscalização da própria atividade jurisdicional. Atualmente, esse controle é expandido pela inserção na *internet* do conteúdo das gravações de audiências em audiovisual.

22. Os elementos da oralidade dão forma ao processo oral e materializam o seu *modus operandi* na realidade processual.

23. No processo oral, a escrita tem a dúplice função de documentação e preparação, seja para o ajuizamento da ação penal a partir dos dados da investigação preliminar, seja a realização da audiência de instrução, debates e julgamento.

24. No sentido subjetivo ou formal, a imediação diz respeito ao contato direto e sem intermediários do juiz em unidade de tempo e espaço com as partes e intervenientes processuais em relação aos atos juridicamente relevantes para a resolução da causa, abrangendo as provas pessoais e as alegações das partes. Possui duas dimensões, uma estática ou passiva, relativa ao contato direto do juiz com as fontes de conhecimento, e outra dinâmica ou ativa, consubstanciada na função diretiva do juiz na audiência, incluindo a interação com as fontes de prova. No sentido objetivo ou material, concerne ao uso dos meios de prova que tenham relação mais direta com o fato a ser provado.

25. A imediação é tanto uma técnica para formar provas, determinante para a informação recebida no processo alcançar o *status* de prova, como um método para conhecimento judicial, isto é, de captação da realidade que alimenta o convencimento do juiz.

26. A identidade física impõe que o mesmo juiz deve recepcionar toda a prova pessoal e assistir aos debates, seja em audiência única, seja em mais de um ato, para então proferir a decisão de mérito. Trata-se do principal parâmetro do processo oral e que em última análise justifica sua adoção, muito embora admita relativização em situações excepcionais.

27. A concentração consiste na realização de uma única audiência para produzir prova pessoal, debates e julgamento. Trata-se do elemento facilitador para a atuação conjunta da oralidade em sentido estrito com a imediação, cuja função esperada é a aproximação temporal entre a recepção da prova e a decisão de mérito para minimizar a perda das impressões colhidas. Abrange ainda o aspecto espacial, relacionado à realização da audiência em local apropriado e na presença de todas as partes e sujeitos processuais.

28. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias constitui um pressuposto da concentração, pois a decisão a ser proferida na audiência una resolve não apenas o mérito da causa, mas todas as demais questões e incidentes alegados. Ao impedir a interposição de recursos contra decisões interlocutórias ao longo do processo e centralizar as impugnações

num único recurso após a audiência de julgamento, busca-se evitar a paralisação da marcha procedimental.

29. A efetividade do processo oral pode ser afetada por quatro fatores: a) critérios legislativos incoerentes sob o prisma sistêmico e exceções legais demasiadamente abertas; b) circunstâncias processuais imprevistas ou previstas, mas aceitas pelo sistema; c) circunstâncias extraprocessuais; d) comportamento dos sujeitos processuais. Dentre esses, o que demanda maior cuidado é a coerência legislativa.

30. A leitura em audiência de material escrito – a pretexto de cumprir a premissa de que somente o exposto oralmente em audiência pode ser considerado na decisão de mérito – não significa atender à oralidade, além de resvalar em formalismo excessivo.

31. A oralidade não se limita ao procedimento de primeiro grau e repercute também na fase recursal. O modelo recursal de apelação plena, com reabertura da atividade probatória em segundo grau, condiz com o processo oral, pois permite a imediação e a oralidade na etapa recursal. Apesar disso, possui graves disfuncionalidades, além de não favorecer a celeridade processual.

32. No modelo recursal de apelação restrita, sem produção de provas em segundo grau, a reanálise da prova pessoal implica em nova valoração dos fatos sem imediação do órgão *ad quem* com as provas. Nesse caso, o duplo grau de jurisdição em sua vertente tradicional, que abrange matéria de fato e de direito, constitui um fator de limitação à oralidade.

33. O modelo recursal mais consentâneo com a oralidade é o de cassação, que limita a discussão à matéria de direito ou questões processuais, com exclusão do reexame dos fatos. Não há os inconvenientes da reabertura de provas em segundo grau e nem enseja a (re)valoração de prova que dependa da imediação, mas afeta em parte o duplo grau de jurisdição ao excluir a análise da matéria fática.

34. Apesar de não equivaler ao contato direto e pessoal pela falta de interação em tempo real, a gravação em suporte audiovisual da audiência permite o acesso ao exato teor das declarações e a visualização dos participantes, atenuando razoavelmente a falta de imediação.

35. Os indicadores verbais e objetivos do depoimento constituem a base da avaliação e devem ser usados na aferição da sinceridade do depoente e veracidade de seu relato. De forma complementar e subsidiária, os marcadores paraverbais e de linguagem corporal podem ser valorados, desde que cotejados com as demais provas e mediante motivação expressa.

36. A informatização e as novas tecnologias da comunicação instigam a renovação da oralidade em vários contextos, mas não há superação de sua base teórica e de seus fundamentos, que continuam vigentes e relevantes.

37. Antes de 2008, os ritos ordinário e sumário no Código de Processo Penal eram desconcentrados e, salvo experiências legislativas breves e limitadas, não havia previsão da identidade física. A oralidade se resumia aos atos de prova pessoal e interrogatório e, no procedimento sumário, também aos debates.

38. A Lei 11.719/08 imprimiu um ambiente procedimental mais favorável à oralidade, prevendo a audiência concentrada com produção da prova pessoal, interrogatório, com debates orais e sentença proferida em audiência, além da identidade física.

39. A previsão legal de videoconferência é uma forma de viabilizar a concentração e a identidade física nos casos de testemunhas residentes fora da sede do juízo e de acusados soltos impossibilitados de comparecer fisicamente.

40. A gravação da audiência em sistema audiovisual, meio de registro de absoluta fidedignidade da prova pessoal e do interrogatório, traz vantagens em diversas situações processuais: a) avivar a memória do juiz da causa nos casos em que a audiência una seja cindida; b) acesso pelo juiz da causa ao conteúdo da prova colhida fora da sede do juízo; c) acesso à prova pelo novo juiz que assumir a causa para julgá-la nos casos em que a identidade física for excepcionada; d) acesso do órgão *ad quem* à prova pessoal em sede recursal.

41. O artigo 399, § 2°, do CPP instituiu como fato gerador da vinculação a presidência de todos os atos de instrução e não apenas a conclusão da audiência. A analogia com o artigo 132 do CPC-73 é indevida, cuja aplicação subsidiária ao processo penal somente era cabível no que dizia respeito às exceções à identidade física, como os casos de convocação, licença, aposentadoria, promoção e afastamento por qualquer motivo.

42. A redação do artigo 399, § 2°, do CPP é duplamente falha ao não exigir que o juiz que iniciou a instrução continue até o término das provas e ao não estipular exceções à identidade física.

43. A A revogação do artigo 132 do CPC-73 não significa a aplicação absoluta da identidade física, pois existem situações que justificarão a alteração do juiz que decidirá a causa. Na ausência de norma legal expressa, a tendência da jurisprudência é decidir casuisticamente ou até mesmo continuar a aplicar as exceções do revogado art. 132 do CPC-73, gerando insegurança jurídica e enfraquecendo a identidade física.

.

44. A despeito de não integrar a garantia do juiz natural, a identidade física auxilia a concretizá-la na medida em que vincula uma pessoa física ao processo e evita discricionariedade na determinação do juiz que decidirá a causa.

