



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Princípio da Oralidade no Processo Penal

Larissa Maria Galvão Pereira

Rio de Janeiro
2010

LARISSA MARIA GALVÃO PEREIRA

Princípio da Oralidade no Processo Penal

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Néli Luiza C. Fetzner

Nelson Tavares

Mônica Areal

Rio de Janeiro

2010

PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO PENAL

Larissa Maria Galvão Pereira

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo: Analisa-se a inserção do princípio da oralidade no sistema jurídico brasileiro, em conexão com os sub-princípios da identidade física do juiz, da concentração dos atos processuais e da imediatidade. O objetivo é apontar os benefícios advindos com as recentes inovações legislativas, que conduzem a maior celeridade e eficiência da prestação jurisdicional. Fundamentalmente, efetua-se um estudo principiológico aliado ao entendimento de sua amplitude e extensão no direito processual penal brasileiro.

Palavras-chave: Direito Processual Penal, Princípio, Oralidade.

Sumário: Introdução. 1. Processo Penal: Breve Histórico. 2. Princípios Constitucionais Processuais. 2.1. Devido Processo Legal. 2.2. Contraditório e Ampla Defesa. 2.3. Juiz Natural. 3. Sistema da Oral e Sistema Escrito. 4. Processo Penal Oral. 4.1. Princípio da Oralidade. 4.2. Princípio da Imediação. 4.3. Princípio da Concentração. 4.4. Princípio da Identidade Física do Juiz. 5. Procedimento Comum à Luz do Princípio da Oralidade. 6. Procedimento Especial do Tribunal do Júri à Luz do Princípio da Oralidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A cultura humana desenvolve-se desde o surgimento dos primeiros *Homo sapiens*, há cerca de 25.000 (vinte e cinco mil) anos. A linguagem é um poderoso instrumento neste progresso cultural, pois a transmissão de experiência e conhecimentos acumulados de geração em geração permitiu à espécie humana tornar-se dominante no planeta.

No Processo Penal, historicamente, também se percebe uma grande transformação na utilização da linguagem na marcha procedimental, que se tornou mais complexa em razão da

evolução da sociedade. Busca-se, no presente artigo, o estudo das formas de linguagem utilizáveis no processo penal. Para tanto, são demonstrados, basicamente, o conceito atual e o alcance do princípio da oralidade no ordenamento penal brasileiro.

Além disso, focaliza-se a relevância da aplicação do preceito ora tratado, tendo em vista precipuamente o processo penal em seu aspecto humanístico, ou seja, com maior respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana. De fato, para a inserção dos cidadãos brasileiros no plano democrático, é forçoso o uso da palavra oral na formação do provimento jurisdicional.

Assim, é imperiosa a demonstração da maior eficiência do procedimento, já que o emprego da oralidade proporciona inúmeras vantagens ligadas aos princípios da simplicidade, da economia processual e da celeridade.

Para melhor visualização dos fatores descritos, faz-se necessária a análise do princípio da oralidade como fonte de sub-princípios, que compõe o alicerce do processo predominantemente oral, quais sejam: oralidade, imediação, concentração e identidade física do juiz.

Finalmente, verifica-se a real inserção da oralidade e seu verdadeiro sentido no procedimento comum e especial. Em suma, objetiva-se demonstrar as vicissitudes advindas do aperfeiçoamento de um procedimento que prime pelo seu teor garantístico, a partir da observância do princípio da oralidade.

1 PROCESSO PENAL: BREVE HISTÓRICO

Nos primórdios dos tempos, verificava-se a vingança privada, que significava a possibilidade de persecução penal e punição do pretense culpado por parte de particulares. Posteriormente, as civilizações ocidentais evoluíram, no sentido de conferir a justiça penal ao

Estado, abandonando o processo penal privado.¹ Com efeito, de acordo com a lição de Marcellus Polastri:

O antigo direito germânico se caracterizava pela chamada vingança privada, com crimes de gravidade sendo considerados privados, e admitindo, posteriormente, a composição. Poderia a persecução penal ser feita pela Assembléia, que tinha o príncipe ou nobre na presidência, mas tal necessitava ser requerido pela vítima ou seus representantes.²

O Processo Penal brasileiro se iniciou no Brasil Colônia, momento em que se aplicaram as Ordenações Manoelinas e Filipinas, legislações portuguesas que ainda possuíam resquícios do processo penal privado. A Constituição imperial de 1824, pela primeira vez, instituiu disposições de caráter processual penal, organizando o Poder Judiciário brasileiro.

O Código ora em vigor, inspirado na Itália fascista e de cunho autoritário, sofreu inúmeras alterações e influências desde 1941, principalmente diante do advento da Constituição da República de 1988, que estabeleceu um sistema de amplas garantias fundamentais, tendo como núcleo a dignidade da pessoa humana.