45. Legislativamente impõem-se duas alterações para a identidade física funcionar adequadamente no procedimento ordinário e sumário. A primeira é estipular que o juiz que iniciou a instrução prossiga nos demais atos instrutórios até o final; a segunda é prever exceções à identidade física compatíveis com o processo oral.

46. Salvo as provas não repetíveis, cautelares e antecipadas, a prova oriunda de fontes pessoais deve ser constituída dentro do processo, oralmente, na presença do juiz e em contraditório de partes, sob pena de não ser aproveitável na formação do convencimento judicial, ainda que subsidiariamente.

47. A definição legal das provas não repetíveis, cautelares e antecipadas é essencial ao processo oral. A omissão do legislador resulta em insegurança jurídica e abre brechas no sistema da oralidade-imediação.

48. No silêncio da lei, a prova não repetível pode ser definida como aquela cuja fonte possui alto potencial em ser modificada, extinta ou não ser localizada. A irrepetibilidade se subdivide em natural ou potencial, associada à conhecida transitoriedade da fonte, e superveniente, relativa à fonte que não permanece presente até o julgamento por circunstâncias imprevisíveis, quer involuntárias, quer atribuíveis à vontade humana.

49. As provas cautelar e antecipada se enquadram no conceito de prova naturalmente não repetível. Já a menção à prova não repetível deve ser entendida como prova não repetível superveniente.

50. As provas não repetíveis por fato superveniente devem ser utilizadas de modo subsidiário e apenas quando corroborarem outros elementos de provas, salvo quando haja prática de atos ilícitos de terceiros que atentem contra a escorreita produção da prova, quando então poderá ser valorada autonomamente. Idêntico tratamento deve ser dado à prova repetível imperfeita em caso de práticas ilícitas de terceiros.

51. A leitura de declaração precedente prestada na fase policial tem utilidade apenas para averiguar a credibilidade da testemunha e a fidedignidade do relato apresentado em juízo, não caracterizando elemento de prova.

52. O testemunho indireto, por afetar a imediação em seu sentido objetivo e o contraditório, em regra, não deve ser admitido. Somente se individualizada a fonte de prova e constatada a sua indisponibilidade absoluta é que o testemunho de ouvir dizer pode ser aproveitado, mas em caráter subsidiário.

53. Salvo a incompetência superveniente, a nulidade decorrente de incompetência absoluta alcança os atos instrutórios. Na incompetência relativa, os atos instrutórios podem ser aproveitados, mas se o juiz já tiver colhido toda a prova e estiver vinculado, não poderá reconhecer sua incompetência de ofício.

54. A colheita da prova pessoal pelo mesmo juiz não é um requisito de admissibilidade para a prova ser emprestada de um processo a outro. É desnecessário também que a prova seja irrepetível no juízo destinatário.

55. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias é relativa no Código de Processo Penal. Além dos meios constitucionais de impugnação, a lei processual excepcionalmente admite recurso contra determinadas decisões interlocutórias.

56. Aplica-se à primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida a identidade física prevista no artigo 399, § 2°, do CPP.

57. A amplitude cognitiva da instrução preliminar tende a enfraquecer a oralidade na instrução em plenário em razão da repetição de atos e do tempo transcorrido entre estas fases. Uma possível solução seria sumarizar o procedimento da primeira fase do júri ou reduzir a complexidade cognitiva da fase de admissibilidade da acusação.

58. O sistema da íntima convicção e a ausência do dever de motivação do tribunal do júri pode resultar em decisões fundadas exclusivamente em elementos informativos, ainda que não constituam provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis. Essa discrepância pode ser corrigida no plano legislativo mediante a criação de regras específicas de admissibilidade das provas em plenário.

59. Por imposição da Constituição Federal de 1988, o procedimento penal das infrações de menor potencial ofensivo deve contemplar todos os elementos da oralidade em sentido amplo, notadamente a identidade física, sob pena de inconstitucionalidade.

60. No julgamento dos recursos são exteriorizações da oralidade a leitura do relatório e dos votos, os eventuais debates entre os integrantes do órgão julgador e a sustentação oral das partes.

61. O modelo recursal adotado pelo Código de Processo Penal é de apelação restrita, sem produção de provas em segundo grau e prescindindo da imediação quanto à matéria fática.

62. O duplo grau de jurisdição, abrangente da matéria fática e jurídica, é um direito constitucional implícito no ordenamento brasileiro, cuja titularidade em princípio pertence ao acusado e ao órgão acusador. Quanto ao réu, além de também ser uma garantia convencional, o duplo grau interage e complementa a ampla defesa e a presunção de

inocência, não sendo passível de flexibilização, salvo exceções constitucionais. Em relação ao órgão da acusação, não possui a mesma densidade jurídica e pode ser relativizado pela legislação infraconstitucional, como, por exemplo, a instituição de um modelo recursal de cassação.

63. Apesar de não equivaler à imediação, a gravação da audiência de instrução e julgamento confere maior coeficiente de oralidade no julgamento dos recursos e fortalece juridicamente a sustentabilidade do modelo infraconstitucional de apelação restrita com legitimidade concorrente do acusado e do órgão acusador.

64. O artigo 616 do CPP atribui faculdade ao órgão *ad quem* para a realização de novo interrogatório e de reinquirição de testemunhas. Excepcionalmente, admite-se a prática de atos até então não praticados, como o interrogatório de réu até então não ouvido e a prova não repetível se constatada a disponibilidade da fonte quando do julgamento do recurso.

65. Por imperativo constitucional, no julgamento da apelação pelas Turmas Recursais o duplo grau de jurisdição para o órgão da acusação é relativizado pela oralidade e não abrange matéria fática. Diversamente, em relação ao acusado alcança a matéria de fato e de direito, pois o duplo grau atua em conjunto com a ampla defesa e a presunção de inocência.

66. Aplica-se o artigo 399, § 2°, do CPP aos julgamentos colegiados instituídos pela Lei 12.694/12 com as devidas particularidades. Caso a criação do colegiado tenha antecedido o início da atividade probatória e o motivo da sua criação tenha sido a emissão de sentença, todos os membros deverão atuar nos atos de instrução e, ao final, proferir a decisão. Se a instrução tiver sido presidida por um único juiz, somente ele poderá decidir a causa e não o colegiado.

67. Nos casos de prisão em flagrante, a audiência de custódia trouxe incremento ao coeficiente de oralidade na fase pré-processual, que até então se baseava exclusivamente na leitura de escritos.

68. Apesar da limitação cognitiva vertical e horizontal, o ato em si é beneficiado pelo contato oral e imediato, que contribui para uma decisão sobre a legalidade e necessidade da prisão mais embasada e condizente com a realidade fática e jurídica, além de possibilitar a apuração de eventuais abusos ou maus-tratos porventura ocorridos no ato de detenção.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

ABIÁN, Rosario Herrera. **La inmediación como garantía procesal** (en el proceso civil y en el proceso penal). Granada: Editorial Comares, 2006.

ALENCAR, Claudio Demczuk de. Os períodos do processo penal romano e seus respectivos procedimentos. **Revista CEJ**. Brasília, v. 16, n. 58, p. 65-69, set.-dez., 2012.

ALENCAR, Claudio Demczuk de. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 49, n. 193, p. 285-295, jan.-mar., 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Sobre a estrutura dos princípios jurídicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**. Belo Horizonte, v. 3, jan.-jun., p. 155-167, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Identidade física do juiz: regra de competência funcional ou mera recomendação legal? **De Jure** – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 6, p. 335-341, jan.-jun., 2006.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Estudo comparativo da oralidade civil e da oralidade penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. São Paulo, v. 36, n. 1-2, jan.-ago, 1941.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. v.I. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALONSO, Carlos de Miguel y. El principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. México, n. 24, ano VIII, p. 791-799, septiembre-diciembre, 1975.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos direitos dos povos**. 11. ed. São Paulo: Ícone, 2006.

ALVAREZ, Daniel González. **La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal**. Disponível em: http://metajus.com.br/textos-estrangeiro/texto-estrangeiro7.html. Acesso em: 16 dez. 2016.

ALVIM, Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. v. 5. São Paulo: RT, 1979.

ALVIM, Arruda; MICHELI, Gian Antonio; FORNACIARI JÚNIOR, Clito; PELUSO, Antonio Cezar; ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. Promoção do juiz depois de terminada a instrução e antes da prolação da sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v. I, n. 4, p. 219-226, out-dez., 1976.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMORIM, Sebastião Luiz. O princípio da identidade física do juiz no processo penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 66, n. 504, p. 451-453, out. 1977.

AMORIM, Sebastião Luiz. Vinculação do juiz no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 64, n. 476, p. 280-283, jun. 1975.

AMRANI-MEKKI, Soraya. **El impacto de las nuevas tecnologias sobre la forma del proceso civil**. Disponível em: https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/6tecmek.pdf. Acesso em: 18 out. 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca (org.). **Código de Instrução Criminal francês de 1808**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANDRADE, Roberta Lofrano. **Processo penal e sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ANDREWS, Neil. Identifying fundamental principles of civil justice. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, p. 107-121, dez. 2009.

ANTONIOTTI, Daniel. **Oralidad y argumentación en el proceso penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos Estados Unidos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, edição comemorativa, v. 1, n. 1, p. 1.719-1.734, 2015.

ARDITI, Enrique A. Sosa; FERNANDEZ, José. **Juicio oral em el proceso penal**. Buenos Aires: Astrea, 1994.

AROCENA, Gustavo A. La oralidade em debate. *In*: NORES, José I. Cafferata; AROCENA, Gustavo A. **Temas de derecho procesal penal (conteporáneos)**. Córdoba: Editorial Meditarránea, 2001.

ARONNE, Bruno da Costa. Reflexões sobre a oralidade no processo eletrônico. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 3, v. III, p. 109-124, jan.-jun., 2009.

ARRUDA, Eloísa de Sousa. Comentários ao procedimento do júri com as alterações introduzidas pela Lei 11.689/08. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, jul.-dez., 2008.

ASMUS, Torben. A justiça penal e a investigação penal na Alemanha. Tradução de Marcellus Polastri Lima. *In*: AMBOS, Kai; BOHM, Maria Laura (coord.). **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Victor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

AURELLI, Arlete Inês. A produção da prova oral por videoconferência no âmbito do processo civil. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). **A prova no direito processual civil**. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br. Acesso em: 9 fev. 2016.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à história do direito**. 4. ed. São Paulo: RT, 2013.

AZEVEDO, Noé. Parecer do Instituto dos Advogados de São Paulo. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

AZEVEDO, Noé. A criação de tribunais coletivos na 1ª instância para possibilitar a verdadeira oralidade do processo, com recurso apenas sobre matéria de direito. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 3, n. 14, p. 28-32, mar.-abr., 1955.

AZEVEDO, Noé. Oração do Paraninfo à Turma de Bacharelandos de 1938. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 80, p. 219-227, out.-dez., 1939.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: RT, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A regra da identidade física do juiz na reforma do código de processo penal. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 200, ano 17, p. 12-14, jul. 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 15, n. 65, p. 175-208, mar.-abr., 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias (coord.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Os rituais judiciários e o princípio da oralidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. A oralidade processual e a construção da verdade jurídica. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 15, n. 23, p. 131-160, 2008.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. O princípio da oralidade visto sob uma perspectiva empírica: uma alternativa metodológica de pesquisa em direito. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI realizado em Brasília/DF**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Percepções "brasileiras" acerca da oralidade processual argentina: dilemas e significados numa perspectiva comparada. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza/CE**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa**. v. XX, t. V, 1893. Trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958.

BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 221, p. 159-188, jul.-set., 2000.

BARREIROS, José Antonio. **Processo penal**. Coimbra: Coimbra, 1981.

BARRETO, Cunha. Oralidade e concentração no processo civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 195-206, abr.-jun., 1938.

BARROS, Flaviane M. Editorial dossiê "oralidade e garantias processuais penais": de qual oralidade podemos falar? **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 809-823, set.-dez., 2017.

BARROS, Ivone da Silva. **A identidade física do juiz no processo penal brasileiro**. 183f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.

BARROS, Marco Antonio de. Procedimento penal acusatório das *quaestiones perpetuae*: fonte da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 59, n. 178, p. 27-35, abr.-jun., 1997.

BARROS, Marco Antonio de. Julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organização criminosa e princípio da identidade física do juiz. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 103, v. 933, p. 565-579, jul. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BÁRTOLI, Márcio. A identidade física do juiz no processo penal. **Boletim IBCCrim**. Edição Especial. São Paulo, edição especial, v. 18, p. 18, ago. 2010.

BAUMANN, Jurgen. **Derecho procesal penal**. Conceptos fundamentales y principios procesuales. Tradução de Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1986.

BAZERMAN, Charles. **Teoria da ação letrada**. Tradução de Milton Camargo Mota, Angela Paiva Dionísio e Judith Hoffnagel. São Paulo: Parábola Editorial, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; BRASIL JR; Samuel Meira; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A oralidade no processo civil brasileiro (relatório nacional). *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil**. Novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao art. 132 do CPC. *In*: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; MIRANDA, Gustavo Senna. **Princípios do processo penal**: entre a garantia e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009.

BERNHARDT, Wolfgang. O domínio das partes no processo civil. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

BIDART, Adolfo Gelsi. **Situacion, perspectiva y razon de oralidad**. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1975.

BIDART, Adolfo Gelsi. La oralidade em el derecho uruguayo. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. México, n. 37-40, t. X, p. 713-719, enero-diciembre, 1960.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINDER, Alberto M. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Nuevo Léon: Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2014.

BINDER, Alberto M. **La justicia penal en la transición a la democracia en América Latina**. Disponível em: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1994_04.pdf. Acesso em: 15 out. 2018.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. A oralidade no processo penal. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v.74, p. 207-213, abr-jun., 1938.

BONA, Antônio. O Estado Novo e a Justiça. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 78, p. 442-446, abr.-jun., 1939.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de proceso penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot; PARRA NETO, Domingos. **O novo procedimento do júri**. Comentários à Lei 11.689/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Introdução ao processo civil moderno**. São Paulo: Lex, 2010.

BOVINO, Alberto. **Principios políticos del procedimiento penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

BOVINO, Alberto. A atividade probatória perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução de Luís Reyes Gil. **Revista Universitária de Direitos Humanos**. São Paulo, ano 2, n. 3, p. 61-83, 2005.