Acerca da relevância dos direitos fundamentais, vale destacar o Preâmbulo da Constituição, que indica que a Assembléia Constituinte pretendeu “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos (...)”.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que realizou a chamada Reforma do Judiciário, preocupou-se com a efetividade do processo ao prever enxugamento dos ritos.³ Além disso, estabeleceu o direito fundamental a razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação no art. 5º, LXXVIII, CRFB/88. Da mesma forma, o pacto de São José da Costa Rica assegura a toda pessoa o direito de ser ouvida perante um juiz ou tribunal dentro de um prazo razoável em seu art. 8º, item 1.

¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.

² *Ibid.*, p. 2.

³ *Ibid.*, p. 1.

De acordo com parcela da doutrina e diversos precedentes do Supremo Tribunal⁴, a obediência ao aludido princípio permite assegurar a efetividade do processo, além de atender ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.⁵

Por outro lado, parte da doutrina critica negativamente a inserção de tal princípio na Constituição pela Emenda Constitucional n° 45, diante do fato de a norma não esclarecer o que significa o termo “prazo razoável”. Nas palavras de Paulo Rangel⁶: “a regra é inócua. Não diz nada. Não diz o que é prazo razoável de um processo”.

Finalmente, cumpre destacar as recentes alterações legislativas trazidas pelas Leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de junho de 2008, que estabeleceram profundas alterações nos procedimentos previstos no Código de Processo Penal, tendo como escopo principal a agilização dos procedimentos, em consonância com o princípio da efetividade.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Os princípios são orientações e diretrizes gerais, fundamentais para a compreensão de dado sistema normativo. Para José Afonso da Silva⁷, “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”. Sob outro aspecto, como salienta Paulo Bonavides⁸, há uma tendência contemporânea que conduz à valoração dos princípios como normas-chaves de todo o ordenamento jurídico.

⁴ HC 85.237/DF, Rel. Celso de Mello, DJ de 29-4-2005; HC 87.164/RJ, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 29-9-2006; HC 84.181/RJ, Rel. Marco Aurélio, DJ de 13-8-2004.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 500.

⁶ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286.

Trata-se de uma nova hermenêutica constitucional, em que se verifica a maximização dos princípios e o desenvolvimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que conduz ao denominado *Neoconstitucionalismo* ou *pós-positivismo*.⁹

A concretização efetiva dos princípios constitucionais significa, portanto, uma superação do modelo *positivista-legalista*, no qual a interpretação era pautada unicamente na subsunção do fato a uma norma.¹⁰

Por outro lado, merece destaque a construção pela doutrina do modelo garantista de processo penal, que estabelece limites para a crescente liberdade judiciária, estabelecida a partir do desenvolvimento do pós-positivismo. Tal doutrina, desenvolvida por Ferrajoli, não comporta apenas um conjunto de garantias a favor do réu no processo penal. É mais do que isso. Comporta a fixação de limitações para a atuação do magistrado no processo, tendo em vista a grande interferência do direito penal e processo penal na liberdade individual.¹¹

2.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição brasileira instituiu princípios gerais ou basilares para o processo penal, que possuem o condão de demarcar os limites da intervenção estatal na esfera das liberdades individuais.

O primeiro documento que tratou de alguns desses princípios foi a Constituição inglesa assinada no ano de 1215. A partir da Magna Carta, verificou-se a existência de restrição aos poderes reais, com o escopo de impedir que qualquer homem livre fosse aprisionado sem o julgamento de seus pares. Nesse momento histórico, instituiu-se a cláusula do direito inglês que depois seria denominada de *due process of law*.

⁹ JUNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. 10. ed. V.I.Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 27.

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

¹¹ *Ibid.*, p. 35.

Além disso, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, estabelecida durante a revolução francesa, embora não tenha feito previsão explícita do princípio ora tratado, garantiu aos cidadãos um julgamento de acordo com as leis do país.

Atualmente, o devido processo legal é proclamado pelo artigo 5º, LIV da Constituição e significa que, para que haja cerceamento da liberdade ou privação de bens de um indivíduo, devem-se respeitar todas as formalidades previstas em lei. Em outras palavras, é necessária a instauração do processo para que qualquer medida restritiva de direito seja tomada, com a garantia da tramitação processual na forma legalmente estabelecida.

Paulo Rangel¹² atesta a importância do princípio em análise ao estatuir que “o devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele”.

2.2 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório nada mais é do que a bilateralidade no curso do processo, no sentido de uma condução dialética na marcha processual. Para todo ato ou manifestação de uma parte caberá igual direito de defesa ou resposta da outra. Trata-se de diretriz (também conhecida como princípio da audiência bilateral) que encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*.

A Constituição da República (art. 5, LV), bem como a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8º), consagram o princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa no processo penal, pois aos acusados deve haver a oportunidade de contrapor as afirmações efetuadas pelo Ministério Público ou pelo querelante.

¹² RANGEL, *op. cit.*, p. 05.