BRAGA, Antônio Pereira. Parecer do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil sôbre o Anteprojeto do Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 78, p. 422-423, abr-jun., 1939.

BRENTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro.** 110f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 2. ed. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v.1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALAMANDREI, Piero. Premissas políticas do projeto de Código Processual Civil italiano. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CALMON, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 34, n. 178, p. 47-75, dez., 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A oralidade e o processo civil. Estado atual da questão. *In*: **Escritos de direito processual**. Terceira série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da oralidade e o sistema recursal nos Juizados Especiais. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, n. 72, ano 18, out. 2010. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70489. Acesso em: 24 mar. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 223, p. 39-53, set. 2013.

CAMPOS, Francisco. A reforma processual. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASARA, Rubens R. R. O direito ao duplo grau de jurisdição e a Constituição: em busca de uma compreensão adequada. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro. O valor atual da oralidade. Tradução de Daniel Ustárroz. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 50, n. 297, p. 12-18, jul. 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos históricos-comparativos). Tradução de Daniel Ustárroz e Handel Martins Dias. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 32, n. 100, p. 409-442, dez., 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARDOSO, Antonio Pessoa. **Processo sem autos**. Oralidade no processo. Curitiba: Juruá. 2002.

CARDOSO, Oscar Valente. A oralidade no processo civil brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 115, p. 52-64, out., 2012.

CARDOSO, Oscar Valente. A oralidade (e a escrita) no Novo Código de Processo Civil brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre, n. 1, v. VIII, ano 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho procesal civil y penal**. v. II. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. La publicidad del proceso penal. *In*: **Cuestiones sobre el proceso penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961.

CARNELUTTI, Francesco. **Das provas no processo penal**. Tradução de Vera Lúcia Bison. Campinas: Impetus, 2005.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Abeledo-Perrot: Buenos Aires, 1986.

CARRÓN, Clara Fernández. La inmediación en la segunda instancia penal y civil: ¿resulta razonable que su significado y alcance varíe en función de la naturaleza del proceso? *In*: DEU, Tereza Armenta (coord.) **La convergência entre proceso civil y penal**. ¿Una dirección adecuada? Madrid: Marcial Pons, 2013.

CARVALHO, Ivan Lira de. O princípio da identidade física do juiz na nova redação do CPC. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, n. 10, p. 186-184, maio 1993.

CARVALHO, Gabriel Rodrigues de. A importância da oralidade no processo penal a partir da noção de compreensão cênica. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 907-928, set.-dez., 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Princípios e sobreprincípios na interpretação do direito. *In*: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barroza Baeta (coord.). **Direito constitucional contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito geral e do Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CASTRO, José Monteiro de. O sistema oral e a realidade brasileira. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 78, p. 434-441, abr.-jun., 1939.

CASTRO, Torquato. Prática ab-rogatoria das praxes forenses contra a oralidade, a concentração e a imediateza. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 07-16, nov.-dez., 1959.

CEGAMA, José A. Chamorro Ladrón de. Algunas reflexiones sobre el principio de inmediación en el proceso civil y su mejor cumplimiento en la práctica judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho**. Extremadura, n. 2, p. 529-547, 1983.

CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2016.

CHALITA, Gabriel. **A sedução no discurso**. São Paulo: Planeta, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. t. II. Tradução de José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. t. I. Tradução de José Casáis y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento oral. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no processo civil moderno. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. Tradução de Osvaldo Magon. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. t. I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. **Derecho procesal penal**. t. III. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. t. I. Tradução de Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

CORDEIRO, Néfi. A recorribilidade das interlocutórias no processo penal. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Direito penal e processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. A oralidade processual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 29, n. 126, p. 453-460, ago. 1940.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da; GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova lei penal**. A nova lei processual penal. São Paulo: RT, 1977.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, ano 30, n. 30, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 179, p. 165-178, jul.-set., 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 46, n. 183, p. 103-115, jul.-set., 2009.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1958.

COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CRISTOFOLINI, Giovanni. Poderes da parte e poderes do juiz: instrução do processo. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CROZARA, Rosberg de Souza; PAULA, Leonardo Costa de. O princípio da oralidade no processo penal brasileiro. Leis 11.689, 11.690 e 11.719 de 2008. *In*: LIMA, José Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (org.) **Temas para uma perspectiva crítica do direito**. Homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Regras e princípios: por uma distinção normoteorética. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, n. 45, p. 37-73, 2006.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Garantias processuais dos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **A proibição de dupla persecução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado; BARROS, Suzana de Toledo. A oralidade nas turmas recursais. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 8, n. 89, p. 7, abr. 2000.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. O princípio da oralidade e o processo eletrônico. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 4, p. 1961-1989, 2012.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. O princípio da oralidade deve se subsumir ao processo eletrônico. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, n. 15, p. 465-457, ago. 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Jurisdição e competência**. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Breves notas sobre a regra da identidade física do juiz. *In*: **Provas**. Aspectos atuais do direito probatório. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DALL'AGNOL, Antonio. Do processo de conhecimento. Arts. 102 a 242. *In*: SILVA, Ovídio A. Batista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: RT, v. 2, p. 153-161, 2007.

DE CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Yordan Moreira; COSTA, Werton Magalhães. **Comentários à reforma do código de processo penal e lei de trânsito**. Salvador: Juspodivm, 2009.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no processo penal brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de derecho procesal penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In*: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renatoi; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (org.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. v. 2. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Bases alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: RT, 1998.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 82, n. 687, p. 253-269, jan. 1993.

DOTTI, René Ariel. O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 34, n. 134, p. 269-274, abr.-jun., 1997.

DUARTE, Walter Antonio Dias. **Identidade do juiz e o proceso penal brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EBERHARDT, Marcos. **Um novo desenho para identidade física do juiz no processo penal**. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/um-novo-desenho-para-identidade-fisica-do-juiz-no-processo-penal-por-marcos-eberhardt/. Acesso em: 30 ago. 2015.

EISNER, Isidoro. **La inmediación en el proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1963.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

ESTELITA, Guilherme. O processo oral e sua adoção no Brasil. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

FARAH, Elias. A advocacia e a crise da oralidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 2, n. 4, p. 167-173, jul.-dez., 1999.

FARAH, Elias. A oratória forense: reflexões sobre alguns aspectos práticos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, v. 11, n. 22, p. 50-71, jul.-dez., 2008.

FARIAS, Bianca de Oliveira. Análise crítica dos princípios do contraditório e da oralidade. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 3, v. III, p. 89-108, jan.-jun., 2009.

FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno. Tradução de Wanderlei de Paula Barreto. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 10, n. 39, p. 27-34, jul.-set., 1985.

FÁVERO Leonor Lopes; ANDRADE, Maria Lúcia da Cunha Vitório de Oliveira; AQUINO, Zilda Gaspar de Oliveira. **Oralidade e escrita**. Perspectivas para o ensino de língua materna. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

FENOLL, Jordi Nieva. **Derecho processal III**. Proceso penal. Madrid: Marcial Pons, 2017.

FENOLL, Jordi Nieva. Los problemas de la oralidad. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 67, p. 237-257, set-dez., 2010.