A doutrina, modernamente, ensina que o conceito do princípio do contraditório evoluiu com o passar do tempo, para abranger também o critério da paridade de armas, o que denota a necessidade de conferir maior equilíbrio entre os sujeitos processuais, estando ligada ao conceito de processo justo. Sobre a evolução do conceito de contraditório vale colacionar a lição de Eugênio Pacelli:

Da elaboração tradicional que colocava o princípio do contraditório como a garantia de *participação* no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou da *paridade de armas*, na busca de uma efetiva igualdade processual.¹³

Por sua vez, o princípio da ampla defesa perfaz uma garantia processual que assegura a efetiva participação da defesa. Trata-se do exercício do direito público subjetivo, tal qual o direito de ação. Para parte da doutrina, o direito de defesa é extraído do significado de contraditório, comportando a faculdade de alegar e a faculdade de demonstrar.¹⁴

2.3 JUIZ NATURAL

O princípio do juiz natural está consagrado no art. 5º, XXXVII, LIII da CRFB/88 e preconiza, em síntese, que o juiz no Estado Democrático de Direito é aquele que faz parte do Poder Judiciário. A doutrina aponta a adoção de duas vertentes do aludido princípio pelo ordenamento jurídico brasileiro: vedação de tribunal de exceção e juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato.¹⁵

Respeita-se este postulado, objetivando, basicamente, a imparcialidade do Judiciário. O juiz imparcial possui garantias constitucionais (vitaliciedade, inamovibilidade e

¹³ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴ CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 143.

¹⁵ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 39.

irredutibilidade de vencimentos) com o objetivo de afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão a ser prolatada.

Assim, os preceitos do juiz natural decorrem determinações constitucionais no âmbito da competência em razão da matéria e em razão da prerrogativa de função, critério este que não se confunde com o princípio da identidade física do juiz, estabelecido pelo art. 399, §2º do Código de Processo Penal, norma infraconstitucional que institui a regra de que o magistrado que realiza a instrução da causa deve proferir a sentença.

3 SISTEMA ORAL E SISTEMA ESCRITO

O sistema oral foi desenvolvido originalmente pelo processo civil, sendo uma escolha política do legislador que reflete o empenho de transformar o processo em um instrumento mais célere. Com efeito, o Código de Processo Civil de 1939 introduziu no processo brasileiro a oralidade no procedimento. O sistema processual antes de 1939 era inteiramente escrito¹⁶, já que todos os atos se manifestavam dessa forma, o que caracterizava grande rigidez e formalismo normativo.

Outrossim, de acordo com a exposição de motivos do CPC/39, as normas processuais anteriores serviam “como instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces”. Pela assertiva, percebe-se a intenção de tornar o processo simplificado, permitindo a prestação jurisdicional mais adequada.

Ao seu turno, o Código de Processo Civil de 1973, apesar de mitigar o rigor do sistema oral estabelecido anteriormente, manteve o sistema da oralidade e seus consectários.

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, V. II, p. 511.

O processo oral é aquele em que predomina a palavra falada em seus atos e procedimentos. Por sua vez, no processo escrito a forma escrita tem primazia. Pode-se, neste aspecto, classificar o processo penal em: processo predominantemente oral ou processo predominantemente escrito. No primeiro, prepondera a utilização da palavra oral na busca do provimento jurisdicional, enquanto a forma literal é privilegiada no processo predominantemente escrito.

Na visualização do que seria tal procedimento, deve-se recorrer a Chiovenda¹⁷, dada a sua importância na abordagem do tema. Para ele, o processo oral é uma expressão que indica, ainda, um sistema de princípios inseparáveis: a prevalência do discurso falado, mas sem a exclusão da escrita; diálogo direto do órgão julgante e as partes (imedição); identidade física do juiz; concentração. Significa dizer que o conjunto desses instrumentos, na clássica lição de Chiovenda, resulta na configuração do processo oral.

A partir da recente reforma do processo penal, verificou-se a implantação do sistema oral também na seara penal, pois o legislador trouxe para o Código de Processo Penal o princípio da oralidade com todas as suas diretrizes.

De fato, uma das novidades para o magistrado é a adoção do princípio da identidade física do juiz (art. 399, §2º CPP), que faz parte do sistema de princípios caracterizadores do processo oral. A doutrina processual penal conclui nesse mesmo sentido:

Assim, agora o juiz que colhe a prova, salvo situações de força maior, fica obrigado a proferir a sentença, o que resulta da adoção dos princípios da imedição, concentração e oralidade pela reforma processual penal.¹⁸

Ademais, verifica-se que a adoção do princípio da oralidade pelo legislador infraconstitucional apresenta maior conformidade com a atual ordem constitucional, na medida em que busca soluções para a morosidade processual, na concretização do direito

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1945, V. III, p. 70.