FENOLL, Jordi Nieva. Oralidad e inmediación en la prueba: luces y sombras. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 2, p. 27-41, jul.-set., 2010.

FENOLL, Jordi Nieva. Inmediación y valoración de la prueba: el retorno de la irracionalidade. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 1, p. 03-24, jan.-apr., 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 17, n. 200, p. 19-20, jul. 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal constitucional**. 11. ed. São Paulo: RT, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance; Tipicidade e sucedâneos da prova. *In*: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). **Provas no processo penal**. Estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

FERRARO, Felipe Waquil. **A prova testemunhal**. Uma distinção entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios e regras em direito constitucional. Contribuição para uma polêmica doutrinária. *In*: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barroza Baeta (coord.). **Direito constitucional contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

FISCHER, Steven Roger. **Uma breve história da linguagem**. Introdução à origem das línguas. Tradução de Flávia Coimbra. Osasco: Novo Século, 2009.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934.

FLORIAN, Eugenio. **De las pruebas penales**. t. I. Tradução de Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1995.

FOLGUEIRO, Hernán Luis. Principio de inmediación: hacia una fundamentación epistemológica. **Lecciones y ensayos**. Buenos Aires, n. 72-74, p. 307-314, 1998-1999.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **Libras no Judiciário**: um débito social. Disponível em: http://www.inclusive.org.br/?p=13321. Acesso em: 15 dez. 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

FRAGA, José A. Prado. Projeto do Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 78, p. 447-454, abr.-jun., 1939.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANCISCO, João Eberhardt. A oralidade e a relação entre juiz, advogados e as partes no contexto da informatização do processo. *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual**. Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

FRANK, Jorge Leonardo. **Sistema acusatorio criminal y juicio oral**. Buenos Aires: Lerner, 1986.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A silenciosa reforma processual da Lei 12.694/12**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-ago-05/segunda-leitura-silenciosa-reforma-processual-lei-1269412. Acesso em: 04 dez. 2014.

FURMANN, Ivan. Os limites da oralidade como forma ‘adequada’ de produzir verdade no direito. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. Franca, n. 22, v. 15, p. 423-451, 2011.

FYSCHINGER, José Francisco. Juiz criminal e identidade física: até quando não? **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 15, n. 180, p. 16-18, nov., 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve estudo sobre a oralidade no processo civil romano. **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, v. 9, n. 10, p. 77-95, maio 2006.

GALLUPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 36, n. 143, p. 191-209, jul.-set., 1999.

GALVÃO, Danyelle da Silva. **Interrogatório por videoconferência**. São Paulo: LiberArs, 2015.

GARCIA, Eduardo Augusto. El juicio oral en lo civil y comercial; GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e seus críticos. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

GAULIA, Cristina Tereza. O princípio da oralidade na Lei 9.099 de 26-9-1995. Uma releitura substancialista. **Doutrina Adcoas**. São Paulo, v. 5, n. 7, p. 236-242, jul., 2002.

GERBER, Daniel; LACAVA, Thais Aroca Datcho. **Princípio da identidade física do juiz no processo penal**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-out-07/identidade-fisica-juiz-processo-penal-contato-prova. Acesso em: 13 dez. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**. Considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito penal romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

GIORDANI, Mário Curtis. **História do direito penal entre os povos antigos do Oriente próximo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Problemas juridicos y politicos del proceso penal. v. 2. Buenos Aires: Juridicas Europa-América, 1961.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GOULART, Fábio Rodrigues. **Tribunal do júri**. Aspectos críticos relacionados à prova. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Décio Alonso. **Prova e imediação no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: RT, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. *In*: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal**. São Paulo: RT, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências criminais**. São Paulo, v. 24, n. 122, p. 43-61, ago. 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; TORON, Alberto Zacharias (coord.). **Código de processo penal comentado**. São Paulo: RT, 2018.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Os princípios numa perspectiva hermenêutica. Novos diálogos com Nelson Saldanha. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 49, n. 194, p. 283-294, abr.-jun., 2012. GONZAGA, Arthur Pagliusi. Do interrogatório por precatória. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 31, n. 66, p. 39-46, jul.-set., 1969.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; JOSÉ PODESTÁ, Tobías. A oralidade no novo código de processo penal da nação Argentina. Tradução de Caíque Ribeiro Galícia e Vinícius Diniz Monteiro de Barros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 849-878, set.-dez., 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Os princípios são regras. *In*: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barroza Baeta (coord.). **Direito constitucional contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GRECO, Leonardo. Os juizados especiais como tutela diferenciada. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetivada da prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429. Acesso em: 04 nov. 2009.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo, IBDP, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 24, n. 94, p. 34-66, abr.-jun., 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. Intuição e prova processual. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 11, n. 128, p. 9-10, jul., 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 8, n. 29, p. 11-33, jan.-mar., 1983.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. As interceptações telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do Código de Processo Penal modelo para Ibero-América na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 1, v. 1, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos do novo processo penal na América Latina. *In*: **O processo**. Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A instrução processual em Ibero-América. *In:* **O processo**. Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *In*: **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Remoção de juiz. Competência. *In*: **O processo**. Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo, DPJ, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. *In*: **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **A nova lei penal**. A nova lei processual penal. São Paulo: RT, 1977.

GUASTINI, Riccardo. Los principios constitucionales en tanto fuente de perplejidad. *In*: BAZÁN, Víctor (coord.). **Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo**. t. 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

GUEDES, Jefferson Carús. **O princípio da oralidade**. Procedimento por audiências no direito processual brasileiro. São Paulo: RT, 2003.

GUEDES, Jefferson Carús. Recursos retidos e a "aplicação" dos subprincípios da oralidade. *In*: NERY JR., Nelson; ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos**. São Paulo: RT, 2000.

GUEDES, Néviton. **A importância de Dworkin para a teoria dos princípios**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-nov-05/constituicao-poder-ronald-dworkin-teoria-principios?imprimir=1. Acesso em: 26 jul. 2016.

GUEDES, Néviton. **A dignidade dos julgamentos contra a superexposição do Judiciário**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-13/dignidade-julgamentos-superexposicao-judiciario. Acesso em: 15 ago. 2018.

GUILLÉN, Víctor Fairén. **Teoría general del derecho procesal**. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 1992.

GUSMÃO, Sadi Cardoso de. O juiz no processo oral. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 226-228, abr.-jun., 1938.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: RT, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GUIMARÃES, Leal. O prestígio das razões. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 257-258, abr.-jun., 1938.

GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e o processo escrito. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

GUIMARÃES, Luiz Machado. O processo oral e seus críticos. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

GUIMARÃES, Luiz Machado. A reforma processual e a missão do advogado. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

HABSCHEID, Walter. As bases do direito processual civil. Tradução de Arruda Alvim. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 3, n. 11-12, p. 117-145, jul.-dez., 1978.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HELLMANN, Siegmund. A oralidade no processo civil austríaco. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Processo constitucional**. Aspectos das decisões aditivas, urgência e oralidade. Curitiba: Juruá, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIGOUNET, Charles. **História concisa da escrita**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2003.

HILL, Flávia Pereira. O princípio da identidade física do juiz e o julgamento de mérito dos embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 3, v. III, p. 154-167, jan.-jun., 2009.

HIRSCH, Günter. Oralidad e inmediación del proceso. Tensión entre los parámetros constitucionales y los aspectos de la economía procesal en el procedimiento judicial. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, p. 189-202. julio-diciembre 2009.

HORCADES, Carlos M. **A evolução da escrita**. História ilustrada. Rio de Janeiro: Senac Rio, 2004.

IACOVIELLO, Francesco. **La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione**. Milano: Giuffrè, 1997.

IBANEZ, Perfecto Andrés. Sobre el valor de la inmediación (una aproximación critica). *In*: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ISAIA, Cristiano Becker. Novas posturas do direito laboral: a significação hermenêutica da sentença trabalhista diante do princípio da identidade física do juiz. *In*: **Revista do Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 33, n. 127, p. 28-40, jul.-set., 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. A imediatidade do juiz no processo civil como condição de possibilidade para a validade da sentença: uma análise hermenêutica. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 51, p. 9-21, jun., 2007.

IURA, Alexandre Miura. **Oralidade e escrita no processo civil**. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JOLOWICZ, John Anthony. Orality and inmediacy in english civil procedure. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. México, n. 24, ano VIII, p. 595-608, septiembre-diciembre 1975.

JOPPERT, Alexandre Couto. **Manual do novo júri**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUNOY, Joan Picó I. Los principios del nuevo proceso civil español. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 26, n. 103, p. 59-94, jul.-set., 2001.

JUNOY, Joan Picó I. **El principio de oralidad en el proceso civil español**. Disponível em: http://www.uv.es/coloquio/coloquio/informes/ip25esp.pdf. Acesso em: 07 fev. 2016.

LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. Sistemas processuais penais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, n. 774, p. 441-473, abr. 2000.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **Audiências**. Conciliação, saneamento, prova e julgamento. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: RT, 1995.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Oralidade e duplo grau de jurisdição. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n. 40, p. 48-59, jul., 1993.

LEAL, Vitor Nunes. Ignorância, rotina e chicana – os três maiores inimigos do processo oral. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 251-256, abr.-jun., 1938.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. A influência da identidade do juiz (primeira pessoa) nos processos de cognição e decisão judicial (terceira pessoa). **Revista CEJ**. Brasília, v. 7, n. 23, p. 77-85, dez., 2003.

LIMA, Alcides Mendonça de. Os princípios informativos no Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 82, n. 295, p. 421–427, jul.-set., 1986.

LIMA, Edgard de Oliveira. O novo Código do Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 78, p. 229-230, abr.-jun., 1939.

LIMA, Hermes. A reforma do processo civil. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

LIMA, Rogério Montai de. Princípio da identidade física do juiz. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, n. 19, p. 763-759, out. 2014.

LÍRIO, Dermeval. Da identidade física do juiz no processo. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano 56, v. 183, p. 494-500, maio-jun., 1959.

LOPES, André Côrtes Vieira. Breves considerações sobre o art. 132 do CPC e os conflitos negativos de competência. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 8, n. 284, 17 abr. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/5100/breves-consideracoes-sobre-o-art-132-do-cpc-e-os-conflitos-negativos-de-competencia. Acesso em: 28 set. 2010.

LOPES, José Antônio Mouraz. **A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português**. Coimbra: Coimbra, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. Lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v.1. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUIZ, Gilberto Antonio. **A nova sistemática processual penal e o princípio da 'identidade física do juiz' e as exceções previstas no CPC, especialmente as férias**. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/artigo/10489-A-nova-sistematica-processual-penal-e-o-principio-da-identidade-fisica-do-juiz-e-as-excecoes-previstas-no-cpc-especialmente-as-ferias. Acesso em: 13 fev. 2014.

LYRA, Roberto. O prestígio dos juízes e a reforma do processo civil. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MACHADO, Agapito. **Julgamento antecipado da ação penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Agapito. Juiz federal plantonista se vincula ao processo criminal? **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos do Instituição Toledo de Ensino**. Bauru, n. 24, p. 213-226, dez.-mar., 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. A identidade física do juiz no processo penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 64, n. 476, p. 451-453, jun., 1975.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. **Revista JUS**. Belo Horizonte, v. 42, n. 25, p. 47-65, jul.-dez., 2011.

MAIER, Julio B. J. **Derecho procesal penal**. Fundamentos. t. I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2016.

MAIER, Julio B. J. Las prohibiciones de valoración probatória em el procedimento penal. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal**. Leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MAIER, Julio B. J. El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 85, p. 248-256, jan-mar., 1997.

MAIER, Julio B. J. **El principio acusatorio como símbolo de la reforma hispanoamericana del procedimiento penal**, p. 12-19. Disponível em: http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/12_19a.pdf. Acesso em: 13 dez. 2016.

MAIER, Julio. B. J. ¿Es la inmediación una condición de la condena penal?: un aspecto parcial de la lucha entre inquisición vs. composición. **Jueces para la democracia**. Madrid, n. 49, mar. 2004.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALAN, Diogo Rudge; SAAD, Marta. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 94, n. 842, p. 413-436, dez., 2005.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Alexandre Augusto Correia. v. II. São Paulo: Saraiva, 1960.

MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

MANSUETI, Hugo Roberto. El problema de la oralidad en el proceso laboral argentino. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 37, n. 141, p. 201-219, jan.-mar., 2011.

MARANINI, Giuseppe. Princípio dispositivo e princípio inquisitório. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MARCON, Adelino. **O princípio do juiz natural no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARCON, Adelino. Princípio, regra e norma. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Processo penal, Constituição e crítica**. Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARGRAF, Priscila de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. **Prova oral**. Linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos. Curitiba: Juruá, 2018.

MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. 2. ed. t. I. Buenos Aires: Lerner, 1968.

MARICONDE, Alfredo Vélez. **Derecho procesal penal**. 2. ed. t. II. Buenos Aires: Lerner, 1969.

MARQUES, Paulo Edson. O interrogatório por carta precatória. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 42, n. 110, p. 93-102, jul.-set., 1980.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. II. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O princípio da oralidade e a descentralização da informação relevante no processo penal. **Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 09-20, abr.-maio 2012.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARTINS, Pedro Batista. Sôbre o Projeto de Codificação do Processo Civil e Comercial. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 168-170, abr.-jun., 1938.

MARTINS, Pedro Batista. Em defesa do ante-projeto de Código de Processo Civil. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MARTINS, Sandro Gilbert. Sustentação oral. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 11. São Paulo: RT, 2007.

MAYA, André Machado; URANI, Marcelo Fernandez. O princípio da identidade física do juiz e a função persuasiva da prova no processo penal. *In*: MAYA, André Machado; SOUZA JÚNIOR, Ney Fayet. **Ciências penais e sociedade complexa**. v. II. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDEIROS, Saboia de. Processo oral. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MELO, Luis Silveira. Fácil conciliação entre os adeptos e adversários da oralidade processual. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 78, p. 212-214, abr.-jun., 1939.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do livre convencimento motivado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

MENDONÇA, Meroveu. O processo oral. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 259-261, abr.-jun., 1938.

MILLAR, Robert Wyness. **Los principios formativos del procedimiento civil**. Tradução de Catalina Grossmann. Buenos Aires: Eidar, 1945.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. **Princípios fundamentais de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herbert Wuntzel Heinrichi. 5. ed. São Paulo: Bookseller, 2008.

MOMMSEN, Teodoro. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogota: Temis, 1991.