¹⁸ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 490.

fundamental estabelecido no art. 5º, LXXVIII CRF/88. Quando se envereda por essa forma processual, visam-se, sobretudo, as vantagens advindas do emprego desse sistema de princípios, sendo a celeridade uma das mais relevantes.

Há doutrina, ao seu turno, que espousa posição crítica à reforma quanto ao princípio da oralidade, no sentido de que a mudança foi tímida. Para Fauzi Choukr, a forma escrita ainda prepondera na primeira fase do procedimento especial do Júri:

Ainda que apregoado com ares de mudança – e numa primeira leitura tendo cumprido essa promessa -, da análise da nova fase de admissibilidade percebe-se a manutenção do apego ao rito escrito em detrimento da oralidade, característica essencial do processo acusatório construído pela CR/88. Isto se manifesta com a propositura escrita da inicial penal e com a resposta por escrito àquela peça. Também milita a favor da forma procedimental escrita a manutenção do rito das exceções na forma como já existente no Código de Processo Penal, situações todas que poderiam ser evitadas se adotado um rito verdadeiramente oral para discussão desses pontos.¹⁹

Ocorre que é forçoso reconhecer que nos dias atuais não se encontra a oralidade em sua forma pura, mas somente com grande ou pequena preponderância, de acordo com o nível de manifestação de tal aspecto no processo. Não se pode imaginar hoje um processo oral que não admita a escrita em certo nível. Todo processo moderno tem certo grau do emprego da palavra falada e escrita, sendo inexistente o uso exclusivo de uma ou outra.

Desse modo, mesmo no procedimento oral, a escrita exerce papel importante. Com efeito, Chiovenda²⁰ afirma que a escrita exerce duplo *mister* no processo predominantemente oral: função preparatória e documental.

4 PROCESSO PENAL ORAL

4.1 PRINCÍPIO DA ORALIDADE

¹⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 76.

²⁰ CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 72.

Existem diversas dimensões na conceituação de tal princípio. Apreendido em sentido amplo, é matriz geradora de uma série de subprincípios, quais sejam: a imediação, a concentração de atos processuais e a identidade física do juiz. Por outro lado, se concebido estritamente, significa a mera utilização da palavra verbal.

O princípio da oralidade em sentido estrito, segundo Guisepe Chiovenda²¹, é a utilização da palavra falada em juízo, estabelecendo que as deduções das partes, normalmente, devem fazer-se a viva voz em audiência, momento propício em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa.

Com efeito, o depoimento da testemunha em audiência será, em regra, prestado oralmente, conforme se depreende da norma estatuída no art. 204 do Código de Processo Penal: “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”.

Trata-se de forma que permite a avaliação precisa da sinceridade da testemunha em juízo. O depoimento escrito, por outro lado, “é impessoal, impossibilitando ao magistrado averiguar a sua fidelidade aos fatos, bem como inviabilizando as reperguntas das partes e, com isso, ferindo o princípio do contraditório”.²²

Todavia, o art. 221, §1º do CPP institui exceção à diretriz ora tratada ao autorizar que:

O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.²³

²¹ *Ibid*, p. 75.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

²³ BRASIL. Decreto Lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

Vale destacar que Guilherme Nucci²⁴ entende como indevida tal prerrogativa para as autoridades mencionadas, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito baseia-se na plena igualdade. Para este autor, por mais que tais autoridades sejam importantes na organização estatal, inexistente razão para o afastamento do princípio da oralidade.

Ademais, vale mencionar que o depoimento escrito também é prestado por surdo, mudo ou surdo-mudo, consoante norma do art. 192 do Código de Processo Penal, senão vejamos:

O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte: I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas. Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.²⁵

4.2 PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO

O princípio da imediação significa o contato direto e pessoal do julgador com as partes ou pessoas cuja declaração deva ser apreciada na produção probatória. Permite-se um contato direto do juiz com as partes e as provas, dando ao magistrado não só a oportunidade de presidir a coleta de provas, mas, sobretudo, de ouvir e sentir as partes e as testemunhas a fim de que receba, sem intermediários, o material que se servirá para julgar.²⁶

A imediação, como aspecto do sistema oral, proporciona ao magistrado papel mais participativo, em contrapartida ao princípio da inércia.

O Código de Processo Penal prevê situações em que é identificada a imediação, mais notadamente no recolhimento probatório em audiência de instrução e julgamento.

²⁴ NUCCI, *op. cit.*, p. 103.

²⁵ BRASIL. Decreto Lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2010

²⁶ *Idem*. Código de Processo Penal comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 408.

Com efeito, o art. 400, *caput*, estabelece como início da instrução em juízo a tomada de declarações do ofendido. No que tange a atuação do ofendido no processo penal, cabe ao magistrado, em consonância com o sistema da persuasão racional, valorar a palavra da vítima. Para tanto, configura-se como imperativo o contato direto do ofendido com o juiz.

Nesse mesmo sentido, a doutrina preconiza que:

É obrigatória a oitiva da vítima, não só porque o art. 201, *caput*, expressamente menciona que ela será ouvida *sempre que possível*, mas também porque, no processo penal, como se sabe, vige o princípio da verdade real, isto é, deve o juiz buscar todos os meios lícitos e plausíveis para atingir o estado de certeza ideal para a formação do seu convencimento.²⁷

O convencimento do juiz pelo imediatismo é extraído na impressão pessoal, seja pela expressão corporal, facial ou no tom de voz. Segundo Guilherme Nucci, o princípio da imediação permite ao magistrado exercitar sua capacidade de observação e, por meio de sua sensibilidade, captar verdades e inverdades na linguagem utilizada pelo ofendido que pode, inclusive, se mostrar propositadamente distorcida.²⁸

No que tange ao interrogatório, debate-se na doutrina a sua natureza jurídica, prevalecendo o posicionamento que entende tratar-se de um meio de defesa, pois constitui o momento em que o réu, pessoal e oralmente, dirige-se à autoridade para a apresentação da sua versão dos fatos.²⁹ Tal instante procedimental configura a consagração da autodefesa, corolário do princípio constitucional da ampla defesa.

Em regra, o interrogatório é realizado pessoalmente, em contato direto entre o acusado e o juiz de direito. Guilherme Nucci se mostra grande partidário e defensor do contato direto entre réu e juiz, haja vista os inúmeros benefícios que podem advir à instrução através da imediatidade.³⁰ Com efeito, discorre Nucci que:

Não foram poucas as vezes em que, como juiz-presidente do Tribunal do Júri, constatamos que a absolvição do réu foi conseguida por ele mesmo, durante o seu

²⁷ *Idem. Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

²⁸ *Ibid.*, p. 93.

²⁹ NUCCI, *op. cit.*, p.73.

³⁰ *Ibid.*, p. 76

sincero interrogatório, diante dos jurados. Por outro lado, também pudemos observar réus que terminaram evidenciando a sua verdadeira personalidade para os juízes, algo factível apenas porque havia o contato pessoal.³¹

Ocorre que o art. 185 do CPP, com redação alterada pela Lei nº 11.900/09, estabeleceu a possibilidade de interrogatório por videoconferência, mitigando a aplicação do princípio da imediação:

Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.³²

Tal hipótese, como se depreende da leitura normativa, deve ser utilizada apenas excepcionalmente e com extrema cautela. Efetivamente, dependendo da situação fática, o ambiente em que se realiza o interrogatório por videoconferência pode influenciar o depoimento do acusado de forma a comprometer a apuração da verdade real.

A doutrina, inclusive, reconhece tal aspecto delicado: “embora no interrogatório por videoconferência o juiz de direito possa avistar-se com o réu, ver suas reações, ou mesmo se titubeia em responder, o ambiente em que é feito o interrogatório é outro e, portanto, outra será a postura do acusado em relação a isso”.³³

Por outro lado, deve-se reconhecer que, observadas as garantias constitucionais, os aparelhos de videoconferência tornam mais célere o trâmite processual, uma vez que contorna a escolta deficiente do Estado, além de gerar grande economia para os cofres do Poder Executivo.

³¹ *Idem. Código de Processo Penal comentado*. 8 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 407.

³² BRASIL. Decreto Lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

³³ *Ibid.*, p. 409.

Assim, pela compatibilização de tais aspectos mencionados, impõe-se o reconhecimento da validade da norma que deve ser aplicada com prudência e de forma excepcional pelo magistrado, apenas nos casos expressamente previstos pelo § 2º do art. 185 do Diploma Processual.

Assim, verifica-se que tal preceito traduz uma maior eficiência na prestação jurisdicional, uma vez que o princípio da imediação permite ao juiz formar a sua convicção com base na observação pessoal e direta do material probatório.

Por outro lado, o predomínio do processo escrito faz com que haja grande distanciamento no recolhimento da prova, o que influencia a percepção do magistrado para o julgamento da causa. A opção legal por um processo escrito dificulta o contato dos litigantes com o juiz, resultando em um provimento jurisdicional de menor qualidade.

Assim, a imediação produz um julgado mais condizente com a realidade das partes e da causa, sendo, conseqüentemente, mais justa.

4.3 PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO

O princípio da concentração é a reunião das fases processuais em um único ato ou em atos com breve intervalo de tempo, como, por exemplo, uma única audiência ou audiências próximas. Em decorrência da aplicação desse princípio, podem ser identificados alguns aspectos que serão agora relacionados.

A celeridade e a economia processual podem ser facilmente percebidas, objetivamente, como vantagens advindas da concentração, assim como a preservação, na memória do magistrado, das questões relevantes para o julgamento da causa, devido ao menor espaço de tempo entre a instrução e o julgamento.

Aliado ao princípio da imediação, a concentração busca auxiliar na prolação da sentença ou decisão para que fatos importantes percebidos pelo juiz com os debates orais não sejam perdidos.

Além desses importantes favorecimentos apontados, a proximidade dos atos procedimentais evita que ocorram as causas que excepcionam o princípio da identidade física do juiz, como a transferência do magistrado e aposentadoria³⁴, por exemplo, previstas pelo art. 132 do Código de Processo Civil e aplicadas por analogia ao processo penal, de acordo com o art. 3º do CPP.

Enquanto no processo dito predominantemente oral há proximidade das audiências, no processo escrito não há tal compromisso e pode-se desenvolver em número indeterminado de fases, assim caracterizado: “processo escrito difunde-se numa série indefinida de fases, pouco importando que uma atividade se desenvolva mesmo a grande distância de outra, de vez que é apoiado nos atos escritos que o remoto juiz terá, um dia, de julgar”.³⁵

Diante do exposto, percebe-se a essencialidade do preceito, inclusive Chiovenda sobreleva-o ao considerar que “o que importa é que a oralidade e a concentração sejam observados rigorosamente como regra”.³⁶

4.4 PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

O art. 399, §2º do Código de Processo Penal, com redação determinada pela Lei nº 11.719/08, estabelece que: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Trata-se do princípio da identidade física do juiz, que é a regra na qual o magistrado que realiza a instrução da causa deve proferir a sentença.

³⁴ CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 80.

³⁵ *Ibid.*, p. 82.

³⁶ *Ibid.*, p. 80.

Apenas a partir de 2008 foi inserido no processo penal o princípio ora tratado, fato este que trouxe a completude do sistema baseado no princípio da oralidade. Verifica-se, com efeito, uma evolução da norma processual, dentro do que já é preconizado pelas modernas legislações européias³⁷, no sentido do desenvolvimento do sistema acusatório.

Acerca da importância da identidade física do juiz na caracterização do processo oral, Chiovenda preceitua o seguinte:

É claro, com efeito, que tanto a oralidade quanto a imediação são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas físicas a cada trecho variadas; pois a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio da escrita, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia escrito relativamente ao julgador.³⁸

Por outro lado, o aludido princípio, fundamental num Estado Democrático de Direito e necessário ao processo acusatório moderno, de modo algum pode ser entendido de forma absoluta, haja vista que nenhum Direito Fundamental é assim interpretado.

O ideal seria que o juiz permanecesse o mesmo do começo ao fim da causa, mas, obviamente, por questões de ordem prática, tal intento seria impossível. Outrossim, não se consagra o princípio da identidade física do juiz se o magistrado estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, hipóteses estas previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado ao processo penal por analogia.

Como é sabido, o artigo 3º do Código de Processo Penal prevê expressamente a possibilidade de aplicação da analogia, de forma que o apontado artigo 132 da Lei Processual Civil pode ser aplicado também ao processo penal.

Além disso, constata-se facilmente que o processo, precipuamente quando há envolvimento de réu preso, não pode permanecer paralisado à espera do retorno do juiz que colheu a prova, sob pena de ocorrer constrangimento ilegal ao réu, por excesso de prazo. Isso

³⁷ LIMA, *op. cit.*, p. 372.

³⁸ CHIOVENDA, *op cit.* p, 80.

sem considerar o fato de haver hipóteses concretas em que o magistrado não voltará a exercer as funções no juízo em que se realizou a instrução, como nos casos de aposentadoria e promoção.

Assim, em que pese à importância do princípio da identidade física no ordenamento jurídico, é preciso atentar às questões de ordem prática, mitigando a incidência do mencionado princípio em determinadas situações.

Insta destacar, ainda, algumas incongruências verificadas pela doutrina no procedimento a partir da inclusão do preceito da identidade física no processo penal. Tal fato se dá pelas inúmeras alterações sofridas pelo Código de Processo Penal desde 1941, sem a preocupação legislativa de manter a coerência sistêmica. Da mesma forma, Paulo Rangel afirma que “a reforma processual penal não pode ser pontual, parcial, como sói acontecer, mas sim geral, a fim de que se possa ter uma perfeita harmonia do sistema”.³⁹

O art. 109 do CPP prevê a possibilidade de reconhecimento de ofício pelo juiz da incompetência relativa a qualquer tempo no curso do processo, senão vejamos: “se em qualquer fase do processo o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos, haja ou não alegação da parte, prosseguindo-se na forma do artigo anterior”.⁴⁰

Impõe-se a compatibilização de tal norma com o princípio da identidade física do juiz, já que este é consagrado como diretriz para todo o procedimento, além de ser posterior a regra do art. 109 do Código de Processo Penal.

A solução desenvolvida pela doutrina é no sentido de estabelecer o início da instrução criminal como limite temporal para a declaração de incompetência relativa *ex officio*.

³⁹ RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri: Visão Lingüística, Histórica, Social e Jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 102.

⁴⁰ BRASIL. Decreto Lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

Com efeito, Pacelli⁴¹ ensina que:

E como, agora, o juiz que presidiu a instrução deve sentenciar, não se poderá mais admitir o reconhecimento de incompetência relativa *após a instrução*, podendo aceitar-se, contudo, que a incompetência seja firmada ainda de ofício, mas não mais *a qualquer tempo*, mas somente *até a realização* da audiência de instrução e julgamento. A partir daí, preclusa estaria a questão, inclusive para o juiz.

5 PROCEDIMENTO COMUM À LUZ DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE.

Inicialmente, importante destacar que o procedimento deve observar, principalmente, o princípio do devido processo legal, em razão da imposição de um processo justo, sobretudo da perspectiva da efetiva tutela dos direitos e garantias individuais.

Segundo o disposto no art. 394 do Diploma Processual, o procedimento comum compreende o rito ordinário, sumário e sumariíssimo, este último atinente às infrações de menor potencial ofensivo da Lei n° 9.099/95.

As inovações advindas da Lei n° 11.690/08 e da Lei n° 11.719/08 alteraram profundamente o procedimento penal comum, com o escopo de implementar um ritmo mais célere aos procedimentos criminais.⁴²

A audiência una (com previsão no art. 400 do CPP), inserida a partir da reforma de 2008, é assim denominada pelo fato de serem realizados diversos atos no mesmo momento, quais sejam: a tomada de declarações do ofendido, a inquirição das testemunhas arroladas tanto pela acusação quanto pela defesa, os esclarecimentos dos peritos, as acareações, o reconhecimento de pessoas e coisas e, por último, o interrogatório. Além disso, permite-se o oferecimento das alegações finais oralmente pelas partes, proferindo o juiz, após, a sentença (art. 403 CPP). A audiência é realizada, portanto, para a colheita probatória, para os debates orais e para o julgamento da causa.

⁴¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 818.

⁴² *Ibid.*, p. 656.

Apenas em duas situações, excepcionalmente, se prevê a possibilidade de fracionamento dos atos em audiência: quando há necessidade de realização de diligências imprescindíveis, admitidas com fundamento no art. 402 CPP e quando constatada a complexidade do caso ou o maior número de acusados, concedendo-se às partes prazo para a apresentação de memoriais, de acordo com o art. 403, §3º do Código de Processo Penal.

A audiência, no processo oral, é o momento para interlocução, em que se desenvolve a maior parte das atividades processuais, sendo este o cerne do procedimento oral. Verifica-se, de fato, que uma grande quantidade de atos instrutórios são efetuados em uma única audiência, o que denota a concentração do procedimento. Assim, o princípio da concentração, corolário do sistema da oralidade, conforme explanado linhas atrás, se mostra presente na audiência de instrução e julgamento.

Cumprir registrar crítica na doutrina acerca da possibilidade de esclarecimento dos peritos em juízo, a fim de que esclareçam a prova ou para responderem a quesitos, de acordo com o art. 159, §5º, I do Código de Processo. Paulo Rangel entende que tal prática conduz no retardamento do processo, bem como das demais perícias a serem realizadas pelos peritos.

A oitiva dos peritos em audiência vai retardar mais ainda as perícias e, conseqüentemente, as audiências e, óbvio, os processos. Imagina o perito sair de seu local de trabalho para ir ao fórum ficar esperando as audiências, enquanto podia estar trabalhando. O quadro de funcionário, em regra, já é deficitário, assim então ficará pior.⁴³

Constata-se, portanto, que nessa hipótese em particular a utilização da palavra falada em juízo conduz à morosidade para o processo e todo o sistema de elaboração de perícias.

De qualquer forma, a lei confere às partes a faculdade de requerer o esclarecimento pessoal dos peritos, não podendo o magistrado suprimi-la, sob pena de configurar arbitrariedade violadora dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Todavia, Paulo Rangel defende posição diversa. Para ele o esclarecimento deve ser feito por escrito no instituto de criminalística, senão vejamos: “os esclarecimentos dos peritos

⁴³ RANGEL, *op cit.*, p. 121.

devem ser possível sim, mas não com sua oitiva em audiência. Afinal o trabalho do perito é técnico. A lei nesse ponto deu um péssimo passo”.⁴⁴

O procedimento sumário, por sua vez, encontra similaridade em relação ao procedimento ordinário. As diferenças são o menor prazo para a designação da audiência concentrada. No rito sumário, deve-se designar a audiência em 30 dias, enquanto no rito ordinário em 60 dias. Além disso, não se verifica, no rito sumário, a possibilidade de fracionamento da audiência una, pois não incidem os artigos 402, 403 e 404 do CPP. Tal simplificação do procedimento sobreleva o princípio da oralidade e resulta na maior celeridade e concentração.

No que concerne ao procedimento sumariíssimo, a Constituição de 1988, em seu art. 98, I, prevê a instauração dos juizados especiais. Por sua vez, a Lei federal nº 9.099/95 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgão integrante do Poder Judiciário estadual, cujo funcionamento está disciplinado na referida Lei, assim como em legislações estaduais e atos normativos.

O princípio da oralidade está consagrado expressamente na Lei nº 9.099/95, em seu art. 2º: “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.⁴⁵

A oralidade e a economia processual devem ser entendidas, portanto, como a base ideológica de todo o sistema, tanto no que tange aos aspectos cíveis quanto aos aspectos criminais. A partir desses preceitos, foi institucionalizado um sistema processual com competência para as infrações de menor potencial ofensivo, realizada através de um processo oral.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm >. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

6. PROCEDIMENTO ESPECIAL DO TRIBUNAL DO JÚRI À LUZ DO PRINCÍPIO DA ORALIDADE

Costuma-se afirmar em sede doutrinária que o Júri é uma das mais democráticas instituições do Poder Judiciário.⁴⁶ Isso porque o julgamento é realizado pelo júri popular e não pelo juiz togado. O Tribunal do Júri, integrado por leigos sem o conhecimento jurídico, confere à linguagem oral fundamental importância. Nas palavras de Paulo Rangel: “um promotor bem falante, convincente em suas palavras, pode condenar um réu, na dúvida. Júri é linguagem”.⁴⁷ Com efeito, a formação do convencimento dos jurados depende essencialmente da atuação das partes em plenário.⁴⁸ Assim, acusação e defesa, através da dramaticidade, fazem uso da palavra oral em juízo para alcançar seus objetivos.

Quanto ao procedimento, o Tribunal do Júri é bifásico. A primeira fase ou procedimento de instrução preliminar é semelhante ao procedimento comum. A segunda fase, por sua vez, constitui a fase de julgamento.

Nesse ponto, cumpre registrar que a decisão que encerra o *judicium accusationis* pode ser de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária e desclassificação. Na decisão de desclassificação (art. 419 do CPP), há aspecto interessante ligado ao princípio da identidade física do juiz e da imediação. Quando o magistrado reconhece a existência de crime diverso ao crime doloso contra a vida, deve remeter os autos ao juiz competente. Então, o juiz competente deve renovar os atos de instrução para que seja atendido o art. 399, §2º do Diploma Processual Penal.⁴⁹

⁴⁶ OLIVEIRA, *op cit.*, p. 685.

⁴⁷ RANGEL, *op cit.*, p.172.

⁴⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 689.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 692.

Em que pese inexistir previsão legal, a renovação dos atos processuais instrutórios deve ser efetuada, haja vista que a marcha processual funda-se no princípio da identidade física do juiz e da imediatidade das provas.

Por outro lado, quando a desclassificação não for feita pelo juiz sumariante, ou seja, quando a desclassificação for efetuada pelo Tribunal do Júri, impõe-se a incidência dos §§1º, 2º do art. 492 do CPP, que estabelecem o seguinte:

§ 1º Se houver desclassificação da infração para outra, de competência do juiz singular, ao presidente do Tribunal do Júri caberá proferir sentença em seguida, aplicando-se, quando o delito resultante da nova tipificação for considerado pela lei como infração penal de menor potencial ofensivo, o disposto nos arts. 69 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. § 2º Em caso de desclassificação, o crime conexo que não seja doloso contra a vida será julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri, aplicando-se, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.⁵⁰

Assim, neste último caso, caberá ao juiz-presidente do Tribunal do Júri o julgamento do processo desclassificado. Pacelli aponta como justificativa para a opção do legislador o “aproveitamento de toda a instrução já realizada em plenário, em sessão presidida por aquele que irá sentenciar (identidade física do juiz)”.⁵¹

CONCLUSÃO

A oralidade é matriz de uma série de princípios que configuram, quanto à forma de linguagem, o processo predominantemente oral. Ademais, verifica-se que o princípio da oralidade está intimamente ligado ao procedimento, posto que significa uma das formas de conduzi-lo.

No ordenamento jurídico, encontram-se nichos em que há manifestação intensa do princípio da oralidade, como a audiência una, possuindo papel basilar na identificação da oralidade, imediação e concentração no procedimento.

⁵⁰ BRASIL. Decreto Lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

⁵¹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 693.

A celeridade e simplicidade são claramente evidenciadas a partir do emprego da oralidade na maior parte das situações, o que permite a tutela jurisdicional adequada e condizente com os princípios constitucionais.

Percebe-se, nas modificações legislativas recentes, a introdução do princípio da oralidade e, conseqüentemente, o afastamento das desvantagens advindas do uso excessivo da forma escrita.

Na evolução para um procedimento que atenda o princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se sobrelevar a aplicação do princípio da oralidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição. Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1945, V. III.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri. Reformas, Continuísmos e Perspectivas Práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de conhecimento*. 10. ed. V.I.Bahia: Jus Podivm, 2008.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Idem. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Idem. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Idem. *Tribunal do Júri: Visão Lingüística, Histórica, Social e Jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, V. II.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.