MONTEIRO, Marcelo Valdir; TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. **Comentários às recentes reformas do código de processo penal e legislação extravagante correlata**. São Paulo: Método, 2008.

MONTEIRO, Renan Cajazeiras. O princípio da identidade física do juiz e o processo penal. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 8, n. 98, p. 15, jan., 2001.

MORAES, José Rubens de. Princípio da oralidade: visão comparativa das suas múltiplas manifestações nos sistemas *common law* e "europeu continental." Breve confronto com as modernas tendências do processo civil brasileiro em tempos de reforma. *In*: CARVALHO, Milton Paulo de (coord.). **Direito processual civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MORATO, Francisco. A oralidade. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O proceso penal norte-americano e sua influência. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 26, n. 103, p. 95-107, jul.-set., 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e proceso penal: mão e contramão? **Revista de Processo**. São Paulo, n. 94, ano 24, abr-jun., 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas de la inmediación en el proceso civil. **Revista de Processo** São Paulo, n. 34, v. 9, p. 191-196, abr.-jun., 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Saneamento do processo e audiência preliminar. **Temas de direito processual civil**. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORETTI, Raúl. Situación y perspectivas de la oralidad en América. **Revista de la Facultad de Derecho de México**. México, n. 37-38-39-40, t. X, p. 643-665, enero-diciembre 1960.

MOREY, Jaime Suau. **Inmediación y apelación en el proceso penal**. Barcelona: Bosch, 2010.

MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. *In*: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barroza Baeta (coord.). **Direito constitucional contemporâneo**. Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NAZARETH, Eliana Riberti. A influência dos fatores psicológicos inconscientes nas decisões judiciais. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, ano 4, n. 17, p. 113-115, set-out., 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito processual penal militar em tempos de paz**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NICOLITT, André Luiz. **Processo penal cautelar**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

NICOLITT, André Luiz. Julgamento colegiado em primeiro grau (Lei 12.694/2012) e as dimensões do princípio do juiz natural. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 20, n. 240, p. 10-11, nov., 2012.

NICOLITT, André Luiz. Juiz sem rosto e crime organizado: a Lei 12.694/2012 e os direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 21, v. 105, p. 249-268, nov.-dez., 2013.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Algumas considerações sobre o princípio da identidade física do juiz. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 11, n. 1166, 10 set. 2006. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/8905. Acesso em: 22 jul. 2015.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. Nova Lei 12.694/2012 e o julgamento colegiado de organizações criminosas: há vantagem nisso? **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 20, n. 240, p. 15-16, nov., 2012.

NORES, José I. Cafferata. **La prueba en proceso penal**. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1998.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

NOVINSKY, Anita Waingort. **A inquisição**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do júri**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, A. Gonçalves de. Oralidade e tradição. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 223-224, abr.-jun., 1938.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**. Aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 212f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **O princípio da oralidade no processo civil**. Quinteto estruturante. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ONG, Walter. **Oralidade e cultura escrita**: a tecnologização da palavra. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. Desde as origens até o advento do novo milênio. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAINI, Reynaldo José Castilho. O artigo 132 do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 12, n. 45, p. 259-265, jan.-mar., 1987.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASKIN NETO, Max; RIBEIRO, Maria Danielle Rosa Padilha. A desproporcionalidade progressiva do princípio da identidade física do juiz em face dos avanços tecnológicos e do processo eletrônico. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, ano VIII, n. 5, p. 193-213, maio 2013.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado**. v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 1998.

PAULA, Alexandre de. **O processo civil à luz da jurisprudência**. v. 22. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

PAULA, Leonardo Costa de; CROZARA, Rosberg de Souza. O princípio da oralidade no processo penal brasileiro. Leis 11.689, 11.690 e 11.719 de 2008. *In*: LIMA, José Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (org.) **Temas para uma perspectiva crítica do direito**. Homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Duplo grau de jurisdição no processo penal**. Garantismo e efetividade. São Paulo: RT, 2006.

PEYRANO, Jorge W. **La prueba entre la oralidad y la escritura**. Disponível em: https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/7prupey.pdf. Acesso em: 15 nov. 2017.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**. Evolução histórica e fontes legislativas. Bauru: Jalovi, 1983.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983.

PINTO, Bilac. Aspectos da reforma processual brasileira. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Direito e sociedade no oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: RT, 2003.

PLATÃO. **Diálogos III**. Fedro (ou Do Belo), Eutífron (ou Da Religiosidade), Apologia de Sócrates, Críton (ou Do Dever), Fédon (ou Da Alma). Tradução, textos complementares e notas Edson Bini. 2. ed. Bauru: Edipro, 2015.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Sobre o princípio da identidade física do juiz e o julgamento dos embargos de declaração. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 17, n. 65, p. 230-234, jan.-mar., 1992.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**. Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Geraldo. Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às idéias de Julio B. J. Maier. *In*: BONATO, Gilson (org.). **Direto penal e direito processual penal**: uma visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRATA, Edson. Oralidade antes de Chiovenda. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba: Vitória, v. 1, p. 49-62, 1º trim. 1975.

PUGLIESE, Giovanni. As garantias do acusado na história do processo penal romano. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983.

PUOLI, José Carlos Baptista. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. *In*: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**. Passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Audiência processual penal**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

REIS, Ernani. A oralidade no processo. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 80, p. 209-210, out.-dez., 1939.

REIS, José Alberto dos. A oralidade no processo civil português. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

REIS, Nazareno César Moreira. A oralidade nos Juizados Especiais Cíveis Federais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 373, 15 jul. 2004. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/5439. Acesso em: 05 dez. 2015.

REZENDE FILHO, Gabriel de. A reforma processual. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Audiência preliminar e oralidade no direito brasileiro. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**. Lisboa, v. II, ano 60, p. 719-755, 2000.

RODRÍGUEZ, Nicolás Cabezudo. **Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Engane-me se puder**: a linguagem corporal entra no jogo processual? Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual. Acesso em: 15 abr. 2016.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. 2ª tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

RUIZ, Francisco López. El principio de inmediación en el proceso penal: una crítica epistemológica. **Justicia** – Revista de Derecho Procesal. Barcelona, n. 1, 2016.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**. Conteúdo e alcance constitucional. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAMPAIO, André Rocha; MELO, Marcos Eugênio Vieira. Cultura inquisitória e as falsas oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 879-905, set.-dez., 2017.

SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. **Audiência virtual**. Videoconferência e outras questões. Niterói: Impetus, 2011.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. A falaciosa identidade física do juiz no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 245, v. 21, p. 09, abr. 2013.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Reforma do processo penal: instrução e julgamento. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, ano 9, n. 31, p. 101-112, jan.-abr., 2008.

SANTOS, Claudionor Mendonça dos. **Regra da identidade física do juiz**. Disponível em: http://www.google.com.br/search?hl=pt-BR&q=a+identidade+do+juiz+e+o+processo+penal+brasileiro&start=20&sa=N. Acesso em: 21 nov. 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 18. ed. Saraiva: São Paulo, 1995.

SANTOS, Robert Ursini dos. **Interrogatório por carta precatória e princípio da identidade física do juiz**. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=10513. Acesso em: 15 jan. 2016.

SCHLOSSER, Peter. Oralidad e inmediación en el proceso civil en Alemania. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, p. 257-276, julio-diciembre, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.) **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Tradução de Aloar Leite. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.) **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Tradução de Danielle Soares Delgado Campos. São Paulo: Marcial Pons Brasil, 2013.

SEMON, Hans M. O debate oral no processo civil alemão. *In*: **Processo oral**. Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros. 1ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

SIDOU, J. M. Othon. **Processo civil comparado**. Histórico e contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SIDOU, J. M. Othon (org.). **Dicionário jurídico**. Academia Brasileira de Letras. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SIDOU, J. M. Othon. A recepção da oralidade no sistema processual brasileiro. **Revista brasileira de direito processual**. Uberaba: Forense, v. 31, p. 77-83, 1º trim. 1982.

SIDOU, J. M. Othon. **Os recursos processuais na história do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. O regime processual civil experimental do Decreto-Lei n. 108/2006, de 8 de junho. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba, v. 19, n. 73, p. 23-39, jan.-mar., 2011.

SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. 4. ed. t. I. Lisboa: Editorial Verbo, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan.-jun., 2003.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados especiais criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Marco Antonio Marques da; MIRANDA, Jorge (coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da; COSTA, José de Faria (coord.). **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais**. Visão Luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Marco Antonio Marques da. O processo como ponte entre o cidadão e o poder jurisdicional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura** (direito processual penal). São Paulo, ano 17, n. 44, jul-set., 2016.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. **Por uma teoria do direito processual penal**. Organização sistêmica. 333f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. Manifestações orais extemporâneas são processualmente ilícitas. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, p. 57-61, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA, Aiston Henrique de. A oralidade nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista dos Juizados Especiais**. Doutrina e jurisprudência. Brasília, v. 5, n. 9, p. 13-27, jul.-dez., 2000.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 48, n. 192, p. 95-109, out.-dez., 2011.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2014.

SOUZA, Gelson Amaro de. Princípio da identidade física do juiz e a nova redação do art. 132 do CPC. **Revista jurídica**. Doutrina, legislação, jurisprudência. Porto Alegre, v. 42, n. 202, p. 20-23, ago., 1994.

SOUZA, José Barcelos. Novas leis de processo: inquirição direta de testemunhas. Identidade física do juiz. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, ano 16, n. 188, p. 14-16, jul. 2008.

SOUZA, Raquel de. Direito grego antigo. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SOUZA, Sebastião José de. A oralidade no processo civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXV, v. 74, p. 254-256, abr-jun., 1938.

SOUZA JÚNIOR, Jurandyr. Vinculação do magistrado ao processo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 22, n. 86, p. 222-229, abr.-jun., 1997.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo penal**. Sistemas & princípios. Curitiba: Juruá, 2003.

STURNER, Rolf. Oralidade e escritura no processo civil europeu. Tradução de Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 223, p. 111-130, set. 2013.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e processo penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 140, p. 145-162, out.-dez., 1998.

TALAMINI, Eduardo. A nova disciplina do agravo e os princípios constitucionais do processo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 33, n. 129, p. 67-83, jan.-mar., 1996.

TARUFFO, Michelle. **La prueba de los hechos**. Tradução de Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michelle. **Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil** (versión abreviada). Tradução de Esther Monzó. Disponível em: https://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/8oratar2.pdf. Acesso em: 11 nov. 2017.

TASAYCO, Gilberto Félix. **Principio de inmediación y persistência em la incriminación em delitos de violación sexual de menores**. Disponível em: http://derechopenalypoliticajudicial.blogspot.com.br/2015/06/principio-de-inmediacion-y-persistencia.html. Acesso em: 26 mar. 2016.

TEDESCO, Paulo Camargo. O agravo na Lei 11.187/2005 e o princípio da oralidade. *In*: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 9. São Paulo: RT, 2006.

THEILER, Eduardo. O projeto do Código de Processo Civil. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 78, p. 218-221, abr.-jun., 1939.

THOMAS, Rosalind. Written in stone? Liberty, equality, orality and the codification of law. **Bulletin of the Institute of Classical Studies**. University of London, v. 40, p. 59-74, dez. 1995. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.2041-5370.1995.tb00464.x. Acesso em: 10 jan. 2017.

TIEDEMANN, Klaus; ROXIN, Claus; ARZT, Gunther. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: RT, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1. São Paulo: RT, 1974.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Princípios de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRINDADE, Washington Luiz da. Oralidade. *In*: BERNARDES, Hugo Gueiros (coord.) **Processo do trabalho**. Estudos em memória de Carlos Coqueijo Torreão da Costa. São Paulo: LTr., 1989.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Contribuição ao estudo histórico do direito processual penal** (direito romano I). Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Quando é oportuna a sustentação oral perante os tribunais**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/paradoxo-corte-quando-oportuna-sustentacao-oral-tribunais. Acesso em: 21 fev. 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

TUCCI, Rogério Lauria. Oralidade (direito processual). *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (org.). **Enciclopédia Saraiva**. v. 56. São Paulo: Saraiva, 1977.

TUCCI, Rogério Lauria. Tribunal do júri. Origem, evolução, características e perspectivas. *In*: TUCCI, Rogério Lauria (coord.). **Tribunal do júri**. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Saraiva, 1999.

URANI, Marcelo Fernandez; SILVA, Edimar Carmo da. **Manual de direito processual penal acusatório**. Doutrina e jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2013.

VALE, Diogenes Pereira do. Reforma processual e oralidade. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, ano XXXVI, v. 78, p. 209-211, abr.-jun., 1939.

VALE, Ionilton Pereira do. **Princípios constitucionais do processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2009.

VALE, Ionilton Pereira do. **Teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**. 3. ed. t. I. Coimbra: Almedina, 2010.

VALÉRIO, J. N. Vargas; FUZITA, Maurício Takao. Princípio da identidade física do juiz. **Boletim Científico ESMPU**. Brasília, ano II, n. 6, p. 57-67, jan.-mar., 2003.

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A ilicitude da prova**. Teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: RT, 2004.

VEIGA, Vasco Soares da. **Da oralidade**. Coimbra: Coimbra, 1961.

VICENTE, Elmer Coelho. A oralidade nos Juizados Especiais Cíveis. **Revista dos Juizados Especiais**. Doutrina e jurisprudência. Brasília, v. 5, n. 12, p. 27-29, jan.-jun., 2002.

VOLK, Klaus. El principio de la oralidad en el proceso penal. **Reforma Judicial** – Revista Mexicana de Justicia. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México, n. 14, p. 111-127, julio-diciembre, 2009.

WACH, Adolf. **Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana**. Tradução de E. Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1958.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**. Introdução e parte geral. v.1. 8. ed. São Paulo: RT, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). **Fundamentos de história de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. Qual o futuro da oralidade? *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (coord.). **A prova no direito processual civil**. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

YARSHELL, Flávio Luiz. Projeto de lei que regula audiência entre advogado e juiz não garante isonomia. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-set-30/flavio-yarshell-pl-regula-encontro-juiz-nao-garante-isonomia. Acesso em: 30 set. 2014.

ZEBRAL, Alessandra Villaça Gorgulho. O valor da oralidade no Estado Democrático de Direito. *In*: LIMA, José Corrêa; CASARA, Rubens R. R. (org.) **Temas para uma perspectiva crítica do direito**. Homenagem ao professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

Referências normativas
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração