

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fábio Presoti Passos

A TÉCNICA DA ORALIDADE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Belo Horizonte
2017

Fábio Presoti Passos

A TÉCNICA DA ORALIDADE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual na linha de pesquisa O Processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros

Belo Horizonte
2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P289t Passos, Fábio Presoti
A técnica da oralidade no modelo constitucional de processo / Fábio Presoti
Passos. Belo Horizonte, 2017.
185 f.

Orientadora: Flaviane de Magalhães Barros
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Oralidade (Direito) - Brasil. 2. Comunicação oral. 3. Processo penal – Aspectos constitucionais - Brasil. 4. Decisão (Direito). 5. Escrita - Aspectos jurídicos - Linguagem. 6. Tribunal do júri. I. Barros, Flaviane de Magalhães. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.139

Fábio Presoti Passos

A TÉCNICA DA ORALIDADE NO MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual na linha de pesquisa O Processo na construção do Estado Democrático de Direito.

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros (Orientadora) – PUCMG

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques – PUCMG

Prof. Dr. Vinicius Diniz Monteiro de Barros – PUCMG

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes – Faculdades Milton Campos

Prof. Dr. André Machado Maya – FMP

Belo Horizonte, 8 de maio de 2017.

Para Alice, Thais, Vera e Newton.

Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes.

Albert Einstein.

RESUMO

O objetivo com este trabalho é pesquisar a técnica da oralidade no direito processual penal brasileiro, partindo da previsão constitucional do direito de participação, e a garantia de influência das partes na decisão. Para que a manifestação jurisdicional constitua fundamento nas provas produzidas em contraditório, em perspectiva efetivamente participativa, analisam-se a oralidade e sua possível contribuição para o processo democrático, diante da superação como fonte única de colheita de elementos probatórios as informações cartulares do procedimento. Esse problema pode ser tecnicamente evitado pela técnica da oralidade, com a demarcação temática dos debates, sujeitando a fundamentação das decisões ao contraditório exercido pelas partes com a imediatividade decisória, em audiência, logo após a instrução. Nesta pesquisa, busca-se identificar os problemas da construção da decisão amparada em informações exclusivamente escrituradas perante o direito de participação na construção judicializada da decisão, bem como conjecturar que a oralidade é assentada como elemento essencial ao processo, mas com incorreta compreensão, que a coloca subaproveitada no direito brasileiro.

Palavras-chave: Oralidade. Participação. Demarcação temática. Construção da decisão. Modelo constitucional de processo. Imediaticidade decisória.

ABSTRACT

This work aims to research the orality technique in the Brazilian Criminal Procedural Law since the constitutional provision of the right of participation and the guarantee of influence of the parties on decision. In order for the decision to be based on evidence produced throughout the contradictory, in an effectively participatory perspective, orality and its possible contribution to the democratic process are analyzed against overcoming as the only source of collecting elements of evidence to the written informations of procedure. This problem can be technically avoided by the orality technique, with a thematic limitation of debates, subjecting the reasoning of the decisions to contradictory realized by the parts of process with the immediacy of decision-making in a hearing just after the instruction. Through this research we seek identify the problems with construct a decision based on only written informations, against the right of participation at the judicial construction of the decision. We aim to assume that orality is settled as an essential element of the process, despite an incorrect understanding, which turns it underappreciated in Brazilian Law.

Keywords: Orality. Participation. Thematic limitation. Construction of the decision out of the hearing. Constitutional Process Model. Immediacy of decision-making.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 DA ESCRITURAÇÃO	19
1.1 A escrita como expressão gráfica da linguagem	19
1.2 Memória (segurança) e escrita	24
1.3 Da realidade operacionalizada pela escrita.....	26
1.4 Dos dissonantes cognitivos	32
1.5 Da necessidade de definição de um sistema processual	41
1.6 Principais características que demarcam o sistema inquisitivo.....	44
2 DA ORALIDADE	53
2.1 Da linguagem como expressão de participação	53
2.2 A superação do modelo inquisitivo	57
2.3 A oralidade como componente característico do sistema acusatório.....	62
2.4 A técnica da oralidade	73
3 A ORALIDADE NO DIREITO COMPARADO.....	77
3.1 Chile	81
3.1.1 <i>Da preparação para o processo de reforma do procedimento penal chileno</i>	83
3.1.2 <i>A implementação das reformas</i>	87
3.1.3 <i>Resultados das reformas</i>	92
4 DA DOGMÁTICA BRASILEIRA.....	97
4.1 A oralidade nos procedimentos penais	97
4.2 Procedimento comum ordinário	98
4.3 Do procedimento do Tribunal do Júri.....	108
4.4 Do procedimento do Juizado Especial Criminal	113
4.5 Da desconstrução da oralidade.....	117
5 DA RECONSTRUÇÃO DA ORALIDADE	125
5.1 A participação na construção do provimento jurisdicional	125
5.2 A superação da supervalorização da escrita: da difusão da gestão da informação e reação ao monopólio da transmissão do conhecimento	140
5.3 Da necessária superação do julgamento de atas e a valorização da audiência.....	149
6 CONCLUSÃO.....	169
REFERÊNCIAS	173

INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa, busca-se enfrentar o problema de a exclusividade de elementos probatórios cartulares servir de fundamento para a decisão, acarretando na construção de sentenças no isolamento de gabinetes judiciais. Partindo dessa premissa, as manifestações jurisdicionais devem se pautar nas informações produzidas em audiência, diante da imperativa exigência legal de que os subsídios que servirão à sentença são aqueles que foram produzidos em contraditório. Na fase judicial, atos escritos e orais compõem o julgamento de acordo com os interesses da parte manifestante. Apesar de a comunicação se dar em alternância de linguagens – escrita e oral – a praxe forense continua apegada à tradição dos julgamentos cartoriais, sobrevalorizando informações escrituradas, sem questionar a forma de obtenção desses elementos de prova¹.

A oralidade é abordada no processo penal brasileiro como garantia de celeridade, inferiorizando sua importância e não garantindo qualquer contribuição na diminuição do tempo de duração do procedimento. Continua-se sem entender sua finalidade no atual contexto processual democrático. Vincula-se sua realização à imediação, concentração de atos e identidade física do juiz, em apego à acusatoriedade europeia em desfavor da norte-americana. Apesar disso, quando da praxe forense, não se compreende a relevância de cada uma dessas características. Como não há compreensão do que é a oralidade no processo, continua-se na crença e supervalorização das informações escritas.

Com o problema do sobrevalor à linguagem escrita, o juiz incorre em desinteresse pela audiência de instrução e julgamento, pois está convicto de que as informações que servirão à decisão estarão disponíveis nos autos, desvalorizando o principal momento processual, que é a audiência, da qual as partes devem participar, delimitando a abrangência da decisão e contribuindo com o resultado final, na garantia de que seus argumentos servirão à fundamentação da sentença.

A legislação processual penal possibilita ao juiz não se interessar pela audiência a partir do momento que consente a incorporação aos autos do processo de informações que foram produzidas em fase extrajudicial, sem qualquer participação das partes e longe de sua presença. Permite que as informações obtidas para o início da ação penal sirvam de fundamento decisório, pois elas acompanham a fase processual, não se realizando qualquer

¹ Bentham (1979), no século XIX, afirmou que “não havia nada mais contrário à verdade do que a forma escrita. O julgamento oral – explicava – é o modo mais natural de se resolver os conflitos humanos, inclusive é o modo de se aplicar justiça em grupos pequenos ou na família”.

diferenciação com as provas que são produzidas pelas partes em contraditório. Mantém o juiz em contato constante com as informações extrajudiciais, perdendo significativa importância o conteúdo da audiência, fazendo com que as partes se sintam desestimuladas, uma vez que a legislação processual é vulnerável ao alijamento participativo na construção da decisão, apesar da previsão constitucional do contraditório.

Os espaços para discricionariedades devem ser minimizados e os elementos probatórios que servem de balizamento à decisão devem ser aqueles apresentados e debatidos em juízo. A audiência deve ser valorizada e os fundamentos da decisão carecem partir desse momento no qual as partes e juiz estarão presentes, possibilitando a construção participativa e democrática. O juiz deixa de ser o intérprete privilegiado de autos cartulares, presenciando os argumentos que lhe são apresentados e que sujeita a decisão ao prévio contraditório exercido pelas partes.

Com base no “modelo constitucional de processo” (ANDOLINA; VIGNERA, 1990), busca-se a abordagem do direito processual penal em consonância com as garantias constitucionais, consolidando a supremacia constitucional na construção da decisão em contraditório judicial.

Nesta pesquisa, analisa-se a influência da técnica da oralidade na audiência de instrução e julgamento, no procedimento comum ordinário, abordando também os procedimentos do tribunal do júri e do juizado especial criminal, nos quais acusação e defesa reconstroem os fatos por meio da participação e da garantia de influência na manifestação jurisdicional.

Visando dar resposta ao problema da necessidade de superação como fonte única de colheita de elementos probatórios os autos cartulares do procedimento e proferindo o juiz a decisão no isolamento de seu gabinete, esta tese foi dividida em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, busca-se resgatar a relevância da manifestação da escrita como expressão gráfica da linguagem e registro da informação, sob o ponto de vista do redator, criando ao mesmo tempo uma realidade unilateral que pode ser operacionalizada pelos assentamentos resguardados. O capítulo avança com o entrelaçamento entre a realidade que pode ser criada pela linguagem escrita e a lógica inquisitorial mantida pela escrituração e descontinuidade temporal de atos, em que as informações antecipadas e secretas orientam e demarcam o julgamento, controlando as informações relevantes que servirão à decisão.

No segundo capítulo, avalia-se a superação do modelo inquisitório a partir da implementação da oralidade como elemento constitutivo e um dos marcos transformadores do modelo acusatório. Por meio da técnica da oralidade como expressão de participação, avalia-

se a valorização dos debates das partes em contraditório e o contato do juiz com os elementos probatórios, nos termos das demarcações firmadas em audiência. Audiência que ganha expressividade com a valorização e a possibilidade de ampliar o contraditório entre as partes, bem como fornece elementos que servirão de fundamentos à decisão. Cenário que também é identificado no direito comparado, com a vinculação da decisão aos debates e a valorização da audiência como o momento de busca de soluções para as principais questões apresentadas pelas partes.

No terceiro capítulo, apresenta-se estudo no direito comparado, com recorte nas recentes reformas processuais penais do Chile. As últimas grandes reformas das Américas tiveram como base a superação da tradição inquisitorial, na busca da adoção de modelos democráticos. Com a presença dos movimentos pós-guerra, de raiz acusatória, houve acolhimento legislativo cada vez maior da oralidade. Na pesquisa, busca-se identificar os pontos de aproximação legislativa e prática das normas processuais penais, tendo em vista que uma das vigas mestras da reforma chilena ter sido a ampliação do uso da oralidade não apenas sob o aspecto formal, mas principalmente para que ela pudesse trazer ganho ao julgamento, com a valorização da atuação das partes em audiência e a decisão ser pautada exclusivamente nos termos do ocorrido judicialmente, pois a estruturação da audiência está umbilicalmente ligada à técnica da oralidade.

No capítulo quarto, avalia-se a atual situação da dogmática do processo penal que se relaciona à oralidade, examinando sua presença nos procedimentos penais, diante da previsão constitucional do direito à efetiva participação. Assim, retoma-se a análise das informações probatórias cartulares, examinando sua contribuição e sobrevalorização na sentença. Analisa-se como se dá a participação das partes diante da existência de informações probatórias escrituradas nos autos e se esses documentos não afastam as considerações delas e a importância da audiência, dando margem ao juiz para se distanciar dos atos processuais instrutórios, com a concretização de análises individuais e solitárias de informações cartulares.

No capítulo cinco, aborda-se a necessária superação como fonte única de elementos probatórios os autos cartulares do procedimento e os problemas da decisão judicial produzida na solidão do gabinete judicial. Analisa-se o cenário restritivo de participação mantido pelos julgamentos cartoriais e a imperativa reconstrução da oralidade nos procedimentos brasileiros, diante da necessidade de superar julgamentos amparados em rastros exclusivos do passado, ofensivos à construção participada da decisão. Busca a técnica da oralidade possibilitar a implementação do contraditório participativo no modelo constitucional de processo.

Partindo do *modelo constitucional de processo*, busca-se superar a supervalorização da escrita, quebrando o monopólio da informação relevante e da transmissão do conhecimento, quando a oralidade demarca o debate. Busca-se ultrapassar e evitar o problema pela técnica da oralidade, que é compatível com o Estado Democrático de Direito, sujeitando a fundamentação das decisões ao contraditório exercido na presença do juiz, que deverá julgar de imediato, logo após a instrução processual.

1 DA ESCRITURAÇÃO

1.1 A escrita como expressão gráfica da linguagem

A escrita é uma expressão gráfica da linguagem e forma de registro². Por meio dela, materializa-se aquilo que se vê, se sente, se pensa e se projeta. A escrita é um procedimento para imobilização e fixação da linguagem articulada. A necessidade da escrita está estritamente ligada à preservação de dados e registros de grandes feitos e conquistas ocorridos na história, pois há necessidade de se criar um meio de expressão permanente, que ressuscite o pensamento humano de dada época de forma organizada e coerente mediante relatos, textos e memórias.

Uma das grandes invenções do homem foi a escrita, que passou por formas mais primitivas – ideogramas – representando palavras ou frases, até o avanço para a criação do alfabeto. O uso da escrita possibilita a comunicação e o contato com o passado, buscando descrever uma realidade e servindo de apoio para a memória humana.

A escrita possibilitou a formação das pessoas, pois, se no passado o conhecimento estava restrito a apenas poucos indivíduos que tinham condições de acessá-la, bem como compreendê-la, com o passar dos tempos esse fator foi paulatinamente superado, pois a cultura e o conhecimento científico propagaram-se de forma exponencial.

Ganho que está ligado à invenção do papel, que foi concebido pelos chineses no século I³, servindo como suporte para a informação, a prensa e a tipografia, bem como de meio para uniformizar a escrita. Johann Gutenberg (aproximadamente 1397-1468), nascido na cidade de Móguncia (Alemanha), “foi relevante para a humanidade no sentido de ampliação da cultura, através da prensa impressa e da divulgação de informações, retirando o domínio da Igreja e da nobreza até então existentes”. Os livros impressos ampliaram a possibilidade de comunicação e aprendizado, fato aliado à necessidade de perpetuar o conhecimento e a

² “Do ponto de vista material, toda escrita é traçada sobre um suporte ou, como se diz, sobre um registro ‘material subjetivo’, com auxílio de um instrumento manejado mais ou menos habilmente por um gravador ou por um escriba, seja fazendo incisões, com um estilete, seja com um produto colorante. Segundo esse ponto de vista, toda escrita apresenta uma série de caracteres que lhe são próprios e que pertencem ao grupo social, à língua e à época da qual ela é expressão, mas também ao registro material subjetivo, à natureza do instrumento, à mão e aos hábitos do escriba. (HIGOUNET, 2004, p. 15) A forma como se expressa é carregada de subjetividades que muitas vezes nem sequer são percebidas pelo seu autor.

³ “Para que se possa imprimir, era necessário que o papel fosse desenvolvido e em 105 Cai Lun inventa o papel chinês, que para completar o processo de impressão precisaria de algo que registrasse no papel, foi quando Wei Tan (179-253) criou a tinta para que fosse registrado no papel e durasse mais tempo” (CHAGAS *et al.*, 2012, p. 462).

imaginação. “Desde os tempos das cavernas a humanidade conta suas histórias através de desenhos rupestres, mais tarde os hieróglifos constituíram os primeiros sinais de escritas das antigas civilizações, com os maias e os egípcios”, e tinham como suporte a pedra ou a madeira, ou o pergaminho, “até os egípcios inventarem o papiro, que era um meio para a colocação da escrita, sendo o precursor do papel.” Durante centenas de anos foi utilizada como meio de registro de leis humanas e divinas, “sendo utilizada inclusive como instrumento de poder e dominação.” Servindo de suporte à escrita, o livro mantém a mesma forma utilizada por Gutenberg em 1442, ao imprimir sua primeira obra, uma bíblia em latim. (VERISSIMO, 2007)

“É a Gutenberg [...] que a história atribui o mérito principal da invenção da imprensa⁴, não só pela ideia dos tipos móveis – “a tipografia”, mas também pelo aperfeiçoamento da prensa [...]” (GASPAR, 2009, p. 1)

A revolução de Gutenberg possibilitou a difusão do livro por toda a Europa, tornando possível o acesso a informações àquelas pessoas que anteriormente não tinham, dado seu alto custo. Com a revolução de Gutenberg e a invenção da prensa móvel, primeira impressora, em 1440, iniciou-se a publicação de livros e a possibilidade de reprodução em escala maior, tornando-os acessíveis e alterando a forma de produção e o modo de reprodução dos textos. (CHAGAS *et al.*, 2012, p. 465)

Apesar da revolução proposta por Gutenberg, a partir do momento que o escritor se propõe a registrar algo, ele faz escolhas, deixando de consignar outra história, evento, já que o mundo é amplo para caber em registros cartulares. Quando ele faz a escolha, será registrado aquilo que pretende e decidiu pesquisar, dialogando solitariamente com o papel, transcrevendo impressões, apontando pensamentos e reflexões.

Com a escrita as pessoas não precisam estar em contato – direto – umas com as outras para se comunicarem, pois firmam uma comunicação indireta. Para que a informação que se pretende transmitir seja compreendida e interpretada, ela precisa ser mais detalhada, explícita, completa, possibilitando ao leitor se aproximar dos fatos e compreendê-los sob o mesmo ponto de vista do escritor.

Os escritos podem ter destinatários indefinidos ou definidos. Aquele que escreve está distante física e temporalmente de seu leitor, e para que se faça entendido tem de passar o

⁴ A utilização do termo “imprensa”, originariamente, refere-se a um dispositivo técnico capaz de reproduzir palavras, textos e livros.

máximo possível de informações referentes àquilo que foi narrado, por vezes vinculado à finalidade daquela informação.

A linguagem⁵ é o principal instrumento de comunicação dos profissionais que atuam nas áreas das ciências sociais. Por meio dela é possível o processo comunicativo e interações socioprofissionais. Nas áreas jurídicas, a linguagem escrita tem grande utilidade, compreendendo a comunicação aos tribunais e às partes que ocorre essencialmente por meio de memórias escritas, tornando a comunicação rica de formalidades e solenidades, até mesmo em razão do cumprimento de requisitos legais.

Baseado em Saussure, Vigna (2016) discorre que a “linguagem é a faculdade humana que possibilita a expressão”; língua “é o sistema abstrato de signos inter-relacionados, com o qual os membros de uma comunidade se comunicam, pois, no âmbito da frase, é possível criar uma conceituação estável para definir o fenômeno da comunicação; fala é o individual da língua, carregando ideologias e concepções de mundo⁶.” O estudo da linguagem comporta duas partes: uma tem por objeto a língua, que é social e cuja essência independe do indivíduo; a outra tem por objeto a parte individual da linguagem – a fala. “A fala alia o pensamento

⁵ “A psicanálise já demonstrou de Freud a Lacan e por toda uma escola lacaniana que é na linguagem que o humano se distingue do animal, uma vez que demanda e desejo não são da ordem de necessidades.” (LEAL, 2013, p. 64)

⁶ “A Linguística saussuriana explica a origem do signo linguístico da seguinte forma: para a palavra existir e realizar sua tarefa de comunicar, antes deve haver certa convenção social, isto é, um grupo social deve convencionar que haverá uma relação entre a palavra e a idéia de um objeto, ou ser, ou sentimento, etc. Diante de tal constatação, ele pressupõe um “primeiro princípio” para a existência do signo linguístico: a arbitrariedade. Expliquemos: uma palavra só se relaciona a uma determinada idéia em virtude da convenção feita pelos falantes de determinado idioma. Por conta disso, a língua é produto da coletividade, uma vez que ela só se consolida como meio de comunicação quando um grupo de seres humanos aceita que as palavras tenham tais e tais significados. Não há, portanto, um vínculo natural e obrigatório entre uma palavra e o seu significado, tal qual existe, por exemplo, entre chuva e nuvem, ovo e galinha, há, isto sim, um vínculo cultural. As palavras são ligadas a ideias porque os homens, de certa forma, assim o combinaram, assim o querem e continuam querendo ao longo das gerações. [...] O vínculo entre signo e idéia ou melhor entre o significado e o significante, deste modo, não é algo natural, mas uma convenção cultural, algo que os homens criaram e combinaram que assim seria. Tanto isto é verdade que palavras novas vão surgindo no bojo das línguas e outras ganham novos significados que, com o passar do tempo, permanecem ou são esquecidos. As gírias são exemplos deste último caso, por vezes perduram na comunicação de uma comunidade linguística e são adotadas por escritores e jornalistas; os dicionaristas, com isto, as recolhem e as tornam parte do léxico, mas quase sempre elas duram um curto espaço de tempo. [...] Após usar o princípio da arbitrariedade como explicação para a origem dos signos, Saussure busca explicar o seu funcionamento. Conforme o autor, a palavra é composta de duas partes, ou melhor, dois aspectos que se entrelaçam: o significante e o significado. Durante o processo da comunicação ao ouvirmos, lermos, enfim, pensarmos uma palavra, naturalmente surge uma ‘imagem acústica’ em nossa mente, um som unido a uma figura, denominada de significante, o som que cria a idéia; a esta imagem acústica corresponde um significado, ou seja, um conceito correspondente ao objeto ou ser no universo da língua que estamos usando. Assim, o processo da comunicação se dá pela constante relação que mentalmente é estabelecida entre significantes e significados. A princípio, é assim que funcionam os signos na comunicação. A concepção da língua feita por Saussure, em virtude disto, é de cunho mentalista, pois, como dissemos, as palavras não nos remetem diretamente às coisas, aos seres, aos sentimentos, mas a idéias que temos deles. A língua, portanto, se realiza não tanto na relação do homem com objetos reais, mas na mente humana e entre mentes humanas, até porque, quando interpretamos as palavras ditas por alguém, ou escritas, o fazemos a partir de outras palavras que temos em mente.” (VIGNA, 2016)

com o mecanismo físico que produz a voz, caracterizando a individualidade do ser humano perante a coletividade. A fala é um uso individual de algo social que é a língua”. No uso da fala estão as crenças das pessoas, o modo como entendem a vida, pois invoca-se ao pensamento o modo de ver a realidade. “A língua é necessária para que a fala seja inteligível e produza todos os seus efeitos; mas essa é necessária para que a língua se estabeleça.” (VIGNA, 2016)

Para Saussure (2000, p. 17), não se confunde língua com a linguagem; língua é somente uma parte determinada, essencial da linguagem. É, “ao mesmo tempo, um produto social da faculdade de linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos”. Acrescenta que “o exercício da linguagem repousa numa faculdade que nos é dada pela natureza, ao passo que a língua constitui algo adquirido e convencional”. (SAUSSURE, 2004, p. 18)

Ainda, Saussure (2000, p. 22) diferencia língua e fala: “Língua é o que é social e essencial, já a fala é individual, acessório e mais ou menos acidental”; a fala é “secundária no estudo da linguagem e pode ser compreendida como o uso individual da língua”.

Acrescenta Saussure que língua é convenção social, não podendo ser confundida com linguagem, pois faz parte dela; existindo outros sistemas semiológicos, como os gestos, sinais, escrita, no entanto, sendo o principal a língua, devendo ocupar “o primeiro lugar no estudo da linguagem”. (1973, p. 18) “A língua⁷ é necessária para que a fala seja inteligível e produza todos os seus efeitos; mas esta é necessária para que a língua se estabeleça; historicamente, o fato da fala vem sempre antes” (SAUSSURE, 2000, p. 27)

Embora os usuários de uma mesma língua possam criar variadas combinações de palavras em frases e também significados novos, sempre mantêm um modo de expressar e organizar frases, atribuindo regularmente certas significações a determinadas palavras, não inventando palavras à revelia dos demais usuários, tampouco constroem caoticamente frases

⁷ A língua “trata-se de um tesouro depositado pela prática da fala em todos os indivíduos pertencentes à mesma comunidade, um sistema gramatical que existe virtualmente em cada cérebro ou, mais exatamente, num cérebro dum conjunto de indivíduos, pois a língua não está completa em nenhum, e só na massa ela existe de modo completo”. (SAUSSURE, 2000, p. 21) “O papel característico da língua diante do pensamento não é criar um meio fônico material para a expressão das ideias, mas servir de intermediário entre o pensamento e o som, em condições tais que uma união conduza necessariamente a delimitações recíprocas de unidades. O pensamento, caótico por natureza, é forçado a precisar-se ao se decompor. Não há, pois, nem materialização do pensamento, nem espiritualização de sons; trata-se, antes, do fato, de certo modo misterioso, de o ‘pensamento-som’ implicar divisões e de a língua elaborar suas unidades constituindo-se entre duas massas amorfas.” (SAUSSURE, 1973, p. 131) A língua não menos que a fala, é um objeto de natureza concreta, o que oferece grande vantagem para o seu estudo. Os signos linguísticos, embora sejam essencialmente psíquicos, não são abstrações; as associações, ratificadas pelo consentimento coletivo e cujo conjunto constitui a língua, são realidades que têm sua sede no cérebro. (SAUSSURE, 1973, p. 23)

quando querem se comunicar satisfatoriamente. No uso das palavras, algumas são escolhidas em detrimento de outras, todavia, o significado delas, de certa forma, conserva-se. A língua é um pacto social, isto é, uma convenção entre pessoas de que as palavras funcionarão de maneira compactuada, em que a normatividade deve ser aceita. Assim, “língua é o sistema abstrato convencionado por um grupo social, regido por um código de funcionamento que lhe garante certa unidade e que surge em certas condições histórico-políticas”. (VIGNA, 2016) É o principal sistema de signos que transmitem ideias no campo da linguagem, a maneira como se expressa por meio dos signos.

A escrita é a escolha da área social na qual o escritor decide situar a natureza da sua linguagem. Para o escritor, não se trata de escolher o grupo social para quem destinará seus escritos, pois ele sabe perfeitamente que escreve sempre para a mesma sociedade. “A sua escolha é uma escolha de consciência, não de eficácia. A sua escrita é a maneira de pensar a sua literatura, não de a difundir”. As escritas são diferentes, mas podem receber comparações, pois são produzidas por movimentos idênticos, que é a reflexão do escritor sobre a escolha que ele assume ao escrever sobre algo. A escrita é uma realidade ambígua, pois nasce de um confronto incontestável entre o escritor e sua sociedade, e, por outro lado, remete o escritor dessa finalidade social às fontes instrumentais que deram origem à sua criação. (BARTHES, 1984, p. 21)

Aquele que escreve não tem controle do alcance do que produziu. Sua linguagem é colocada no mundo e não mais pertence apenas ao seu intelecto, tornando-se passível de comentários, sugestões, críticas e variadas interpretações de seus leitores, ora destinatários⁸. Apesar de todos os esforços de clareza que se coloca quando da elaboração da escrita, é possível que ela deixe aberturas para interpretações variadas, pois o escritor não consegue vislumbrar e prever como seu texto será recepcionado.

Como o escritor não pode fornecer uma linguagem livremente consumida, a história propõe-lhe a exigência de uma linguagem livremente produzida. Após essa escolha, vem a responsabilidade da escrita, mas essa liberdade não tem os mesmos limites consoante a possibilidade de escolher sua escrita, quando de sua criação. A escrita é cheia de recordações dos seus usos anteriores, porque a linguagem nunca é inocente, pois “as palavras têm uma

⁸ “O contexto onde a comunicação vai se efetuar e o destinatário de sua mensagem são muito importantes e devem ser levados em conta. Um texto jornalístico, por exemplo, é escrito de forma diferente em jornais diferentes, variando de acordo com o público ao qual se destina. Logo, linguagem e contexto social, emissor e receptor estão correlacionados: não se pode escrever um texto infantil usando uma linguagem rebuscada, assim como não se pode escrever um texto técnico, profissional, utilizando uma linguagem infantilizada.” (MAGALHÃES, 2011, p. 26)

memória segunda que se prolonga misteriosamente nos meios das novas significações”. A escrita é precisamente o compromisso entre uma liberdade e uma recordação; é uma liberdade recordadora que só é liberdade no gesto da escolha, e não na sua duração. Quando se escreve algo, o escritor escolhe esta ou aquela escrita, tornando-se prisioneiro das próprias palavras ou das palavras alheias. Trata-se de uma “reminiscência obstinada, proveniente de todas as escritas precedentes e do próprio passado da minha escrita, cobre a voz actual das minhas palavras”. “Todas as marcas escritas se precipitam como um elemento químico no início transparente, inocente e neutro, no qual a simples duração faz aparecer a pouco e pouco todo um passado em suspensão, toda uma criptografia cada vez mais densa”. A liberdade do escritor é momentânea; a liberdade de escrita é apenas um momento, que é um dos mais explícitos da história, visto que a história consiste numa escolha e é os limites dessa escolha. A escrita é quem aflora a história. (BARTHES, 1984, p. 22)

A linguagem escrita é fundamental para o registro do passado e eventual utilização no futuro. O escritor define a narrativa que entende ser relevante e a registra para momentos e necessidades posteriores com base no recorte feito preteritamente aos seus olhos, à história que vislumbra ser fundamental, tornando-se essencial para fins de memória.

1.2 Memória (segurança) e escrita

Cumprir destacar que nesta pesquisa não se pretende combater com a escrita, pois o grande trunfo da linguagem⁹ escrita é o registro, pois possibilita acessar momentos passados na atualidade. Com o registro o que se pretende é a aproximação de determinada realidade, fato ou observação, evitando elucubrações indesejadas. Ao mesmo tempo, porém, pode dar margem a interpretações diversas, mesmo que não tenha sido essa a intenção do autor, que registra o que observa, o que é nítido sob seu ponto de vista, relatando com clarividência suas sensações e visões, com toda liberdade narrativa e de reprodução de uma realidade unilateral, indiscutível, pois é sua realidade, foi a escolha realizada, não havendo que colocar em xeque suas colocações.

⁹ “A linguagem pode se referir tanto à capacidade especificamente humana para aquisição e utilização de sistemas complexos de comunicação quanto a uma instância específica de um sistema de comunicação complexo”. (HOUAISS, 1991)

A linguagem escrita dá-lhe uma função gloriosa, mas ao mesmo tempo vigiada, numa espécie de servidão invisível nos primeiros passos, já que a escrita, inicialmente livre, é, por fim, o que o prende a uma história acorrentada a ela própria. (BARTHES, 1984, p. 38)

A escrita apresenta um caráter de fechamento. Não é caminho aberto de passagem de uma só intenção de linguagem, funciona como uma consciência cuja atribuição é fazer coincidir a origem do fato e sua transformação mais longínqua. A consciência daquele que escreve encontra a imagem, pois ele avista que sua produção pode ser de grande valia. (BARTHES, 1984, p. 28-30)

Partindo desse cenário da dificuldade de existir informações escritas neutras, Barthes r apresenta eventual solução, com a criação de uma “escrita branca”, livre de qualquer sujeição a uma ordem fixa da linguagem, que seria o “grau zero da escrita” – uma escrita indicativa, amodal, sem valores repetidos. A escrita neutra situa-se no mundo, mas ao mesmo tempo consegue se ausentar do mundo; “a escrita reduz-se então a uma espécie de modo negativo em que os caracteres sociais ou míticos de uma linguagem são abolidos a favor de um estado neutro e inerte da forma”, no qual o pensamento do autor mantém sua responsabilidade, “sem ficar recoberto por um compromisso acessório da forma numa história que não lhe pertence”. Apesar das colocações, afirma Barthes que “infelizmente não há nada mais infiel do que uma escrita branca”; pois os automatismos são ínsitos ao próprio ser humano, dos quais ele acha que conseguirá se libertar quando da produção escrita. “O escritor torna-se epígono da sua criação primitiva, a sociedade faz da sua escrita uma maneira e reenvia-o prisioneiro dos seus próprios mitos formais”. (BARTHES, 1984, p. 64-65)

Torna-se difícil falar em escrita neutra, inocente, sem quaisquer intenções, pois ela é sobrecarregada de signos desde sua produção. Por instinto, um escrito é influenciado pela experiência de vida do autor, que pode deixar sua produção aberta a reflexões, não tendo o escrito apenas uma via interpretativa.

Durante os momentos em que o escritor segue as palavras faladas, a escrita toma como local dos seus reflexos a fala dos homens, reproduzindo as informações sociais, fazendo um relato imediato, prévio a qualquer outra mensagem sobre a situação daqueles homens. “A linguagem literária baseada na fala social nunca se desembaraça de uma virtude descritiva que a limita”. (BARTHES, 1984, p. 67)

Quando o escritor produz, ele não tem o controle do alcance da sua escrituração, que pode ser usada conforme planejado, nos termos de suas intenções de criação ou de modo diverso, já que o que produziu poderá fugir ao seu controle e alcance, passando a perquirir um

duplo modo de existência, pois convive com outra forma de viver que não foi projetada, tampouco pensada.

A linguagem é dirigida a algo, ela não é criada para o mundo de forma indiscriminada e sem valores originados e repetidos do passado, bem como não se assegurará de apenas uma via interpretativa, pois foge ao controle do autor. A linguagem, que de alguma forma pode ser considerada obscura, passa a ganhar nova vida com sua necessária compreensão. Ela pode caminhar de forma divergente aos olhos e pretensões de seu autor, que se surpreende com o alcance de sua produção ou fica satisfeito em deixar a interpretação e a leitura serem construídas caso a caso.

O escritor procura desvincular-se da história, na tentativa de iniciar a partir de um “grau zero da escrita”, mas no momento que faz escolhas e lança a palavra no papel, a linguagem caminha pelo mundo com a possibilidade de variadas e inesperadas interpretações, recebendo até mesmo novas significações. A linguagem escrita pode ser vista como se fosse a assinatura do autor.

Na comunicação escrita o intercâmbio se dá entre leitor-autor; tende ser uma linguagem mais formal e técnica, não havendo possibilidade de interromper ou de esclarecer eventuais incompreensões, excessos ou contradições. Já a comunicação oral se dá por meio do contato direto entre o locutor e seu interlocutor; há possibilidade de esclarecimentos e intervenções imediatas.

Ocasionalmente poderá haver até mesmo divergência entre aquilo que ele vê e o que é lançado no papel, quando se faz, por exemplo, um relato descritivo do que é observado. O passado do escritor faz com que suas experiências sejam lançadas no relato. Baseando-se em suas experiências, ele imagina o que será relevante no futuro e realiza a descrição, fazendo escolhas, sustentando seu ponto de vista, pois o relato é personalíssimo, vem de suas conclusões. Ele tenta projetar a realidade do passado para o amanhã – vivenciar o tempo pretérito no presente por meio da linguagem escrita.

1.3 Da realidade operacionalizada pela escrita

A escrituração de atos possibilita que informações originadas e documentadas no passado sejam utilizadas no presente. Os dados resguardados – preservados – por meio da escrita são transportados para o momento vindouro.

Projeta-se o passado para o futuro e, ao mesmo tempo, busca-se solução para o presente no passado, mesmo havendo grande distanciamento entre os dois momentos¹⁰. A projeção do passado é tida como uma espécie de realidade virtual, buscando confirmar a verdade do presente com base na realidade do passado.

Esse mesmo raciocínio pode ser projetado no processo penal, pois frequentemente os elementos informativos produzidos no passado são utilizados na atualidade para solucionar determinada demanda judicial.

Levando-se em consideração a adoção do passado como premissa inequívoca, é possível delimitar os argumentos do presente vendando o olhar do interlocutor para argumentos contrários, pois, previamente, consideram-se irrelevantes possíveis causas que os interessados veem necessidade de trazer ao mundo.

A “literatura” é uma relação com a linguagem que se coloca a partir dos caminhos científicos e que não busca algo de fora às próprias palavras, não havendo nada além daquilo que está naquelas palavras; o passado não é mais anterior, o passado passa a ser presente e evidente, como uma “realidade virtual”, tornando-o o presente. (BARTHES, 1975, p. 164)

Assim, por meio da linguagem possibilita-se a inserção de elementos do passado na atualidade, tornando-o presente, palpável e visível. O interlocutor sente-se como se fosse transportado ao passado, pois ele tenta se enxergar no contexto de produção daquelas informações. Ele vê na linguagem a coisa em si mesma, já que a vislumbra não apenas como representação do passado, mas como sua imobilização por meio da escrita; considera a linguagem a coisa em si mesma, fecha os olhos para as demais informações que o circundam ou que lhe são apresentadas, pois nada mais mudará seu entendimento, já que aquelas palavras do passado trouxeram a realidade, fazendo com que ele fosse transportado ao momento da narrativa, à ocasião da ocorrência dos fatos.

Ao longo de sua vida Barthes¹¹ pesquisou o chamado “efeito sem causa” – que é o desligamento do autor com a causa da obra, procurando compreender a escritura como puro efeito –, o momento do presente que não interroga sobre o passado e por isso vive em si mesmo, que ele chama de “estrela que emana luz por todos os lados”. É a tentativa de capturar o efeito sem remetê-lo à causalidade com que se costuma imediatamente associá-lo, sendo considerado efeito puro. A título de exemplo, Barthes estabelece a relação desse efeito

¹⁰ “Nos processos em que domina a forma escrita, embora também sejam realizados atos de forma oral, entende-se que o juiz só toma conhecimento dos fatos por meio do que consta nos autos” (MAIA, 2015, p. 133).

¹¹ Nascido em Cherbourg, na França, em 12 de novembro de 1915, foi escritor, filósofo e crítico literário francês, estudou Letras Clássicas em 1939 e Gramática e Filosofia em 1943, na Universidade de Paris.

em relação à fotografia, visualizando-a não como uma demonstração do passado – atestado da causalidade anterior –, mas, sim, como uma atualização desse passado, no qual a imagem torna o que aconteceu tão real quanto o que acontece agora, pois aquilo que se vê não é uma lembrança, uma imaginação, uma reconstituição, mas o real no estado passado, a um só tempo é o passado e o real; para toda foto existe um mundo, um caminho da certeza, em que sua essência é ratificar aquilo que ela representa. “Barthes não se preocupa com o passado concebido como uma realidade potencial que serviria de prova ou evidência do presente.” (CARTUM, 2013, p. 67-68) O recorte realizado por Barthes dedicava-se “à caça às falsas evidências”. Havia em Barthes a vontade de desvendar e revelar o compromisso histórico de qualquer discurso, tendo na linguagem o seu material evidente. (FONTANARI, 2013, p. 113-114)

Conforme Fontanari (2013, p. 114), “a semiótica¹² de Barthes consiste em assinalar o signo e tentar indicar o que existe além do mecanismo de construção de sentido empregado no processo de enunciação.” Assim, diante da linguagem, encontra-se “uma luta contra duas faces linguísticas: de um lado, no plano dos significados (problemas semânticos) e de outro, na destruição dos significantes, depondo e opondo contra o signo.” Dessa forma, “a semiótica barthesiana consiste num olhar político sobre os signos, que nada mais é senão excitação do olhar crítico. Essa excitação é uma desconstrução do mundo que nos rodeia, de tal forma que nele encontremos a função-signo, isto é, um mundo signo dele mesmo”. “No projeto semiótico de Barthes está esse imbricamento entre o explícito e o implícito do processo de comunicação-significação”. (FONTANARI, 2013, 114-115)

A realidade virtual apresentada por Barthes merece observação, visto que há de se levar em consideração que quando existe uma fotografia, um recorte foi realizado; a imagem que encontra-se naquela moldura foi a escolha realizada pelo fotógrafo. Possivelmente algo ficou de fora, já que na interpretação do fotógrafo não interessava o seu registro ou não cabia em seu mundo.

¹² “Cabe, a essa altura, uma ressalva: o século XX é notadamente marcado pelo apogeu do paradigma semiótico de cunho estruturalista na obra de Roland Barthes. Como aponta Winfried Nöth em *A Semiótica no Século XX*, os termos “semiótica” ou “semiologia” e “estruturalismo” são tomados praticamente quase como sinônimos. Para todo efeito e com a finalidade de desfazer a problemática da nomenclatura “semiótica” ou “semiologia”, podemos dizer que, para alguns autores, o termo “semiologia” está a serviço dos objetos linguísticos fortemente marcados pela tradição dos estudos de Ferdinand Saussure (1857- 1913), ao passo que a “semiótica” estaria para aqueles não linguísticos, vinculados, sobretudo, à tradição anglo-saxã, que tem como figura-mestre Charles Sanders Peirce (1839-1914). De maneira geral, para ambas as ciências, é o signo que importa em meio a esse jogo de nomenclatura, como elemento produtor de *semiose*, processo inerente ao ser humano e no qual se estabelece uma relação entre o signo, o seu objeto (conteúdo) e a sua interpretação.” (FONTANARI, 2013, p. 114)

Assim se dá a linguagem escrita. Quando seu autor relata algo, primeiramente ele faz escolhas a partir de um infinito universo de hipóteses. Após fazer sua escolha, seu recorte, automaticamente algo fica de fora de sua moldura. A linguagem escrita busca recriar a máxima sensação de realidade em seu leitor, buscado deixar o universo presente que é não real, na realidade temporal passada, contextualizando seu interlocutor.

A realidade virtual possibilita que o passado seja transportado para o presente, fazendo com que haja a sensação de presenciar o passado no presente como se lá estivesse o interlocutor; busca fazer com que os sentidos do interlocutor sejam alterados por meio da criação do ambiente imaginário, permitindo a imersão completa do sujeito em um ambiente simulado. Visto que não é o ambiente real onde os fatos realmente aconteceram, a narrativa busca situar o leitor e levá-lo ao passado, vislumbrando os fatos como se eles estivessem no presente.

A linguagem dá margem a variadas interpretações. As narrativas escritas, em geral, são mais detalhadas e extensas em razão da necessidade de clareza na transmissão das informações, pois, já que o interlocutor não está presente no momento de sua elaboração, o locutor se cerca de maiores cuidados para elaborar seu relato.

Toda linguagem é impregnada de influências externas, havendo necessidade se questionar se realmente pode ser interpretada e usada como uma realidade virtual, como se fosse o passado propriamente dito que foi transportado para o presente. A partir da aceitação da realidade virtual, acredita-se fielmente na linguagem escrita como se ela fosse o passado vivenciado no presente, sem levar em consideração os fatores que podem prejudicar ou até mesmo alterá-la. Essa realidade é passível de ser avaliada nas demandas judiciais, em que se trabalha com a reconstrução de fatos passados na atualidade, haja vista que a acusação tem como referencial argumentativo informações pretéritas para a denúncia ou queixa.

A comunicação escrita assume grande importância no contexto judicial. Os autos do processo servem de registro e documentação de atos, mas também de comunicação entre todos aqueles que possuem interesse na demanda jurisdicional, como advogado, juiz, promotor, peritos, assistentes, delegado, acusado, vítima e a sociedade, com atribuição de fiscalização de funcionamento da função judiciária.

O autor destina sua comunicação escrita ao interlocutor – juiz. Individualmente, ele analisa os documentos e manifesta-se com base na premissa de que o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*). Assim, ele se sente confortável, pois tudo de que precisa está em suas mãos, está nos autos, decifrando as informações ali existentes. Considera que a informação que servirá ao julgamento está pronta e acabada, sem

necessidade de busca de maiores esclarecimentos com as partes, bastando apenas interpretá-las perante a acusação existente em desfavor do acusado.

Na conjuntura do processo penal brasileiro, essas colocações são atuais e merecem reflexão, pois as informações cartulares são utilizadas e fundamentam decisões. Quando da apuração de crimes, instaura-se o inquérito policial e diligências são realizadas, unilateralmente. Coleta-se uma série de elementos informativos que fomentarão a instauração da ação penal por meio de oitiva de testemunha, vítima, investigado e realizam-se perícias¹³.

Nos termos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941a), as provas que podem ser utilizadas para fundamentar a sentença são somente aquelas produzidas em contraditório, e, como no inquérito policial ainda não existe contraditório, é vedado seu uso, bem como dos elementos informativos ali formalizados. Não raramente, no entanto, elementos informativos produzidos nessa fase são utilizados pelo juízo para fundamentar a sentença, sem observar o contraditório. A utilização exclusiva e indiscriminada dos elementos colhidos no inquérito, onde foram produzidos de forma individualizada pelo delegado sem a participação dos atores processuais – juiz, advogado e promotor de justiça ou querelante –, está em nítida ofensa ao texto processual e na contramão para a obtenção da prova de forma democrática.

Quando de sua utilização, não se questiona que esse elemento de informação, que é valorado como elemento de prova, foi angariado unilateralmente, sem observância do direito de participação da acusação e defesa, pois ainda é mantida a crença da verdade das informações colhidas em sede pré-processual. Acredita-se que o autor, com suas premissas unilaterais, teve a capacidade de relatar e levar aos autos do inquérito todas as informações relevantes para o esclarecimento dos fatos. É-lhe confiado – ser humano – que não será influenciado por fatores externos, não será pressionado, tampouco terá interesses escusos à investigação e usará sua experiência de vida para o bem da sociedade para investigar e relatar o inquérito policial com seu devido encaminhamento ao juízo.

Nos autos da instrução preliminar ou judicial, existem diferentes informações, cada uma de um ponto de vista diferente. Cada pessoa manifesta-se de acordo com sua atuação profissional, sendo influenciado pelo contexto social em que vive, bem como pelas experiências de vida conquistadas, o tempo que teve para se manifestar, o contexto em que se deu sua atuação, pressão popular, condições de trabalho insólitas. Sob todas essas condições

¹³ Conforme Amaral (2014, p. 188) “não existe investigador imparcial – que não se exija, sobre-humanamente isto de alguém. Independente de estar desconfiado ou não da culpa do acusado [...] o juiz investindo na direção de agregar ou aprofundar meios de prova que foram ou não levantados pelo órgão acusador, verificado estará o mesmo tipo de comprometimento psicológico atinente ao poder do próprio juiz de iniciar o processo.”

sua manifestação será colocada no papel e interpretada pelo interlocutor, entrelaçando-se dialeticamente por meio das interações da linguagem escrita.

Tanta confiança é assustadora, mas é a percepção na crença da *realidade virtual* que é operacionalizada pela linguagem escrita. Aquele que escreve acredita que aborda o que realmente aconteceu, na fé de que o passado o ilumina, esclarece e autoexplica o presente. Como a crença deixa o interlocutor cego, não questiona as informações registradas no pretérito, não pensa na possibilidade de erros, bem como que aquela linguagem é um ponto de vista diante das informações que possuía no momento.

Ainda assim, diante desse imbróglio, inicia-se a ação penal, firma-se um debate em aparente contraditório, fechando-se a contenda a partir do momento que se afirma que o passado foi transportado para o presente, nos termos das informações ali dispostas. Julga-se partindo da imobilização do passado e do exclusivo ponto de vista.

Judicialmente, na reconstrução do passado, devem ser levados em consideração os pontos de vista diversos, todas as hipóteses plausíveis e lógicas apresentadas pelas partes e os fatores que influenciaram na realidade passada, pois não é acertado considerar uma única linguagem como autoexplicativa. Afirmar o contrário é se mostrar inclinado à pré-disposições. Devem-se oportunizar aos interessados momentos de argumentação sobre a relevância ou não daquele elemento informativo. Com base nos elementos apresentados ao juiz em audiência, firmam-se os argumentos pelas partes, delimitando a abrangência e os fundamentos da sentença. Quando se transporta o conhecimento do passado como se fosse uma verdade absoluta e intangível, fecha-se o espaço argumentativo, vedando-se os debates.

Mediante a realidade operacionalizada pela escrita no processo penal, torna-se temerária a reconstrução dos fatos em contraditório judicial; não sendo razoável às partes a tentativa de participar plenamente da produção da prova de forma postergada.

Para que possa haver superação dessa realidade, que de fato é fantasiosa no processo penal, necessário se faz superar a exclusividade da escrita como informação probatória absoluta, suplantando com a ideia de que o momento para coletar informações é temporalmente na data dos fatos. Essa afirmação não mais se sustenta no atual processo a partir do marco participativo no Estado Democrático de Direito.

A realidade unilateral criada pode ser prejudicial ao julgamento, possibilitando ao juiz não se interessar pelas informações concebidas em audiência, desvalorizando as manifestações da acusação e da defesa. Quando a decisão toma para si o passado como verdade inequívoca e premissa óbvia, cerceia qualquer possibilidade de processo democrático, fechando-se os argumentos e decidindo exclusivamente com base nas informações cartulares,

eliminando o direito de participação das partes, criando uma realidade impenetrável, que diminui a importância dos debates e a participação da acusação e da defesa. Mostra-se necessário meios para que a decisão leve em consideração e tenha critérios objetivos para não descartar elementos que são apresentados no presente, afastando eventuais tendências decisórias.

1.4 Dos dissonantes cognitivos

Naturalmente o ser humano é portador de posicionamentos pessoais e, com o passar do tempo e ganho de experiência de vida, cria convicções a respeito dos acontecimentos que permeiam seu cotidiano. Suas convicções são externadas a todo o momento, como nas reuniões familiares, nos grupos de amigos, no seio religioso, nas relações de trabalho e sociais em geral. Seus posicionamentos são expostos conforme seu envolvimento, necessidade e confiança perante seu interlocutor, podendo se envolver emocionalmente e, em contrapartida, ser exigido dele maior cuidado – por exemplo, sua atividade profissional demandar posicionamentos objetivos e imparciais.

Declinando a temática para as demandas jurisdicionais, quanto mais envolvido emocionalmente com a causa o juiz estiver, maior o risco de se perder e comprometer o julgamento. Quanto mais informações lhe chegarem antes do início da instrução processual, maior possibilidade ele terá de mentalmente criar soluções com base nesse conhecimento prévio.

Nos procedimentos e julgamentos há necessidade de haver um juiz imparcial, sem preferências pessoais. Pessoalmente o juiz não é neutro, tem suas crenças e convicções que são rechaçadas ou reforçadas com os anos de experiência de vida galgados. Quando da análise dos autos do processo, necessário se faz considerar imparcialmente as informações que recebe, sem prejuízo às partes em razão de interesse por uma delas.

A partir do momento que o juiz toma a hipótese acusatória ou defensiva como verdadeira, tudo o que acontecer ao seu redor não mais interessará, pois já escolheu sua hipótese, está demarcada sua verdade. Se existem elementos nos autos que não foram produzidos em obediência ao contraditório, a aparência de imparcialidade possivelmente estará firmada no processo, já que a realidade virtual em que ele acredita já comprovou o que precisava, não sendo mais relevante o aparente contraditório exercido pelas partes. Para Barros (2009b, p. 331-345), a imparcialidade é demarcada a partir do desvencilhamento do subjetivismo do juiz.

Andolina e Vignera (1997) subdividem a imparcialidade como sendo do juiz e do procedimento. A imparcialidade do juiz diz respeito à sua equidistância das partes, podendo ser definida como a “sua indiferença pessoal ao resultado do processo que lhe foi confiado e se explica na inexistência de vínculos subjetivos, objetivos e psicológicos suscetíveis de condicionarem o conteúdo da sua decisão.” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 40) Sobre a imparcialidade do procedimento, destacam que “a imparcialidade não se limita a condicionar a estrutura do procedimento jurisdicional, mas tendencialmente penetra na organização de qualquer esquema procedimental instrumental ao exercício de uma atividade pública.” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 61) Conforme disposições da estrutura procedimental e a forma de realização de seus atos, ela pode se mostrar imparcial ou parcial, pois, se a estrutura se mostra e garante a equidistância de atuação judicante com a das partes, o procedimento tende a ser imparcial; do contrário, se o procedimento permite ao juiz se aproximar mais de uma das partes, tende a ser parcial, orientando a imparcialidade os atos procedimentais. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 46-47)

Schünemann (2013), baseando-se nos seus estudos do direito processual penal alemão, expõe que é pressuposto indispensável para a legitimação do julgador que ele seja estranho à disputa, isto é, estritamente imparcial. Até os dias de hoje a busca do terceiro imparcial continua “um tanto estranha, em parte mutilada, em parte só aparente”. No processo inquisitório alemão, o juiz se identificava com o inquisidor e, a partir do atual processo penal já reformado, o Ministério Público passou a assumir o papel de acusador. “No que diz respeito à audiência de instrução e julgamento, que é o centro decisório do processo penal, nada mudou em comparação à época do antigo processo inquisitório”. A acusação foi retirada do juiz, mas ao mesmo tempo ele recebe em mãos a totalidade da investigação preliminar, com base nas quais deverá decidir se há justa causa/suspeita suficiente, se há alta probabilidade de condenação; assim, recebe a denúncia oferecida pelo Ministério Público. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 206)

Schünemann e Bandilla publicaram o “Perseverance in courtroom decisions” afirmando que a “perseverança pode ser descrita como a tendência de a informação que o decisor inicialmente considerou crucial para a decisão manter sua influência mesmo quando demonstra ser inútil ou irrelevante.” Relacionaram as informações obtidas da investigação preliminar e a aproximação ao sistema inquisitivo: “[...] o sistema inquisitório é caracterizado pelo juiz ter um completo conhecimento dos resultados das investigações preliminares, e, assim, de materiais que incriminam o acusado num caso de processo penal, antes do processo.” (SCHÜNEMANN; BANDILLA, 1989, p. 181-182, tradução nossa)

Esse cenário foi objeto de incursões empíricas em “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?” (SCHÜNEMANN, 2013). Schünemann relaciona a imparcialidade do julgamento diante da existência de procedimentos que possibilitam o acesso do juiz às informações preliminares realizadas distantes das partes, tendo como marco teórico a teoria da dissonância cognitiva. A partir do momento que o juiz tem contato com os elementos informativos realizados na investigação preliminar, como o inquérito policial, oportunamente recebe a denúncia oferecida pelo Ministério Público e, em seguida realiza a audiência de instrução e julgamento, indaga-se se está apto a realizar e analisar a instrução, bem como proferir a decisão de forma imparcial.

Se o julgador tem conhecimento prévio dos autos e ele próprio recebe a denúncia, há amplo espaço para acompanhar as ideias e argumentos que acessou previamente, guiando-se pelas informações nos moldes que teve vistas preteritamente, criando uma imagem dos fatos, correndo o risco de não mais se interessar pelas demais informações que lhe serão apresentadas durante a instrução processual.

O ideal seria que o juiz que conduz a audiência de instrução e julgamento não seja o mesmo que atua durante a fase preliminar e também não recebe ou rejeita a denúncia. O juiz que proferirá a sentença deveria tomar conhecimento dos elementos informativos probatórios apenas nesse momento, por meio dos argumentos e documentos apresentados pelas partes em contraditório.

O juiz, quando adquire prévio conhecimento dos autos da instrução preliminar, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por ocupar e exercer atividade inquisitória da audiência, bem como posição contrária diante do acusado que nega os fatos, está impedido de realizar uma avaliação imparcial; isto é, “de processar as informações de forma adequada, ou se, pelo contrário, esse juiz não acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar” Schünemann busca demonstrar a plausibilidade dessa hipótese do pré-julgamento, com base na chamada “teoria da dissonância cognitiva”, elaborada por Leon Festinger em 1957. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 207)

Festinger (1975, p. 13) criou a teoria do comportamento humano denominada “teoria da dissonância cognitiva:

[...] a dissonância, isto é, a existência de relações discordantes entre cognições, é um fator motivante per se. Pelo termo cognição [...] entendo qualquer conhecimento, opinião ou convicção sobre o meio ambiente, sobre nós próprios ou o nosso comportamento. A dissonância cognitiva pode ser considerada uma condição antecedente que leva à atividade orientada para a redução da dissonância, tal como a fome conduz à atividade orientada no sentido de redução da fome

Festinger (1975, p. 12) expõe que os indivíduos apresentam relações irrelevantes ou relevantes, nomeando-as como dissonância ou consonância, na qual sua realidade exige que haja relação com os elementos de cognição, partindo das seguintes hipóteses: “1. A existência de dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância”. Quando da presença de dissonantes, busca-se superá-los, afastá-los de seus elementos de cognição ou até mesmo acrescentando novos elementos cognitivos. Ainda, quando da presença dos dissonantes o indivíduo imprime esforços para superar o aumento da dissonância, buscando reforçar sua consonância e manter os elementos psíquicos criados. (FESTINGER, 1975, p. 25-35)

Desde a teoria da dissonância cognitiva de Festinger, quando o indivíduo se encontra com mais de uma hipótese para a resolução do problema opostas/contraditórias e deve tomar uma decisão, predomina a tendência de dar valor àquilo de que ele já teve conhecimento prévio, no sentido de ter maior propensão em confirmar as escolhas feitas. Conforme Festinger (1975), partindo desse raciocínio, o indivíduo tem em vista apreciar os argumentos de forma menos objetiva, tendendo a ser parcial, desconsiderando as informações dissonantes; esclarece que, mediante a existência de cognições contraditórias, o indivíduo deveria produzir ou obter novas informações para confirmar ou superar as confirmações preexistentes com o fim de diminuir os conflitos, chamados “dissonâncias”, entre as cognições do sujeito.

Quando o indivíduo está circundado de informações, passa a estar envolvido com a realidade que o cerca, fazendo com que os atos de escolhas sejam rodeados por preferências pessoais; trata-se de verdadeira inquietação psicológica, em que não existem motivos para procurar informações adicionais:

Segundo a *teoria da dissonância cognitiva* formulada por Festinger, na versão de Irle¹⁴, toda pessoa procura um equilíbrio em seu sistema cognitivo, isto é, uma

¹⁴ Schünemann adota a teoria da dissonância cognitiva de Festinger, na reformulação Irle e Katz. Irle (FREY *et al.*, 1982, 300-302) apresenta quatro pontos em sua reformulação, em que busca esclarecer as relações entre os elementos consonantes, dissonantes e irrelevantes. Não se busca aprofundar em sua teoria, mas apresentar seus elementos fundantes. O primeiro afirmando que sempre que uma pessoa espera um evento decorrente de outro, ela já possui uma hipótese implícita, que seria a “terceira cognição”, como condição necessária para a ocorrência da dissonância. Assim, existiriam três elementos de cognição, no qual o terceiro seria a relação entre o primeiro e o segundo. Firmadas essas relações, eventuais violações geram a dissonância. O segundo diz respeito às dificuldades de mudança, em que é proporcional à grandeza da dissonância: quanto maior a probabilidade de mudança da hipótese, maior a grandeza da dissonância. O terceiro avalia o alcance das

relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de uma dissonância cognitiva, surge para o sujeito um motivo no sentido de reduzi-la e de restaurar a consonância, isto é, de fazer desaparecer as contradições. Disso decorre, principalmente, dois efeitos: por um lado, segundo o chamado *efeito inércia ou perseverança* (mecanismo de autoconfirmação da hipótese), as informações que confirmam uma hipótese que, em algum momento anterior fora considerada correta, são sistematicamente superestimadas, enquanto as informações contrárias são sistematicamente menosprezadas. Por outro lado, segundo o *princípio da busca seletiva de informações*, procuram-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que, em algum momento prévio, fora aceita (acolhida pelo ego), tratam-se elas de informações consoantes, ou de informações dissonantes, desde que, contudo, sejam facilmente refutáveis, de modo que elas acabem tendo um efeito igualmente confirmador. Aplicando essas considerações à posição e à função do juiz alemão na audiência de instrução e julgamento: uma vez que a leitura dos autos faz surgir no juiz uma imagem do fato, é de se supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará de modo que ele tentará confirmá-la em audiência, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 208, grifos do autor)

Diante da dissonância, pode-se mudar psicologicamente a decisão, desviar para outras alternativas apresentadas ou efetuar a sobreposição cognitiva, sendo o mais comum inclinar-se para o aumento dos elementos consonantes diante das alternativas existentes, diminuindo os elementos dissonantes e valorizando a escolha realizada em momento anterior. (FESTINGER, 1975, p. 46-47). Para Festinger (1975, p. 118-119), “a presença ou ausência de dissonância em alguma área particular de conteúdo terá importantes efeitos sobre o grau de busca de informação e sobre a seletividade dessa busca de informação” Assim, quando da presença de dissonantes, há forte tendência a buscar informações para aumentar seus elementos consonantes, tendo interesse naqueles que confirmam sua decisão. A teoria da dissonância cognitiva de Festinger é essencial para compreender as colocações de Bernd Schünemann.

Schünemann (2013, p. 208) parte da hipótese de que “[...] uma vez que a leitura dos autos faz surgir no juiz uma imagem do fato, é de se supor que, tendencialmente, o juiz a ela se apegará de modo que ele tentará confirmá-la na audiência, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes.” Schünemann (2013) aborda a teoria da dissonância cognitiva no processo penal partindo da

consequências com as alterações do elemento de cognição não apenas entre elementos isolados, mas as alterações psíquicas do indivíduo. A alteração psíquica pode ocasionar nova dissonância com elementos antes irrelevantes, considerando que não devem ser avaliadas apenas as oposições às mudanças preteritamente relevantes, mas também as dissonâncias oriundas dessas alterações. O quarto diz respeito à ampliação das pesquisas relacionadas à dissonância cognitiva relacionando-a à comparações sociais, percepções e comportamentos exploratórios.

atuação do juiz, na qual se vê na necessidade de analisar os argumentos aparentemente diversos apresentados pelas partes. Diante das contradições, o juiz constrói mentalmente uma imagem dos fatos baseando-se no inquérito e na denúncia, pois é o que tem até o momento do recebimento da inicial acusatória, com a criação mental dos fatos partindo de informações unilaterais. Se ele constrói mentalmente os fatos com base em hipóteses claramente unilaterais e tendenciosas, não terá interesse nas informações apresentadas pelas partes durante a instrução, pois se trata de dado dissonante sob seu ponto de vista ou até mesmo nem sequer é percebido.

Analisando as colocações de Schünemann¹⁵, destaca-se que o juiz deve se assentar em contexto diferenciado para encontrar o equilíbrio em seu sistema cognitivo, já que busca se amparar em informações não contraditórias aos seus conhecimentos. Assim, passa a dar atenção e importância apenas àquilo que tem interesse, supervalorizando as informações que sustentam a hipótese criada com base em informações anteriores. Além da importância seletiva criada, ele ainda pode passar a buscar informações para confirmar seu posicionamento mental, com efeito confirmador daquilo que prejudicou. Schünemann (2013, p. 207) pesquisou esse problema na estrutura procedimental alemã, na qual o juiz “acaba preso à rota traçada nos autos da investigação preliminar, os quais foram construídos em regra de

¹⁵ Schünemann (2013, p. 209) realizou alguns experimentos sobre a audiência de instrução e julgamento com juízes e promotores de justiça, que foram submetidos à análise de autos para eventual recebimento de denúncia, bem como prolação de sentença. Chegou às seguintes conclusões: a) se os juízes penais tiverem conhecimento dos autos antes da audiência, condenarão com maior frequência que juízes sem esse conhecimento; pois esse conhecimento prévio é reforçado pela possibilidade de inquirição dos sujeitos da prova; b) existindo prévio conhecimento dos autos, serão cometidos na audiência de instrução e julgamento mais erros no armazenamento das informações que contradizem os autos do que no caso em que não exista esse conhecimento; c) se o juiz puder inquirir pessoalmente os sujeitos da prova, diminuirá ainda mais a quantidade de erros quando ele não tiver prévio conhecimento dos autos; d) existindo prévio conhecimento dos autos, serão formuladas mais perguntas aos sujeitos da prova durante a audiência de instrução e julgamento, quando comparado com as demandas nas quais não existia esse conhecimento. Dentre os experimentos empíricos de Schünemann, 8 (oito) juízes receberam os autos da investigação preliminar antes de julgar e 11 (onze) juízes não receberam; dos 8 (oito) que receberam, todos proferiram decisão condenatória e os 11 (onze) que não receberam, 8 (oito) absolveram e 3 (três) condenaram. A pesquisa parte da ideia da acusatoriedade europeia, onde o juiz faz perguntas. O experimento de Schünemann (2013, p. 212) envolveu 58 juízes criminais e promotores da Alemanha que analisaram o mesmo fato, um processo pela prática do crime de “libertação de preso”, com a variável do acesso prévio à investigação preliminar, no qual os resultados demonstraram que todos os juízes que tinham prévio conhecimento dos autos manifestaram-se pela condenação; os juízes que não adquiriram esse conhecimento antecipado, pouco mais da metade deles absolveram. A hipótese de que os juízes que têm acesso às informações da investigação preliminar têm maior tendência condenatória foi confirmada quando comparada aos juízes que não tiveram esse conhecimento. Outra questão dizia respeito à análise da sentença, questionando os juízes sobre as informações apresentadas em audiência. A hipótese era de que o juiz que tem prévio conhecimento dos autos da instrução preliminar apresenta erros no armazenamento das informações que contrariam os autos do processo. Diante dos resultados obtidos, Schünemann confirma a hipótese de que os juízes que tiveram acesso aos elementos da investigação não perceberam, tampouco armazenaram os elementos consonantes apresentados em audiência, em oposição à imagem criada com o acesso à investigação, não aumentando a dissonância. Schünemann (2013, p. 221) conclui que “o juiz, com conhecimento dos autos, continua a operar como instância que investiga e decide”.

modo unilateral, porque quase exclusivamente pela polícia, com pouquíssima influência da defesa, e que por isso contêm uma imagem dos fatos que reflete a perspectiva e o enfoque da polícia¹⁶.

No Brasil esse cenário é plenamente factível. Tem-se a instrução preliminar com a apuração prévia dos fatos partindo de uma visão em regra exclusivamente unilateral, visto que a polícia judiciária conduz as investigações com pouca ou, na maioria das vezes, nenhuma influência da defesa; ainda assim, quando há participação da defesa, ela se encontra tímida e tem pouca relevância sob o enfoque do delegado de polícia, conduzindo a uma visão dos fatos que transmite o ponto de vista unicamente policial/acusatório. Quando o juiz se manifesta sobre o recebimento da denúncia, necessariamente, analisa a investigação preliminar, o que faz com que crie uma visão sobre aqueles fatos¹⁷.

As fragilidades são diversas no processo penal brasileiro. A legislação ainda tolera discricionariedade para o juiz ordenar produção de provas de ofício, decretar prisões,

¹⁶ “[...] o juiz, por seu conhecimento dos autos, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, por sua atividade inquisitória na audiência e por ocupar, de facto, a posição de parte contrária do acusado que nega os fatos, não está impedido de realizar uma avaliação imparcial, isto é, de processar as informações de forma adequada.” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 207).

¹⁷ Em pesquisa empírica sobre o inquérito policial, Misse (2010, p. 13) aponta a importância do método inquisitorial para o êxito das investigações: “[...] podemos avaliar como as ambivalências da legislação e da tradição, assim como as mudanças introduzidas nos últimos anos nessa área, encontram solução nas práticas adotadas. E o quanto essas mudanças atravessam a fronteira de uma legalidade já por si considerada antiquada, inquisitorial, quando não autoritária, em direção a uma ilegalidade prática, sob a forma de uma ‘lógica em uso’ justificada pela eficiência. Continua o autor com importante observação sobre o afastamento da lei pela busca incessante da verdade pelos agentes estatais. “No entanto, essa ‘informalidade eficiente’ diminui tanto as garantias de direitos dos acusados quanto não foi capaz de aumentar a capacidade investigativa da polícia. Como se sabe, os estudos de fluxo do sistema de justiça criminal têm demonstrado que o principal bloqueio ao fluxo está entre a polícia e o Ministério Público e não no Judiciário, que responde pela lentidão. Logo, a eficiência das ‘adaptações’ ilegalmente admitidas no sistema não tem se revelado verdadeira, ou, dito de outro modo, o que há é uma ‘informalidade ineficiente’ em muitos casos. Como compreender, um pouco mais em detalhe, que essas adaptações ilegais se mantenham? Conhecemos as denúncias sobre arbitrariedades e a corrupção na polícia e nas demais instituições do sistema. No entanto, não estou me referindo a esse tipo de desvio da lei, feito sem apoio institucional e que parece, como no caso da metáfora das maçãs podres, como exceções individuais às normas institucionais. Refiro-me a desvios da lei geridos institucionalmente, por meio de acordos ou pactos informais que envolvem a polícia, o Ministério Público e o Judiciário e que continuam a ser mantidos em nome da racionalidade da gestão.” (MISSE, 2010, p. 13) “Como figura regularmente ausente, o defensor, que aparecerá no seu estrito direito logo após a denúncia, deixa em evidência a sua desvantagem frente ao acúmulo de informação acusatória já existente desde a instauração dos inquéritos. Embora na tradição jurídica de nossos procedimentos não se veja nisso problema algum, é possível reconhecer no trabalho policial com os inquéritos – principalmente daqueles considerados bem sucedidos – uma orientação marcadamente inquisitorial que se torna evidente quando na hora de avaliar os critérios para a sua abertura, o principal indício é o de autoria. Trabalha-se em função de uma denúncia, da possível punição de um sujeito ‘incriminável’, e não em função do esclarecimento imparcial dos casos.” (MISSE, 2010, p. 99) “Podemos concluir que, embora o inquérito policial seja legalmente uma instância administrativa, na prática, é muito mais do que isso. Para os polícias, o inquérito pode ser equiparado à investigação policial. A investigação policial não pode, porém, se limitar ao inquérito, pois ela foge muitas vezes do controle e do registro formal, abrangendo aptidões individuais e relacionais desenvolvidas com jeito para, e como jeito de, obter informação”. (MISSE, 2010, p. 93)

interceptações, buscas e apreensões, receber a acusação, conduzir a audiência e decidir. Além de conduzir a audiência e decidir, que seriam as atribuições essenciais à sua função, em seus ombros há ampla autonomia de atuação, na crença de que ele agirá de boa-fé e será imparcial na análise das informações que lhe são apresentadas pelas partes ou aquelas que ordenou, superando os problemas do inconsciente do julgador.

Essas informações preliminares não podem fazer com que se crie uma realidade virtual impenetrável pelas partes, diminuindo suas atribuições e afastando os debates judiciais. Elas servem para dar embasamento ao início da ação penal, e não como fundamento decisório, desvalorizando o contraditório judicial, valendo-se a decisão exclusivamente de informações escritas que serão interpretadas na solidão do gabinete do juiz.

É veemente, no processo penal brasileiro, a possibilidade de pré-julgamentos, pois o juiz, para receber a denúncia, tem acesso a todo o inquérito policial. Para receber ou rejeitar a denúncia e verificar a presença da justa causa¹⁸, inevitavelmente, ele faz esse controle baseando-se nos autos da investigação preliminar. Cunha Martins (2010, p. 11) faz precisa e objetiva colocação a respeito do acesso a informações prévias em que a “expectativa antecipa um preenchimento”.

Baseando-se na “teoria da dissonância cognitiva”, constata-se que é presente no processo penal brasileiro o largo espaço para julgamentos baseados em informações documentadas unilateralmente. Como o juiz tem acesso aos autos da investigação, naturalmente cria uma imagem do cenário fático, tendendo a buscar sua confirmação na audiência de instrução e julgamento, dando maior valor às informações consonantes com suas ideias e hipóteses, menosprezando as informações dissonantes, contrárias àquilo que criou com os subsídios obtidos no inquérito policial. O contato com informações da instrução preliminar acarreta a criação de pré-julgamentos mentais, afastando-se da necessária imparcialidade judicante, tornando-se vulnerável o julgamento.

Conforme Schuneman¹⁹ (2013), há certa tendência de condenar quando o juiz conhece os autos da investigação preliminar, enquanto os juízes que não têm esse conhecimento prévio comportam-se de modo ambivalente, com menor número de condenações. Essa diferença alcança nível de significância mais elevado quando o juiz tem a possibilidade de inquirir testemunhas. “O conhecimento de autos da investigação preliminar tendencialmente

¹⁸ Sobre justa causa ver MARQUES (2006).

¹⁹ Nascido em 10 de novembro de 1944 na cidade de Braunschweig, Alemanha, Bernd Schünemann doutorou-se pela Georg-August-Universität Göttingen, orientado por Claus Roxin, e é professor emérito de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito e sociologia do direito na Ludwig-Maximilians-Universität München. (GRECO, 2013, p. 7)

incriminadores leva o juiz a condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente, o que sugeriria uma absolvição”. Como já possui prévio conhecimento dos autos da investigação, o “efeito inércia” faz-se presente no sentido de que não apreendem e não armazenam corretamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, já que eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras, que eram conhecidas em razão da leitura prévia dos autos. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 212-213) Tendo conhecimento prévio de documentos, passa o juiz a ser um terceiro inconscientemente manipulado pelas informações da investigação preliminar. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 219)

O problema do acesso a informações colhidas antes da audiência de instrução e julgamento é que permanece sublimado o risco de se apegar às imagens do fato criadas naquele momento, não se interessando por outras informações, e, muitas vezes, nem sequer percebendo algo diferente dessa prévia hipótese, pois mentalmente captou as informações que entende ser relevantes e necessárias. Desse modo, quando ele termina de inquirir determinada fonte de prova, deixa de perceber a atuação da defesa²⁰, pois seu intelecto é seletivo, não mais interessando a atuação das partes.

Para que se possa implementar um procedimento e o julgamento de forma imparcial, necessário se faz a existência de meios a fim de que a decisão seja proferida sem que se valha das informações exclusivamente escritas colhidas previamente à audiência de instrução e julgamento e se possa sobrevalorizar a fase judicial, em que há efetiva partição das partes e a decisão construída com base nas provas atualmente produzidas.

Do contrário, haverá o retorno ao modelo inquisitorial de processo, com a supervalorização das informações produzidas de forma unilateral, na crença de que esse é o

²⁰ “Faz parte do dia a dia do advogado criminalista que o resultado da audiência apresente considerável divergência em comparação com o conteúdo dos autos da investigação preliminar, uma vez que esse conteúdo é construído com base na perspectiva da polícia e não é, em momento algum, submetido a um questionamento crítico, dada a inferioridade da defesa na fase da investigação preliminar, que, diante disso, o advogado se acredite, de sua perspectiva, capaz de prever o fracasso da denúncia, ao passo que no juiz não surge uma dúvida sequer; e que, com isso, o princípio *in dubio pro reo* seja na audiência posto faticamente de ponta-cabeça, porque o advogado se vê incumbido de provar a incorreção da denúncia, caso ele realmente queira conseguir uma absolvição. Além do mais, faz parte das experiências do cotidiano forense que o juiz e advogado vivenciem de modo completamente diverso o conteúdo dos depoimentos testemunhais e, posteriormente, os reproduzam também diversamente, o juiz de uma perspectiva incriminadora, o advogado, de uma perspectiva de defesa. E, por fim, observa-se no dia a dia como a atenção do juiz repentinamente diminui, tão logo ele termine a sua inquirição e o advogado dê início às suas perguntas, e como as respostas dadas pelas testemunhas às perguntas do advogado sequer aparecem na posterior sentença.” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 216) “O processamento de informações pelo juiz é em sua totalidade distorcido em favor da imagem do fato que consta dos autos da investigação e da avaliação realizada pelo ministério público, de modo que o juiz tem mais dificuldade em perceber e armazenar resultados probatórios dissonantes do que consonantes, e as faculdades de formulação de perguntas que lhe assistem são usadas não no sentido de uma melhora do processamento de informações, e sim de uma autoconfirmação das hipóteses iniciais.” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 221)

momento adequado para a produção de elementos probatórios, já que o inquisidor tinha a intenção de conduzir o julgamento. A partir do momento que a instrução preliminar conduz à formação da culpa e o juiz recebe a denúncia com base nessa investigação e, em seguida, instrui e julga, a instrução preliminar pode fornecer os caminhos para a condenação, retomando com a mesma lógica da inquisitorial de concentração de funções com o fim de demarcar desde logo a condenação futura.

Como no Brasil o inquérito policial continua acompanhando fisicamente os autos da ação penal, é inegável que o acesso aos seus elementos informativos pode exercer vital influência na decisão e, fundamentalmente, padecendo dos mesmos problemas do modelo inquisitorial de processo, em que o julgador se limita apenas a ele, tornando-se cego às demais informações que estão em choque com suas pré-compreensões, sentindo-se desconfortável com as cognições contraditórias dissonantes. O equilíbrio processual entre as partes, com a valorização da audiência de instrução e julgamento pública e oral, em que se produzem as provas e há demarcação do que servirá à decisão, resta achatado com a manutenção da supervalorização das informações cartulares unilaterais, necessitando de medidas que visam diminuir esses riscos e afastar a manutenção inquisitória.

A possibilidade da utilização de informações unilaterais comunga com a manutenção do modelo inquisitório de processo, afastando a relevância dos debates das partes, impossibilitando que elas influenciem na construção da decisão, uma vez que o juiz decidirá a seu tempo e modo, independentemente do ocorrido em audiência. Por meio dos dissonantes cognitivos busca-se demonstrar que há necessidade de uma técnica para constranger o juiz a levar em consideração e tomar o cuidado para não deixar de analisar os elementos apresentados pelas partes e que deixou de avaliar, pois está predisposto a tomar determinada decisão.

Nesse contexto, passa-se a avaliar o percurso da construção das informações com base no modelo inquisitorial de processo e a possibilidade da exclusividade da linguagem escrita ser utilizada como forma de registro e orientação ao julgamento.

1.5 Da necessidade de definição de um sistema processual

Antes de apresentar a relevância e finalidade da escrituração no modelo inquisitivo, necessário destacar que a definição do sistema processual é que vai orientar o procedimento e a atuação do Estado.

Relevante se faz a análise prática dos sistemas processuais²¹ em conjunto com a dogmática para que a pesquisa não se distancie de abordar a relevância de se adotar um sistema processual adequado com a atual Constituição²². Assim, imprescindível para a definição do sistema processual conhecer as previsões constitucionais, bem como entender o momento político²³ vivenciado quando da entrada em vigor de seu texto.

Nesse contexto, necessário compreender o sistema processual adotado no Brasil, pois, ao mesmo tempo que a Constituição²⁴, no Preâmbulo²⁵, afirma que, a partir de sua entrada em vigor, institui-se o Estado Democrático, convive-se com um Código de Processo Penal da década de 1940 e com viés claramente autoritário, conforme se percebe da análise de seu texto e exposição de motivos²⁶.

²¹ Conforme Coutinho (2001, p. 16), pode-se definir sistemas como um “conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”.

²² “A Constituição deve ser entendida como norma dotada de todos elementos necessários à sua aplicação. Sendo norma, ela é de pronta eficácia: não depende da vontade dos Poderes Públicos, até porque não é ela mais uma forma do que se concebeu na modernidade como Estado, mas sim algo que está voltado para a própria sociedade” (MEYER, 2003, p. 169)

²³ Atualmente, os sistemas processuais decorrem diretamente do sistema político, fundado na Constituição. Estados autoritários adotam modelos inquisitoriais, enquanto Estados de Direito compatibilizam-se melhor com o modelo acusatório, também denominado garantista. (THUMS, 2006, p. 234)

²⁴ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2006, p. 99).

²⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para 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 de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (BRASIL, 1988)

²⁶ [...]: “II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. [...] As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoam a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para

O sistema processual a ser adotado é o espelho do trato que é dado ao indivíduo, a forma como se dão a acusação, a defesa, o julgamento e os meios de exercício de suas manifestações.

Os sistemas processuais são analisados nos dois primeiros capítulos para apurar se eles contribuem ou não para a participação dos sujeitos processuais²⁷ no procedimento. A pesquisa mostra-se relevante para identificar onde e como a escrituração e a oralidade estão presentes nos sistemas processuais inquisitório e acusatório na construção do provimento decisório.

Apesar de se analisar o modelo inquisitório nesse momento, cumpre afirmar que, inevitavelmente, a escolha do sistema acusatório é consequência da adoção constitucional do Estado Democrático de Direito. Conforme ressalta Prado (2005, p. 71), a definição “do sistema acusatório é uma natural consequência das influências do princípio democrático em relação ao direito”.

Para entender os sistemas processuais necessário se faz, nas palavras de Cordero (2000, p. 88), conhecer “as regras do jogo”, ou seja, as características norteadoras de cada um deles. “O processo penal é um dos índices mais típicos do grau de civilização de um povo em sua caminhada histórica.” (VARGAS, 1992, p. 104) “A devida compreensão do Direito

ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandado. É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. O prazo da formulação da culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitem*. [...] Quando da última reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas são também de repetir-se as palavras de Rocco: ‘Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas’. [...] E se, por um lado, os dispositivos do projeto tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva, é certo, por outro lado, que asseguram, com muito mais eficiência do que a legislação atual, a defesa dos acusados. Ao invés de uma simples faculdade outorgada a estes e sob a condição de sua presença em juízo, a defesa passa a ser, em qualquer caso, uma indeclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal. Nenhum réu, ainda que ausente do distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor. A pena de revelia não exclui a garantia constitucional da contrariedade do processo. Ao contrário das leis processuais em vigor, o projeto não pactua, em caso algum, com a insídia de uma acusação sem o correlativo da defesa. [...] XVIII – Do que vem de ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e seguranças de sua liberdade. Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1941b)

²⁷ Conforme Fazzalari (2006, p. 511-512), entende-se por sujeitos processuais aqueles que intervêm durante o procedimento, baseando-se em previsões existentes na norma, podendo os sujeitos dividirem-se nos sujeitos parciais, sendo as partes, com faculdades, deveres e ônus e aqueles imparciais, que possuem funções.

Processual Penal é fundamental ao estudo dos sistemas processuais.” (COUTINHO, 1999, p. 66)

A definição do sistema processual é de suma importância, pois definir as linhas norteadoras da interpretação de toda legislação depende da fixação do modelo processual. Ainda, o sistema processual adotado permitirá avaliar e em que moldes será a participação das partes, bem como como se dá sua efetiva contribuição na construção do provimento jurisdicional. Vale ressaltar que não existe hoje um sistema que possa ser chamado de puro²⁸, ou seja, aquele cujas características originárias estão integralmente presentes, pois elege-se a adoção do sistema acusatório ou inquisitório mediante a análise da presença da pluralidade de suas características na legislação vigente.

1.6 Principais características que demarcam o sistema inquisitivo

A expressão “procedimento inquisitório” compreende a sequência de atos atrelados a uma estrutura normativa cuja finalidade é legitimar atos de poder por parte do Estado. (MARQUES, 2011, p. 478)

Conforme Prado (2006, p. 81), os séculos XIII e XIV marcaram a origem do modelo inquisitório. Acrescenta Coutinho (2009b, p. 104) que a origem desse modelo pode ser datada de 1215, em razão do IV Concílio de Latrão, sendo que seu embrião havia sido lançado em 1199 pela Bula *Vergentis in senium* do Papa Inocêncio III.

O sistema inquisitivo alcançou maior repercussão e vigência durante o período canônico, com o advento da Inquisição, no entanto sua origem não data dessa época, pois ele teve vigência também em períodos mais antigos, como na época dos normandos. (LOPES, 2000, p. 105) O sistema inquisitório não foi criação da Igreja Católica, pois, bem antes ele já existia, até mesmo em paralelo ao sistema acusatório. “A Igreja foi quem mais o difundiu, por isso seu destaque quando se faz referência a tal sistema processual, que já havia ganhado

²⁸ O fato de não mais existir um sistema processual puro não quer dizer que os sistemas que estão hoje em vigor são mistos, pois, como destaca Coutinho (2010, p. 6), “um sistema processual penal misto, ao contrário do que comumente pensam alguns, não é a simples somatória de elementos dos dois sistemas puros. E isso porque epistemologicamente não se sustentaria uma somatória do gênero, por um lado, mas, por outro (e quiçá mais relevante), porque a própria noção de *sistema* não suporta algo do gênero. [...] o nascimento dos sistemas processuais penais puros não se deu em função de bases filosóficas ou, pelo menos, não foram elas as forças motrizes das suas constituições e, sim, *opções políticas*, tanto na Igreja Católica (quando do nascimento do *Sistema Inquisitório*, embora nela se soubesse da questão ligada ao pensamento aristotélico) quando na Grã-Bretanha de Henrique II, onde nasce, como hoje estruturado, o *Sistema Acusatório*, quando, por certo, sequer se cogitou sobre o assunto, dado estar a atenção quase que integralmente voltada para outros pontos, todos políticos.”

grande espaço em Roma e na Europa continental, passando a ser adotado não somente por tribunais penais, mas também por tribunais civis.” Praticamente todos os países da Europa o seguiram durante os séculos XVI, XVII e XVIII. (TORNAGHI, 1977, p. 17)

Seu auge se deu com os julgamentos eclesiásticos que se destinavam inicialmente às condutas consideradas ofensivas aos interesses da Igreja, contudo expandiu-se, alcançando as infrações que indiretamente atingisse seus postulados como forma de reprimir infrações praticadas por aqueles considerados hereges, pecadores, pois doutrinavam²⁹ contrariamente ao que era definido como fé católica. O inquisidor era dotado de autonomia para chegar a um dos propósitos do procedimento inquisitório – a confissão. Nesse sentido, a Inquisição não tinha como propósito a punição de condutas criminosas, mas sancionar atos considerados desviados dos dogmas estabelecidos e impostos pela Igreja.

No modelo inquisitivo, a maioria das atribuições concentra-se na figura do inquisidor, pois ele é o responsável pela instrução e pela produção das provas, mantendo contato direto com as testemunhas e com o acusado, mediando todo o conjunto probatório, pois é de seu interesse essa proximidade e controle das provas, legitimando os atos de poder do Estado. O procedimento é centralizado na figura de um sujeito principal cuja atribuição é produzir a prova e o julgamento.

A Igreja, indiscutivelmente, contribuiu para o sucesso de sua propagação, difundindo universalmente o modelo inquisitorial, tendo como pano de fundo uma universalidade cristã, tendente a se impor a todos os povos. (PRADO, 2005, p. 139-140)

As censuras apresentadas contra a Inquisição giram, invariável e incansavelmente, em torno das idéias de intolerância, prepotência, crueldade; mas, ao assim descrevê-la, os críticos abstraem, ou referem muito de leve, o ambiente em que ela viveu. Forçam por tratá-la quase como um acontecimento isolado e, medida pelos padrões da atualidade, se torna incompreensível e repulsiva para o expectador de hoje. Sucede porém que esse fenômeno foi produto da sua época, inserido num clima religioso e em certas condições de vida, submetido à força dos costumes e de toda uma formação cultural e mental, fatores que forçosamente tiveram de moldar o seu comportamento. (GONZAGA, 1994, p. 21)

²⁹ O termo “doutrina” é utilizado no sentido apresentado por Gonçalves (1992, p. 52): “As doutrinas particulares, quando possuem fundamentos comuns, podem ser agregadas em escolas ou em correntes de um determinado campo do pensamento jurídico. Podem ser, ainda, designadas genericamente como ‘doutrina’, mas a essa expressão se ajunta um determinado qualificativo, que será a marca pela qual se reconhecem os fundamentos que, sendo por elas compartilhados, sustentam diversas construções teóricas sobre um dado tema, que se põe como objeto do conhecimento. As diferenças internas que apresentam não serão importantes para impedir ser reconhecimento dentro de uma mesma tendência de pensamento.”

Coaduna com esse sistema a ideia de Estado totalitário, com a consequente supressão da liberdade e das garantias individuais dos cidadãos. Percebe-se também, nesse período, forte tendência à prática de atos de violência contra os indivíduos, com o fim de aplicar as mais diversas sanções, bem como de obter a confissão.^{30 31} Essa estrutura normativa foi amplamente adotada, pois era coerente e lógica à época, mas, ao mesmo tempo, perversa e violenta com aqueles que eram submetidos aos seus métodos de obtenção da verdade e imposição de sanções. O sistema inquisitório era marcado por características bem definidas e tinha como fundamento verdades absolutas e como pano de fundo os dogmas religiosos que serviam de arcabouço para sua atuação.

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um *pecador*, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele *objeto de investigação*. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Detentor da “verdade” dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou; e a confissão virou a *regina probationum*. (COUTINHO, 2010, p. 4, grifos do autor)

Levando-se em consideração a época de sua eclosão, bem como sua finalidade, percebe-se que suas características coadunam com os interesses de sua criação, já que consegue buscar as provas para impor sanções e causar temor na sociedade, conforme se pretendia.

O procedimento inquisitório se interessava pelo sucesso da atividade instrutória. (CORDERO, 1991, p. 21). Dada a ampla autonomia do julgador, ele se valia da “retórica alcançada pelo livre convencimento” para justificar os fins almejados para a falaciosa busca da repressão a delitos. (CORDERO, 1991, p. 555)

De praxe, o inquisidor criava um pré-julgamento, uma “verdade” partindo de convicções pessoais. Tratava-se de verdadeiro primado da hipótese sobre os fatos, já que a

³⁰ Carvalho (2003, p. 6) afirma que o sistema inquisitorial “não é ingênuo nem aparente, mas real e coeso, fundado em pressupostos lógicos e coerentes, nos quais grande parte dos modelos jurídicos autoritários contemporâneos, alguns ainda em vigor, busca(ram) inspiração”.

³¹ “Se o inquirido resistisse, merecidamente poderia ser absolvido; e de alguns se tem notícia. Era algo um tanto difícil, usando-se como se usava os métodos de perquirição. A verdade estava dada *ex ante* e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição mas, para o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus” [...] “O modelo é genial, não fosse, antes, diabólico, embora, nascido, como se viu, no seio da Igreja Católica. Em um tempo extremamente místico, não poderia ser diferente. Resistiu – e resiste – como o mais apurado sistema jurídico do qual se tem conhecimento, tendo persistido por tanto tempo justo por sua simplicidade, isto é, porque usa o próprio modelo de pensamento (por excelência) da civilização ocidental.” (COUTINHO, 2010, p. 4)

decisão era criada de antemão pelo julgador/inquisidor³². Bastava meras informações para dar início à investigação, determinando a prisão do acusado que ficava a seu dispor, servindo de verdadeiro objeto do procedimento arbitrado pelo inquisidor.

Com base nesse eixo norteador legitimador de poder de todo o sistema inquisitivo, tem-se marcadamente a concentração de poderes em um só órgão. As funções de acusar, defender e julgar concentravam-se em uma só pessoa. O inquisidor, na busca incessante da verdade que sustentasse seu prejulgamento, usava da discricionariedade, como castigos, violências e torturas de forma indiscriminada (KHALED JR., 2013), para que pudesse decretar a imposição de alguma sanção. A concentração de funções permitia a primazia da hipótese sobre os fatos. O julgador potencializava o resultado e, incessantemente, conduzia o procedimento aos fins almejados.

Com as informações obtidas no passado, o inquisidor orientava-se para a condução do procedimento e, por meio de métodos cruéis, obtinha a confissão, cancelando o julgamento mental realizado e ratificado pelo acusado.

O sistema inquisitivo podia ser considerado como verdadeira forma de controle³³ do Estado sobre a sociedade, uma vez que com a imposição do temor e do medo protegia-se a administração pública e tentava-se manter intocável a estrutura do Estado, que era temida pelos cidadãos submissos a ela³⁴.

O julgador imediava a produção das provas em audiência. Havia, pois, ao menos formalmente, imediação. Isso porque, apesar de o julgador estar fisicamente presente na produção das provas, o procedimento era marcado por diversos momentos secretos e o trabalho mental e solitário do julgador era orientado pelas provas que ele próprio colhia, bem como por aquelas que eram produzidas em sua presença, para em seguida ser tomada a decisão. (RAMOS, 1996, p. 74)

Como o julgador/inquisidor atuava como verdadeira parte – investigava, acusava, determinava atos procedimentais, defendia e também julgava –, o acusado era coagido a dizer a verdade, sob o temor de sofrer violências que não tinham limites quanto aos meios a serem

³² Nesse sentido Coutinho (2010, p. 4) destaca: “Ao permitir — sobremaneira — que se manipule as premissas (jurídicas e fáticas), interessa e sempre interessou aos regimes de força, às ditaduras, aos senhores do poder. Podendo-se orientar o êxito, faz-se o que quiser. É o reino do solipsismo, por excelência. Daí ter durado por tanto tempo; e seguir intacto, em muitos pontos, ainda que os novos tempos, pela realidade, duramente o tenham atingido, mormente por lhe desmascarar o falso discurso.”

³³ “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz” (CARVALHO, 2003, p. 21-22)

³⁴ Esse temor do Estado é destacado por Marques (1960, p. 22): “No procedimento inquisitório, não existe relação jurídico-processual, podendo haver, quando muito, uma relação que traduza a submissão do indivíduo ao Estado, com a ampliação dos poderes de sujeição estatal.”

utilizados para a busca de esclarecimentos. A busca incessante da verdade era a justificativa para a imposição de meios cruéis e as crenças religiosas temporais autorizavam o Santo Ofício a investigar e punir os crimes contra a fé católica.

Segundo Cordero (2000, p. 22), a utilização da tortura fazia-se por meio de técnicas irresistíveis, pois o inquisidor era livre na forma de obtenção da verdade, já que ele entendia que o ser humano nascia culpado, atuando como verdadeiro protagonista do sistema. (CORDERO, 2000, p. 19)

A tortura era utilizada em razão de se adotar no modelo inquisitorial o sistema de provas tarifadas, também conhecido como sistema de provas legais, com hierarquia entre as provas, em verdadeiro escalonamento valorativo. O inquisidor buscava a de maior valor para “fundamentar” sua decisão, que, por sinal, era a confissão, por isso a ascendência de meios cruéis de obtenção da prova, justificando-se os meios bárbaros e violentos de sua obtenção. Nada mais eficaz para obtê-la do que a utilização da tortura psicológica e, preferencialmente, a física, já que mais marcante e temida por todos.

Esse procedimento firma a verdade como um de seus objetivos centrais. Assim, por sua busca valia-se o Estado de todos os meios de que dispunha, com destaque para a tortura. (BINDER, 2003, p. 145) A tortura ganhou vasto espaço e força, que era considerada a rainha das provas. (COUTINHO, 2009, p. 105) O Estado inspirava-se na ideia de defesa social e centralização de gestão do poder. (MARQUES, 2009, p. 147)

A audiência processual penal sofre variações no que diz respeito à concentração de atos processuais, pois, como não havia a obrigatoriedade da realização da audiência em uma única assentada, cabia ao presidente da sessão de julgamento decidir se ela se realizaria de uma só vez ou em diversos atos processuais. No entanto, o procedimento havia de ser célere na medida do possível, pois ele afastava a publicidade de seus atos, bem como se distanciava do efetivo contraditório; do contrário, no momento da audiência, ele poderia tramitar de forma lenta, sem compromisso com a celeridade, pois o inquisidor tinha toda autonomia para imprimir o ritmo pretendido. A anulação da celeridade, no preciso momento da audiência, era maliciosamente instrumentalizada. O tempo, na audiência processual penal inquisitória, era indeterminável. O término da audiência, sobretudo da instrução, representada pela realização do interrogatório, estava condicionado ao bom senso do inquisidor, principalmente quando da confissão, quando geralmente a audiência era encerrada; do contrário, dava-se continuidade até quando fosse preciso. (RAMOS, 1996, p. 75-76)

Visando otimizar a atuação do inquisidor, característica marcante é a ausência de contraditório, já que o acusado era visto como mero objeto, não gozando do direito de se opor

à acusação existente contra ele e, logo, inexistia também direito de defesa. Ao acusado não restava outra saída senão confessar e se retratar. Como não era visto como sujeito de direitos, não havia que se falar em participação. Como objeto do procedimento, sem sua presença a atuação do Estado não existiria. Nesse sentido, enquanto mais punições o Estado conseguisse impor, mais se mostrava inatingível e detentor do respeito da sociedade.

Afastar o contraditório fundou-se na ampla vantagem que o julgador deveria ter sobre aquele que se submetia à sua jurisdição. Uma das características mais marcantes da audiência processual penal inquisitória era a ausência ou a restrição da publicidade, pois possibilitava ao inquisidor a busca das provas que solitariamente pretendia, vedando qualquer participação defensiva. Com a retirada da publicidade, a atuação do inquisidor tornava-se ainda mais eficiente, ampliando a possibilidade de efetivar e intensificar aquilo que individualmente pretendia. Como não havia publicidade, tornava-se presente as marcas do segredo e da escrituração. O sigilo e a escrituração tinham como finalidade afastar qualquer risco de ingerências externas, ou até mesmo cessá-las em sua completude.

A escrituração de atos procedimentais remonta ao modelo inquisitorial e secreto de apuração de delitos, pretendendo-se afastar a participação do acusado com o sigilo dos atos documentados. Nesse sistema processual o juiz procede de ofício à procura, colheita e avaliação das provas, realizando o julgamento após a instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa. (FERRAJOLI, 2010, p. 519-520) Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja era diabólica na sua estrutura, persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo –, mantém-se hígido. Segundo Franco Cordero, o sucesso do método inquisitorial é sua eficiência. (CORDEIRO, 2000, p. 16-20)

Como o procedimento era realizado essencialmente com base em informações escritas, não havia necessidade de comunicação entre o julgador e aqueles que seriam submetidos à decisão. Não havia discursividade para a realização do julgamento, até mesmo porque, do contrário, feriria a ideia central da inquisição – concentração de poderes. O procedimento, quando realizado em sigilo, reforça o temor do julgamento e o medo daqueles que poderiam ser submetidos a ele, já que o cidadão poderia ser surpreendido pelo inquisidor com uma decisão sem qualquer participação defensiva. A escrituração de atos visava demarcar o caminho que o julgador deveria seguir na decisão, afastando qualquer tipo de participação ou interferências externas.

O sigilo tinha importante função inquisitória, que era a diminuição de influências do julgador que pudesse ser empreendida pelo acusado ou terceiros, tornando-se mais eficaz e célere a construção da decisão de forma solitária e com base em seus conhecimentos e crenças religiosas.

Apesar de a escrituração e o sigilo significarem marcas do sistema inquisitivo, não se pode afirmar que eram de exclusividade de tal sistema processual, uma vez que no sistema acusatório realizam-se atos procedimentais escritos e excepcionalmente sigilosos. Tornaghi (1959, p. 200-201) afirma que é “errado atribuir ao processo inquisitório as características do sigilo e da escritura”, já que essas não são particularidades exclusivas do sistema.

A audiência inquisitória, apesar de se desenvolver com traços de comunicação oral, não carecia de qualquer observância à oralidade como expressão de participação nos moldes propostos nesta pesquisa e como técnica de ampliação da participação das partes que sujeita os fundamentos decisórios ao ocorrido em audiência. Embora a comunicação das partes durante a audiência se realizasse por meio da linguagem falada, as decisões não eram tomadas em decorrência daquilo que foi debatido em audiência. A comunicação pela fala se dava em razão de uma lógica e por necessidade prática, pois poucas pessoas eram alfabetizadas, o que inviabilizava qualquer comunicação por escrito. Nesse contexto, não há que se falar que o procedimento inquisitório resguardava a oralidade, já que se encontrava presente a comunicação oral por mera necessidade ocasional. A preferência pela realização de atos escritos é incontestável, até mesmo porque entendia-se que qualquer ato de maior relevância teria de ser escrito. (RAMOS, 1996, p. 74)

Por meio da escrita, buscava-se controlar o resultado do julgamento, com a qual o inquisidor guiava o procedimento de forma discricionária para dar uma resposta repressiva ao autor do crime, bem como a toda a coletividade de forma preventiva. Apesar de algumas vezes ser divulgado o resultado ao público, o procedimento se dava às escusas e de forma secreta, principalmente a obtenção da prova para ratificar prejudgamentos.

A escrita está presente como elemento determinante no quadro da inquisitorialidade, permitindo materializar contra críticas as informações produzidas, imunizando o saber unilateral, servindo de demarcação para o julgamento. Apesar da audiência inquisitória apresentar momentos de participação oral, o que influencia o julgamento são as informações escritas que compõe os autos, buscando manter o monopólio da produção do conhecimento, tornando-o incontestável.

A escrituração pode macular com manifestações probatórias das partes em audiência, pois supervaloriza as informações escritas, não se vinculando às provas produzidas pelas

partes. Como a decisão não se sujeita aos conteúdos da audiência, possibilita ao julgador decidir amparado nos autos cartulares do procedimento, seguindo as orientações cartularizadas no procedimento secreto e inquestionável, materializadas nos autos, permitindo que a decisão seja construída solitariamente com base nas escolhas do juiz.

As alegações das partes não são levadas em consideração no julgamento; a decisão se vincula em informações produzidas unilateralmente, desvalorizando a audiência de instrução e os debates firmados pelas partes. A oralidade propõe-se a superar os raciocínios unilaterais e desvinculados do contraditório, suplantando com as hipóteses criadas distantes das demarcações consolidadas em audiência.

A partir das principais peculiaridades apresentadas que demarcam o modelo inquisitivo, pouco espaço resta para participações no curso do procedimento. O modelo suplanta com a participação do acusado e seu interesse em contribuir com a decisão, supervalorizando as informações escrituradas, escolhendo solitariamente o julgador aquelas que melhor lhe interessar. No entanto, com o passar dos tempos esse modelo vem a declínio paulatinamente, perdendo forças devido à grande repulsa que adquiriu pelas barbaridades e violências comumente praticadas na busca da verdade. Com sua redução crescente, o modelo acusatório tenta readquirir espaço gradativamente, com propostas mais participativas e transparentes por parte do Estado interventor.

2 DA ORALIDADE

2.1 Da linguagem como expressão de participação

Oralidade é técnica que amplia o momento participativo das partes, diminuindo espaços de atuação solitária do juiz, sujeitando a fundamentação da decisão aos elementos expostos em contraditório judicial. É comportamento das partes que obriga o comportamento do juiz, impondo-se como técnica de impedimento de conveniências judicantes.

Sob outro enfoque ao adotado nesta pesquisa, a oralidade é vista como expressão de linguagem, ante a necessidade de comunicação dos homens, que sempre esteve presente no curso da história. Desde as pequenas interações familiares até relações mais complexas na sociedade, o homem se viu na necessidade de se relacionar com os demais para sua sobrevivência e recepção social.

Emprega-se a linguagem como expressão para diversos fins: convivência social, companhia humana, escapar ao silêncio, distinguir-se dos demais, informar-se e ser informado sobre algo, influenciar pessoas, manipular, criticar, contradizer, refutar, contestar, ordenar, convencer, negar fatos, confirmar fatos, esconder por meio de manobras intelectuais-argumentativas, arquitetar algo, esclarecer, diferenciar-se dos demais, afirmar-se, opinar, demonstrar sentimentos, enfim, é o rol apenas exemplificativo da grandeza com que pode se servir com o uso da linguagem oral.

Por meio do processo socializador, os homens desenvolvem e ampliam suas aptidões de comunicação no contexto sociocultural dos diferentes grupos sociais dos quais faz parte. Nas comunicações informais, primárias, a linguagem mostra-se predominantemente coloquial, sem preocupações quanto à maneira como se enuncia a fala, podendo apresentar até mesmo linguajar típico de determinado grupo ou região, como gírias ou erros de concordância. Há uma heterogeneidade de linguagens, apresentando variações e complexidades diferenciadas, de acordo com as particularidades do contexto social no qual se processam as interações. O sentido da palavra “linguagem” extrapola o nível da conversação ou da fala. Na relação dialética, essas práticas determinam e, ao mesmo tempo, são determinadas pelos diferentes significados dos códigos, gestos e até mesmo da leitura que é feita pelos envolvidos na comunicação. Certas maneiras de falar passam a ser características de grupos sociais específicos. (MAGALHÃES, 2011, p. 22)

Não é o objeto da pesquisa a abordagem da oralidade como expressão de linguagem, no entanto, mesmo sob esse enfoque, ela busca alcançar a participação de acordo com o contexto em que é empregada, efetivando-se uma inclusão do sujeito no meio que convive, na busca da manifestação adequada, de se fazer influenciar em determinada situação.

A capacidade e as formas de comunicação passam por evoluções e adequações com o surgimento de novas necessidades e avanço evolutivo do homem. O ser humano tem constante necessidade comunicativa, pois, a partir do momento que deixa de viver sozinho, necessariamente, passa a adotar alguma forma de linguagem, mesmo que instintivamente. A linguagem oral é a mais comum e acessível, bem como aquela utilizada desde sua infância, não necessitando de ensinamentos mais rebuscados ou formação escolar. Com o passar do tempo, ele vai se aprimorando e ampliando sua comunicação de acordo com o ambiente social de convívio ou com o desenvolvimento acadêmico.

As manifestações pela fala e pela escrita não se diferenciam apenas quanto à substância ou à matéria-prima da língua, substância fônica percebida pela audição, a da língua falada, substância gráfica ou visual da língua escrita. As diferenças entre linguagem falada e linguagem escrita são de outra natureza, pois resultam de dessemelhanças entre os processos de falar e de escrever, ou entre condições de produção do texto falado e do escrito. Afinal, a linguagem escrita não constitui pura transcrição da falada. Ainda, não basta que a linguagem seja realizada oralmente, para ser considerada falada. A oralidade é uma característica essencial da língua falada, mas não suficiente – por exemplo, as notícias transmitidas pelo rádio e pela televisão, que se caracterizam pela oralidade, mas não pelo caráter falado, pois verdadeiramente são textos escritos realizados oralmente. (RODRIGUES, 2001, p. 31)

As interações verbais se dão em âmbitos comunicativos diferenciados, pois podem se efetivar entre grupos de convivência, entre profissionais de uma mesma área ou entre profissionais de áreas distintas. Nessas mediações encontra-se também a comunicação escrita, que muitas vezes compõe o cotidiano de uma instituição, como no caso das demandas forenses. Cada profissional trabalha com um horizonte social que lhe é próprio, com especificidades que dizem respeito ao seu processo socializador, incluindo sua respectiva área de formação e sua atuação profissional – juízes de direito, advogados e promotores de justiça, apesar de oriundos da mesma graduação, os objetivos específicos dos trabalhos que realizam são diferentes. Além disso, há ainda os aspectos que dizem respeito à singularidade do enfoque teórico-metodológico e da visão de mundo de cada um desses sujeitos, existindo diversos fatores intervenientes nessas mediações. (MAGALHÃES, 2011, p. 28)

Quando se realiza a comunicação oral como instrumento de trabalho, necessário se faz o conhecimento prévio a respeito do contexto a que será destinado esse trabalho, bem como as expressões que serão utilizadas por meio da linguagem oral.

O uso da linguagem no ambiente profissional geralmente está ligado à ideia de que se deve utilizá-la mais rebuscada e formal, muitas vezes de difícil compreensão. Trata-se de grande equívoco, pois a linguagem a ser utilizada deve ser aquela de acesso a todos que a presenciarão. Os interlocutores devem ter condições de compreendê-la. Não há padronização de linguagem oral, pois ela será definida nos termos do processo comunicativo empreendido pelo locutor.

As enunciações linguísticas exprimem subjetividades inerentes aos valores da particularidade de cada contexto social, pois, sozinha, a palavra é neutra, ganhando conotação ideológica no contexto da comunicação. Na conversação que as suas formas discursivas são situadas (MAGALHÃES, 2011, p. 29).

As ideias são pensadas e expostas por meio da linguagem oral. Os vocábulos, solitariamente, são neutros, contudo, quando são lançados num contexto, recebem conotações ideológicas que são perceptíveis também na entonação de sua expressão. De acordo com o contexto social em que são utilizados, ganham significados diversos.

O contato pessoal entre locutor e interlocutores é essencial para a efetiva, dinâmica e ampla comunicação entre eles. Quando uma mensagem é transmitida por palavras, ela contém significações em potencial, ou seja, o autor espera que suas colocações sejam compreendidas da forma que ele planejou. Quando seu interlocutor recebe a mensagem, ele a decifra, buscando compreender o sentido da mensagem transmitida.

A interpretação é influenciada por fatores externos, pois ela pode entender que a mensagem é clara o suficiente e não indagar nada, mas também pode desconfiar de tanta clareza, pois pode haver algo oculto na narrativa e questionar imediatamente seu autor.

Se os interlocutores se conhecem pessoalmente – gostos, propensões, experiências de vida –, pode haver maior facilitação de compreensão na comunicação. O contexto em que a comunicação se dá é fundamental para ambos, pois quando se ignoram as experiências de quem fala, suas palavras talvez sejam compreendidas, mas não aquilo a que realmente elas se referem, porque não há nenhum modelo correspondente. (BÉLANGER, 1971, p. 7)

Habitualmente, promovem-se reuniões, encontros para a tomada de decisões de forma mais democrática, quando se envolve assunto com mais de um interessado. Busca-se a adoção de soluções mais participativas e dinâmicas nas empresas, sindicatos, clubes, no executivo,

legislativo, judiciário e, de forma geral, nos locais cujas pessoas convivem umas com as outras³⁵.

O contato pessoal permite o estabelecimento de comunicações mais dinâmicas, atuantes, com a possibilidade de efetivas intervenções de imediato. Os contextos de realização da fala e da escrita são diferentes. Se o ato de escrever constitui algo solitário, em que o escritor não possui interação com seu leitor, pois elabora seu texto sozinho, o ato de fala é atividade realizada em contexto específico, resultado da atuação de ao menos dois interlocutores num mesmo espaço temporal.

Esse contexto pode ser levado aos procedimentos penais em que se buscam participações dinâmicas e efetivas da acusação e defesa.

A comunicação é complexa, pois nem sempre se realizará de maneira inteiramente satisfatória, podendo ser corretamente pronunciada e interpretada incorretamente; ou erroneamente pronunciada e assim entendida. A linguagem deve ser utilizada com palavras e expressões precisas, elucidativas e objetivas ao mesmo tempo, em atendimento ao interlocutor, de forma encadeada, coerente, ordenada e clara para que possa buscar o direito de participação dos interessados.

Mais relevante do que expressão de linguagem, a oralidade deve ser vista como expressão de participação influente nos procedimentos penais, que devem manter espaços de colocação e firmamento de argumentos para que acusação e defesa possam expor seus posicionamentos, que serão apreciados na decisão.

Pouco adiantará todo o cuidado do autor se seu interlocutor não avaliar suas informações. Deve haver sincronia entre os dois, não no sentido de aceitação dos argumentos, mas que o locutor se faça entendido e o julgador avalie as informações recepcionadas, daí a essencialidade da audiência de instrução e julgamento, onde os esclarecimentos serão feitos em contraditório.

³⁵ “Uma das características das comunidades primitivas era a ausência da figura daquele que exercesse autoridade sobre as demais pessoas. Não havendo esse figurante para ditar as regras a serem utilizadas, aplicavam-se regras de convivência, de acordo com os costumes e, principalmente, do temor religioso ou místico.” (BRUNO, 1959, p. 54) “Quando da violação das regras costumeiras, pelo fato de não existir um órgão diretivo e soberano nas comunidades primitivas, pois, ao menos em regra, não existia a figura do juiz como conhecido hoje, a punição às práticas contra os costumes não se dava pela atuação de uma autoridade, senão pela autoridade do todo ou de parte de determinado grupo social. As sanções eram de expulsão do sujeito violador das regras de convivência; daí, destacam-se as famigeradas vinganças de sangue, pelas quais o grupo repulsava determinada conduta com sangue do agressor. O aperfeiçoamento desse sistema deu-se com a lei de talião (que estabeleceu uma simetria entre o mal praticado e a resposta ao autor a esse mal) e a composição (ajuste de que o mal físico poderia ser substituído, compensando com um valor econômico) entre aqueles envolvidos nas práticas de ilícitos, na busca da diminuição de práticas violentas, com o fim de preservar os grupos envolvidos.” (RAMOS, 1996, p. 28-29)

Busca-se uma oralidade argumentada com mais eficiência, e não apenas como expressão de linguagem, para que haja consideração dos argumentos apresentados, no sentido de garantir a efetiva participação da acusação e defesa para que se possa influenciar a decisão. Os argumentos são lançados com base na necessidade de provar algo; busca-se argumentar com eficiência para expor a capacidade de influenciar outrem nos termos das soluções apresentadas e refutando hipóteses contrárias.

A participação da acusação e da defesa tem a finalidade de criar no julgador certa convicção de se reconhecer que determinada alegação deve ser provida. Aproveitam-se as partes dos meios de que dispõem para melhor expressar e valorizar os fatos que corroboram com suas alegações. A possibilidade de maior ou menor participação na busca de influenciar a decisão sofre variações conforme definição do modelo acusatório ou inquisitório, que comunga com a participação essencialmente oral ou escrita.

Maier (2004, p. 652) faz essa vinculação do modelo inquisitorial e da linguagem oral sustentando que a relevância da oralidade desponta nos idos da história como marco de transformação do método inquisitório, diminuindo os métodos cruéis de investigação e se começou a afirmar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Se o modelo inquisitório restringe a possibilidade de participação, mantendo o sigilo e um procedimento que se vale de informações essencialmente escrituradas que demarcam preteritamente o caminho a ser seguido na decisão, diminuindo as possibilidades de participação e influência no resultado, busca-se superar esse cenário e firmar outro mais democrático, no qual a oralidade possa se consolidar como expressão de participação.

2.2 A superação do modelo inquisitivo

O sistema acusatório tem como marco significativo o final do século XVIII, na Europa Continental, com marcante oposição às arbitrariedades da Igreja e do Estado, como necessidade de superação do modelo inquisitório que estava em vigência desde o século XII. Com a proposta de um sistema processual diferenciado, a atuação do Estado mudou drasticamente e tornou-se importante garantidor de direitos individuais diante dele próprio, não sendo mais o indivíduo tratado como objeto do processo, mas como sujeito detentor de direitos que devem ser observados.

O sistema acusatório – que antecedeu o sistema inquisitório, em seguida retornando – foi o primeiro sistema processual conhecido. Andrade (2006, p. 520) ressalta que no processo penal da antiguidade (Grécia e Roma republicana) existia uma estrutura de base acusatória,

pois a acusação tinha caráter eminentemente privado e da consequente natureza arbitral do julgamento.

Com a codificação e a evolução da sociedade, o sistema inquisitorial seria suplantado pelo sistema acusatório, com o consequente afastamento das arbitrariedades e violências e a limitação da atuação do poder estatal, bem como o reconhecimento do acusado como detentor de direitos. O modelo inquisitório precisava ser superado, pois favorecia a manutenção de modelos autoritários.

Carvalho (2003, p. 43) destaca precisamente a superação de desrespeito ao divino por violação a normas jurídicas do Estado e não mais imposições religiosas, uma vez que “com a laicização do Estado e do direito, o crime não corresponde mais à violação do divino, mas à livre e consciente transgressão da norma jurídica promulgada pelo Estado, submetendo o infrator à penalidade retributiva decorrente do inadimplemento”.

Desgarrar-se dos postulados da inquisição traz fortes resistências. “Daí que não bastam os novos prédios, as novas carreiras jurídicas (ou novas formas de trabalhar as conhecidas carreiras) e os novos procedimentos legais se as pessoas continuam agindo e pensando como se ainda vivessem sob auspício de métodos inquisitivos.” (PRADO, 2005, p. 116)

Mesmo com a busca de transição para a democracia, a adoção do sistema acusatório encontra barreiras de cunho prático, pois de nada adiantará a criação de legislações com características democráticas se a mentalidade daqueles que a utilizam continuar inquisitória³⁶. A manutenção da mentalidade de que o sistema penal deve ser punitivista, baseado em crenças de que a adoção do modelo acusatório coaduna com a criminalidade, que o reconhecimento de direitos fundamentais implica estímulo à elevação da quantidade de crimes, dificulta a implementação de modelos democráticos.

O sistema acusatório configura modelo democrático de condução dos procedimentos penais e garantidor da proteção e efetiva intervenção dos sujeitos processuais, resguardado o direito de participação na construção do provimento jurisdicional.

Importante analisar as características fundantes do modelo acusatório e empreendê-lo como diverso ao inquisitório, já que sua implementação se deu com a pretensão de superar os exageros e arbitrariedades desse modelo.

³⁶ Destaca Garlati (2011, p. 288) a necessidade de superar a tradição inquisitorial e eliminar a vocação inquisitorial que muitas vezes se transveste detrás do julgador: “*Si ostentava sicurezza nel fatto che si potessero circoscrivere, isolare ed espungere le norme più manifestamente 'a vocazione dittatoriale', come se sfuggisse o volesse occultarsi l'ispirazione ideologica unitaria alla base del testo capace di irradiarsi in ogni disposizione e penetrarla compiutamente.*”

O modelo acusatório é demarcado pela presença de características essenciais para sua existência. Características que, em sua maioria, conflitam com as do modelo inquisitivo, pois os propósitos são outros, já que se busca implementar uma democraticidade constantemente.

Prado (2006, p. 104) destaca que “por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório”.

No sistema acusatório, as funções de acusar, defender e julgar são exercidas por órgãos diferentes, pessoas distintas. Aquele que defende não pode julgar. Aquele que julga não pode acusar, devendo manter-se distante daqueles que buscam comprovar seus argumentos. Com exigência da nítida separação de funções, o sistema acusatório almeja afastar riscos de o julgador ser tendencioso no momento da análise das provas juntadas nos autos do processo.

Separação de funções implica atuação processual por órgãos distintos, ao conjunto de atos de responsabilidade de um sujeito distinto daquele que julga. (CONSO, 1969, p. 7) Conforme Badaró (2000, p. 24), “o juiz que formula a acusação liga-se psicologicamente à causa, perdendo a objetividade no julgamento. Há uma nítida incompatibilidade entre as funções de julgar e acusar”. Certamente uma das principais características do sistema acusatório é a nítida separação de funções³⁷. Quando da admissão da produção de provas de ofício, o julgador imiscui-se na função das partes, afastando-se de sua função de julgador. (PLESTH, 2007, p. 68)

O procedimento inquisitório exclui as partes e proporciona ao juiz uma atuação solitária, fazendo com que sozinho construa seu saber e ao final “anuncie a verdade real”. (MARQUES, 2009, p. 147) A marca característica do sistema inquisitório é a extrema concentração de poderes nas mãos do juiz. (COUTINHO, 2009, p. 255) Há um exacerbado ativismo do órgão julgador e passiva da acusação e defesa. (SANTOS, 2000, p. 38-39) Se o julgador está distante da produção da prova, a atividade instrutória é delegada às partes, em superação ao modelo inquisitório, buscando diminuir a possibilidade de riscos ou ingerências que possam, de alguma forma, criar tendências prejudiciais às partes.

Mediante a separação de funções, busca-se a igualdade na construção da decisão, em que julgador, acusação e defesa têm tratamento igualitário na medida de suas atribuições legais. De nada adiantaria a separação de funções se houvesse privilégios para uma das partes.

³⁷ Nesse sentido, MARQUES, 1960, p. 73; GRINOVER, 2000, p. 77-78; TORNAGHI, 1959, p. 200-201.

No curso do procedimento, ambas as partes devem ter o que lhes é de direito, a mesma oportunidade e liberdade de manifestação.

A possibilidade de igualdade de atuação no curso do procedimento possibilita à acusação e à defesa produzir provas que entenderem pertinentes e que possam dar embasamento aos argumentos empregados, diferentemente do sistema inquisitorial em que a prova pode ser produzida de forma unilateral pelo inquisidor. Com a separação de funções, a prova sai das mãos do julgador, buscando diminuir o risco de julgamentos com amparo no que ele mesmo produziu ou determinou que se realizasse.

Barros (2009a, p. 80) observa que, pretendendo-se a implementação de um sistema acusatório, os poderes instrutórios do juiz devem ser extintos, bem como todas as suas atuações que venham a substituir o papel do órgão acusador³⁸.

Nesse sentido, as provas são produzidas com o fim de instruir os argumentos apresentados pela acusação e defesa e levar aos autos elementos de acordo com seus interesses. As provas no modelo acusatório devem ser analisadas de forma objetiva, já que perdeu o subjetivismo mítico vivenciado durante a inquisição³⁹. (MAIER, 1989, p. 46)

A igualdade exige a superação do início do procedimento de ofício. Se o modelo inquisitório deixa espaços para acusações como forma de perseguição e sem qualquer motivação, no acusatório o juízo é inerte e depende de ser provado para que possa se manifestar. A jurisdição estatal age mediante provocação, característica que está intimamente ligada à separação de funções. Sendo criado um órgão julgador autônomo, ele deverá atuar quando for acionado por aqueles que têm autonomia legal para demandar em juízo.

No modelo inquisitório o espaço para prejulgamento é tão intenso que, diferentemente do acusatório, aquela parte de uma investigação secreta em que o juiz detém a gestão da prova, com a faculdade de antecipar a demonstração da culpa. (MARQUES, 2009, p. 147)

³⁸ Assim, o processo compreendido com base no discurso de aplicação, no qual as partes afetadas pelo provimento atuarão em simétrica paridade na construção do provimento jurisdicional, deve garantir um discurso comunicativo entre aqueles que foram protagonistas da conduta ilícita; no caso específico do ilícito penal, agente e vítima. É por esta razão que a vítima deve participar do processo não em razão de seus “interesses penais”, mas em virtude das garantias constitucionais do devido processo legal, que determinam a reconstrução do fato ilícito em todas as suas circunstâncias; portanto, por meio da autocompreensão tanto do autor do fato como da vítima. Assim, se o fato do qual ela é protagonista for reconstruído, será a vítima parte no processo, porque afetada por ele. (BARROS, 2008, p. 194-195)

³⁹ *El juzgador no fundaba su fallo en su convicción, apelando al valor de verdad que la prueba recibida transmitía en el caso concreto, sino que verificaba o no verificaba las condiciones que la ley le exigía para decidir de una u otra manera. Claro es que las condiciones impuestas por la ley estaban referidas a la verdad histórica, de manera que representaban condiciones que, normalmente, por experiencia, fundaban una convicción racional, pero, en realidad, el acierto del juicio no dependía de su coincidencia con la verdad, sino de la observancia de las reglas jurídicas previstas, por lo que su control en apelación se asemeja más a un examen jurídico, a un control sobre el recto ejercicio del poder delegado al juzgador.* (MAIER, 1989, p. 64)

O espaço para pré-julgamentos deve ser superado com a necessária obrigação de o julgamento ser fundamentado nas manifestações da acusação e defesa. Se as partes devem possuir igualdade de direitos e oportunidades de atuação, o sistema acusatório exige um procedimento pautado pela estrita observância ao contraditório, permitindo a efetiva participação na busca de prevalecer seus argumentos na decisão.

O contraditório assegura a garantia de as partes contraditórias não serem surpreendidas com o ato decisório, pois deve haver sua efetiva participação. O contraditório é o direito de influência e de participação na construção da decisão⁴⁰. (NUNES, 2010, p. 227-229)

O princípio do contraditório “garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de enxertar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura.” (NUNES, THEODORO JÚNIOR, 2009b, p. 109)

Não há mais que se falar em procedimento – judicial ou administrativo – sem a presença do contraditório. No princípio do contraditório, há o reconhecimento do acusado como sujeito de direitos e não mais como mero objeto. Todo indivíduo tem o direito de oposição contra as manifestações de poder estatal, tendo em vista que sua atuação está pautada e limitada por previsões legais, bem como por garantias individuais asseguradas constitucionalmente. O contraditório é garantia de oposição, resistência e influência. A sentença judicial não surpreende as partes quando construída com base nos argumentos exarados pelos interessados⁴¹.

Quando o acusado é visto como detentor de direitos, o procedimento se estabelece na discussão entre o acusador e o defensor diante do olhar imparcial do juiz. (COUTINHO, 2009, p. 255-256)

No sistema acusatório, existe maior segurança e previsibilidade de resultado, já que a fundamentação do julgador está adstrita às provas produzidas em contraditório judicial, diminuindo a possibilidade de subjetividades e apresentando os motivos que o levaram a decidir. As partes têm pleno conhecimento do que foi aceito ou refutado. Como em audiência acusação e defesa tematizam com a demarcação de conteúdos, a decisão judicial não será

⁴⁰ “Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.” (CANOTILHO, 1993, p. 520)

⁴¹ “Uma decisão que desprezasse, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade”. (LEAL, 2002, p. 105)

surpresa, tampouco ato solitário do julgador, pois é construída em conjunto, com o juiz limitado às provas judicializadas, já que não mais possui sua gestão.

Não estando a gestão da prova com o juiz, busca-se um processo de partes. Ferrajoli (2006, p. 519-520) diz que se deve fazer presente a discricionariedade de provocar o Judiciário e o ônus acusatório da prova, com base na igualdade das partes e a atribuição a estas de toda atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas; conexas à publicidade e à oralidade do debate, tem-se “o papel de espectador reservado ao juiz”.

No sistema acusatório, os atos processuais são realizados de forma pública e predominantemente oral, visando superar o temor do acusado e de toda a sociedade quando a instrução se dava de forma secreta e a decisão era surpresa. A publicidade visa dar amplo acesso a tudo aquilo que existe em desfavor do acusado, não havendo processo sem seu conhecimento e ausência de oportunidade de manifestação. Esse ato visa assegurar ainda maior transparência dos atos públicos, já que todo cidadão tem o direito de fiscalizá-los, bem como tomar conhecimento da forma como são praticados, atuando o Estado com maior lisura diante do cidadão. A oralidade visa potencializar o debate em juízo, vinculando a decisão aos argumentos apresentados em audiência.

O modelo acusatório se apresenta norteado por características bem diversas ao inquisitório, com viés democrático. Apesar de a oralidade ser uma de suas particularidades, é-lhe dada relevância subsidiária⁴² quando comparada aos demais predicados fundantes do sistema acusatório e de um modelo participativo e influente de construção de decisões.

2.3 A oralidade como componente característico do sistema acusatório

Tradicionalmente, compreende-se a oralidade como forma de realização procedimental com a observância da concentração de atos, da identidade física do julgador, da imediatidade do juiz com as partes e a produção das provas; somados à predominância da palavra falada em desfavor da escrita⁴³. Essa tradição conceitual da oralidade é decorrente do

⁴² Da análise do Código de Processo Penal atualmente em vigor, percebe-se que ele é predominantemente escrito, conforme se depreenderá do procedimento comum ordinário, que é a base e pano de fundo para os demais procedimentos comuns e especiais.

⁴³ No mesmo sentido, MORATO, 1940, p. 1-24. Ainda, na década de 1960 Calamandrei (1965, p. 452-453) já destacava que a legislação italiana dá à oralidade a função de servir como diretiva para suas reformas, significando dizer nela há um conjunto de princípios inseparáveis: a oralidade significa prevalência do discurso falado, funcionando a escrituração como forma de documentação de atos. Observa, ainda, que é difícil imaginar um processo oral que não tenha qualquer ato escrito. O processo atual é um misto de oralidade e escrita e no processo penal existe uma fase escrita que antecede o debate oral, fase escrita que tem a função de

modelo acusatório europeu, que vincula a oralidade à identidade física do juiz, imediação e concentração de atos, mantendo-o atuante, participando com perguntas durante a audiência, em oposição ao modelo acusatório norte-americano, no qual o controle probatório está com as partes; que inclusive é o adotado pelo Chile, que será demonstrado no próximo capítulo.

A oralidade não se limita apenas à realização dos atos instrutórios orais em preferência à escrituração, tampouco à busca incessante de celeridade processual. Atualmente, difícil vislumbrar um procedimento em que os atos sejam realizados integralmente orais porque diversos deles ainda são registrados em atas⁴⁴.

A oralidade foi a tônica do processo acusatório desde o seu início e a base de sua audiência. “A *oralidade do sistema acusatório* puro fez com que adquirisse destaque a fase crítica da audiência, ou seja, os debates, pois impôs que fossem realizados oralmente entre a parte acusadora e a parte ré, diante do conselho de sentença”, consequentemente, exigindo maior preparação dos interessados ante o julgamento. (RAMOS, 1996, p. 94-95) Os debates orais exigiam mais preparação em razão da necessidade da busca de esclarecimentos junto aos presentes que estavam atentos e que serviriam de fundamento decisório, que era proferido imediatamente ao final do julgamento.

Para Binder (2003, p. 63-64), a oralidade está prevista para garantir certos dispositivos do julgamento penal. Ela serve para preservar o princípio da imediação e a publicidade do julgamento. A utilização da palavra proferida, não escrita, representa um meio de comunicação entre as partes e o juiz, além de meio de expressão dos diferentes instrumentos de prova.

preparar a fase de debates – por exemplo, preparar para a instrução do processo. A oralidade significa: diálogo direto entre o órgão julgador e as pessoas que se submeterão ao julgamento, com a necessidade da presença de um interlocutor; identidade física da pessoa do julgador, em que o processo se realiza de forma dialógica; o convencimento do juiz de forma progressiva mediante o contato pessoal com as partes e as testemunhas durante o curso do procedimento até a sentença; bem como concentração de atos processuais em um único período, em uma audiência única ou em um curto espaço de tempo, significando que a prolação da sentença será imediatamente depois dos debates orais; já na escrituração de atos haverá um lapso temporal entre a instrução e a decisão. O debate oral é tipicamente contextual e a percepção do julgador na instrução é de suma relevância para o julgamento.

⁴⁴ A escrituração e a formalização dos argumentos, conforme sustenta Madeira (2011, p. 52), “são necessárias para que exista estabilização, a previsibilidade e o compartilhamento plenos do discurso processual, o que constitui um dos pressupostos para a legitimidade democrática dos provimentos jurisdicionais.” A oralidade não tem a pretensão de eliminar a escrita. Quer em tal sentido lato, quer no sentido estrito de qualidade da expressão falada, a oralidade não se opõe processualmente à escrita, como parece à primeira consideração. A escrita é o meio – o mais importante, pois não o único – de documentação, suscetível de conservar, além de atos orais, atos de inspeção direta, e a que se recorre, por isso mesmo, para integrar na causa elementos que, sem eles, não poderiam senão rara e custosamente servir aos fins processuais. A diferença entre procedimento oral e procedimento escrito também é relativa e acidental. O mesmo procedimento pode ser escrito e oral: oral pela concentração dos agentes e atos da causa e do juízo; e escrito pela documentação de tais atos capaz de servir a fins eventuais da causa, no mesmo ou em outro grau de jurisdição.” (ALMEIDA, 1973, p. 26)

A implementação da oralidade e seu constante crescimento não data dos dias de hoje. A legislação italiana⁴⁵ nas décadas de 1930 e 1940 – na qual o Brasil se inspirou para a criação do atual Código de Processo Penal – já discutia e afirmava a necessidade da constante adoção e implementação da oralidade nos procedimentos. Na reforma do processo civil italiano, houve discussão sobre a adoção da oralidade ou da escrituração. Na Itália, a oralidade é considerada uma diretiva que deve inspirar o processo mais moderno, e a predominância da escrita é típica característica de um processo atrasado e que deve ser abolida. Nesse sentido, a oralidade é elevada ao estado de direito fundamental do processo. (CALAMANDREI, 1965, p. 450-451)

Os procedimentos penais devem assegurar a máxima participação dos sujeitos processuais na produção da prova e explanação de seus argumentos.

⁴⁵ Há mais de um século na Itália já se discutia a importância da oralidade nos procedimentos, como mais uma forma de produção de provas e participação dos sujeitos processuais. O mérito de ter levantado a questão da oralidade na Itália foi de Chiovenda, iniciado em 1906, e durou até sua morte. Ele sustentava que as reformas deveriam ser inspiradas nos princípios do processo oral, no entanto optou-se por um processo escrito na legislação do estado italiano e estrangeiros a partir do século XVIII e uma reação que conduzia para a restauração da oralidade. (CALAMANDREI, 1965, p. 451) Substanciosas contribuições foram dadas ao Direito Processual brasileiro por Giuseppe Chiovenda, considerado na Itália o pioneiro em estudos mais avançados e inovadores sobre direito processual. Magalhães (2010, p. 7.579) faz precisas colocações sobre esse autor: “Nasceu em Premosello, uma pequena cidade, em 02 de fevereiro de 1872. Cursou a carreira de direito na Universidade de Roma entre 1899 e 1893, tendo estudado em Roma. Vittorio Scialoja disse que a ciência processual italiana se encontrava descuidada, e se animou em se especializar no estudo dessa ciência. Aprendeu o método, sem perder o contato com o direito propriamente, investigando a história jurídica italiana, recebeu resultados da ciência alemã. Ingressou muito jovem na vida universitária, sendo livre docente na Universidade de Roma em 1900. No ano seguinte foi nomeado professor extraordinário na Universidade de Parma, de onde passou à Bolonha em 1903 e depois em Nápoles em 1905. Em 1906 ocupou a cátedra de Roma. Fundou em 1924 a *Rivista di diritto processuali civile*, tendo como director Carnelutti, e como redator chefe Calamandrei. Exerceu a livre profissão de advogado junto à Corte de Cassação de Roma. De profunda formação romanista, e abandonando a tradição jurídica italiana, Chiovenda conheceu intensamente a ciência processual alemã, cuja vasta elaboração de conceitos lhe serviram de ponto de partida. Os estudos processuais a princípio do século XX na Itália seguiram apegados às doutrinas procedimentalistas, de raiz francesa, representadas por Mattiolo, Lessona e, em certa medida, a Mortara. A escola dos exegetas, de indubitável valor prático, careceria, no entanto, de valor científico. O movimento científico iniciado na Alemanha uns dez anos antes era totalmente desconhecido na Itália. É certo que a geração dos exegetas italianos haviam aberto o caminho, mas foi necessário o impulso de Chiovenda e da nova escola científica para colocar o direito processual na categoria de um ciência independente. De indubitável filiação germânica e reconhecido como fundador da ciência processual italiano moderna, o ingente esforço de Chiovenda não foi, entretanto, reconhecido por certos setores que lhe acharam injustamente um mero trabalho de importância e adaptação das teorias alemãs. Pertencem à escolar por ele fundada Carnelutti, Calamandrei, Redenti, Liebman, Carnacini, Satta, Allorio, Michelli, Capelletti, Furno e tantos outros, tendo se propaganda rapidamente pela Espanha, América e Portugal. O que realmente destaca Giuseppe Chiovenda em ser um autor até hoje estudado, pois, é aquilo que é comum aos grandes juristas – estão além do seu tempo, como que possuindo o dom (mas pelo estudo, nada nascendo e doado divinamente...) de antever os acontecimentos futuros para a ciência processual civil, em uma época em que reinava no cenário jurídico nacional o amor ao direito privado (civil), constituindo o direito processual civil, ainda, mero apêndice do direito material, ou, quando muito, visto apenas como amontoado de procedimentos ordenados à solução do litígio, faltando uma coordenação sistemática e principiológica capaz de inserir o processo realmente como a mais importante ciência jurídica do século XX e subseqüentes.”

A oralidade deixa de ser, exclusivamente, uma questão de predominância da palavra falada para se constituir em exigência de que uma causa não seja decidida por juiz que não haja tido contato direto com as provas e com os argumentos das partes, em um ambiente capaz de proporcionar condições ideais de diálogo. [...] a forma escrita subtrai o contato do juiz com o acusado e testemunhas. Incensada pelo culto à razão, faz supor que este contato é desnecessário: afinal, o que a visão direta da audiência pode ministrar que já não esteja nos autos?! O que não está nos autos não está no mundo! O mesmo poder de dominação que a Justiça Eclesiástica exercia por meio da Inquisição, em um mundo de poucos letrados e multidões de analfabetos, passou a ser exercido pelos órgãos do Estado, que manejavam (manejam) a linguagem técnica do Direito (e ainda mais técnica dos autos) para impor o Poder do Estado ao ditar decisões penais. A oralidade converte-se em condição de participação efetiva no processo. Sem a mediação da forma escrita o acusado poderá se fazer ouvir, a vítima e as testemunhas também, e as decisões não terão como se ocultar em linguagens estranhas à vida cotidiana. (PRADO, 2005, p. 245-247)

Por toda a parte se considera hoje a aceitação dos princípios da oralidade e imediação como um dos progressos mais efetivos e estáveis na história do direito processual penal. Já de há muito, na realidade, que em definitivo se reconheciam os defeitos de um processo penal submetido predominantemente ao princípio da escrita, desde a sua falta de flexibilidade até a vasta possibilidade de erros que nele se continha, e que derivava sobretudo de com ele se tornar absolutamente impossível avaliar a credibilidade de um depoimento. (DIAS, 1974, p. 232)

A oralidade não deve ser analisada como se fosse um “princípio político disponível”, porque na realidade é uma exigência derivada do direito internacional e dos direitos humanos. (BOVINO, 2005, p. 79) O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas assinala que o procedimento penal escrito deve ser considerado incompatível com o direito do acusado a um processo público. (O'DONNELL, 1989, p. 168)

O sistema acusatório traz consigo a realização de atos orais não somente como mera forma de se realizar o procedimento ou imprimir celeridade, mas como condição de efetiva participação dos sujeitos processuais num espaço que faculte o diálogo e a possibilidade de ampla argumentação e influência antes da manifestação jurisdicional⁴⁶. Para Barros (2009b, p. 331-345), a ampla argumentação no processo é a garantia do tempo necessário para a efetiva construção de argumentos que serão empregados pelas partes.

Para Binder (2003, p. 63-66), a oralidade assegura a imediação e a publicidade dos julgamentos, representando uma forma de comunicação entre as partes e o julgador, bem como meio de produção de provas: “A oralidade é uma consideração tradicional, é um

⁴⁶ “No constitucionalismo democrático, os direitos fundamentais e a dimensão participativa nas instâncias decisórias se consubstanciam como fatores de legitimação do poder e de preservação do pluralismo.” (MARQUES, 2009, p. 145).

dispositivo que gera um sistema de comunicação entre o juiz, as partes e os meios de prova, permitindo descobrir a verdade de um modo eficaz e controlado.”

No modelo acusatório, exige-se a efetiva participação daquele contra o qual se imputa a prática delituosa, visando garantir a aplicação e o resguardo de direitos fundamentais, impondo aos juízes o lugar que a Constituição lhes reservou e de importância fundamental: a função de garante. Trata-se de sistema que realça o papel das partes, a começar pela do juiz, não somente por compatibilizá-las com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de maior democracia processual. (COUTINHO, 2010, p. 15-17) Para Cordero (2000, p. 86), o modelo acusatório *es un espectáculo dialéctico*. O modelo acusatório assegura a dialogicidade na construção do conhecimento – o que exige a efetiva participação das partes –, que deve ser expandido e ampliado pela eficaz oralidade. Para Maier (1996, p. 652), os princípios da oralidade e da publicidade representam bandeiras que presidem a transformação do procedimento durante o século XIX na Europa continental.

A oralidade não deve ser avocada ao processo penal com o afastamento da prova escrita, uma vez que algumas só existem na forma documental. Para Leal (2010, p. 211), “provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova”. A perícia é um “meio de prova” para o exame de “elementos de prova com a elaboração do laudo que é instrumento de prova. A prova em juízo não se limita a uma fase instrutória, sendo estruturadora do procedimento”.

Os meios de provas são lógicos-jurídicos, porque indicados na lei para que se possa, valendo-se de conhecimentos, dos sentidos e das técnicas de demonstração, por via do intelecto, verbal ou expressamente, transportar os elementos de prova encontrados na realidade objetiva para o bojo dos autos do processo. Os meios (métodos) de provas são, portanto, argumentos e arguições lógico-jurídicos aptos à demonstração lícita da existência de elementos suscetíveis de sensibilização ou compreensão concernentes a ato, fato, coisa, pessoa. A prova, como instituto criado pela lei, instiga, à sua conceituação, reflexão nas dimensões de espaço, tempo e forma, em que o espaço seria a condição de existência do elemento de prova, o tempo seria o meio de consciência da existência do elemento de prova e a forma seria o modo de concretização instrumental (verbal ou documental) pela síntese explicativa cautelarizada do meio e elemento de prova. [...] Exemplifica-se pelo instituto da perícia judicial que, como meio de prova autorizado em lei, há se de fazer, através de perito, pela coleta intelectual de elementos de prova existentes na realidade objetiva, sendo que o laudo é o instrumento (documento) expositivo do trabalho realizado. Outro exemplo é a testemunha que é elemento de prova e o seu testemunho é meio legal de prova. Por apego à didática, os autores costumam dizer que os elementos de prova são o objeto da prova e que a finalidade da prova é a formação da convicção do destinatário da prova ou do próprio agente da demonstração, o que suplicaria maiores esclarecimentos dos que assim preconizam. No estudo desse palpitante tema, pode-se conjecturar que a prova se opera num ciclo mutativo (metamorfósico) infindável em que os instrumentos de provas transformam-se em novos elementos de prova que, pela atuação dos meios de prova, produzem novos instrumentos de prova. Quando o elemento da prova é pessoa,

transforma-se em meio expositor de novos elementos de prova que se instrumentam, e assim sucessivamente.⁴⁷ (LEAL, 2010, p. 205-209)

Conforme Leal (2010, p. 204-208), o “instituto processual da prova é de enorme complexidade teórica, porque prova é representar e demonstrar os elementos da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei”. Acrescenta que “os elementos de prova são o objeto da prova”, como a testemunha, que é elemento de prova e seu testemunho é meio legal de prova. O caráter de “instituto jurídico da prova, entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela conexão normativa determinante de seu significado e aplicação”.

A prova, portanto, como instituto jurídico, para cumprir sua finalidade de “fixação dos fatos no processo”, enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) indiciabilidade (caracterizada pelos elementos integrativos da realidade objetiva no espaço); b) ideação (exercício intelectual da apreensão dos elementos pelos meios do pensar no tempo); c) formalização (significa a instrumentação da realidade pensada pela forma legal). Com efeito, o princípio da indiciabilidade aponta o elemento de prova no espaço. O princípio da ideação rege o meio intelectual legal da coleta da prova no tempo do pensar. O princípio da formalização realiza o instrumento da prova pela forma estabelecida em lei. De consequência, a prova, como instituto jurídico, enuncia-se a partir do mundo da realidade dos elementos sensoriais pelos meios de ideação jurídica para elaboração do instrumento de sua expressão formal. [...] Prova em direito é representar e demonstrar, instrumentando os elementos de prova pelos meios de prova. A exemplificar, a perícia é um meio de prova para o exame de elementos de prova com elaboração final do laudo que é instrumento de prova. (LEAL, 2010, p. 208-209)

Antes dos debates, as partes podem oferecer provas, requerer a designação de nova perícia sobre pontos que não tenham sido objeto de perícia anterior, oferecer novo rol de testemunhas informando a importância de sua oitiva, apontando, assim, as provas que serão objeto de debate durante o momento da instrução processual. (BOVINO, 2005, p. 87-88) Nesse sentido, a decisão deve ficar adstrita somente aos elementos expostos em audiência, vinculando a oralidade à demarcação temática do debate. É indispensável que a convicção judicial ou fundamento emane dos atos produzidos durante o debate processual. Quando se diz que o juiz deve se amparar somente em elementos informativos produzidos em contraditório, não significa que ele não possa se valer de provas que são em sua natureza

⁴⁷ Tourinho Filho (2011, p. 237) conceitua fonte de prova, meio de prova e elemento de prova: “Fonte de prova: entende-se por fonte de prova tudo quanto possa ministrar indicações úteis cujas comprovações sejam necessárias. Assim, a denúncia, embora não seja elemento ou meio de prova, é fonte desta, uma vez que contém indicações úteis, exigindo comprovação. Meio de prova: é tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo: testemunhas, documentos, perícias etc. Elementos de prova: como tais de entendem todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do juiz.”

somente na forma escrita, como a prova pericial, mas também dos elementos expostos em contraditório. Para que as provas documentais possam servir de fundamento para a sentença judicial, elas têm de ter sido colocadas em debate e efetivamente discutidas, obtendo validade como meio de prova.

A partir do momento que se dá valor e serão utilizadas na decisão as informações produzidas na audiência é que se ressalta a fase instrutória judicial. No contexto em que a decisão for construída somente com base nas provas documentais juntadas aos autos, supera-se a necessidade da presença física do julgador, pois futuramente terá acesso a elas e decidirá. Sua presença ganha relevância quando há compreensão e se dá o devido valor aos debates e esclarecimentos das partes, pois a ela torna-se exponencial quando a decisão não é fundamentada apenas nos elementos probatórios cartulares do procedimento, mas nas informações expostas em contraditório.

A adoção da oralidade significa desta forma o esforço em trazer para dentro do processo toda a complexidade 'cênica' dos protagonistas da relação processual penal, superando assim a tentativa inquisitiva contida na redução apresentada na fórmula *quod non est in actis, non est in mundo*. Em essência, a oralidade redimensiona a forma de produção de um determinado saber, importando numa nova relação entre os envolvidos na cena processual, agora enfrentando-se diretamente e com isso influenciando de maneira assaz diferente a percepção do julgador para com o objeto do conhecimento. Dela decorre, igualmente, uma nova dimensão de outra garantia processual que é a da motivação das decisões, eis que produzida de uma forma distinta daquela presente no modelo escrito, a compreensão da causa pelo julgador. A oralidade apresenta-se desta forma como corolário indissociável do modelo acusatório de processo. (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 70)

Na audiência de instrução e julgamento é essencial o juiz estar presente para que a decisão possa ser construída com base nos elementos probatórios expostos pela acusação e defesa. Sua presença torna-se indispensável porque o julgamento estará adstrito não apenas às informações escritas.

A presença do juiz estabelece que a prova deve ser desenvolvida e produzida em audiência e em contato direto com aqueles que podem ser ouvidos, como a acusação e defesa, testemunhas e peritos, para que possa construir a decisão baseando-se nas informações retiradas com a proximidade dos elementos probatórios. Necessariamente, para que possa se conceber a oralidade como expressão de participação em contraditório judicial, a manifestação jurisdicional deve ser proferida em seguida ao término da instrução, fundamental para a potencialização do contraditório, sujeitando a decisão à atuação das partes.

Binder (2003, p. 68) sustenta que a escrita, como sistema de comunicação, gera, necessariamente, um distanciamento das partes entre si, destas com o juiz e de todos os meios de prova, já que toda a atividade de coleta de informações é realizada por meio de atas que vão mediar a informação. Ainda, tampouco a forma escrita garante a presença do juiz ou a personalização de seu trabalho, pois produz – como vício intrínseco – a delegação de funções, e quem conhece o funcionamento dos sistemas sabe que neles grande parte da atividade judicial – inclusive as sentenças – é realizada pelos delegados auxiliares ou por funcionários, com grande prejuízo para as garantias constitucionais.

Busca-se que os órgãos jurisdicionais tenham contato direto com as partes e os atos processuais efetivamente alcancem sua finalidade de maneira plena, já que as informações obtidas pelos variados meios de provas realizam-se com a presença do juiz. A vinculação entre o juiz que instruiu e aquele de decidirá decorre da necessidade da utilização e valoração dos elementos probatórios firmados pelas partes durante toda a instrução processual, como exigência para que possa decidir, pois a decisão está vinculada ao ocorrido em audiência. A decisão deve ser proferida pelo juiz que teve contato direto com as provas e argumentos produzidos em sua presença, em nítida valorização do contraditório exercido pelas partes⁴⁸.

Nem tudo é passível de ser colocado nos autos do processo. A presença do juiz é relevante para a análise das provas e debates expostos à sua vista; a decisão não é produzida da análise exclusiva do que está documentado, mas do contato direto com a produção das provas e da verificação dos argumentos que foram comprovados em audiência:

Identificadas as características gerais de cada modelo processual, podemos pensar na construção do sistema democrático. Esse sistema deve privilegiar o debate em contraditório, valorizando a exclusividade da função acusatória, a ampla argumentação e o direito à prova. Deve reconhecer o juiz como sujeito do conhecimento, integrando-o ao debate processual. Não para que ele venha dizer ou contradizer na audiência. Mas, para que ele, na companhia das partes, fixe o mérito. E, principalmente, demarque o discurso acusatório, sem inverter o ônus da prova. Na primeira audiência, o juiz precisa associar o argumento da denúncia à pretensão de prova do Ministério Público. E, na audiência que encerra a instrução, precisa fazer o *chek-list* prova x argumento. Argumentos não provados devem ser rejeitados; argumentos comprovados incorporados na decisão. O sistema democrático não comporta o juiz espectador, mas também não admite o juiz instrutor. O magistrado não produzirá prova de ofício. Proposição é atribuição da acusação e da defesa. (MARQUES, 2014, p. 27-28)

⁴⁸ *La oralidad y la inmediación exigen a su vez lo que Chiovenda denomino la identidad personal del juzgador. Estos tres principios, a su vez, no se explican el uno sin el outro. La identidad física del juzgador exige que el mismo magistrado que recibió inmediatamente las pruebas y escuchó las razones de las partes sea quien inmediatamente después dicte personalmente la sentencia.* (SAN MARTIN CASTRO, 1999, p. 483)

A presença do juiz em audiência não é apenas para dar seguimento, impulso e regularidade ao ato, porque se a importância de sua presença se ativesse a isso, ele poderia facilmente designar um terceiro com poucos conhecimentos jurídicos e experiência prática do procedimento. Se a decisão fosse construída somente com base em documentos escriturados, as partes os juntariam por meio de petição e o juiz faria a análise em gabinete, sem qualquer intervenção ou intromissão de terceiros. Se porventura a prova fosse insuficiente, a legislação processual penal faculta-lhe que determine a realização de provas de ofício para sanar dúvidas.

Se outro juiz que não aquele que presidiu a instrução realizar o julgamento, perde sentido os esclarecimentos das partes firmados em contraditório, pois a decisão será sustentada somente com base no que está documentado, não vinculando os fundamentos decisórios aos elementos expostos e debatidos pelas partes.

Para que se possa pensar na sobrevalorização da audiência, importante se faz a concentração de atos procedimentais, que se reluz com a finalidade de se realizarem em audiência única ou em espaços temporais próximos uns dos outros.

Distanciar temporalmente o julgamento e a instrução pode trazer prejuízos às partes, pois possibilita o perdimento dos debates realizados em audiência, possibilitando ao juiz apenas a análise de informações probatórias escritas, isoladas dos argumentos das partes interessadas, dando margem à violação ao contraditório. Isso porque, possivelmente, ele deixará de analisar algum ponto apresentado em audiência, bem como poderá se distanciar das demarcações temáticas realizadas em contraditório.

A essência da oralidade é superar a utilização como fonte única de colheita de provas os elementos probatórios cartulares e sua análise solitária pelo juiz, convertendo o julgamento em análise exclusiva de documentos. A oralidade propõem-se em sujeitar o fundamento decisório ao contraditório firmado pelas partes em juízo e o julgamento ser realizado de imediato, logo após o término da instrução. “A discussão oral deve corresponder à conclusão imediata de um debate oral”. (CHIOVENDA, 2009, p. 1.003)

O fato de o julgamento ser realizado de imediato é importante para a valorização de todo o ocorrido em audiência, para diminuir o risco de algumas informações se perderem no tempo, haja vista que nem tudo é passível de ser documentado. Encerrada a instrução judicial e as demais manifestações da acusação e defesa, a decisão deve ser proferida de imediato, fundamentada nos argumentos comprovados em contraditório; amenizando, ainda, o risco de ingerências externas do juiz.

A escrituração, muitas vezes, conspira em sentido contrário, pois favorece a dispersão de atos, dificultando a interpretação e o entendimento de todas as informações, uma vez que as provas são pulverizadas ao longo do tempo, assim, caso exista, o julgador se vê na obrigação de buscar alguma memória escriturada nos autos.

A descontinuidade temporal era uma marca inquisitória, pois as informações do passado vinculavam o presente, condicionando o resultado final e afastando os debates.

O respeito à continuidade temporal dos atos processuais é circunstancial ao julgamento, em que a realização dos atos probatórios em uma única ou em várias audiências de instrução e julgamento continua dependendo da conveniência casuística, da urgência em decidir ou mesmo de motivos subalternos. (RAMOS, 1996, p. 96) “O procedimento oral e concentrado, enfim, ao fomentar o contraditório, funciona como limite às distintas funções processuais.” (MAYA, 2015, p. 249)

Esse entendimento deve ser ajustado e mais bem compreendido com a presença dos debates orais, pois, do contrário, eles se perderão no tempo e não servirão à decisão que deverá se amparar em todas as informações produzidas em juízo. Produzindo-se informações em várias audiências que se fragmentam ao longo de meses ou até mesmo anos, os debates se perderão por esquecimento, tendo se tornado totalmente inócuos os argumentos firmados durante a instrução processual. Nesse contexto, a demanda judicial deve ser resolvida – sentenciada – em uma única audiência, ou, se não for possível, que se realizem em audiências com a maior proximidade temporal possível, preferencialmente para o próximo dia útil, somente prorrogável por motivo de força maior – por exemplo, número elevado de vítimas, acusados, testemunhas ou pela complexidade do caso em análise.

O modelo acusatório exige que as partes contribuam com o provimento jurisdicional. Essa participação em contraditório deve ser garantida durante o procedimento, e a audiência de instrução e julgamento deve, efetivamente, vincular os fundamentos decisórios.

É possível à concentração⁴⁹ de atos e à oralidade refletirem em celeridade processual, consentânea da respeitabilidade e confiabilidade da manifestação jurisdicional, ligadas à resposta rápida e eficaz, uma vez que no Estado Democrático Direito exigem-se provimentos estatais, além de confiáveis e independentes, também razoavelmente céleres. O Judiciário vive momento em que recebe incisivas críticas quanto ao tempo de duração dos

⁴⁹ Barros (2009a, p.136) expõe que: “Suprimir o tempo de reflexão entre a produção da prova e a preparação da defesa técnica, para que todas as teses possíveis sejam alegadas, atenta contra a ampla argumentação das partes, eis que diminui o tempo procedimental de análise e argumentação das partes sobre os atos do processo”.

procedimentos⁵⁰. Uma das possíveis soluções é harmonizar os atos processuais que são praticados de forma escrita com os orais e conciliá-los com o uso da tecnologia de gravação de áudio e vídeo, com o fim de se criar uma memória processual com o registro dos atos mais próximos de sua fidedignidade.

A técnica da oralidade pode prestar-se, por certo, para a ampliação da participação dos sujeitos processuais, bem como refletir em procedimentos mais céleres, não sendo sua finalidade a diminuição do tempo, conforme costumeiramente aparenta ser sua principal contribuição.

Largos espaços temporais de duração afetam direitos do acusado e a qualidade técnica da prova, coletada com maior confiabilidade quando em prazo razoável. O processo penal ainda é muito dependente da prova testemunhal e o transcurso do tempo pode ser um dos fatores para o esquecimento, desvanecendo-se no tempo os detalhes e, a cada evocação da lembrança, ela acaba sendo modificada. (DI GESU, 2014, p. 169)

A oralidade como elemento constitutivo do modelo acusatório exige que as informações probatórias do procedimento que darão ensejo ao julgado sejam debatidas em audiência e permitam a efetiva participação dos sujeitos, com garantia de influência na fundamentação judicial. Ela possibilita a ampliação da participação na reconstrução dos fatos, permitindo que tenham assegurados momentos de colocação de argumentos, valorizando a audiência de instrução e julgamento, vinculando a fundamentação da decisão ao contraditório exercido pelas partes e diminuindo os momentos de atuação solitária⁵¹ do juiz.

⁵⁰ “É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada *jurisdição instantânea* ou de uma *jurisdição-relâmpago*, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo”. (BRÊTAS, 2007, p. 219)

⁵¹ “A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobrehumana de proferir a decisão que ele repete mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado”. (NUNES, 2011, p. 191-192) No mesmo sentido Giacomolli (2014, p. 149) discorre sobre o contraditório: “erige-se em elemento normativo estrutural da comparticipação, assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual”.

2.4 A técnica da oralidade

Uma das importâncias da oralidade é servir como procedimental de ampliação do momento participativo das partes, concorrendo para o contraditório⁵² e vinculando a decisão. Relevância que exige do julgador atenção e permite-lhe presenciar a atuação das partes, colhendo elementos probatórios durante a instrução processual, inteirando-se das informações expostas em contraditório, diminuindo a possibilidade do solipsismo decisório⁵³.

A presença da técnica da oralidade permite contato direto com a prova, com as partes e com os esclarecimentos, possibilitando ao juiz fundamentar a decisão com base nas informações expostas em contraditório.

Conforme Gonçalves (1992, p. 18), a ciência pode ser entendida “como um conjunto de conhecimentos fundamentados, ou como atividade criadora do conhecimento”, em que essas duas acepções se complementam. Para Leal (2010, p. 42-43), em qualquer uma das formas, independentemente do objeto, “toda ciência se quer como uma competência explicativa de uma determinada realidade, seja ela natural ou cultural. A ciência e sua teorização é uma conquista intelectual ocorrida após séculos de dominação da técnica; tem por objeto o esclarecimento da técnica”. Para Gonçalves (1992, p. 23-24, 35), “a noção geral de técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização das finalidades. Há técnicas produzidas antes da ciência”, como as técnicas primitivas, o saber desorganizado e irracional, “no sentido de que não pode ainda pensar seus próprios fundamentos”. Relacionando técnica e ciência afirma-se que “se é verdade que a técnica nunca é concebida como um fazer desordenado, que eventual e acidentalmente alcança resultados, não é menos verdade que a ciência se quer um conjunto de conhecimento, organizado e ordenado” e acrescenta, apoiado em Denis Huisman e André Vergues (1983), que “historicamente a prática precede à teoria, a técnica precede à ciência”. (GONÇALVES, 1992) A Ciência do Direito tem desenvolvido e aprimorado cada vez mais

⁵² *El juez sentenciador, confiándose en la redacción escrita del testimonio, prívase de la luz que brota del modo de presentar-se personalmente el testigo, que tanto influye en la presunción de su veracidad.* (MALATESTA, 1997, p. 24-26) “Importante observar que o princípio democrático, aplicado ao Direito processual penal, não se esgota na garantia do contraditório. Ao contrário, pressupõe a observância dos inúmeros princípios e garantias previstos explicita e implicitamente nas Constituições Federais e nos Convênios internacionais protetivos de direitos humanos, dos quais o contraditório ocupa posição de destaque.” (MAYA, 2015, p. 223)

⁵³ “Fala-se em solipsismo judicial para expressar um espaço de subjetividade blindado ao exercício pleno do contraditório, donde decisões judiciais nascem do labor solitário do juiz, ao arrepio do contraditório. O juiz solipsista é o arquétipo do decisor que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado. Atua isoladamente, compromissado com a sua própria consciência, sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade e eficiência.” (NUNES; DELFINO, 2014, p. 205).

suas técnicas para apreender o fenômeno jurídico, bem como realizar o trabalho de reconstrução jurídica.

Leal (2010, p. 42-44), no estudo da técnica ao direito processual, afirma que a “atividade técnica ou o ato técnico corresponde a procedimentos conjugados e bem orientados para produzir resultados úteis”. Complementa que a técnica é “atividade humana que abrange a capacidade de conjugação do mundo da realidade com o mental e a consequente expressão de pensamentos abstratos organizados (teorias) sobre o contexto dessa realidade”. Segundo o autor, “a técnica jurídico-processual seria a criteriologia desenvolvida a serviço da criação, estruturação, sistematização e aplicação das normas procedimentais no âmbito do Direito Processual”. (LEAL, 2010, p. 47)

A técnica da oralidade decorre do princípio do contraditório⁵⁴. O procedimento deve prever a possibilidade de participação, com momentos para esclarecimentos da imputação realizada na inicial acusatória, bem como elucidações ao longo da audiência para que a defesa possa compreender do que está sendo acusada e, de fato, exerça o contraditório, possibilitando a atuação defensiva sem surpresas ao acusado.

O contraditório e a ampla defesa estão presentes em diplomas internacionais, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, de 21 de novembro de 1969), à qual o Brasil aderiu por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992⁵⁵, que enumera, no artigo 8º, dentre as garantias mínimas, o direito da comunicação

⁵⁴ “Os princípios estabelecem normas a respeito de direitos que encontram sua base na normatividade constitucional. Perder isso de vista, é correr o risco de desvincular os princípios de sua força normativa e, com isso, desnaturar sua normatividade”. “A Constituição, assim, consagra e proclama, expressamente, a teoria da força normativa dos princípios, com que se traduzem os direitos fundamentais, como ainda pela previsão de que se devem compreender nessa categoria tanto os expressos no referido art. 5º como também ‘outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (art. 5º, § 2º). Vale dizer que ao estatuir a garantia da liberdade e de limitá-la apenas pela legalidade (art. 5, II), a Constituição trata indistintamente das regras e princípios como fontes normativas integrantes do direito positivo nacional.” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 63, 66) Leal (2010, p. 96-97), baseado na Teoria do Direito, conceitua princípio: “Princípio é o marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente dedutivo, genérico e desdobrável, é balizador de conceitos que lhe são inferentes. Quando o princípio é específico, assume este o nome de premissa legal e não comporta generalizações maiores que seu explícito e próprio enunciado. Enquanto o princípio é referente de invariância perene, as demais consequências lógicas dessa operação interpretativa expressam-se em pressupostos e fundamentos. Os pressupostos, como inferentes lógico-jurídicos, inscrevem-se na órbita imperativa (prescritiva) do princípio, equivalendo a conceitos específicos, explícitos e infecundos que não permitem flexibilização incompatível com o conteúdo principiológico que lhes deu causa. Os fundamentos são pressupostos que atuam genericamente ao longo da estruturada linguagem ou texto legal, irredutíveis a novas hipóteses, porque, no dizer de Heidegger, decorrem da ‘liberdade finita’ que o discurso impõe a si mesmo. O Direito, como discurso sistematizado pela lei positiva, estabelece seus princípios, pressupostos, premissas e fundamentos a partir do texto legal, pois tais elementos lógicos não são preexistentes ao discurso jurídico, mas contemporâneos à existência da lei que os institui.”

⁵⁵ Artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Fundamentais (Pacto de S José da Costa Rica): “Garantias Judiciais

prévia à acusação realizada; de modo que suas disposições passaram a integrar o ordenamento jurídico interno nos termos do art. 5º, §2º da Constituição⁵⁶.

No atual processo constitucional no Estado Democrático de Direito, deve haver estrita correlação entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. As partes tem pleno direito de ver os seus argumentos apreciados pela decisão jurisdicional, que limita-se ao balizamento argumentativo firmado em contraditório.

Na audiência de instrução e julgamento, a imputação poderá ser esclarecida pelo seu titular – geralmente o Ministério Público – esclarecendo e demonstrando os fatos objetos da acusação e argumentando com base nas provas de que dispõe e sustentam suas alegações. Os esclarecimentos em audiência possibilitarão à defesa o efetivo exercício do contraditório, obtendo amplo conhecimento dos caminhos que deverá percorrer, em nítida preservação da garantia de participação.

A escrita não pode gerar uma realidade impenetrável, afastando o debate. Diante da atual necessidade de superação como fonte única de colheita de elementos probatórios, autos cartulares do procedimento, esse problema pode ser tecnicamente superado pela técnica da oralidade em sujeitar a fundamentação da decisão ao contraditório exercido pelas partes em audiência.

-
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 pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
 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:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos.
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá se submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.” (BRASIL, 1992)
- ⁵⁶ § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988)

Oralidade é comportamento das partes que obriga o comportamento do juiz. Exige a técnica da oralidade que a decisão seja proferida imediatamente à audiência de instrução e julgamento, superando a análise de elementos probatórios exclusivamente cartulares, devendo amparar-se nos elementos probatórios expostos e comprovados em audiência, que serão incorporados à decisão, reduzindo os espaços de atuação solitária do juiz por meio da técnica procedimental proposta. O juiz torna-se passivo sob o aspecto probatório, no entanto, ativo no encaminhamento do procedimento conforme previsão legal.

Nesse contexto, ganha relevância a técnica da oralidade e a consequente importância de a decisão abranger o ocorrido em audiência, com a necessária e imediata fundamentação vinculada à instrução judicial. Ressalte-se a importância de o julgador tomar conhecimento dos fatos e provas com base no que as partes apresentam, valorizando a participação da acusação e da defesa, em audiências nas quais ele não tem acesso prévio a informações, mas apenas aos elementos probatórios apresentados em contraditório pelas partes.

A técnica da oralidade como expressão de participação pode ser presenciada no direito comparado. Com os movimentos pós-guerra no século XX, percebe-se que os procedimentos penais passaram a ganhar outra roupagem mediante a aceitação de novas compreensões de processo visivelmente de cunho democrático. Nota-se maior valorização das audiências e a busca da efetiva participação dos interessados na construção da decisão, com a superação de julgamentos realizados distantes dos elementos expostos em contraditório.

3 A ORALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Há uma tendência pós-guerra de países que realizam reformas desencadearem no ajustamento constitucional das legislações, com a tendenciosa constitucionalização do processo.

Desde meados do século passado Piero Calamandrei já anunciava alguns méritos da oralidade que deveria orientar as próximas reformas. Destacava que ela caminhava para ser implementada na Itália, através do projeto elaborado pelo Ministro Solmo, que em suas melhores partes se inspirava na proposta de Chiovenda, tendo em vista que a partir de 1906 Chiovenda iniciou seu postulado e certamente a ideia da oralidade ganhou espaço; e, nos 30 anos de seus estudos, seus postulados não perderam espaço. A disparidade de opiniões no entorno do valor prático da oralidade se revela através dos diversos pontos de relevância: em Chiovenda a oralidade não é vista somente como uma diretiva para as reformas, mas como uma pedra angular do sistema; em Carnelutti, considera-se o argumento da oralidade e da escrita no processo no mesmo nível de muitos problemas atinentes à forma de direcionar as declarações processuais; apesar da esperança de mudanças, esse é um problema a ser enfrentado pela reforma, pois atualmente predomina a forma escrita. (CALAMANDREI, 1965, p. 453-454)

Destaca ainda Calamandrei que, na Itália, a oralidade se destina a tomar todo o processo civil do Estado moderno, pois essa seria a situação esperada, o escopo ideal da reforma, e para eliminar a desconfiança que ainda existe contra a oralidade, pode-se, talvez, ser apropriado repetir que oralidade não significa somente atos de oratória, e que o processo oral, assim como foi concebido por Chiovenda, não será necessariamente um espaço aberto para disputas, mas o meio para se voltar à palavra falada como uma função essencial e, portanto, aumentar, reestabelecer a eficácia, dignidade da eloquência forense.⁵⁷ Não há dúvida, por outro lado, de que o problema da oralidade é acima de tudo um problema dos homens: o maior valor do processo oral deve ser sua capacidade de promover o contato direto e contínuo com as pessoas, que a colaboração confiante e a conseguinte e mútua compreensão humana entre o juiz e os advogados, e esta condição é essencial ao bom funcionamento da

⁵⁷ Cappelletti (1975, p. 159) comenta que o ideal que orientava Chiovenda na defesa da oralidade “refletia uma outra fundamental e crescente exigência da nossa época: aquela de uma justiça não meramente formal, aparente, burguesa, ou seja, limitada e acessível apenas às classes sociais cultas e economicamente privilegiadas, mas de uma justiça efetiva, real, acessível a todos. Um processo essencialmente escrito não pode ser um processo facilmente acessível aos analfabetos, aos desprovidos de recursos, aos ignorantes, ou seja (e mais precisamente) aos outros, cuja cultura não coincide com a cultura e com a linguagem ‘oficial’”.

justiça. Para essa colaboração ser possível é preciso não somente de intelectuais e da nomeação de advogados da mais alta função que o Estado lhes confia, mas também de magistrados conscientes da importância social da advocacia e respeitosos em todas as ocasiões de sua independência. Adverte ainda Calamandrei (1965, p. 454-455) que no dia em que a autonomia do magistrado no processo colocar o advogado no nível de um subordinado do juiz, todas as vantagens da oralidade desaparecerão: e não se poderia chamar o processo de oral que na prática poderia servir para reduzir o advogado ao silêncio.

Partindo da análise dos sistemas processuais e da predominância da adoção do sistema acusatório, passa-se a investigar a presença da técnica da oralidade no direito comparado a partir dos movimentos pós-guerra⁵⁸, de raiz acusatória e com o acolhimento cada vez maior da oralidade como expressão de participação em seus procedimentos penais.

O Chile adotou o sistema acusatório norte-americano, adversarial, que é focado nas partes, diferentemente do modelo acusatório europeu, no qual o juiz participa junto com as partes.

Cumprir destacar que a estruturação das audiências no processo penal chileno está estritamente ligada à assegurar a técnica da oralidade, bem como não há preocupação com a identidade física do juiz, concentração de atos e imediação, pois são discussões superadas com a reforma e relacionadas aos países que adotam o modelo acusatório europeu.

As últimas grandes reformas das Américas migraram suas legislações para bases acusatórias em nítida superação à tradição inquisitorial que perdurou por longas décadas, passando a adotar modelos processuais mais democráticos e participativos por todos aqueles que podem ser atingidos pela manifestação jurisdicional.

Este capítulo versa sobre os movimentos reformistas na América Latina, especificamente no Chile, país no qual se realizou pesquisa de campo e bibliográfica, bem como o acompanhamento de audiências através de estágio supervisionado.

⁵⁸ Esse cenário é percebido no direito comparado não só em outros períodos históricos, mas principalmente constata-se essa tendência nas recentes reformas processuais pós-guerra. Com a tendente constitucionalização do processo com o avançar do tempo; Brêtas (2015, p. 111, 123) destaca que o neoconstitucionalismo que surgiu pós-segunda guerra, a partir de 1945, desencadeou benéfica constitucionalização de todos os ramos do Direito. Nesse contexto, deram impulso a esse fenômeno da constitucionalização o legislador, os órgãos jurisdicionais e a doutrina jurídica. As disposições normativas, fruto do neoconstitucionalismo surgido após o término da segunda guerra mundial, não despontaram no texto da Constituição por acaso ou de uma hora para outra. Obviamente foi antecedido por incessantes e notáveis pesquisas em torno do direito processual, que despontaram a partir do século XIX, consolidando o direito processual em termos de ciência jurídica e formatando a concepção do processo constitucional.

A pesquisa bibliográfica e *in loco* foi realizada no Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), sob orientação do pesquisador Leonel González Postigo⁵⁹. O CEJA é uma organização internacional criada em 1999 pelas instituições do Sistema Interamericano e sua sede está em Santiago do Chile. Seus membros são todos os países membros da Organização dos Estados Americanos. O CEJA foi criado a partir dos movimentos de reformas de seus países membros e mantém como eixo norteador a pesquisa sobre justiça penal, governo, acesso a justiça e gestão do sistema judicial. A partir desses enfoques, um deles foi a abordagem se de fato os movimentos reformistas surtiram algum efeito, positivo ou negativo no que diz respeito à oralidade. O CEJA se propõe a diagnosticar e sugerir mudanças para maior modernização dos sistemas de justiça do continente. Busca, ainda, planejamento de propostas e inovações das reformas judiciais, promover o intercâmbio entre os países e divulgar meios de melhorias para as Américas⁶⁰.

⁵⁹ *Coordinador de Capacitación. Argentino. Abogado con orientación en Derecho Penal, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Fue Coordinador y actualmente es Investigador del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Es Socio adherente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Ex Pasante del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Ex becario de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha participado en seminarios y cursos de formación profesional. Ha trabajado en la Cámara Federal de Casación Penal, Poder Judicial de la Nación Argentina. En 2015 asume como Coordinador de Capacitación.* Endereço: Rodo 1950, Providencia, Santiago, Chile. Teléfono +56 (2) 2274 2933. E-mail: leonel.gonzalez@cejamericas.org. (LEONEL González Postigo. Disponível em: <w1.cejamericas.org/index.../1250-leonel-gonzalez-postigo.html>. Acesso em: 7 mar. 2016.

⁶⁰ *El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo internacional, creado en 1999 por las instituciones del Sistema Interamericano. Su sede está en Santiago de Chile y sus miembros son todos los países integrantes activos de la Organización de Estados Americanos. CEJA nace en un contexto en que los países del continente, casi sin excepción, han impulsado durante los últimos veinte años, profundos programas de reforma a sus sistemas de justicia, donde las principales áreas abordadas han sido la justicia criminal, el gobierno, el acceso y la gestión del sistema. Sin embargo, existe una extendida percepción de que las reformas emprendidas no han dado todos los frutos esperados. Además, no hay evaluaciones sistemáticas y profundas de lo realizado hasta este minuto, por lo que el fuerte impulso inicial tiende a decaer. Ante tal situación, CEJA es creado para revertir ese diagnóstico y dar un nuevo impulso a la modernización de los sistemas de justicia en el continente. Por lo tanto, su misión es apoyar a los Estados de la región en sus procesos de reforma a la justicia, para lo cual desarrolla actividades de capacitación, estudios e investigaciones empíricas, entre otras acciones, con la finalidad de cumplir con sus tres metas clave, cuales son: estudiar en profundidad los sistemas de justicia y desarrollar planeamientos innovadores en la discusión de las Reformas Judiciales; favorecer la cooperación y el intercambio de experiencias entre los actores claves del sector justicia a nivel regional; generar y difundir instrumentos que mejoren la información sobre justicia en las Américas. [CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). Acerca de CEJA. Disponível em: <http://www.cejamericas.org/index.php/acerca-de-ceja.html>. Acesso em: 11 mar. 2016. Una de las misiones de CEJA es promover el intercambio de información y experiencias. En dicho marco, CEJA ha facilitado la realización de pasantías, visitas y actividades de intercambio en las siguientes instituciones: Ministerio Público de Ciudad de Buenos Aires, Argentina; Public Prosecution Service of Canada (PPSC); Drug Treatment Court and Community Court of Vancouver, Canada; Bail Verification and Supervision Program of Ontario, Canada; University of Ottawa, Canada; National Judicial Institute of Canada (NJI); Ontario Crown Attorney Offices, Canada; School for Prosecutors, Ottawa, Canada; Instituciones del Sistema de Justicia Criminal Chileno; Juzgado Modelo de Costa Rica; Ministerio Público de Guatemala; Cyrus R. Vance Center for International Justice, New Your City Bar, USA; Open Society, Washington, USA. [CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). Programas de Intercambio: capacitación.*

Diante do cenário apresentado, o CEJA pesquisa as reformas processuais mesmo depois das alterações legislativas já terem entrado em vigor. Analisa os benefícios ou malefícios obtidos, bem como a necessidade de se alterar as práticas procedimentais cotidianas. As pesquisas realizadas se mostram relevantes, já que partem da premissa de que não bastam alterações legislativas se não houver capacidade de se mudar as práticas procedimentais para além daquelas informações contidas nos textos legais. As pesquisas do CEJA visam contribuir para o aperfeiçoamento e fortalecimento dos processos de reforma legislativa. Pretende ainda produzir informações sobre o funcionamento dos sistemas reformados, bem como identificar problemas de implantação e operação das mudanças e firmar estratégias para superar dificuldades, visando sempre uma melhor qualidade das reformas processuais nos sistemas jurídicos pesquisados⁶¹.

Com os movimentos reformistas pós-segunda Guerra, as pesquisas jurídicas passaram a aproximar a Constituição e o processo, em necessária busca da efetivação dos direitos fundamentais. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 234) Diversos países realizaram densas modificações em suas legislações para adequá-las e aproximá-los de um cenário mais democrático e participativo, com nítidas raízes no modelo acusatório.

O marco teórico no direito comparado foi Taruffo (2001), diante da necessidade de identificar outros institutos que podem servir ao contexto brasileiro na busca e implementação de garantias de efetiva participação no procedimento atual e imparcialidade de julgamento. Busca-se analisar as alterações no direito comparado para que elas possam ser confrontadas com as conclusões a serem trazidas e propostas ao direito processual penal brasileiro a partir da seleção dos aspectos atinentes à pesquisa realizada. A análise busca detectar as semelhanças e diferenças entre os sistemas normativos brasileiro e chileno no que diz respeito

Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/index.php/capacitacion/programas-de-intercambio.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁶¹ *Las reformas judiciales exceden con mucho a la sola dictación de nuevos códigos procesales. El éxito o fracaso de las reformas se juega en la capacidad que éstas demuestren de modificar las prácticas concretas del sistema judicial. En este sentido, resulta indispensable conocer cuál es el funcionamiento real de los sistemas judiciales, más allá de las intenciones declaradas en la ley. En el contexto descrito, CEJA busca promover la discusión informada y sistemática acerca del funcionamiento de los sistemas judiciales de las Américas, y de este modo contribuir al fortalecimiento de los procesos de reforma a la justicia. Concretamente, ha tratado de producir información acerca del funcionamiento de los sistemas reformados, identificar problemas de implementación y funcionamiento, generar una base de apoyo para el diseño de estrategias que ayuden a superar los problemas, revitalizar el debate, enriquecer la cultura legal, y, por esa vía, reforzar la calidad de los sistemas judiciales.* [CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). Descripción general: reformas a la justicia penal. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/index.php/areas-de-trabajo/reforma-a-la-justicia-penal.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

à oralidade como expressão de participação, investigando suas aproximações ou afastamentos, com o estudo de suas normas e aplicabilidade.

Taruffo (2001, p. 27-29) faz algumas advertências quando da realização de comparações de diferentes sistemas normativos. Ressalta que os aspectos culturais do que for estudado devem ser levados em consideração, bem como o funcionamento do sistema jurídico e seus institutos, medindo as semelhanças e diferenças, visando estabelecer proximidades e distâncias entre eles. Destaca que a comparação torna-se mais instigante e proveitosa quando leva em consideração não só as regras específicas, mas os modelos processuais. Busca-se extrair do ordenamento jurídico chileno as noções de oralidade, conceito e funções, para em seguida se estabelecer conexões com o direito processual brasileiro.

A pesquisa concentrou-se no Chile em razão da prévia percepção das substanciosas alterações na legislação processual penal, e, principalmente, por ter avançado consideravelmente na implementação do efetivo uso da oralidade com a busca da valorização da audiência de instrução e julgamento, a influência da acusação e defesa na construção do julgamento e o papel do juiz.

3.1 Chile

O sistema processual penal chileno submeteu-se a profundas reformas que foram implantadas entre 2000 e 2005. Como elas foram consideradas bastante ousadas e inovadoras, dada sua grandeza, foram implementadas de forma gradual e por regiões, para que assim se pudesse ter controle do que estava funcionando bem ou mal. Caso algumas alterações não surtissem o efeito prático como previsto nos textos legais, seus reflexos não seriam tão graves, pois não entraram em vigor de uma só vez em todo o país.

Na América Latina as modificações do sistema processual penal chileno podem ser consideradas como referenciais, esse o motivo do seu estudo na presente pesquisa e a escolha como local para investigações *in loco*.

O atual *Código Procesal Penal de la República de Chile* foi aprovado pela Lei 19.696, promulgado em 29 de setembro de 2000 e publicado em 12 de outubro de 2000, entrando em vigor gradativamente pelas regiões do país a partir de 16 de dezembro de 2000, atingindo a última região em 16 de junho de 2005. O Código de Processo Penal chileno veio de encontro ao extinto *Código de Procedimiento Penal de la República de Chile*, aprovado pela Lei 1.853, publicada em 19 de fevereiro de 1906, entrando em vigor em 1º de março de 1907 (CHILE, 2016).

A reforma chilena representou a superação do sistema inquisitivo e escrito que se mantinha em plenitude desde o século XX para a adoção do sistema acusatório e oral, com a atuação dos Fiscais do Ministério Público e dos Defensores em procedimentos orais junto aos *Juzgados de Garantía* ou os *Tribunales de Juicio Oral*⁶².

A reforma não pretendeu simplesmente substituir a estrutura inquisitória pela acusatória. A reforma estrutural deu-se pela aversão às marcas da inquisição e violência mantidas pelo próprio Estado que iam de encontro a outros tempos vivenciados no Chile.

A partir da reforma e da entrada em vigor do Código de Processo Penal chileno, que foi bem-sucedida, o Chile passou a analisar e modelar um projeto de nova legislação processual civil, dando ensejo à reforma e modernização do Código de Processo Civil. A reforma do processo penal foi tão relevante e influente que tem sido acompanhada por outras áreas, uma vez que foi ela quem apostou seriamente no predomínio da oralidade em seus procedimentos. (PALOMO VÉLEZ, 2009, p. 622)

Destaca-se no Chile a utilização como uma das vigas mestras⁶³ da reforma, a ampliação do uso da oralidade, não apenas sob o aspecto formal, mas principalmente para que de fato ela pudesse trazer algum ganho aos procedimentos penais e, conseqüentemente, aos julgamentos. Com isso, deu-se especial atenção às audiências, pois a partir do que foi produzido e discutido nesse momento é que se terá maior eficácia para as tomadas de decisão, com a presença constante do julgador para que possa decidir com base no que colheu em audiência.

Nesse contexto, pretende-se analisar o que foi o processo de reforma chileno, pois foram de tamanha grandeza que houve a necessidade prévia de alterar o texto constitucional para que o projeto de reforma pudesse ser efetivamente colocado em prática e tornar-se o

⁶² Conforme regulamentação do Ministério da Justiça do Governo do Chile e a Lei n. 7.421, de 15 de junho de 1943, são funções do *juez de garantía*: *Otorgar autorizaciones judiciales previas que solicite el Ministerio Público para realizar las actuaciones que priven, restrinjan o perturben los derechos asegurados por la Constitución. Dirigir las audiencias judiciales de la fase de investigación y resolver los incidentes que se promuevan en ellas. Resolver sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición. Dirigir la audiencia preparatoria de Juicio Oral. Dictar sentencia en el procedimiento abreviado, cuando corresponda. Conocer y fallar las faltas penales conforme el nuevo Código Procesal Penal. Controlar la ejecución de las condenas criminales dictadas por él y las medidas de seguridad que establezca.* Ainda, são funções dos Jueces de Tribunal de Juicio Oral: *‘Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito conforme al Código Procesal Penal. Resolver todas las cuestiones que se presenten durante el Juicio Oral. En base a las pruebas presentadas sólo durante la audiencia de juicio oral y público, absolver o condenar al imputado y dictar la sentencia definitiva en caso de culpabilidad. Los Tribunales de Juicio Oral, cuando la Corte de Apelaciones respectiva lo determine y según la periodicidad que ésta fije, pueden constituirse y funcionar en comunas situadas fuera de su lugar de asiento, para facilitar el accionar de la justicia’.* (CHILE. 2013)

⁶³ Os eixos norteadores que inspiraram a reforma processual penal chilena encontram-se descritos na própria legislação, no Livro I, em suas disposições gerais e no Título I estão os princípios diretivos da reforma.

novo código de processo penal chileno, com alterações procedimentais, modificações no funcionamento dos órgãos julgadores, criação de órgãos, com o fim de suplantar a legislação já inadequada ao momento, bem como a necessidade de superação do modelo inquisitorial de processo que permanecia vigente.

3.1.1 Da preparação para o processo de reforma do procedimento penal chileno

Parte dos compromissos internacionais que o Chile firmou com a assunção de coordenação de sua legislação com os Direitos Humanos dizia respeito à reforma dos procedimentos penais, com o fim de deixar clara sua intenção revolucionária diante da crise enfrentada pela presença do sistema inquisitivo, com a necessária entrada em vigor de um novo modelo que vai refletir na forma de manifestação jurisdicional, com a adoção da oralidade, do contraditório, da imediação, da imparcialidade e do ajustamento das medidas coercitivas como princípios fundamentais orientadores do novo código de processo penal. (RIEGO, 2004, p. 374)

A criação de uma nova legislação processual penal deu-se em razão do momento político vivenciado pelo Chile ser diametralmente oposto àquele da entrada em vigor da legislação anterior que datava de 1906, com entrada em vigor em 1907, que permaneceu sem maiores modificações estruturais por quase um século, fundada em bases nitidamente inquisitórias.

O sistema chileno estava fortemente enraizado pela cultura inquisitória e caracterizado pela concentração de poderes na figura do juiz, com ampla autonomia de atuação, contradizendo a ideia de imparcialidade de julgamento. Esse mesmo juiz era quem determinava a produção de provas na fase de investigação. Quando ele discricionariamente dizia que a investigação havia terminado, elaborava a acusação e facultava ao acusado a oportunidade de se defender, apresentando suas provas e, finalmente, decidia a demanda, absolvendo ou condenando com a respectiva aplicação da pena. (RIEGO, 2004, p. 376)

O sistema se caracterizava pela prática de atos essencialmente escritos; em que as provas coletadas eram registradas em atas. O acusado não tinha acesso a todas as informações e suas manifestações eram feitas por meio de petições escritas. “Os registros se transformavam, na prática, no processo e nas decisões judiciais que eram produzidas a partir da leitura desses registros pelo juiz ou pelas Cortes Superiores.” (RIEGO, 2004, p. 376)

A atuação das partes em juízo se dava como mero cumprimento de formalidades, uma vez que as informações cartulares serviam de orientação para a decisão jurisdicional. Os

registros blindavam a informação, impossibilitando as partes de firmar algum debate, no retrocesso permitido pela realidade virtual impenetrável criada pela escrita.

Como o procedimento era essencialmente escrito e as sentenças eram pautadas naquilo que estava documentado, abria-se espaço para a terceirização da atividade decisória. Isso porque, já que as provas já estavam documentadas, bastaria repassar esses documentos a algum subordinado, para que futuramente a decisão estivesse pronta, restando ao juiz apenas a leitura da manifestação judicial.

Como resultado de la concentración de múltiples funciones en el juez y el enorme aumento de casos que ingresaban al sistema, el sistema inquisitivo chileno desarrolló ciertas prácticas de facto que le permitieron continuar funcionando. Algunas de estas prácticas eran claramente contrarias a la ley, no obstante, se encontraban tan extendidas que se fueron transformando en elementos integrantes del sistema que, por lo demás, eran conocidas y toleradas por todas las autoridades del sistema judicial así como por los demás órganos del Estado. (RIEGO, 2004, p. 376-377)

Diante de atuação tão presente e intensa, no centro do palco processual, com todos os holofotes voltados para sua direção, estava o juiz. Com atuação praticamente ilimitada, seu papel suplantava com o direito de defesa. O único controle que o sistema chileno estabelecia sobre esse poder exacerbado exercido pelo juiz era através da reapreciação da matéria pelas Cortes Superiores. Diante dessa autonomia, de forma recorrente existiam arbitrariedades e o modelo inquisitivo passou a ser cada vez mais criticado no Chile, tornando-se insustentável.

Diante dos problemas identificados, a reforma buscou implementar um juiz garantidor e fiscalizador de direitos constitucionalmente assegurados quando da imposição da prisão; transferência da iniciativa probatória para as partes; oralidade como componente obrigatório para uma estrutura acusatória; iniciativa do Ministério Público quando da necessidade da imposição de medidas cautelares.

Apesar das críticas que já existiam, elas nunca se transformaram em projetos de lei que fossem levados adiante na tentativa de superação de tal modelo e na busca de reformas do sistema penal; pelo contrário, pois muitas das modificações legislativas realizadas no processo penal acentuaram ainda mais seu caráter inquisitivo. Apesar das dificuldades de superação do modelo, surgiram como sustento à necessidade de reforma a inserção de um conjunto de normas internacionais de Direitos Humanos que se incorporaram ao ordenamento jurídico chileno e se fizeram obrigatórias para o Estado. Como essas normas de Direitos Humanos se mostravam incompatíveis com o sistema processual vigente, surgiu, assim, a necessidade de

adequação legislativa para dar cumprimento aos compromissos firmados internacionalmente pelo Chile. (RIEGO, 2004, p. 370-380)

Em razão de seu descompasso com um modelo de Estado que pretendia ser mais democrático, o modelo inquisitorial mostrava-se incompatível, revelando-se necessária a reforma legislativa para adequar suas normas às regras de Direito Internacional, na necessidade do respeito e proteção às garantias dos cidadãos chilenos, não se mostrando possível com a manutenção do modelo vigente.⁶⁴

Diante dessa crise, o Chile passou a contar com apoio político e técnico, permitindo caminhar na direção de mudanças legislativas, buscando cada vez mais adesões à importância do crescimento do movimento de reforma do processo penal, em nítido trauma do modelo inquisitivo que deixou severas marcas de violência na busca incomensurável da responsabilidade penal.

Certamente o movimento reformista sofreu críticas e resistências pela comunidade jurídica, destacando-se a desconfiança em mudar um sistema há tempos em vigor e o receio habitual de toda mudança, já que seria bastante profunda, temendo, inclusive, a perda de direitos já conquistados.

Umas das características de maior destaque do processo de reforma da justiça criminal chilena é que a iniciativa partiu de certos grupos da sociedade civil, universidades e, logo em seguida, essas ideias foram tomadas pelo Estado, obtendo um caráter governamental e oficial. Antes das reformas houve um intenso e organizado trabalho por parte de distintas instituições e pessoas físicas criaram um ambiente propício para que suas iniciativas pudessem se concretizar na reforma da legislação processual. Organizações não governamentais, institutos acadêmicos e universidades desenvolveram, durante alguns anos antes da adoção oficial do Projeto de reforma por parte do Ministério da Justiça, um intenso trabalho orientado a produzir informações teóricas necessárias para a discussão pública dos temas da reforma e apresentar os diagnósticos já detectados com base em discussões e estudos prévios que permitissem demonstrar a viabilidade técnica e política da *reforma estrutural* do sistema de justiça criminal chileno. Esse trabalho de preparação para a reforma permitiu, além disso, criar uma capacidade técnica que tampouco se realizou em processos anteriores de mudanças

⁶⁴ Atualmente, quando de alguma reforma processual de grande envergadura, umas das questões colocadas no centro das discussões para iniciar as propostas de alterações legislativas é a determinação se ela se enquadrará nos procedimentos orais, ou, pelo contrário, se se amoldará mais ao modelo escrito. (PALOMO VÉLEZ, 2009, p. 623)

legislativas, o que foi muito importante durante o desenvolvimento do projeto de reforma. (RIEGO, 2004, p. 386)

Uma grande preocupação com relação às reformas referia-se às contrarreformas, ou seja, os movimentos dos grupos mais conservadores contrários às mudanças, apesar de sua expressividade ter sido mínima quando da tramitação legislativa. Os movimentos contrários manifestavam que as reformas eram muito avançadas para o Chile e contrárias às suas peculiaridades, necessitando o restabelecimento do sistema processual inquisitivo escrito que vigorou por longo tempo; conseqüentemente, as mudanças iriam fracassar, posicionamento assumido, por exemplo, pelo Instituto Chileno de Direito Processual. No entanto, essas ideias nunca tiveram grande expressão, pois eram ínfimas frente ao movimento reformista proposto. Forte crítica transversal às reformas processuais residia na suposta falta de efetividade diante da criminalidade, a qual tentou ser superada a partir de pontuais revisões constantes com o avançar do tempo. (VIANCOS, 2016)

Apesar dos cuidados no processo de reforma, o movimento de contrarreforma tentava impor forte pressão pública, por exemplo, a favor do aumento do uso da prisão preventiva, a criação pelos próprios juízes de resoluções judiciais com impacto negativo vinculadas diretamente à contraposição das reformas destinadas a limitar suas faculdades no uso da medida restritiva. Cenário que necessitou ser enfrentado e ser incorporado à capacitação judicial, sensibilizando os juízes sobre a relevância institucional de suas decisões. (RIEGO, 2009, p. 10)

O fato de a reforma estrutural ter percorrido esse caminho deu maior legitimidade ao projeto, que futuramente se tornou legislação aprovada e em vigor, pois, a partir do momento que os destinatários da norma participaram de sua criação, ela é mais bem recepcionada, causando menos resistências práticas e diminuindo o risco de errar por inaplicabilidade.

Importante caminho percorreu o movimento reformista. Antes de se pensar em reforma, necessário se fez a preparação para o processo. Com a ampla participação e contribuição de pessoas físicas, instituições acadêmicas e organizações governamentais e não governamentais, o Chile se propôs a mobilizar toda a comunidade jurídica para mostrar a necessidade de reforma legislativa, bem como dar oportunidade a todos os interessados em participar do processo democrático de sua maturação, apontando problemas e virtudes da legislação anterior, bem como projetando tendências e necessidades futuras.

3.1.2 A implementação das reformas

Com a implementação da reforma chilena pretendeu-se superar uma legislação em desacordo com a atualidade do país, que estava em vigor desde 1906, e buscar um novo Código de Processo Penal em harmonia com ditames mais democráticos.

Para a implementação das reformas processuais penais, desenvolveu-se um complexo processo de capacitação e formação daqueles que atuam junto ao sistema penal; pois era primordial e necessário diminuir eventuais estímulos retrógrados e tendenciosos a voltar a modelos de atuação inquisitivos – pois as pessoas estavam acostumadas a trabalhar e atuar dessa forma – para que eles fossem capazes de estabelecer e assimilar suas funções para a entrada em vigor do novo sistema processual penal. (RIEGO, 2004, p. 374)

A capacitação dos profissionais foi necessária, pois novas metodologias e procedimentos de trabalho foram criados para que se pudesse superar o modelo inquisitório anterior e a tradição sedimentada há quase um século, para que assim pudessem compreender suas funções a partir da reforma.

O novo Código de Processo Penal chileno difundiu a primeira instância em juízos distintos; sendo um deles responsável pela fase prévia à judicial e o outro responsável pela instrução e julgamento judicial. Após a reforma, a legislação chilena prevê três fases principais do processo penal, sendo a etapa de investigação, a etapa intermediária ou etapa de preparação para o julgamento e a etapa de julgamento.

A reforma propôs e instaurou um modelo marcadamente acusatório, afirmando ser a fase judicial – *juicio oral* – a etapa central do procedimento, fazendo com que o procedimento penal seja funcional e garantidor do devido processo. A reforma dividiu as funções judiciais em diferentes órgãos. O Ministério Público tem atribuição de conduzir as investigações, exercer a ação pública e sustentar a acusação em juízo. A função jurisdicional, se antes da reforma se dava sob os olhos de um juiz pessoal e inquisidor, agora passa a ser de responsabilidade de duas espécies de tribunais: a) o Tribunal de Garantia – *Jueces de Garantía* –, responsável por zelar pelo correto e legal desenvolvimento da etapa investigativa e intermediária; b) O Tribunal de instrução – *Tribunal Oral en lo Penal* – responsável por conduzir o julgamento oral e público dos processos que tenham chegado até esta fase. Entre os tribunais não há hierarquia, mas apenas funções distintas. A defesa está a cargo da Defensoria Pública – *Defensoría Penal Pública* – que é quem deve dar assistência gratuita àqueles que não tenham condições de arcar com os custos do defensor particular. Inclusive aqueles que tem condições de constituir defensor particular, caso queiram ser defendidos pela

Defensoria, podem pagar por esse ofício. Importante salientar que a Defensoria Pública foi criada na reforma e sua atuação se dá assim que instaurado o procedimento de investigação junto ao juízo das garantias. (RIEGO, 2004, p. 388-389) Mesmo sendo a investigação de responsabilidade do Ministério Público em conjunto com a polícia, é possível à defesa peticionar junto a ele, pleiteando que se realizem as diligências apontadas. Busca-se, a todo o momento, propiciar espaços para a comunicação oral e a participação na fase prévia à judicial.

Os tribunais orais são permanentes e colegiados. Apesar de ser colegiado, em sua composição não existe hierarquia entre seus membros, podendo suas decisões serem revisadas pela Corte de Apelação. Esse tribunal é regido pelos princípios da imediação, oralidade, concentração de atos, imparcialidade de julgamento e publicidade.

Apesar da divisão em três fases, a reforma criou formas alternativas de resolução de demandas por meio da possibilidade de celebração de convenções entre as partes, para se encerrar antes mesmo dos autos chegarem à fase de julgamento, mediante a proposta de racionalizar o uso dos recursos administrativos, e, principalmente, implementar políticas em desfavor de extensa, complexa, formal e demorada solução através do procedimento judicial.

As três etapas são essencialmente orais, sendo a primeira delas o juízo das garantias, que eventualmente poderá ser antecipado em razão da realização da audiência de custódia. A segunda é a chamada etapa de intermediária ou de preparação do juízo oral, em que são apreciadas as informações colhidas durante as investigações, com a possibilidade de a defesa participar dessa colheita. Durante essa fase é realizado o controle da acusação, de titularidade do Ministério Público – *Fiscal* –, o que equivale ao juízo de admissibilidade da inicial acusatória. A terceira etapa é o juízo oral, que se trata da fase de instrução e julgamento do mérito junto ao órgão colegiado, composto por três juízes, que não têm contato com informações obtidas em momentos anteriores, tomando pleno conhecimento da demanda através do debate das partes, sem contato com qualquer informação cartular.

A audiência de custódia é conduzida mediante atuações quase que totalmente orais. Nela se faz o exame se de fato houve o preenchimento ou não dos requisitos para a manutenção da privação da liberdade do conduzido, a partir da argumentação das partes. O juiz indaga do Ministério Público em quanto tempo concluirá as investigações, pois esse é um critério que é levado em consideração para a manutenção ou não no cárcere e avalia-se a adequabilidade de se aplicar outra medida cautelar alternativa à prisão. A decisão é tomada a partir das informações levadas ao juiz em audiência, na qual todos os argumentos apresentados pelas partes é que servirão de fundamento ao juiz que decide de imediato, na presença das partes.

A etapa intermediária tem como finalidade analisar se os elementos probatórios obtidos no curso da fase preliminar observaram a legalidade. Se descumpriram alguma formalidade, serão desconsiderados, cabendo ao Ministério Público avaliar a viabilidade de oferecer denúncia, caso vislumbre a presença da justa causa. Nessa fase é analisada a viabilidade do oferecimento ou não da acusação, com base nos elementos de informação produzidos na fase preliminar ao juízo oral. As partes exercem o direito de manifestação em audiência e a partir dos argumentos comprovados é analisado o recebimento da acusação. A manifestação jurisdicional é feita na presença das partes, em seguida aos pleitos acusatórios e defensivos que vinculam a decisão.

A etapa do juízo oral, em que acontece a audiência de instrução e julgamento, tem composição colegiada para apreciação e julgamento. A reforma processual chilena implementou relevante alteração quanto à importância depositada às audiências, que são integralmente gravadas para fins de registro. Os julgadores não têm acesso aos autos do processo físico, tomando conhecimento da ação penal naquele momento, através dos argumentos orais que serão firmados pelas partes, a partir das informações colhidas na investigação preliminar e informações apresentadas nesse momento. O cenário foi criado na tentativa de superação e afastamento de eventuais pré-julgamentos, possibilitando a máxima imparcialidade decisória, alcançada a partir do que ocorreu na audiência de instrução e julgamento. Como não há contato com elementos cartulares pretéritos, o julgamento se dá a partir dos debates firmados em audiência, que demarcam a matéria a ser julgada, vinculando o alcance da decisão, já que o julgamento é sem autos⁶⁵.

Além dos julgamentos judiciais, medidas alternativas à fase processual foram criadas, concedendo discricionariedade ao Ministério Público em não iniciar a investigação, ou pela escolha do arquivamento provisório⁶⁶, bem como por meio de procedimentos alternativos,

⁶⁵ [...] à audiência oral, pública e em contraditório que tem por objeto que as partes apresentem sua versão dos fatos, mediante seus argumentos e meios de prova, diante de um tribunal imparcial que acompanha concentrada e diretamente a atividade das partes litigantes e que, de acordo com o observado, e apenas de acordo com isso, deve formar seu juízo ou sua convicção, resolvendo imediatamente o assunto controvertido. (DUCE; MARÍN; RIEGO, 2014, p. 47)

⁶⁶ *Artículo 167. Archivo provisional. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el ministerio público podrá archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.*

Si el delito mereciere pena aflictiva, el fiscal deberá someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional.

La víctima podrá solicitar al ministerio público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público.

como a suspensão condicional do processo e acordos reparatórios. Implementou-se também mecanismos de simplificação processual, como o julgamento imediato, o procedimento abreviado, o procedimento simplificado e o procedimento monitorio. (RIEGO, 2004, p. 389)

A reforma trouxe mudanças na forma de organização da administração dos tribunais, na busca de melhoria de gestão, por exemplo, criando Tribunais específicos para cada fase processual e agrupando os juízes de uma mesma jurisdição. Assim, todos os juízes de garantia estarão num só prédio e os juízos orais em outro. Para isso, antes de se alterar o Código de Processo Penal, o país se preparou administrativamente para recepcionar as substanciais alterações legislativas, inclusive com alterações na Constituição.

No que diz respeito à alteração de cunho constitucional, foi promulgada, em 1999, a inclusão na Constituição do Chile de um capítulo para criar o Ministério Público, fixando suas características, funções e a forma de designação para sua composição. Alterações em leis também foram necessárias para a entrada em vigor da legislação processual, que data de outubro de 2000, como a reforma nos regimentos internos dos Tribunais, com as funções do

Artículo 168. Facultad para no iniciar investigación. En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, e fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía.

Artículo 170. Principio de oportunidad. Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía.

Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar de la decisión del fiscal ante las autoridades del ministerio público.

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho. (CHILE, 2015)

juiz das garantias e os tribunais de julgamento criadas em janeiro de 2001, e, em março de 2001, criou-se a Defensoria Pública. (RIEGO, 2004, p. 389-390)

A reforma entrou em vigor de forma gradual por regulamentação constitucional e do próprio Código de Processo Penal, fixando as datas para as entradas em vigor, sendo 16 de dezembro de 2000, 16 de dezembro de 2001, 16 de dezembro de 2002 e 16 de outubro de 2003. Em cada uma das datas o Código de Processo Penal entrou em vigor em um determinado espaço territorial, dividido o país em regiões. Ainda, definiu-se que as reformas seriam aplicadas apenas aos fatos ocorridos após sua entrada em vigor, conseqüentemente, não atingindo fatos pretéritos, que continuariam regidos pela revogada legislação. Significa que por um determinado período, existiam conjuntamente dois sistemas processuais completamente distintos vigorando em regiões próximas. (RIEGO, 2004, p. 391)

A entrada em vigor de forma gradual trouxe importantes informações de caráter prático, obtendo-se um panorama qualitativo e quantitativo das alterações, pois, com sua entrada em vigor em datas e locais distintos, conseguiu-se analisá-las por meio de dados empíricos e trabalhá-las no sentido de manter ou alterar determinado dispositivo legal, antes de o Código de Processo Penal, de fato, vigorar em todo o território chileno; sendo que a última região a entrar em vigor foi a metropolitana de Santiago, haja vista ser a que tem o maior número de processos, sendo viável testar a legislação em regiões de menor demandas judiciais, que serviram de laboratório. Além disso, permitir gerar experiências iniciais em regiões de menor volume processual, possibilitando que os próximos passos fossem dados superando eventuais problemas detectados com a execução do plano de implementação e monitoramento diminui o risco da ausência de demonstração de resultados imediatos, bem como evitam-se movimentos de contrarreformas para o retorno de modelos já superados.

As reformas buscaram ajustar a legislação para que, de fato, garantisse procedimentos verdadeiramente de estrutura acusatória, orientados pela técnica da oralidade, ampliando a atuação das partes, plenitude do contraditório e da ampla defesa e julgamento imparcial, buscando valorizar as audiências como o principal momento processual, em que as provas deverão ser produzidas, discutidas e a partir delas é que se fundamentará a decisão.

Para superar o sistema inquisitivo, a reforma produziu uma redefinição fundamental dos papéis da justiça criminal, definindo três funções institucionais diferenciadas, com os juízes, os membros do Ministério Público e os defensores, constituindo uma base que possibilite a reconstrução de um sistema mais sofisticado em que é possível buscar o equilíbrio entre a eficácia, controle e consideração pelas garantias básicas do acusado. (RIEGO, 2004, p. 392)

As alterações legislativas buscaram aumentar a qualidade das decisões, tornando o juiz mais presente durante todo o procedimento, necessitando do contato direto com as partes e com os meios de provas que apresentam. Não se concebendo mais a figura do juiz distante da prova e que decide com base exclusivamente em documentos. Assim, quando se defende que o procedimento deve ser orientado pela oralidade, em superação a um modelo nitidamente escrito, tem como objetivo buscar um procedimento de qualidade superior ao anterior vigente. (PALOMO VÉLEZ, 2009, p. 624)

Esse ganho de qualidade foi analisado gradualmente com seu uso parcial, pois pôde ser monitorado até que ponto as alterações foram relevantes e atingiram os objetivos propostos, e em que pontos deveriam ser mantidas ou até mesmo se já deveriam ser alteradas antes de sua entrada em vigor em todas as regiões do país.

3.1.3 Resultados das reformas

O Chile realizou toda uma preparação antes da plena entrada em vigor de suas reformas, pois buscou afastar os riscos comuns quando se propõem grandes reformas legislativas, pois podem não resultar no efeito esperado ou surtir pouca concretização, seja por falta de aceitação dos sujeitos que trabalharão com ela, se não houver prévio amadurecimento e aceitação das mudanças, ou até mesmo pela repulsa em receber as reformas em razão da falta de planejamento em médio e longo prazos, uma vez que se pode interpretar que não foram construídas de forma democrática, com ampla participação dos variados segmentos da sociedade com a apresentação das propostas e debates. Reformas são bem vindas e são propostas com a finalidade de avanço e melhorias no sistema processual. A renovação estrutural chilena passou previamente por mudanças culturais, pois foi inicialmente considerada como o principal foco de modificação para a implementação da reforma planejada.

Com as reformas, almejou-se que a antiga e superada tradição autoritária deixasse suas marcas apenas em caráter histórico, conforme se pretendeu com a edição e a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, já que o modelo inquisitorial não mais servia aos ditames democráticos buscados pelo Chile, com o reconhecimento do acusado como sujeito de direitos, em superação à antiga vulnerabilidade que lhe era imposta frente ao autoritarismo desmedido do Estado.

As mudanças trouxeram propósitos bem específicos relacionados à extinção/redução dos abusos praticados pelo Estado, que geravam um elevado número de prisões preventivas contra aqueles que eram incriminados pela prática de atos ilícitos.

Conforme Riego (2004, p. 398), com os primeiros anos de entrada em vigor da reforma do Código de Processo Penal chileno “já foi possível considerar que os fins alcançados já representavam um avanço significativo, apesar do longo e complexo processo de implementação”. A reforma permitiu a instalação de um sistema acusatório efetivamente oral e contraditório, que garante que as principais questões – da etapa de investigação ou da etapa judicial – sejam discutidas e debatidas em uma audiência efetivamente oral e pública.

A reforma implicou no reforço da noção do devido processo ao sistema processual chileno, com mudanças nas formas dos procedimentos, de escritos para orais, de secretos para público, a separação de funções dos sujeitos processuais, a imparcialidade do juiz, o direito ao julgamento público, o direito de defesa e o direito de contraditar as provas existentes em desfavor do acusado, bem como significou uma aparente diminuição dos atentados graves contra a integridade física e psíquica dos presos e dos abusos policiais em geral. Os abusos diminuíram e também a gravidade, quando ainda persistiam. Esse avanço prático de superação do sistema inquisitivo se explica em partes em razão do controle imediato realizado em audiência de controle e detenção e do trabalho das distintas funções atuantes do sistema penal e judiciário. Certamente problemas sempre existirão e abusos serão praticados pelo próprio Estado que deveria ser o garantidor, mas a reforma buscou criar meios para coibir e restringi-los. (RIEGO, 2004, p. 393-394)

A atividade policial que era muito criticada, com a transição para um modelo de sistema mais democrático e participativo, passou a ser mais fiscalizada com a implementação de uma audiência judicial para analisar a legalidade ou não de determinada prisão, em audiência oral e pública, que é realizada em prazo não superior a 24 horas. Nessa audiência garante-se a presença do juiz, do Fiscal e do defensor, buscando intimidar a prática de abusos por parte do Estado, já que o preso será apresentado rapidamente a um juiz. A audiência funciona como controle estatal da legalidade de atuação da autoridade policial, sendo útil para o respeito e pela integridade física das pessoas que são submetidas ao juízo das garantias, servindo como verdadeiro controle de legalidade.

A reforma mostrou-se preocupada em criar meios para que as partes de fato pudessem expor e influenciar da forma mais ampla e participativa possível seus posicionamentos. Com a realização da audiência judicial oral e a garantia ao contraditório, criou-se momentos em que as provas que influenciavam a decisão seriam apresentadas. Com a criação de procedimentos

que de fato garantiam a presença da técnica da oralidade, possibilitou-se que as principais questões pudessem ser discutidas e resolvidas em audiência, com provas que levassem à condenação ou absolvição debatidas e produzidas durante a instrução do processo e na presença do julgador.

A reforma significou um incremento considerável de direitos à vítima, ganhando grande relevância para o procedimento, à medida que participa e é consultada sobre medidas que podem atingir seus direitos e interesses antes da tomada de decisões pelo juiz e manifestações pelo Fiscal. (RIEGO, 2004, p. 399)

A superação do modo inquisitorial de análise de informações por meio da apreciação exclusiva das provas escritas, muitas vezes produzidas sem a participação das partes, foi conseguida a partir da fixação de que as principais informações que influenciarão a decisão sejam debatidas pelas partes em audiência oral, sem interferência e contato do juiz com as informações colhidas na investigação preliminar.

O juiz passou a tomar conhecimento da demanda durante a audiência, sem contato com informações probatórias antes desse momento, superando a possibilidade da fixação de dissonantes cognitivos. A audiência acontece sem autos, uma vez que as partes é quem apresentam a demanda e debatem os fatos que serão julgados. Esse panorama obrigou o juiz a se interessar pela audiência, haja vista que sem ela não tem condições de decidir fundamentadamente. Cenário que permite a valorização da atuação das partes em juízo, sujeitando a fundamentação da decisão ao contraditório ocorrido em audiência⁶⁷.

Ampliou-se a importância das partes, expandindo os espaços de atuação antes da fase judicial e durante o julgamento, bem como possibilitou seu pleno contato com o juiz. Durante a audiência de instrução e julgamento como os juízes não tem acesso às informações coletadas em sede de instrução preliminar, busca-se superar a possibilidade de que haja indução a pré-julgamentos e valorização de informações obtidas fora da audiência e sem participação das partes. Como os julgadores não têm acesso a elementos informativos prévios, passou-se, efetivamente, a valorizar a linguagem oral, pois, a partir de sua apreciação, exige-se que as provas sejam verdadeiramente debatidas e as partes sejam combativas e

⁶⁷ “O sistema adversarial é essencialmente caracterizado pelo fato de os registros das investigações preliminares não serem conhecidos pelos juízes ou membros do júri antes do processo e pela apresentação ou elucidação das provas durante o processo estarem em grande parte nas mãos do acusador público ou do advogado de defesa num processo criminal, e da competição das partes num caso civil”. *The adversary system is essentially characterized by the records of pretrial investigation not being known to judges or jury members prior to trial and by the presentation or eliciting of evidence during trial being largely in the hands of the public prosecutor or the defense attorney in a criminal trial, and of the competing parties in a civil case.* (SCHÜNEMANN; BANDILLA, 1989, p. 182, tradução nossa).

convincentes, pois elas tem ciência de que a sentença, que é escrita, levará em conta as informações obtidas nesse momento.

O fato de a técnica da oralidade ser valorizada como expressão de participação e os debates como momento central das audiências foi notadamente relevante, uma vez que em todas as audiências existem debates entre Ministério Público e defesa, na presença dos juízes. Como as partes encontram-se em audiência, elas delimitam a matéria que será objeto de apreciação e tudo é decidido nesse momento, não se dilatando ou prorrogando em razão de pedido de vistas. Os debates e soluções ocorrem em audiência em nítida valorização das partes, que estão preparadas para argumentar a partir das provas existentes, de forma efetivamente participativa e transparente, integrando a oralidade a estrutura acusatória.

O julgamento sem autos, com as provas produzidas somente durante a instrução, fez com que houvesse uma supervalorização da audiência, demarcando que esse é o espaço de produção de elementos probatórios. Nesse mesmo espaço as partes apresentarão e debaterão as informações contidas nos autos juntas aos julgadores. Com base nos elementos probatórios expostos em contraditório, fundamenta-se a decisão. Há de se ressaltar que os fundamentos serão tomados exclusivamente com base no ocorrido na audiência de instrução e julgamento, até mesmo porque os juízes não tem acesso a outras informações probatórias. Mudança essa que se propôs a valorizar a audiência e garantir que o julgamento se desse com base na prova produzida em contraditório, com participação influente na decisão.

Criou-se um modelo de julgamento baseado no que as partes levam a juízo. Essa estrutura procedimental e contraditória é fundamental para a decisão, fixando o alcance e conteúdo do fundamento decisório.

Reformas de tamanha grandeza, alcance e receptividade pela comunidade jurídica foram essenciais para a implementação de um processo de viés democrático, efetivamente participativo por meio da técnica da oralidade. Diante do contexto pesquisado no direito comparado, alguns elementos são referenciais e contributivos para a legislação processual brasileira, haja vista suas proximidades e possibilidade de serem empregados a partir da previsão legal de que no Brasil as decisões também devem ser tomadas a partir dos elementos probatórios produzidos pelas partes em audiência, superando o apego aos elementos probatórios exclusivamente escriturados.

Previamente à proposta de reconstrução da oralidade no Brasil, se faz necessária a análise dogmática e compreender como se dá a participação das partes e a partir de quais elementos probatórios se constrói a decisão, bem como verificar se efetivamente os debates firmados em audiência influenciam o julgamento, passando-se a questionar a necessidade de

reestruturação das audiências, com maior espaço de debates das informações existentes no autos que se refletirão na decisão.

No Brasil há diferenças marcantes, como o acesso do juiz aos elementos preliminares investigatórios e todas as informações produzidas sem a participação das partes. O julgamento não se dá sem autos, pois há forte apego ao que está documentado, que pode ter sido realizado sem observância ao contraditório, possibilitando que a decisão valore informações documentadas exclusivamente antes da instrução judicial. Cenário robustecido pela possibilidade de o juiz que se manifestasse durante a fase de investigação realizar o recebimento da denúncia, conduzir a instrução e sentenciar. O juiz tem acesso aos autos da investigação preliminar, momento em que são produzidas hipóteses unilateralmente. Como os elementos informativos acompanham os autos da investigação, possibilitará o primeiro contato do juiz com suas informações, permitindo criar hipóteses sobre os fatos e mentalmente iniciar a dissonância cognitiva. Iniciada a instrução judicial, busca e se interessa pelas informações que confirmam a hipótese criada previamente, não se interessando pelos elementos probatórios dissonantes. O amparo da decisão exclusivamente com base em informações cartulares possibilita ao juiz buscar na audiência de instrução a confirmação para sua hipótese, filtrando as informações que o interessam, tornando-se “terceiro manipulado” (SCHÜNNEMANN, 2013) pelas hipóteses demarcadas em autos cartulares produzidos sem observância do contraditório, e a audiência servirá para confirmar as hipóteses criadas com base nos elementos informativos da fase preliminar.

Apreende-se da análise das reformas chilena que para se ter efetivamente a participação das partes valorizadas e a decisão baseada nas informações produzidas em contraditório, necessário se faz a valorização das audiências. A oralidade chilena foi tomada como metodologia elementar de trabalho e garantia dos acusados sujeitados à persecução penal estatal, para isso, fixou-se a lógica das decisões serem centradas na oralidade e no sistema de audiências.

O desenvolvimento da estrutura de audiências orais é essencial para a busca de julgamentos imparciais e a tomada de decisões a partir das controvérsias apresentadas pelas partes na presença do juízo que tem contato direto com a produção das provas; ressaltando, ainda, que nesse momento ele toma conhecimento dos fatos e provas, tendo acesso a laudos, testemunhas, documentos e todas as provas, a partir das quais as partes firmarão e buscarão comprovar seus argumentos.

4 DA DOGMÁTICA BRASILEIRA

4.1 A oralidade nos procedimentos penais

A dogmática jurídica se volta para o estudo do Direito positivo de um sistema jurídico determinado. (GONÇALVES, 1992, p. 30) Abordar a oralidade no Brasil ainda soa distante da realidade legislativa e da prática judiciária. Pouco se trata sobre a relevância da técnica da oralidade para ampliar a participação das partes para além da exclusividade das informações escritas, limitando a abordagem em relacioná-la à celeridade processual.

Comumente afirma-se que uma das soluções para a diminuição do largo espaço temporal de tramitação processual pode se dar pelo maior uso da oralidade e diminuição de documentações, na hipótese de que ela possibilita a diminuição do tempo de duração do procedimento⁶⁸.

Não se nega que a oralidade pode reduzir o tempo de duração do procedimento, mas sua presença diminuirá minimamente as dificuldades temporais, uma vez que habitualmente há longos períodos em que os autos ficam sem qualquer movimentação, literalmente parados nas prateleiras das secretarias forenses, sob a justificativa do grande volume de demandas. Não sendo o motivo a existência de prazos para manifestações escritas, será de pouca relevância a presença formal da oralidade nos procedimentos penais. Outra não poderia ser a conclusão, pois essa não é a finalidade da oralidade nos procedimentos penais brasileiros.

Oralidade não é simples comunicação através da linguagem oral; é superar a exclusividade probatória da escrita, valorizando a audiência de instrução e julgamento com a ampliação do contraditório exercido pelas partes que sujeitará a fundamentação da decisão.

Na comunicação e transmissão da informação, exige-se do atuante um domínio de técnicas de comunicação, de normas, de formas de interpretação, para que os sujeitos processuais possam se fazer entender. A linguagem deve ser clara e precisa no exame das informações constantes dos autos, evitando divagações. As manifestações devem ser expostas

⁶⁸ Nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), ratificada no Brasil por meio do Decreto n. 678 de 25 de setembro de 1992, estabeleceu-se como garantia no processo o direito da pessoa ser ouvida dentro de um prazo razoável – art. 8, n.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.” (BRASIL, 1992) Conforme a Constituição em vigor no Brasil, o art. 5, inciso LXXVIII, determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988)

de forma lógica e coordenada, para que não se torne inócua. Os debates não se dão de qualquer forma, sem relevância, apenas pelo debate. Eles são sustentados a partir da necessidade de existirem momentos que oportunizem às partes o contraditório de forma plena.

Os procedimentos penais devem prever a possibilidade de participação nos termos do modelo constitucional de processo⁶⁹, no qual existam momentos para esclarecimentos da imputação realizada na inicial acusatória, bem como elucidações ao longo de toda audiência de instrução e julgamento, para que defesa possa compreender do que está sendo acusada e exercer o efetivo contraditório, apresentando-se a técnica da oralidade como verdadeira garantia da participação.

Nesse contexto, torna-se importante analisar a presença da técnica da oralidade como expressão de participação na legislação processual penal brasileira, para que se possa averiguar se formalmente ela está presente, bem como compreender sua finalidade em determinados momentos processuais e analisar se possibilita a construção da decisão a partir do contraditório firmado em audiência.

A proposta não passa pela análise de todos os procedimentos; iniciando-se com o procedimento comum ordinário, utilizado subsidiariamente aos demais, bem como são examinados os procedimentos do tribunal do júri e do juizado especial criminal, uma vez que são formalmente marcados pela presença da oralidade. Em razão de previsão legal⁷⁰ datada de 2008, aplicam-se subsidiariamente as disposições do procedimento comum ordinário aos demais procedimentos.

4.2 Procedimento comum ordinário

Desde o projeto do atual Código de Processo Penal já se haviam firmado discussões sobre a relevância da oralidade compor a legislação processual, na busca de facilitação e viabilidade de esclarecimentos dos fatos e celeridade, com a diminuição do tempo das manifestações judiciais, otimizando resultados com respostas mais rápidas ao jurisdicionado.

⁶⁹ “Ítalo Augusto Andolina, passou a definir, por volta de 1990, uma nova teoria processual denominada ‘modelo constitucional de processo’, expressão utilizada em consonância com a qualidade jurídica dos princípios processuais expressos na Constituição da República da Itália de 1947”. (NEGRI, 2003, p. 102)

⁷⁰ “Art. 394. O procedimento será comum ou especial.

[...].

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário.” (BRASIL, 2008)

A tentativa de valorização da audiência já se dava com o Anteprojeto de Código de Processo Penal, de autoria de José Frederico Marques, no qual se aludia à necessidade da identidade física do juiz: “O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a causa, salvo se for transferido, licenciado, promovido, convocado ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas”. (MARQUES, 1970)

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, passa-se a destacar a importância dos interesses das partes, bem como a presença do juiz na produção das provas⁷¹, acompanhando todo o percurso procedimental, em contato constante com a vítima, as testemunhas, os peritos, o acusador e o acusado. A audiência de instrução tornou-se ponto central do procedimento, sendo o *locus* de produção de provas, demarcação das imputações e realização da defesa, orientando os fundamentos decisórios.

A partir do momento que em audiência a parte autora esclarece ao acusado suas imputações, é fixado um norte para que a defesa construa seus argumentos, não sendo surpreendida com os fundamentos da decisão, proporcionando-se pontualmente o efetivo contraditório. Como as reações às imputações se darão em audiência, o juiz tem que estar presente, para que possa decidir com base nessas oposições defensivas, não apreciando apenas petições, mas o ocorrido na audiência, pois, do contrário, mantém-se julgamentos solipsistas a partir de informações escrituradas no procedimento.

O cenário constitucional é outro, exigindo reformas procedimentais, nas quais as mais recentes alteraram alguns procedimentos e datam do ano de 2008. Além dos avanços legais, alguns ajustes são essenciais para que as reformas possam se adequar à Constituição e a audiência possa realmente ser valorizada. Na tentativa de adequar o Código de Processo Penal aos moldes constitucionais, houve a necessidade da presença do juiz durante a produção das provas em audiência, a proximidade temporal dos atos procedimentais e a relevância do juiz que instruiu os autos ser o mesmo que irá decidir.

Formalmente o procedimento comum ordinário é o mais extenso, visto que abrange as infrações penais cujo preceito secundário prevê sanções mais elevadas. Como medida de adequação e proporcionalidade, prevê maior quantidade de atos procedimentais, como defesa

⁷¹ “Ligado indissolavelmente ao princípio da oralidade encontra-se o princípio da imediação, que se pode definir como ‘a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes do processo, de modo tal que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base sua decisão’”. (DOTTI, 1992, p. 73)

escrita, número mais elevado de testemunhas, instrução poderá ser realizada em maior prazo e fase de diligências.

Mudanças que buscaram valorizar o papel das partes em audiência, bem como destacar a importância do julgador acompanhar a colheita dos elementos probatórios para que tenha condições de decidir. Orientações que serviram para tentar implementar a oralidade nos procedimentos brasileiros. Conforme tentará se expor, trata-se de oralidade como expressão de linguagem e não como técnica que atua na ampliação das partes; bem como ela está vinculada à imediação, identidade física do juiz e concentração de atos.

Uma das colocações foi o destaque para a importância da imediação e sua essencialidade ao procedimento e à implementação da oralidade, pois, como o juiz se valerá dos elementos probatórios da audiência, além da escrita, se ele não presenciar as manifestações das partes? Busca-se que a decisão seja proferida por quem presenciou os debates firmados pelas partes, em razão do seu contato direto com as informações obtidas na audiência de instrução e julgamento. Situações excepcionais poderão afastar a imediação, como a necessidade de oitivas através de carta precatória ou rogatória, apesar da possibilidade da videoconferência, a realização de prova durante a fase preliminar, em que não há a presença das partes e do julgador, como em boa parte das perícias.⁷²

A produção de provas longe da presença do juiz não é adequada, pois a análise indireta retira o mais útil instrumento de que dispõe para a formação da convicção, que é a “observação viva e dinâmica dos fatos, que só o processo oral pode descortinar”, pois nele o julgador está constantemente próximo da reconstrução histórica dos fatos. (RAMOS, 1999, p. 58-59) Conforme Malan (2009, p. 78), a produção de provas pelas partes deve observar o direito ao confronto em um juízo público e oral, na presença do julgador, e o confronto não pode se limitar a apenas assegurar a presença e participação do acusado na inquirição de testemunhas que são apresentadas na sessão de julgamento, pois, qualquer informação acusatória que poderá influir na decisão deverá ser realizada em audiência, em que “a produção de todo saber testemunhal incriminador que seja passível de valoração pelo juiz se dê durante o julgamento, sob pena de inadmissão do elemento probatório.

⁷² “Longe de pretender impor a passagem de um excesso ao outro, ou seja, a exclusão total e apriorística de qualquer elemento escrito no processo, aquele movimento, na sua manifestação mais iluminada e consciente, significou, sobretudo, imediação dos contatos entre o juiz e a prova, admissão e valoração das provas submetidas à ‘crítica’ do juiz, desenvolvimento do processo de maneira mais eficiente, rápida e concentrada ao fim de não perder os benefícios da imediação e de não tornar, portanto, impossível uma valoração crítica das provas.” (CAPPELLETTI, 1975, p. 158)

Associada à presença do juiz durante a instrução – imediação, vincula-o à causa de cuja instrução tenha participado – identidade física. Trata-se de verdadeira garantia exigir que o juiz que conduziu a instrução seja o mesmo que proferirá a decisão, pois manteve contato com as partes e as provas, somado aos argumentos realizados em sua presença, que vincularão o julgamento e que não são passíveis de ser documentados em atas. Nesse contexto, o juiz deve se manifestar imediatamente após o término da instrução e manifestações orais finais das partes, para que possa se valer das informações obtidas durante a instrução.

A identidade física é associada ao reconhecimento da participação das partes em contraditório. Sua adoção dissonante da concentração de atos em audiência una ou umas próximas às outras, com a presença do juiz, não trará a valorização na sentença dos termos ocorridos em audiência.

Com a edição da Lei n. 11.719/2008, alterando dispositivos da legislação processual penal, a regra de identidade física do juiz é advertida no processo penal brasileiro. Anteriormente à lei, o procedimento comum ordinário possibilitava que as audiências fossem realizadas pulverizadas ao longo do tempo. Marcavam-se datas distintas para a oitiva do acusado, das testemunhas da acusação, testemunhas de defesa e interrogatório. Quando a demanda processual possuía número razoável de acusados, comumente designavam-se diversas audiências ao longo de anos. Não se observava a concentração de atos procedimentais, dificultava-se a identidade física do juiz, já que a instrução durava longo tempo, fazendo com que o juiz que colhesse as provas fosse diferente daquele que as julgaria. Certamente não havia que se falar em imediatidade na busca dos esclarecimentos fáticos para um melhor julgamento.

O § 2º do art. 399 do Código de Processo Penal passou a prever a identidade física do juiz: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (BRASIL, 1941a). O artigo poderia ser mais claro e explícito, pois dá abertura para que haja interpretação de que diversos juízes poderiam participar da instrução e qualquer um deles decidir, com espaço para se escolher um deles para sentenciar. Poderia ser menos lacunoso se afirmasse que o juiz que iniciou a instrução deverá conduzi-la até seu término e proferir a sentença. Aparentemente o legislador projetou a hipótese em que as audiências iniciam e terminam em uma única assentada.

O que se busca com a identidade física não é apenas a vinculação do juiz à sentença, mas para que se possa reconhecer no processo penal brasileiro a importância da audiência para a fundamentação da decisão. Se não há identidade física, não existe possibilidade de se falar que os debates firmados pelas partes em audiência irão influenciar o julgamento. Outro

juiz julgar, que não estava presente durante a instrução, examinará apenas elementos probatórios cartulares do procedimento, tendo como alicerce exclusivamente informações escritas; inclusive, existindo o risco da utilização de elementos informativos que não foram produzidos em contraditório⁷³.

É indispensável para a existência da identidade física do juiz a presença da imediação, pois ela é corolário prático da identidade física, devendo o juiz que profere a sentença ser o mesmo que presenciou o debate e assistiu todas as atuações das partes. (FLORIAN, 1934, p. 105)

A importância já era abordada no Anteprojeto de José Frederico Marques, que sustentou que quando a causa fosse transferida para outro juiz que não acompanhou a instrução, ao recebê-la, poderia prosseguir a audiência, mandando repetir, caso entendesse necessário, as provas já produzidas. A prova deveria ser toda realizada junto ao julgador. A relevância da assertiva é essencial para se compreender a importância de ser realizada na presença do juiz, tanto que ele teria autonomia para determinar a renovação em sua presença, valorizando a atuação das partes na busca de influenciar a decisão, bem como o julgado se amparar nas provas realizadas em contraditório. (MARQUES, 1970)

Diante da necessidade de se efetivar o direito de participação e valorização das provas obtidas em contraditório, é que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que quem recebeu os autos deverá julgar.

Outras vezes um juiz realiza a audiência e outro dá continuidade ao andamento do feito na prática de atos essencialmente administrativos de menor relevância em termos probatórios. Nesse cenário, o juiz que deve sentenciar não é o que encerrou a instrução, mas o que acompanhou a realização dos atos processuais probatórios. Aquele que apenas recebeu diligências realizadas por terceiros – por exemplo, a resposta de ofício, o resultado de laudo pericial complementar – não deverá julgar. Essas provas documentais não foram produzidas na presença das partes e em contraditório, assim, qualquer juiz teria condições de interpretar seus conteúdos, extraindo seus significados, pois se trata de prova pré-constituída. Já os debates firmados em audiência, na presença das partes e do juiz, somente o julgador que presenciou possui as informações para realizar o julgamento, não se limitando à análise exclusiva dos elementos probatórios escriturados.

⁷³ “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (BRASIL, 1941a)

Quando há informações documentais, ou seja, pré-constituídas, as partes terão a possibilidade de firmar argumentos a partir das informações ali contidas buscando comprovar suas alegações a partir daquele elemento probatório. A identidade física do juiz é essencial para que, de fato, possa ser implementada a oralidade nos procedimentos, nos moldes do modelo acusatório e ao modelo constitucional de processo, em que a participação das partes deve contribuir com a decisão, possibilitando superar julgamentos a partir de elementos informativos exclusivamente cartulares e muitas vezes produzidos fora da audiência e distantes das partes⁷⁴.

A identidade física do juiz está ligada à garantia constitucional do juiz natural, haja vista que ele é quem legalmente é o mais apto a realizar o julgamento; ao mesmo tempo não está ligada ao descumprimento de competência funcional, com a consequente nulidade da sentença, uma vez que não se trata de ofensa à competência do juízo, mas de descumprimento de regra interna de distribuição de autos de processo, não ofendendo a competência funcional. Competência diz respeito à atribuição de função de cada órgão, e não dos juízes, pessoa física. A competência é de determinada vara, câmara criminal, sessão de julgamento ou juízo e não do juiz, desembargador ou ministro que a compõe.

Deve-se levar em conta que mesmo que a competência não diga respeito à definição dos juízes dentro de um mesmo órgão, não se deve trocar o juiz sob qualquer pretexto, pois daria margem para manobras de má fé, quando não houver justificativa plausível e coerente. Se essa troca causar prejuízo às partes, substituindo o juiz que participou da instrução por outro que vai somente sentenciar, pode dar ensejo à nulidade absoluta, nos termos do art. 569 da legislação processual, que dispõe que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa”. (BRASIL, 1941a)

Substituir o juiz que participou e acompanhou toda a audiência de instrução e julgamento poderá trazer prejuízo na apuração e esclarecimento da imputação existente em

⁷⁴ Em obra individual, Grinover (1996, p. 71-79) aponta: “a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se com contraditório pleno, perante o juiz natural”. Segundo Choukr (2001, p. 134), “a existência de um contraditório tardio em razão das peculiaridades e circunstâncias é, sim, uma distinção substancialmente importante, na medida em que identifica um fenômeno processual e que não significa a supressão da garantia, apenas traduzindo a oportunidade correta do seu exercício, vez que, como já exposto, tão importante quanto existir a garantia é exercitá-la no momento correto e pelos atores próprios”.

sede de ação penal, repercutindo na sentença, em nítido prejuízo às partes. Como não existem normas específicas e critérios objetivos que definam a competência individual de cada juiz, com sua vinculação ao processo, resta mantido o problema.

A Lei n. 11.719/2008 trouxe como relevante modificação ao procedimento comum ordinário a realização de audiência una, nos termos do art. 400, *caput*, em que os atos processuais serão realizados de forma concentrada, e do § 1º, pelo qual as provas deverão ser produzidas em audiência única⁷⁵. Por vezes a testemunha essencial não comparece, a vítima e até mesmo o acusado, acarretando a necessária prorrogação do ato, para em outra data se dar continuidade à instrução. A legislação não proíbe a dilação da instrução de forma taxativa, mas apenas devendo ocorrer quando houver necessidade justificada, como a oitiva das testemunhas pelas partes em diligências⁷⁶, bem como quando da realização de perícia complementar ou nova perícia, durante ou após a instrução, dificultando observar a concentração de atos processuais, uma vez que cada ato será realizado em momentos temporais específicos, acarretando também na vulnerabilidade da identidade física do juiz.

A mudança legislativa não conseguiu atingir plenamente sua finalidade, acarretando, conseqüentemente, prejuízo às partes, com alterações que primaram pela celeridade e encurtamento procedimental, despreocupando-se com as nefastas conseqüências do perdimento das informações da audiência com o passar do tempo, em razão da descontinuidade e pela aparente falta de conexão de umas com as outras.

Apesar das dilatações se apresentarem como excepcionais, muitas vezes ocorre por conveniência – pessoal – do julgador que dá o impulso aos autos ou até mesmo pelas partes, em dissonância com a Constituição, mostrando-se comprometida qualquer possibilidade da análise de debates na decisão, bem como seu vínculo ao contraditório exercido pelas partes em audiência, tornando-se o julgamento em análise como fonte única de elementos probatórios os autos cartulares do procedimento, a partir do qual o juiz decidirá solitariamente na conveniência de seu gabinete. Nesse contexto a oralidade foi suplantada em razão de interesses escusos, onde deveria atuar como técnica de impedimento de conveniências

⁷⁵ “Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

§1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.” (BRASIL, 2008)

⁷⁶ “Art. 402. Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução.” (BRASIL, 2008)

personais prejudiciais ao direito de participação, sujeitando o juiz ao entrelaçamento entre o contraditório e a fundamentação da decisão.

Nos moldes adotados pelo Código de Processo Penal, buscou-se implementar a oralidade nos procedimentos penais como expressão de comunicação, apesar de haver poucas alusões a ela. No entanto, há espaços para ela ser valorada como expressão de participação e as partes discutam os elementos informativos existentes nos autos, com a garantia de que os debates firmados em audiência serão levados em consideração pelo juízo, efetivamente influenciando a decisão.

Vincula-se a imediação à necessidade de o juiz fundamentar a decisão nas provas realizadas em contraditório, ou seja, impondo que esteja presente durante a formulação das provas e debates, já que com base nessas informações deverá formular e fundamentar a decisão. Exige-se que o conteúdo da audiência sirva de fundamento para a decisão judicial, valorizando-se a atuação das partes e as informações obtidas em contraditório. O próprio Código de Processo Penal mantém no art. 155, em sua parte final, a possibilidade de informações não obtidas em contraditório servirem de fundamento decisório, como as “provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”⁷⁷. (BRASIL, 1941a)

A imediação e a concentração de atos devem ser observadas quando da realização da audiência de instrução e julgamento nos moldes do art. 400 do Código de Processo Penal. O juiz deve estar presente durante toda a instrução, porquanto precisará das provas e debates ali firmados entre as partes no colheita dos depoimentos. Caso entenda necessário, é possível que

⁷⁷ O art. 155 do Código de Processo Penal possibilita um julgamento que sobrepõe ao ocorrido durante a audiência de instrução e julgamento, permitindo ao juiz formar sua convicção nos elementos informativos colhidos na investigação, como as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Conforme Lopes Júnior (2008, p. 9-10), “o art. 155 não teve coragem para romper com a tradição brasileira de confundir atos de prova com atos de investigação, com graves reflexos na eficácia probatória deles. A redação vai muito bem, até o ponto em que inseriram a palavra errada, no lugar errado. E uma palavra, faz muita diferença... Bastou incluir o “exclusivamente” para sepultar qualquer esperança de que os juízes parassem de condenar os réus com base nos atos do famigerado, inquisitório e superado inquérito policial. Seguiremos assistindo a sentenças que, negando a garantia de ser julgado a partir de atos de prova (realizados em pleno contraditório, por elementar), buscarão no inquérito policial (meros atos de investigação e sem legitimidade para tanto) os elementos (inquisitórios) necessários para a condenação. Significa dizer que nada muda, pois seguirão as sentenças “fazendo de conta que...” o réu está sendo julgado com base nas provas colhidas no processo, quando na verdade, os juízes continuarão utilizando as clássicas viradas linguísticas do “cotejando a prova judicializada com os elementos do inquérito...” ou “a prova judicializada é corroborada pelos atos do inquérito [...]”. Quando um juiz faz isso na sentença, está dizendo (discurso não revelado) que condenou com base naquilo produzido no inquérito policial (meros atos de investigação), negando o contraditório, o direito de defesa, a garantia da jurisdição etc., pois no processo não existem provas suficientes. Quem precisa “cotejar” e invocar o inquérito policial, quando a prova judicializada é suficiente? Aqui, a vedação de utilização dos atos de investigação (excetuando, é elementar, as provas técnicas irrepetíveis e aquelas produzidas no incidente judicializado de produção antecipada) já seria pouco.... O ideal seria ter coragem para romper, buscando a exclusão física dos autos do inquérito. Isso sim seria dar ao inquérito o seu devido valor e garantir o julgamento com base na máxima originalidade da prova (colhida no processo e em contraditório)”.

solicite esclarecimentos às partes, pois a audiência é dinâmica, ao contrário do modelo de processo de análise de atas. Os debates visam esclarecer as informações constantes dos autos do processo, direcionando a decisão.

Valorizando-se a audiência de instrução e julgamento, as partes devem estar mais bem preparadas, pois a audiência exige intensa atuação, que vinculará a sentença. No entanto, as partes devem ter a garantia que seus argumentos serão apreciados pelo juiz, em nítida superação da análise e julgamento exclusivo de atas.

As informações probatórias exclusivamente cartulares deixam espaços para a criação de uma realidade virtual impenetrável, afastando o debate, esvaziando a função da audiência e diminuindo o papel das partes, pois o que servirá à decisão é exclusivamente as informações probatórias escrituradas, consideradas pelo juiz autoexplicativas e esclarecedoras por si só, que serão analisadas solitariamente em gabinete sua adequação ao caso em apreciação e até que ponto elas servem para o esclarecimento dos fatos. Corre-se o risco da exclusividade de a linguagem escrita criar uma realidade virtual ao julgador que torna impenetrável às partes, afastando os debates, em alusão à teoria dos dissonantes cognitivos, pois selecionará o que compreende o que é correto a partir das informações probatórias recebidas, pois, previamente considera as demais incoerentes, não havendo interesse em eliminar os aparentes conflitos existentes, em razão das crenças preexistentes, na tentativa de manter coerência entre suas cognições.

Findada a instrução processual, o juiz dará a palavra às partes para requerimento de diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos e que se justifique em razão da instrução encerrada. Cumpridas as diligências ou não havendo requerimentos a cumprir, será dada palavra às partes para apresentação de alegações finais, nos termos do artigo 403⁷⁸ do Código de Processo Penal.

Conforme previsão legal, as alegações serão orais, pelo prazo de 20 minutos para cada uma das partes, proferindo o juiz, a seguir, a sentença, ou seja, o juiz que presenciou a instrução deverá acompanhar as manifestações orais e ele próprio proferir a sentença, atos que se darão em uma única assentada ou em datas próximas umas das outras.

Exigência que não se dá em busca de celeridade, mas para que de fato a manifestação em audiência possibilite ampliar o contraditório e vincular a sentença. A fase de alegações finais é de suma importância para as partes e o julgamento; às partes porque poderão

⁷⁸ “Art. 403. Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença.” (BRASIL, 1941a)

esclarecer e comprovar seus argumentos e motivos dos seus pleitos a partir do ocorrido na audiência de instrução e julgamento, na presença do julgador; ao juiz em razão de presenciar os últimos esclarecimentos das partes para que tenha substratos e margeamento para fundamentar a decisão.

Há previsão legal da oralidade como expressão de linguagem em sede de alegações finais, sua finalidade não comunga com técnica da oralidade como expressão de participação, pois é possível sua substituição por alegações escritas, nos termos do artigo 403, § 3º, no qual o juiz poderá, “considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença”. (BRASIL, 1941a) De acordo com a demanda em apreciação junto ao judiciário, o legislador considera ser inviável a realização das alegações finais orais – expressão de linguagem –, em razão do número de acusados ou da complexidade da demanda, que será avaliada pelo juiz, em conjunto com as partes.

A partir do momento que o procedimento permite, nessa fase, a juntada de petições escritas no prazo legal, abre-se espaço para a decisão ser fundamentada na análise solitária dessas manifestações. O juiz não traz consigo o contato com a produção do elemento probatório e terá a obrigação de interpretá-lo, sem a vinculação do debate às informações apresentadas. A ausência de vinculação da decisão com a instrução judicial torna o juiz intérprete privilegiado das informações cartulares que estão nos autos, não se interessando pelos debates das partes, mantendo-se resquícios do modelo inquisitório em que o direcionamento do procedimento e o conteúdo da decisão está concentrado em uma só pessoa.

Os memoriais orais estão estritamente ligados à ampliação da participação, imediatidade, concentração e identidade física do juiz⁷⁹. Devem ser realizados na presença do julgador, seguinte à audiência de instrução e julgamento e apreciado imediatamente em sentença pelo mesmo juiz que acompanhou os argumentos expostos.

Percebe-se a falta de concepção da técnica da oralidade quando se converte as alegações finais em memórias sem qualquer critério objetivo. A partir dessa conversão, a sentença que deveria ser disponibilizada às partes no prazo legal, não será. A fixação legal do prazo de 10 dias para sentenciar tem como finalidade buscar valorizar o ocorrido na instrução

⁷⁹ Na eventualidade da conversão dos debates em memoriais, quebra-se com a imediatidade, uma vez que os argumentos não serão expostos na presença do julgador. O cenário tenta ser amenizado quando sua análise é feita pelo juiz que imediou a audiência de instrução e julgamento. Vale ressaltar que aquele juiz que apenas determina a realização de memoriais sem sequer ter acompanhado a instrução não estará vinculado a proferir a decisão bem como se afasta a identidade física quando o juiz apenas recebe os memoriais, sem tem presenciado a instrução processual.

judicial e sua necessária construção nos termos do ocorrido em audiência. A substituição indiscriminada por memoriais escritos, que se tornou hábito nos foros, prejudica o contraditório das partes em ver todos os seus argumentos apreciados pela decisão.

A oralidade ainda não foi compreendida como expressão de participação e ampliação do contraditório. No procedimento comum ordinário, possibilita-se que a audiência se realize em várias assentadas e que o juiz que acompanhou a colheita dos elementos probatórios poderá ser diferente do que decidirá, possibilitando para esse novo juiz a análise exclusiva dos autos cartulares do procedimento. Admite-se que manifestações orais sejam substituídas por memoriais indiscriminadamente, em nítida demonstração de que a oralidade continua sendo compreendida como expressão de linguagem.

4.3 Do procedimento do Tribunal do Júri

Relevante analisar o procedimento do tribunal do júri diante da pesquisa proposta, uma vez que, quando se faz alusão à oralidade, inevitável desconhecer seu procedimento, haja vista que a segunda fase, em que se dá o julgamento, é marcada por essa expressão de linguagem.

O tribunal do júri é carregado de comunicação oral. Em conjunto com as informações fáticas e jurídicas, é acompanhada muitas vezes de discursos emotivos, comunicações coloquiais e outras vezes rebuscadas, com base em argumentos que buscam reproduzir o passado. Essencialmente essa expressão de linguagem se sobressai em sua segunda fase, com a máxima concentração de atos processuais durante a sessão de julgamento, com atos realizados em assentada única, depoimentos, debates e julgamento.

Antes de se chegar ao momento de *glamour* popular, que é a segunda fase, existe a primeira, conhecida como “fase de formação de culpa”, conduzida pelo juiz sumariante, em que se avalia se o acusado será pronunciado, impronunciado, absolvido sumariamente ou se haverá desclassificação para outro juízo.

A primeira fase é semelhante ao procedimento comum ordinário, diferenciando-se legalmente em razão da presença da manifestação do Ministério Público ou querelante após a resposta à acusação⁸⁰; por encerrar-se em prazo razoavelmente maior⁸¹; e pela ausência da fase de diligências, em alusão ao art. 402 do Código de Processo Penal.

⁸⁰ “Art. 409. Apresentada a defesa, o juiz ouvirá o Ministério Público ou o querelante sobre preliminares e documentos, em 5 (cinco) dias.” (BRASIL, 1941a)

Essa fase sumariante de formação de culpa é marcada pela concentração de atos processuais⁸² e unicidade de audiência⁸³, omitindo-se a legislação processual a respeito da identidade física do juiz; no entanto, conforme já exposto, trata-se de característica que deve estar presente, pois é essencial para que se possa efetivamente valorizar a audiência de instrução e julgamento, pois esse juiz é quem está apto a julgar, uma vez que presenciou a produção das provas.

A segunda fase, chamada “sumariante” ou “formação de culpa”, é regida, necessariamente, pela concentração de atos e incomunicabilidade dos julgadores – conselho de sentença, na qual todos os atos processuais são realizados em uma única sessão de julgamento, que poderá se dar em um ou mais dias sucessivos, com os debates na presença dos jurados.

Com certas reservas, a imediação está presente, já que os debates acontecem na presença do conselho de sentença, para que suas conclusões sejam tomadas com base nas informações obtidas nesse momento. O conselho de sentença tem contato direto com a defesa, acusação, vítima, acusado e testemunhas, possibilitando obter informações de forma direta durante a sessão de julgamento, permitindo tomar suas conclusões diretamente da fonte de prova, por meio de procedimento essencialmente oral.

Nitidamente, há relevante valorização do ocorrido durante o plenário de julgamento, possibilitando a participação dos interessados, com o órgão acusador apresentando oralmente suas imputações e, em seguida, a defesa manifestando-se sobre cada uma delas, podendo, inclusive, solicitar apartes⁸⁴ para eventuais esclarecimentos.

⁸¹ “Art. 412. O procedimento será concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias.” (BRASIL, 1941a)

⁸² “Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

[...].

§7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer.” (BRASIL, 1941a)

⁸³ “Art. 411. [...].

[...].

§ 2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.” (BRASIL, 1941a)

⁸⁴ Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

[...];

XII – regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 (três) minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo desta última.” (BRASIL, 1941a)

Diante do conselho de sentença, o Ministério Público e a defesa apresentarão seus argumentos que deverão ser comprovados na presença dos jurados; as razões defensivas deverão ser construídas a partir da imputação formulada pelo Ministério Público em plenário e das provas produzidas em julgamento.

A partir do momento que se valoriza a imediação, necessário se faz a produção das provas na presença do julgador, sendo essencial que vítima, testemunhas e acusado sejam inquiridos na presença dos jurados⁸⁵. Apesar de sua relevância, não é incomum às partes dispensarem as oitivas em plenário, utilizando-se durante os debates de leituras de depoimentos prestados na fase do sumário de culpa, ou até mesmo durante a investigação preliminar. Esse posicionamento incorre em grave erro, pois impossibilita o acesso dos jurados à produção da prova e esvazia a fase de julgamento, em que extirpa-se com o contraditório com o acesso a informações que não foram produzidas na presença do conselho de sentença e das partes, ratificando a tradição da compreensão da oralidade apenas como expressão de linguagem.

O conselho de sentença deve observar os depoimentos das testemunhas, vítimas, acusados e presenciar a explicação dos peritos. O jurado que presenciar os depoimentos julga com mais segurança, pois tem pleno acesso aos elementos probatórios, repugnando a apresentação e leitura de trechos previamente existentes, pois tem interesse nas informações que são produzidas na sua presença.

A oralidade possibilita o pleno esclarecimento dos fatos imputados ao acusado. Segundo Ferrari (2003, p. 199), “procura-se preservar a oralidade do procedimento do Tribunal do Júri, impondo que, em regra, as provas sejam produzidas na própria sessão de julgamento, possibilitando aos jurados um melhor conhecimento dos fatos”. O atual procedimento do júri possibilita aos jurados analisar as informações com base na leitura que acusação e defesa farão em plenário. Certamente o conhecimento será ampliado se as oitivas forem realizadas na presença dos jurados, que poderão acompanhar a construção da prova

⁸⁵ Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§ 1º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo.

§ 2º Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

§ 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis. (BRASIL, 1941a)

durante a sessão de julgamento, possibilitando às partes esclarecer toda a acusação e defesa em tempo real, com a garantia da concentração, imediação e identidade física dos julgadores.

A manifestação das partes a partir de discursos prontos e acabados deve ser superada. A audiência deve ser dinâmica, efetivamente participativa e vinculativa à decisão. Através da técnica da oralidade como expressão de plena participação, as imputações são apresentadas e esclarecidas pelo Ministério Público e devem ser comprovadas com as provas produzidas em audiência. A partir das imputações formuladas é que a defesa se manifestará, na busca do convencimento do conselho de sentença. A partir do momento que em audiência a acusação esclarece ao acusado suas imputações, é fixado um norte para que a defesa construa seus argumentos, não sendo surpreendida com os fundamentos da decisão, proporcionando-se momentaneamente o efetivo contraditório. Como as reações às imputações ocorrerão em audiência, o conselho de sentença tem de estar presente, para que possa decidir com base nessas oposições defensivas, não apreciando exclusivamente documentos, mas o ocorrido na audiência, pois, do contrário, possibilitam-se julgamentos fundamentados exclusivamente na colheita de elementos probatórios dos autos cartulares do procedimento.

No tribunal do júri existe a peculiaridade das partes não terem controle sobre o que será ou foi relevante para o jurado tomar determinada decisão, pois não há fundamento externado do voto e a decisão é com base na íntima convicção e no sentimento individualizado de justiça⁸⁶.

Mesmo tratando-se de tribunal do júri, onde vige a oralidade como expressão de linguagem, identifica-se certa resistência a essa forma de comunicação, como o hábito de apresentar aos jurados, durante a sessão de julgamento, memoriais e sua respectiva leitura.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da 4ª Câmara, em Acórdão de relatoria do Desembargador Ary Belfort, nos autos número 56.578-3, destacou a relevância da oralidade no plenário do júri, afastando a utilização de memoriais escritos. Destaca que o jurista brasileiro tem aversão ao procedimento oral, ficando demonstrado até mesmo nas reformas a resistência à oralidade e o retorno paulatino à forma escrita, em manutenção da arraigada compreensão de que só vale o que está escrito. Naturalmente a técnica da oralidade

⁸⁶ “Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação:
Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça.
Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão:
Assim o prometo.” (BRASIL, 1941a)

evita surpresas à parte contrária, uma vez que presença e poderá esclarecer toda a argumentação⁸⁷.

O uso de memoriais por uma das partes dificulta a compreensão dos jurados e possibilita o julgamento com informações probatórias limitadas e que não foram submetidas ao crivo do contraditório, no qual uma das partes propõe o conselho de sentença julgar com base nas informações escrituradas produzidas unilateralmente, em desacordo com o modelo constitucional de processo e as garantias de participação e necessidade de a decisão ser tomada com base nos debates firmados em audiência, não se efetivando garantias previstas na Constituição.

A oralidade no tribunal do júri é constatada como expressão de linguagem, na qual os debates verdadeiramente são secundários, pois é previsível que a decisão seja amparada em elementos probatórios prontos, produzidos unilateralmente durante o inquérito policial ou levados aos autos por uma das partes, servindo o plenário de julgamento para a leitura de informações produzidas distantes das partes e do conselho de sentença, pinçadas aos autos conforme interesses da acusação, defesa e jurados.

⁸⁷ “O problema deduzido como preliminar traduz a inequívoca aversão movida pelo Jurista brasileiro, ao processo oral. Não há regra ou reforma que resista ao retorno paulatino, lento mas continuado, à fórmula escrita, em todos os segmentos jurisdicionais; inclusive no que seria mais oral, como é o trabalhista. A persistência de alegações por memoriais, substitutivas das orais, dá exemplo bastante dessa arraigada compreensão ante a qual só vale o que é escrito. No caso do júri, durante largos anos obedece-se à essência da oralidade. Nenhum processo é tão necessário e indissolúvelmente oral, como o julgamento perante o Tribunal Popular. Isso, ademais, é universalmente estabelecido. A Análise do sistema processual não deixa margem a incerteza alguma. Em momento algum se encontra algo sequer remotamente tendente, não à autorização (que não existe), mas até mesmo à tolerância de alguma prática escrita. Ao contrário: o artigo 475 do estatuto fulmina a produção e até a leitura de documentos sem comunicação prévia à parte contrária; compreendendo a leitura de jornais ou qualquer escrito cujo conteúdo versar sobre matéria de fato. Não comporta elastério. É que essa disposição tem a função de caracterizar, sem margens a incertezas, a índole exclusivamente oral do julgamento, e pelas peças já existentes. Além, naturalmente, de evitar surpresas à parte contrária”. [SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (TJSP) 4. Câmara de Apelação 56.578-3. Rel. Des. Relator Ary Belfort. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, n. 111, p. 488-490]. No mesmo sentido: “Júri. Nulidade. Ofensa ao princípio da oralidade. Apresentação pela defesa de memoriais e cópias de peças dos autos no curso do julgamento. Prática irregular, notadamente se tais documentos contêm expressões grifadas. Potencial influência dos escritos no ânimo dos jurados, em virtude de sua unilateralidade. Anulação do julgamento, a outro devendo ser o réu submetido. Aplicação dos artigos. 471 e 475 do CPP. Peça ou documento algum deve nem pode ser fornecido aos jurados durante o julgamento, por várias razões além da transgressão ao princípio da oralidade. A leitura, que somente pode operar-se no curso dos debates, desvia a atenção dos jurados para a discussão e os apartes corretivos. A unilateralidade dos memoriais faz tender a opinião dos que o lêem para a conclusão neles inserta. Notadamente se contiverem grifos, marcando na mente do leitor, o que é óbvio.” (RT 627/287)

4.4 Do procedimento do Juizado Especial Criminal

Analisar o procedimento do juizado especial criminal é importante em razão da forte presença da oralidade motivada por previsão constitucional, ratificada e regulamentada em lei especial. Uma das principais marcas do procedimento do juizado é a presença da oralidade.

O juizado especial criminal foi criado pela Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 98, inciso I⁸⁸, com competência para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo.

A partir da previsão constitucional, editou-se a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que, dentre seus princípios, buscou garantir um procedimento orientado pela oralidade, nos termos do art. 62: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.” (BRASIL, 1995) O legislador foi taxativo em afirmar que um dos princípios orientadores do juizado é o da oralidade, no entanto, não basta afirmar que ele orientará todo o procedimento, se de fato não possibilitar seu exercício.

Em consonância com essa orientação, o art. 13, § 3º, afirma que “apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão” (BRASIL, 1995), disposição criada para cumprir os princípios do juizado.

O art. 77, *caput* e o respectivo § 3º⁸⁹, preveem a possibilidade de a denúncia ou queixa serem oferecidas na forma oral, em audiência, caso não haja necessidade de diligências imprescindíveis, diante da viabilidade a ser aferida no caso concreto.

⁸⁸ “Art. 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.” (BRASIL, 1988)

⁸⁹ “Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta Lei.

A inicial acusatória ser oferecida ao final da audiência preliminar possibilita o exercício do seu pleno conhecimento em audiência, viabilizado pela oralidade e presença da defesa. A partir do momento que a imputação acusatória é apresentada em audiência, na presença do acusado e seu defensor, a oralidade proporciona sua melhor explicação e compreensão, viabilizando o exercício do pleno direito de defesa mediante esclarecimentos em audiência e possibilitando melhor construção da resposta à acusação. Possibilita-se a adequada compreensão da peça acusatória, bem como das provas que a sustentam, para que se esclareçam dúvidas relacionadas às escolhas dos caminhos defensivos que poderão ser construídos.

Após o oferecimento da inicial acusatória, o acusado é citado na própria audiência preliminar, recebendo uma cópia e cientificado do dia da audiência de instrução e julgamento, intimando todos os demais presentes.

No dia designado, presente as partes, o juiz realizará nova tentativa de conciliação e, não havendo, dará continuidade ao procedimento, concedendo a palavra à defesa para apresentar resposta à acusação nos termos do art. 81⁹⁰.

Buscou-se cumprir a diretriz da oralidade como expressão de participação, com a resposta à acusação apresentada em audiência de instrução e julgamento, na presença da outra parte e do juiz. A defesa oral possibilita que os interessados – Ministério Público, querelante e acusado – se manifestem no exercício no direito de participação de forma plena, buscando esclarecer os argumentos, na presença do juiz, que apreciará as informações que lhe são submetidas, possibilitando realizar o recebimento ou rejeição da acusação. A resposta à acusação em audiência possibilita ao acusado ampliar seu direito de participação opondo-se oralmente às imputações da acusação.

Denúncia ou queixa e resposta à acusação em audiência permitem às partes maiores esclarecimentos dos seus pleitos, bem como ao juiz melhor compreensão e alcance dos fatos em julgamento, sujeitando a decisão judicial aos argumentos apresentados pelas partes e decidindo na própria audiência. A técnica da oralidade amplia a participação das partes e

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao Juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta Lei.” (BRASIL, 1995)

⁹⁰ “Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o Juiz receberá, ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença.” (BRASIL, 1995)

sujeita a decisão às suas manifestações, possibilitando ao juiz o contato direto com os argumentos que deverão ser comprovados pelas partes.

Manifestações orais não foram implementadas sem qualquer propósito; a análise do oferecimento da denúncia ou queixa oral e a resposta à acusação não deve se limitar ao que está registrado em ata. O juiz estar presente quando das manifestações serve para que os argumentos apresentados pelas partes sejam avaliados antes do recebimento ou rejeição da inicial acusatória. Não se trata de decisão produzida no gabinete a partir da leitura de peças, mas da análise dos argumentos produzidos em contraditório, avaliando se possuem lastro probatório, ampliando a participação das partes, uma vez que o juiz necessita delas para que possa decidir.

Essa é a relevância da acusação e defesa oral, em que vai além de mera expressão de linguagem, mas servindo como técnica de participação. A presença da oralidade nessa fase tem como mérito a participação das partes com a apresentação de argumentos a partir das informações existentes nos autos, buscando esclarecer ao juiz os fatos em análise e a viabilidade do início da ação penal.

Recebida a acusação, dá-se início de imediato aos depoimentos da vítima, testemunhas e interrogatório, devendo a audiência se dar de forma concentrada, nos termos do § 1º do art. 81, § 1º: “Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento” (BRASIL, 1995). A audiência una está em consonância com os princípios orientadores do juizado, pois busca-se celeridade e economia processual.

No juizado é presente a característica da imediação, que, somada à concentração de atos, possibilita às partes e ao juiz, amplo e completo conhecimento da causa, presenciando as manifestações e ingerências na produção dos elementos probatórios.

O § 1º do art. 81 reconhece a importância do momento, quando afirma que “as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento”. (BRASIL, 1995) O que ocorreu nos autos e que não foi produzido na audiência de instrução e julgamento foi relevante para o oferecimento da inicial acusatória, para a realização da resposta à acusação e para o recebimento da acusação. Ultrapassada essa fase inicial, os elementos probatórios que servirão ao julgamento são exclusivamente os realizados em contraditório na audiência de instrução e julgamento, com a participação das partes e na presença do juiz.

A participação das partes na reconstrução do passado e na realização dos debates buscou ser valorizada pelo legislador, afastando a possibilidade de utilização de informações colhidas longe da presença dos sujeitos processuais. O juiz que irá julgar se valerá das provas produzidas em contraditório, bem como dos debates firmados pelas partes para que possua

elementos probatórios amparados no conjunto de informações escritas e orais que deverá levar em consideração para a solução da demanda existente.

A cronologia temporal ser aproximada é essencial para a valoração dos debates firmados pelas partes na presença do juiz. Como o juiz presenciou toda a instrução processual, a decisão partirá daí, sendo construída a partir dos argumentos comprovados em contraditório, com a demarcação temática que a decisão deverá estar vinculada.

O fato de os elementos de provas serem produzidos em contraditório, na presença das partes e do juiz, é típica característica do modelo acusatório e do processo de cunho democrático, em que as partes não se surpreendem com os fundamentos da decisão. Além de trazer segurança às partes, é possível ao juiz dirimir suas dúvidas junto às partes, estando vinculado a fundamentar a decisão com base nos debates realizados em contraditório na sua presença, concedendo maior importância à audiência. As informações ali produzidas são necessárias, valorizando o momento em que as partes efetivamente participam.

Após o término da audiência de instrução e julgamento⁹¹, inicia-se a fase de debates, onde cada parte terá oportunidade de manifestar antes da sentença. Como o próprio nome sugere – debates orais – eles deverão se realizar através da linguagem oral. Como a Lei 9.099/1995 não trouxe regramento a respeito do tempo de cada manifestação, busca-se subsídio no Código de Processo Penal, no procedimento comum ordinário, cujo art. 403 prevê que “serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença” (BRASIL, 1941a). Cada parte terá vinte minutos para considerações a partir da audiência de instrução e julgamento ocorrida, apresentando os motivos de seu pleito final.

Excepcionalmente deve ser aplicado o § 3º do mesmo art. 403, que excepciona o uso da oralidade, pois “o juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença”. (BRASIL, 1941a) A manutenção de memoriais e sentença por escrito em momento posterior macula com a essência da técnica da oralidade como expressão de participação, para que efetivamente os debates influenciem e sujeitem a fundamentação da decisão ao contraditório exercido pelas partes, devendo a decisão ser proferida imediatamente em seguida à instrução e debates.

⁹¹ Presencia-se denúncia ou queixa oral, resposta à acusação oral em audiência e recebimento ou rejeição seguidamente, nas quais, recebida, será realizada a instrução em ato único, com depoimentos da vítima, testemunhas, interrogatório e, ao final, a fase de debates orais e sentença.

Para que seja efetiva a participação durante a instrução, necessária se faz a concentração de atos⁹² e a presença do juiz para que a oralidade possa ampliar a participação e trazer seus efeitos, influenciando a decisão. A participação das partes pode se perder no tempo se as alegações finais não forem realizadas em seguida à instrução, bem como a sentença não for prolatada imediatamente. Não se exige sentença oral, pois continuará sendo solene e escrita, mas deve integrá-la tudo o que foi debatido e comprovado durante a instrução e alegações finais, justificando-se sua imediatez.

Robustecida torna-se a necessidade de a sentença ser proferida pelo juiz que presenciou os debates; não se justificando a existência da audiência e debates orais se o julgamento se der a partir da análise exclusiva de atas, que não foram produzidas e debatidas pelas partes na presença do juiz. Haveria nítida desvalorização do que não está documentado, pois não influenciariam a decisão, como se bastasse juntar petições acreditando serem autoexplicativas. Essa não foi a opção legislativa em 1995, que buscou superar a famigerada estrutura processual que vigia à época.

Quando se exige do juiz fundamentação amparada apenas na audiência de instrução e julgamento, têm-se maior valorização da audiência, da atuação das partes e dos elementos probatórios produzidos em contraditório, em superação à utilização exclusiva de elementos escriturados.

4.5 Da desconstrução da oralidade

Apesar de o Brasil prever uma série de procedimentos no Código de Processo Penal e em lei especial que citam a oralidade, há confusão de sua compreensão por se tratar de termo de participação ou de linguagem. As previsões legais são tímidas e achatadas, uma vez que convivem com dispositivos, também legais, que possibilitam seu afastamento em favor da supervalorização da exclusividade da linguagem escrita. Percebe-se que os procedimentos, ao invés de possibilitarem a presença da oralidade como garantia de influência e ao efetivo contraditório, ainda são impregnados de possibilidades de análises exclusivas de atas, permitindo com que a decisão seja fundamentada a partir de discursos prontos e acabados, criando uma realidade virtual impenetrável, afastando o debate.

⁹² “A oralidade, para diminuir a documentação de tudo o que se expressa, determina que a prova se produza em uma ou em poucas audiências.” (D’ÁLBORA, 2002, p. 765)

Essa abertura legal faz com que a audiência de instrução e julgamento caia em descrédito, pois mostra à acusação e defesa que a decisão não leva em conta os acontecimentos dessa fase que deveria ser a mais importante, utilizando informações não judicializadas para fundamentar a decisão, ofendendo sobremaneira as partes e a Constituição, pois não foi esclarecido a ela todas as imputações acusatórias, diminuindo sua participação e podendo ser surpresa com o conteúdo do resultado, uma vez que não presenciou e nem pôde participar de sua produção, em verdadeira ofensa à construção da prova de forma democrática.

O procedimento comum ordinário, assim como os demais analisados, permitem ao juiz e às partes vivenciar a inquisitorialidade, pela qual as informações obtidas fora da audiência servem para a condenação, como nítida antecipação de culpa, podendo-se avocar os dissonantes cognitivos. A estrutura administrativa do foro potencializa seu caráter inquisitorial, uma vez que ela é verticalizada, possibilitando a definição de um intérprete privilegiado.

Una de estas prácticas era la delegación de funciones judiciales en los empleados subalternos del Tribunal. El procedimiento escrito permitía al juez asignarle a los empleados de su dependencia diversas tareas de los procesos, cuyos resultados ellos registraban en el expediente, que eran leídos después por el juez. Lo común era que el juzgado funcionara con un grupo de empleados que realizaban y registraban las diferentes etapas de los procesos, incluyendo interrogar al imputado, interrogar a los testigos y preparar los borradores de las decisiones. El juez dirigía la oficina del Tribunal y actuaba como un supervisor, chequeando la actividad de los empleados y participando directamente en el procedimiento en aquellos casos en que consideraba que se trataba de una evidencia o de un caso especialmente importante. (RIEGO, 2004, p. 377)

A manutenção da tradição inquisitorial exige a permanência e o julgamento de atas, haja vista que elas servem para direcionar e demarcar o caminho do julgamento. Se se mantém a possibilidade de julgamentos escorados exclusivamente em informações colhidas unilateralmente, distante da audiência de instrução e julgamento, o texto processual mantém-se em dissonância com o modelo constitucional de processo, em nítido afastamento da participação do acusado, garantida na Constituição.

Enquanto forem mantidos procedimentos que permitem e supervalorizam a exclusividade da linguagem escrita, mantém-se a conservação do modelo inquisitório, possibilitando que a decisão faça uso de informações pré-constituídas, não submetidas ao contraditório. Se as informações utilizadas durante o julgamento são pré-constituídas, perde sentido a realização da audiência, limitando os fundamentos da decisão ao exclusivo uso das

informações produzidas unilateralmente, não submetidas ao contraditório, mantendo o solitário juiz como intérprete privilegiado de atas, conservando a estrutura verticalizada.

Se o procedimento ainda sobrevaloriza a linguagem escrita, desencadeia-se o risco do juiz se distanciar dos debates das partes. Afastamento que se opõe ao modelo acusatório de processo, pois se o juiz vislumbra que não haverá nenhum ganho probatório na instrução, de nada, ou pouca influência as partes exercerão na decisão, demonstrando a superioridade do julgamento limitado à análise dos autos cartulares.

A oralidade demarca o debate e o conteúdo dos fundamentos da decisão. Quando o procedimento prevê a realização de determinados atos oralmente, assim deve ser feito, pois trata-se de garantia de participação do acusado perante as imputações que são realizadas em seu desfavor, pois possibilita sua adequada defesa.

A decisão deve levar em consideração os argumentos firmados pelas partes durante a audiência de instrução e julgamento, vinculando a decisão, na qual o juiz tem que estar atento a todas as informações ali produzidas. Contudo, como ainda é mantida a tradição escriturária, amparando a decisão apenas em documentos, o juiz se desinteressa pela audiência de instrução, pois o que lhe servirá já está documentado por meio da realidade virtual operacionalizada pela escrita, transparecendo aos interessados verdadeira perda de tempo a presença deles perante o julgador, em nítida demonstração do que é debatido não influenciará a decisão.

A técnica da oralidade como expressão de participação, decorrente do princípio do contraditório, demarca o debate e amplia o papel das partes, no entanto, não é observada nos procedimentos penais brasileiros, hipótese que se confirma, por exemplo, quando se substituem as exposições orais por memoriais escritos, por pedidos das partes ou de ofício pelo juiz; quando o juiz não se habitua a decidir ao final da audiência, pois entende que a decisão necessita da análise dos documentos juntados aos autos, no tempo, conforto e conveniência que a escrita proporciona; quando o juiz não está presente na audiência, deixando que as partes colham os depoimentos livremente junto ao escrevente ou por meio da gravação da audiência; quando o juiz que participou da instrução e presenciou a realização das provas não se vincula à decisão; quando o juiz que não participou da instrução analisa apenas a linguagem escrita e manifesta-se; quando existe a possibilidade do julgador ser o intérprete exclusivo – favorecido – das atas; quando o acusado não tem completo esclarecimento, em audiência, das imputações que existem contra ele, impedindo sua efetiva participação, podendo ser surpreendido com os fundamentos da decisão; quando os debates não vinculam os fundamentos da decisão.

O Brasil ainda não compreendeu qual a finalidade e a importância da oralidade, tanto que, nas poucas vezes que a legislação a menciona, habitualmente é compreendida como expressão de linguagem; algumas vezes é convertida em memoriais ao argumento falacioso de que os debates atrasam o andamento do feito, acarretando sobrecarga nas pautas de audiências. Outras vezes o pleito parte das partes, sob suposta alegação de complexidade da causa. Demonstra-se, assim, a compreensão da oralidade apenas como expressão de linguagem, pois, se se realiza sua substituição por memoriais, acredita-se que o conteúdo que seria transmitido oralmente, simplesmente será registrado em documentos, afirmando sua importância como expressão de linguagem.

A falta de compreensão da oralidade é perceptível na atuação das partes, pois realizam leituras de memoriais em audiência, considerando oralidade o ato de ditar palavra por palavra para reduzi-las a termo. Ditar memoriais ao escrevente não é oralidade, pois trata-se, verdadeiramente, de documentar a expressão de linguagem.

Leitura de memoriais está longe de se tratar de superação da linguagem escrita. Os debates devem ser realizados na presença do juiz e da outra parte, e não ditados e reduzidos em ata, pois, sendo assim, o destinatário do ditado será o escrevente, mantendo-se o julgamento exclusivo de atas, haja vista que o juiz irá analisar o texto ditado pelas partes. Se o propósito fosse ganhar tempo, bastaria às partes entregar os memoriais em juízo.

Certamente o procedimento reforça os problemas da linguagem escrita, com espaços para a utilização de informações que não foram obtidas em audiência, mediante prévio contraditório, em nítida ofensa à Constituição e ao modelo constitucional de processo, uma vez que a decisão judicial se valerá de informações colhidas de forma unilateral, distantes da audiência de instrução e julgamento, em nítida ofensa à participação das partes.

O excesso de trabalho é uma das causas alegadas por juízes, promotores e advogados que dificulta a oralidade, exigindo conhecimento mais aprofundado dos autos, não sendo suficiente o contato minutos antes da audiência com aquela demanda. Assim, a manutenção de memoriais proporciona tranquilidade de que terão os autos em seus gabinetes e escritórios, podendo analisar com mais tempo os elementos probatórios já produzidos, elaborando longos memoriais, em verdadeira fraude à técnica da oralidade, com atuações que apenas reforçam a manutenção como fonte única de colheita de elementos probatórios os autos cartulares do procedimento, não tendo qualquer valor os debates firmados em audiência.

Pretendendo-se fazer algum registro das linguagens apresentadas durante os debates, para fins de memória, basta utilizar-se da gravação de áudio e vídeo da audiência, bem como valer-se da ata apenas para apontar as principais teses e seus fundamentos ou algum

requerimento apresentado pelas partes. Conveniente ressaltar que de forma alguma pode ser afirmado que a linguagem oral tem como consequência a supressão das atas de julgamento. Apesar de a oralidade ter como núcleo a audiência de instrução, concentrada e contínua, com a presença do juiz e sua vinculação à decisão, a documentação de alguns atos permanece.

Alguns atos processuais, em geral, continuarão documentados, como a denúncia ou a queixa, a citação, a resposta à acusação e seu consequente recebimento ou rejeição, os depoimentos e perícias, as diligências, os debates e a sentença. Documentação não apenas nos moldes tradicionais do papel, mas também por meio de registros eletrônicos em áudio e vídeo, pois ainda se fazem necessários alguns registros, como o de eventuais impugnações ocorridas em audiência, e os reclamos das partes que deverão ser formalizados na ata de julgamento, apesar do Código de Processo Penal não trazer expressa obrigação de lavratura de ata sob ditado do juiz, embora a atividade administrativa seja inerente à função de dar o devido impulso oficial ao procedimento⁹³.

As gravações integrais dos debates, como ocorre no Chile e na Justiça Federal brasileira, não substituem a presença do juiz na audiência, pois nesse momento ele tem a possibilidade de tomar conhecimento da demarcação temática realizada pela oralidade, bem como as partes apresentarem a argumentação e as provas diretamente ao juiz; cenário existente harmônico com o direito de participação das partes.

Com a abertura ao uso de memoriais permitida no Código de Processo Penal, permanece a possibilidade do julgamento a partir do ponto de vista de apenas um intérprete, considerando-o intérprete privilegiado, pois sua análise é que a servirá à decisão. O juiz se desinteressa pelos esclarecimentos que as partes podem apresentar por meio da oralidade, uma vez que serão feitas leituras de memoriais. As partes muitas vezes os elaboram até mesmo antes da audiência de instrução e julgamento, ou seja, as provas produzidas em contraditório pouco serviram para suas alegações. Cenário temerário, ofensivo sobremaneira ao exercício do direito de defesa garantido na Constituição, pois apresentam memoriais sem conhecer dos argumentos da outra parte, defendendo-se do que supõem ser as alegações acusatórias.

A substituição de debates por memórias fere o devido processo legal, pois descumpre previsão legal. O foro brasileiro ainda não se adaptou ao sistema oral, como se vê na manutenção dos memoriais escritos, acompanhada da complacência dos juízes. (CINTRA,

⁹³ “É possível e normal que em todos os tipos de processo existam atos escritos. O relevante é que o material escrito não constitua a base sobre a qual se forma a convicção do tribunal e se fundamentem suas decisões.” (DUCE; MARÍN; RIEGO, 2014, p. 74)

DINAMARCO; GRINOVER, 1997, p. 329) Se a legislação prevê a realização de determinado ato oral, assim deve ser feito, sob pena de nulidade, já que houve descumprimento à forma prevista em lei, em prejuízo às partes.

É relevante que as provas sejam produzidas na presença do julgador, possibilitando melhor compreensão da fato ilícito imputado ao acusado. Se não há contato do juiz com as pessoas que serão ouvidas em audiência, não terá condições de verificar a plausibilidade das informações apresentadas, tornando-se ainda mais complexo proferir a decisão. Somente com o contato direto com as partes é que poderá avaliar se aqueles argumentos encontram amparo em provas, para serem incorporados à decisão. Se não há contato direto com os debates o julgamento torna-se limitado às informações cartulares.

Os sujeitos processuais não podem ter seus papéis confundidos, devendo assumi-los de modo a se “implementar uma participação real com a assunção da corresponsabilidade endoprocessual por todos”. Diante da separação de atribuições, “o papel do julgador de garantidor de direitos fundamentais, impõe a este dialogar com as partes para encontrar a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante o debate processual, e, não, através de um exercício solitário do poder”. (NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 140)

O procedimento comum ordinário limita a participação das partes, bem como a atividade judicante, possibilitando a análise exclusiva dos elementos probatórios cartulares. Ele parte da premissa de que todo o conhecimento está registrado nas atas, cingindo-se a decisão ao que está documentado nos autos, como se todas as informações fossem passíveis de registro. Quando o juiz está distante da produção da prova torna-se impossibilitado de utilizar a mais relevante e clara forma de apuração, que são os debates firmados e explicativos das partes.

A legislação brasileira possibilita julgamentos que diminuam a atuação das partes diante da atividade judicante, supervalorizando a autonomia do juiz na escolha solitária das informações que comporão os fundamentos da decisão.

Quando o juiz está próximo da produção da prova, compreende melhor as teses apresentadas, podendo avaliar sua qualidade, espontaneidade e segurança, e não a simples apreciação fria de documentos, que demanda mais tempo para analisa-los, distanciando-se da possibilidade de valoração dos debates.

A oralidade na reforma do Código de Processo Penal, com sua tentativa de inserção na audiência de instrução e julgamento, não constituiu uma verdadeira técnica de ampliação da participação e vinculação da decisão, visto que foi mera tentativa de se criar mais uma

forma de comunicação, em nítido caráter de expressão de linguagem, deixando evidente as marcas da estrutura processual essencialmente escrita.

A oralidade como técnica de garantia de efetiva participação e ampliação do contraditório busca ampliar o papel das partes e garantir maior valorização da audiência, em necessária superação da fundamentação da decisão a partir da exclusividade da escrita e de elementos informativos obtidos fora da audiência de instrução e julgamento. A técnica da oralidade, decorrente do contraditório, ainda não foi compreendida no processo brasileiro. Não há que se aguardar que o Código de Processo Penal regule como se dará a oralidade, uma vez que a Constituição prevê a efetiva participação das partes na construção da decisão, que se sujeitará às demarcações do debate, em superação à manutenção da cultura inquisitória do procedimento escrito e condicionador do resultado final, afastando com as argumentações das partes e mantendo o juiz refém do passado escriturado, que demarca os caminhos decisórios.

5 DA RECONSTRUÇÃO DA ORALIDADE

5.1 A participação na construção do provimento jurisdicional

A relação entre Constituição e o Direito Processual Penal, sem desconsiderar a primazia constitucional na superposição das normas jurídicas influenciando decisivamente na demarcação do âmbito de legitimidade, validade e eficácia das leis, decorre da constatação de que Constituição e processo lidam com importante questão comum: a proteção aos direitos fundamentais⁹⁴. (PRADO, 2006, p. 41). Busca-se estabelecer um sistema de garantias face ao poder do Estado, evitando que sua atuação converta-se em ato arbitrário em desrespeito aos direitos fundamentais.

Diante desse sistema de garantias, ao juiz, no processo penal democrático, compete a tarefa árdua de preservar o contraditório (influência e não surpresa (BARROS, 2009a, p. 19)), assegurando a existência do próprio processo, por ser aquele um de seus princípios. (LEAL, 2010, p. 96-97)⁹⁵. Os direitos fundamentais inseridos na Constituição devem assegurar, sobretudo, o direito de participação das partes na construção do provimento jurisdicional. Somente dessa forma se afirmará uma decisão argumentativamente participada, de cuja construção as partes possam contribuir através do debate.

Mesmo que o procedimento se realize pelo modelo normativo, se não estiver presente o contraditório, conforme estudos pioneiros de Gonçalves (1992), não há que se falar em processo. Na teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, a sentença deixa de ser mero ato solitário do juiz, passando a ser consequência categoricamente conclusiva dos atos realizados pelo procedimento em contraditório entre as partes. (LEAL, 2010, p. 83)

A valorização da audiência se dá a partir do momento que houver o reconhecimento de que as informações relevantes para a decisão são aquelas produzidas e debatidas na presença do juiz, e a necessidade da fundamentação da decisão se sujeitar ao exercício do contraditório exercido pelas partes, logo após a instrução. A sentença não é mero ato de

⁹⁴ Para Soares (2004, p. 171), “a validade ou invalidade de um discurso jurídico reside em indagar qual é a legitimidade jurisdicional de sua fonte de produção. No Estado Democrático de Direito a fonte legitimadora do discurso jurídico é o povo. Nesse paradigma, os destinatários das decisões jurídicas podem, ao mesmo tempo, se reconhecer como autores das decisões”.

⁹⁵ “A idéia de contraditório como direito de participação, o conceito renovado de contraditório como garantia de participação em simétrica paridade, o contraditório, como oportunidade de participação, como direito, hoje revestido de especial proteção constitucional.” (GONÇALVES, 1992, p. 132)

análise de informações exclusivamente cartulares, na solidão do gabinete, mas acompanhar a produção das provas para obter fundamentos que possibilitem às partes comprovar seus argumentos.

O processo projeta-se sobre a atual realidade a sua essencial necessidade, organizando-se segundo as inafastáveis regras de participação, do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas e da imparcialidade. (ANDOLINA, 1997, p. 64-69)

Partindo-se da concepção do processo constitucionalizado e da necessidade de garantir um espaço discursivo entre seus sujeitos processuais, afirma-se a necessidade de implementar formas de ampliar a participação nos procedimentos penais, garantindo contribuições que vinculam o provimento jurisdicional, uma vez que o processo constitucionalizado exige que haja meios para que se possa garantir de fato a democraticidade e a comparticipação.

A contribuição das partes na construção do provimento jurisdicional deve se dar em estrita observância aos princípios⁹⁶ do contraditório e da ampla defesa, tendo como base o modelo constitucional de processo e seus consentâneos do contraditório, ampla argumentação e fundamentação das decisões. A Constituição⁹⁷ garante a participação com observância do contraditório e da ampla defesa de fato, garantindo a efetiva contribuição das partes na construção da decisão, com o consequente direito de ver os argumentos apreciados na decisão.

A participação dos sujeitos processuais deve se dar de forma plena e efetiva. Em todos os momentos da fase judicial devem ser garantidos meios de participação, para que a manifestação estatal ganhe em legitimidade democrática⁹⁸.

⁹⁶ “Os princípios do direito devem ser entendidos como normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico. Tomando-se por base esta concepção tradicional, pode-se dizer que os princípios jurídicos se caracterizam como diretrizes gerais induzidas e indutoras do direito, porque são inferidas de um sistema jurídico e, como se fosse os alicerces de sua estrutura. Em outras palavras – e resumindo – os princípios jurídicos, para que sejam reconhecidos como espécies de normas jurídicas, têm de estar conectados às regras e a outros princípios expressamente delineados e integrantes do ordenamento jurídico vigente.” (BRÊTAS, 2015, p. 137)

⁹⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988)

⁹⁸ Relacionado ao estudo realizado, Ramos (1996, 381-383) faz interessante abordagem, explora a ausência de participação dos interessados no momento da construção da decisão. Ressalta que a decisão judicial se dá de forma isolada e solitária, em que o decisor disponibiliza seu manifesto ou até mesmo realiza a sua leitura. Afirmando que não há previsão do contraditório na fase decisória do processo penal, no entanto, quando a atividade decisória se dá pública e oralmente, haveria ampliação do contraditório, já que nos moldes atuais de sua elaboração, as partes não participam de sua formação. Caso ela fosse construída oralmente e ao final da

O direito processual penal tem base constitucional, o que dá proteção às garantias processuais. Apesar da necessária base constitucional, o atual Código de Processo Penal, elaborado na década de 1930 continua em vigor até os dias atuais. Os breves períodos de experiência democrática não foram suficientes para despertar na sociedade a consciência de que se convivia com uma legislação fascista, sem jamais ter aderido ao fascismo. As bases que orientaram o Código de Processo Penal não têm condições de serem mantidas frente ao atual modelo constitucional de processo, em que os procedimentos penais necessitam de nova roupagem e leitura constitucionalizada⁹⁹.

Atualmente não há mais espaços para a manutenção de institutos processuais que permitem a produção do conhecimento de forma solitária e unilateral, devendo os procedimentos oferecerem condições para que as partes produzam seus argumentos em audiência e haja uma efetiva participação influente na construção do provimento jurisdicional.

audiência, as partes poderiam ali mesmo exercer certa fiscalização e se manifestar antes de sua publicação, fazendo-se semelhança com a contradita, no entanto da decisão, com possibilidade de reapreciação imediata, realizando também um paralelo com os julgamentos colegiados, nos quais as intervenções das partes são percebidas com maior frequência, com efetiva colaboração e interferência no julgado. “Na atividade decisória desenvolvida pública e oralmente, durante a tramitação da audiência processual penal, há mais um princípio processual amplamente atendido: o do contraditório. Essa característica é de enorme sutileza, na medida em que não se encontra positivada qualquer manifestação do contraditório na fase estritamente decisória do processo penal condenatório. Se a contraditoriedade das atividades instrutória e crítica das partes técnicas da audiência processual penal é perfeitamente assimilada, a contraditoriedade da atividade decisória parecerá estranha. Contudo, sendo desenvolvida pública e oralmente, ela também estimula o contraditório. Perceba-se que, sendo proferida por escrito a sentença, as partes técnicas não tem a oportunidade de assistir, ao menos, o processo de formação da decisão. Têm contato com os argumentos do juiz prolator apenas depois que ele os deposita, efetivamente, junto com o dispositivo da sentença, nas mãos do escrivão. Esse contato verifica-se de uma vez, desde logo, com o produto final do labor intelectual do juiz. No caso da sentença proferida oralmente, ainda que o juiz procure esconder os “reais motivos” de sua decisão, através do uso de argumentos retóricos, e ainda que consiga, ao menos o processo de criação da sentença é exposto às partes técnicas. Com isso, os argumentos jurídicos trazidos à baila pelo juiz são fiscalizados no momento mesmo de sua emissão e antes da publicação do dispositivo, pelas partes técnicas. Sendo assim, abre-se a possibilidade de contestação. Não é preciso dizer mais para revelar que, desenvolvendo-se a atividade decisória no seio da audiência processual penal, e expondo-se os argumentos do juiz às partes técnicas, que também dominam a linguagem em que o juiz se comunica, nasce a possibilidade, senão jurídica, ao menos temporal, da contradita. A preocupação da presente argumentação não é especificamente com a lei processual penal vigente no Brasil. Afirma-se que o princípio do contraditório é prestigiado pela atividade decisória desenvolvida em audiência, não se quer dizer que há regra ou princípio jurídico que expressamente permita às partes técnicas transformar o labor argumentativo do juiz, no memento que está a proferir uma decisão, em debate oral. Além disso, a atividade decisória desenvolve-se oralmente e publicamente e diante das partes técnicas, que dominam o discurso jurídico do juiz profissional. Sendo assim, e porque protrai no tempo, diante dessas partes técnicas, é possível dizer que elas estão “na hora e na vez” de, eventualmente, contestar os argumentos do juiz, mormente no que eles têm de faticamente correto ou faticamente incorreto. A regra positiva, aqui, é de menor importância. Se a hipótese, referida a processo penal desenvolvido perante juiz singular, parece por demais imaginativa, basta conferir o que ocorre nos julgamentos colegiados dos tribunais. Nesses casos, as intervenções das partes técnicas ocorrem com muito mais frequência e, por essa razão, entre outras, são mais comumente recebidas pelos juízes como verdadeira colaboração a mais uma perfeita prestação jurisdicional.”

⁹⁹ “O caso brasileiro é curioso na medida em que trabalha com um texto instrumental penal nascido durante um governo de exceção e inspirado em um modelo igualmente autoritário, onde o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante”. (CHOUKR, 2001, p. 17)

O processo é garantidor dessas formas de participação que devem ser colocadas em momentos específicos nos procedimentos, bem como deve haver condições e confiança de que elas serão utilizadas e deverão influenciar a decisão.

O contraditório não pode ser analisado “tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e a formação das decisões, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa”. Pode-se afirmar que o contraditório “não mais pode ser compreendido no dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento”. Em consequência, afasta-se a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial”. (NUNES, THEODORO JÚNIOR, 2009b, p. 109)

Conforme Brêtas (2015), a função jurisdicional é atividade-dever do Estado, prestadas pelos órgãos fixados na Constituição e mediante a garantia do devido processo constitucional¹⁰⁰. A jurisdição somente se concretiza por meio do processo desenvolvido em estrito cumprimento aos princípios e regras constitucionais, entre os quais se destaca o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imparcialmente os preceitos normativos, na preservação dos direitos e garantias constitucionais, expostos na teoria do processo constitucional, “única forma de afirmar a legitimidade democrática dos pronunciamentos jurisdicionais feitos nos processos”. (BRÊTAS, 2015, p. 38-39) Considera o modelo constitucional de processo como “estrutura metodológica normativa constitucional de garantia dos direitos fundamentais”, devendo ser apreendido como “bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis”. Esses direitos e garantias

¹⁰⁰ “Não é somente a obediência ao princípio da reserva da lei que permitirá o exercício constitucionalizado da função jurisdicional e a consequente decisão vinculada ao Estado Democrático de Direito. Adiciona-se a tal desiderato a garantia do devido processo constitucional, que não pode ser olvidada. Assim o é, porque a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo.” (BRÊTAS, 2015, p. 164) O devido processo legal se caracteriza como “um bloco aglutinante e compacto de vários outros direitos e garantias fundamentais ostentados pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada de forma eficiente, dentro de um prazo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo constitucional; c) garantia do contraditório paritário; d) garantia da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído o direito ao advogado ou ao defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal (artigo 93, incisos IX e X); f) garantia de um processo sem dilações indevidas.” (BRÊTAS, 2015, p. 207)

fundamentais¹⁰¹ são o direito de amplo acesso à jurisdição em prazo razoável, garantia do juízo natural, garantia do contraditório, garantia da ampla defesa, direito a defensor e garantia de fundamentação das decisões jurisdicionais, sempre observando os princípios constitucionais. (BRÊTAS, 2007, p. 229)

A partir do modelo constitucional de processo¹⁰², emprega-se o processo sob novas concepções no bojo da Constituição, devendo-se ampliar a análise da argumentação das partes ante qualquer manifestação estatal. O modelo constitucional de processo pauta-se na supremacia das normas da Constituição, visto como garantia, decorrendo de “um esquema geral de processo”. Tratando-se “de um modelo único e de tipologia plúrima”. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 9 e 11)

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo. (...) o modelo único e de tipologia plúrima exige que o esquema único de processo ou que a base principiológica uníssona seja garantida, mas que não se retire ou desconsidere as especificidades do referido microssistema, retomando assim as características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, em razão da própria co-dependência entre garantia do processo e direitos fundamentais. (BARROS, 2009b, p. 335)

O modelo constitucional de processo visa à implementação de garantias concretas do contexto legal, a partir da Constituição, no paradigma do Estado Democrático de Direito, devendo o processo garantir a participação de todos aqueles que podem ser atingidos pela decisão estatal.¹⁰³

¹⁰¹ Segundo Brêtas (2004, p. 111), há distinção entre direitos e garantias fundamentais, em que “direitos fundamentais são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias fundamentais compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais”.

¹⁰² *Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all'interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscettibile di formare l'oggetto di una esposizione unitaria.* (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 13) “As normas e os princípios constitucionais respeitantes ao exercício da função jurisdicional, se consideradas na sua complexidade, consentem ao intérprete delinear um verdadeiro e próprio esquema geral de processo, suscetível de formar o objeto de uma exposição unitária.” (tradução nossa)

¹⁰³ Para Brêtas (2005, p. 159), “[...] a idéia fundamental de democracia, como dito, está relacionada à fonte de legitimação do poder, que é o povo, dele emanando o exercício do poder pelo Estado, uno e indivisível, motivo pelo qual, somente assim, pode ser considerado poder de direito”.

Brêtas (2004) ressalta que “[...] não se pode mais cogitar de um Estado, qualquer que seja seu conceito e justificação, sem as modernas e importantes qualidades identificadas pelo marcante fenômeno do constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático. Tem-se, portanto, um Estado submetido às normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional, um Estado no qual se

Tratando-se de um esquema geral de processo, ele possui três relevantes características: a expansividade, que garante que as normas processuais possam ser expandidas para microssistemas, mantendo-se sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, pela qual a norma processual pode especializar-se e assumir forma diferente em razão das especificidades de determinados microssistemas, devendo se manter em conformidade com a base constitucional; a perfectibilidade, segundo a qual o modelo constitucional tem capacidade de aperfeiçoar-se e definir novos institutos através do processo legislativo, mantendo-se de acordo com o esquema geral de processo. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 9-10)

A teoria constitucionalista do processo foi inicialmente sistematizada no México por Fix-Zamudio (1977), propagada no Brasil por Baracho (1984) e difundida na Itália por Andolina e Vignera (1990), sob a denominação de modelo constitucional do processo. Essa atual conjuntura constitucionalizada do processo, iniciada no Brasil por Baracho, no livro *Processo Constitucional*, publicado em 1984, sustenta o processo como sendo constitucional e metodologia de garantia de direitos fundamentais¹⁰⁴. (BARACHO, 1984)

Mediante a compreensão de uma análise constitucionalmente adequada, necessário se faz a compreensão de que o modelo constitucional do processo é uma base principiológica uníssona, no qual os princípios que o integram são codependentes, em que o desrespeito a qualquer princípio afeta, também, de forma reflexa, os outros princípios fundantes. Assim, apesar de cada princípio ter o seu conteúdo específico, eles são dependentes entre si, e a observância a um é condição para o respeito aos demais. (BARROS, 2011, p. 20-21)

O processo está plenamente ajustado à estrutura normativa do devido processo legal, como procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, em razão da exigência do devido processo constitucional, não havendo que se falar em seu afastamento. É o

estabeleça estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito.”

¹⁰⁴ “O contencioso constitucional dos direitos fundamentais, através dos princípios do processo constitucional, tem ampliado os direitos fundamentais protegíveis pelos remédios constitucionais, objetivando solidificar os conceitos e as práticas da vida, da liberdade, da igualdade e da não discriminação das pessoas, bem como a proteção da honra, da intimidade, da privacidade e da própria imagem. A teoria geral dos direitos fundamentais vem recebendo diversos complementos para a sua concepção moderna, inclusive no que se refere à ampliação de seu conteúdo e às possibilidades de sua eficácia e eficiência, através de mecanismos processuais, com base na Teoria da Constituição e da Teoria geral do processo, com referências ao sentido político e jurídico da Constituição, através de concepções sobre supremacia e suprallegalidade constitucional”. (BARACHO, 2008, p. 55) “O Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais. Várias ações e recursos estão compreendidos nessa esfera protecionista e garantista”. (BARACHO, 1997, p. 119-121)

contraditório que viabiliza a participação em igualdade das partes destinatárias do pronunciamento jurisdicional, influenciando na sua construção. (BRÊTAS, 2015, p. 43)

Na Constituição se encontra a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que, para além de um modelo único, se expande e aperfeiçoa, exigindo do intérprete compreendê-lo a partir dos princípios base – contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e participação de um terceiro imparcial – e de acordo com as características próprias daquele processo, tendo em vista que o processo penal tem especificidades diante dos direitos fundamentais que se propõe a garantir. Sendo modelo constitucional de processo de base principiológica uníssona, os princípios que o integram são vistos de maneira codependente. O desrespeito a um dos princípios afeta também, de forma reflexa, aos outros princípios fundantes. A observância a um é condição para o respeito aos demais, apesar de cada princípio ter seu conteúdo específico e diferenciador. (BARROS, 2009a, p. 14-17)

A ampla argumentação é garantia às partes para a efetiva construção de seus argumentos. A técnica da oralidade auxilia a ampla argumentação com manifestações apresentadas em momentos temporais adequados, durante a audiência de instrução e julgamento, na presença do juiz, buscando efetivamente influenciar a decisão. Como a decisão deve ser construída com base nos argumentos firmados em contraditório, a ampla argumentação é essencial para controlar o conteúdo da decisão, sendo auxiliada pela técnica da oralidade demarcando tematicamente o alcance decisório e vinculando seus fundamentos ao que foi apresentado pelas partes em audiência.

A decisão só terá legitimidade democrática a partir do momento que for construída pelas partes, em plena participação. Contraditório não é apenas participar do procedimento, mas é a participação associada à garantia de efetiva contribuição no provimento jurisdicional. Brêtas (2015, p. 126-127) destaca esse avanço da participação, em que o “contraditório não é apenas ciência bilateral e contrariedade de atos e termos processuais e possibilidade que as partes tem de contrariá-los, em perspectiva técnica e cientificamente tacanha”. Atualmente o contraditório é muito mais, pois trata-se de garantia de participação efetiva, exercendo influência na decisão. Brêtas reforça a importância do contraditório, com menção ao Código de Processo Civil francês de 2001, pelo qual o juiz deve fazer observar e observar o contraditório; não podendo manter na decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, que elas próprias não tenham firmado debate previamente.

As decisões devem ser tomadas mediante prévio debate entre as partes sobre as informações contidas nos autos, para que possam efetivamente discutir aquilo que poderá influenciar a decisão, evitando surpresas¹⁰⁵. A decisão não deve se limitar apenas aos documentos existentes nos autos, mas, primordialmente, nos debates firmados em contraditório sobre as informações que se fundaram a inicial acusatória, bem como às provas produzidas em juízo.

Nesse sentido, a expressão humana no processo não deve se limitar à linguagem escrita, pois, nos dias de hoje, “a associação entre o princípio da oralidade e a gestão descentralizada da informação encontra lugar seguro no projeto de constitucionalismo democrático”¹⁰⁶. A inclusão dos afetados e a promoção de direitos constituem referências obrigatórias para a legitimação das decisões judiciais. (MARQUES, 2012)

A limitação à análise exclusiva da linguagem escrita cria no julgador uma realidade virtual impenetrável, afastando qualquer possibilidade de os debates e de as exposições das partes influenciarem a decisão. Realidade que diminui a atuação das partes em audiência, pois o juiz passa a desvalorizá-la, acreditando que todas as informações que irão compor os fundamentos decisórios deverão ser cartularizadas nos autos.

Em razão da constitucionalização do processo, necessário se faz a revisitação dos institutos e princípios, notadamente, contraditório e ampla defesa, por terem ganhado maior elástico, deixando de ser apenas o binômio informação-reação, passando a ser informação-reação-diálogo. O que se pretende com essa nova postura é garantir às partes a possibilidade de participação efetiva no processo, exigindo-se do julgador que leve em consideração todas as alegações produzidas por elas. (LOPES, 2007, p. 80)

¹⁰⁵ “Por esta expressão costuma-se designar uma fundamental garantia das partes, consistente, de um lado, na igual abertura a ambas da possibilidade efetiva de influir no resultado do processo, apresentando razões, discutindo as do adversário, participando da atividade probatória e reagindo contra atos do juiz que lhes contrariem os interesses; de outro lado, na proibição, para o órgão judicial, de determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos ou provas a cujo respeito aquelas não hajam tido a oportunidade de manifestar-se.” (MOREIRA, 1994, p. 5)

¹⁰⁶ “O Estado Democrático de Direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim, como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema de direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo”. (HABERMAS, 1997, p. 118) “Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, par ao exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mas ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a proclamação daqueles direitos”. (MENDES, 2008, p. 149)

Brêtas acrescenta um importante quarto elemento, passando a considerar para a dinâmica do procedimento estrutural do contraditório o “quadrinômio informação-reação-diálogo-influência, como o resultado lógico formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais”¹⁰⁷. No Estado Democrático de Direito, esse procedimento legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais, fruto da “comparticipação dos sujeitos do processo (juiz e partes contraditoras)”, em verdadeira garantia de influência no desenvolvimento e resultado do procedimento, sendo o contraditório a via de comunicação entre os sujeitos processuais, pelo qual as partes possuem todas as possibilidades de influenciar eficazmente as decisões judiciais, devendo o juiz revelar de que modo as alegações e provas que lhe são trazidas estão sendo avaliadas. O princípio do contraditório ganha nítido destaque ao garantir uma busca de simetria¹⁰⁸, “além de assegurar as participantes a possibilidade de dialogar e de exercer um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro dessa estrutura”. Manifestando-se o contraditório no “dever de informação do juiz e nos direitos de manifestação e consideração dos argumentos das partes”. O direito de manifestação exige das partes a assunção do seu papel ativo durante o processo, que se liga à garantia de fundamentação, que exige do juiz a análise de fatos e fundamentos discutidos previamente em audiência, que está estritamente ligado à obrigação do juiz de levar em consideração os argumentos das partes. A consideração dos argumentos das partes vai muito além de apenas tomar conhecimento das razões apresentadas. Deve ser garantida a “possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa”. O contraditório deve gerar uma efetiva contribuição para a fundamentação do provimento, “afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial”. (BRÊTAS, 2015, p. 101-103, 133-135)

Conforme Leal (2002, p. 227-229), Andolina e Vignera (1997) sustentam um modelo constitucional de processo, afirmando ser uma teoria com enfoque na explicitação das diretrizes que devem ser atendidas, superando o contraditório como mero atributo do processo

¹⁰⁷ “A importância do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais é demonstrada ao se constatar sua recepção em enunciados normativos expressos nos ordenamentos jurídicos modernos, quer no plano constitucional, quer no plano infraconstitucional, impondo aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando afastar o arbítrio judicial, caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões, de forma incompatível com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito”. (BRÊTAS, 2015, p. 166-167)

¹⁰⁸ “Quando uma decisão judicial permite uma abertura para a discricionariedade e para o subjetivismo do juiz se afeta não só o contraditório e a fundamentação da decisão, mas a imparcialidade do juiz”. (BARROS, 2009a, p. 21)

e galgando a condição de princípio (norma) determinante de ser inserido nos procedimentos que devem ser percorridos até a decisão judicial.

O processo sem a presença do efetivo contraditório recua ao meio procedimental em que o parecer estatal sujeita seus afetados. (LEAL, 2010, p. 97; STRECK, 2009, p. 19) O contraditório constitui “garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo”, sendo elemento normativo estrutural da *comparticipação*, constituindo verdadeira garantia de não surpresa. (NUNES, 2009, p. 227-229)

O contraditório, princípio componente do devido processo legal, na atualidade, não mais pode ser entendido na concepção restritiva de ciência bilateral e contrariedade aos atos e termos do processo. Seu alcance técnico-científico é bem maior, devendo-se compreendê-lo como garantia fundamental das partes de participação e manifestação efetivas em todos os atos e fases do procedimento, sem exceções de quaisquer espécies, possibilitando-lhes influírem na geração de um pronunciamento decisório favorável aos seus interesses. Somente assim, ter-se-á decisão gerada democraticamente pela *comparticipação* dos sujeitos do processo (partes contraditórias e juiz), com implementação técnica dos direitos e garantias constitucionais ostentados pelas partes. (BRÊTAS, 2012, p. 175-176)

A *comparticipação* advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação de tutela. (NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2009b, p. 140)

Conforme Gonçalves (1992), no conceito de contraditório não pode haver redução à participação dos sujeitos do processo, pois nem todos figuram como destinatários da sentença, não suportando os seus efeitos; não devendo alcançar todos os sujeitos do processo, como o juiz, não devendo participar como parte contraditória, mas como terceiro adotando providências garantidoras à efetivação do contraditório¹⁰⁹.

No atual processo democrático, a linguagem tem a finalidade de possibilitar a participação das partes no procedimento, com a criação de momentos processuais em que se produzam elementos probatórios e coloque em debate aqueles já concebidos e a decisão reflita o discurso apresentado pelas partes, não se limitando à análise exclusiva da linguagem escrita.

¹⁰⁹ “[...] a participação do juiz não o transforma em um contraditor, ele não participa ‘em contraditório com as partes’, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um ‘interessado’, ou um ‘contra-interessado’ no provimento. O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergências de pretensões sobre o futuro provimento que o iter procedimental prepara, em oposição. É essa oposição, essa contrariedade de interesses, de que o provimento seja favorável a uma e desfavorável à outra, que marca a presença das partes e que tem a garantia de igual tratamento no processo.” (GONÇALVES, 1992, p. 120-121)

A importância da técnica da oralidade está estritamente ligada ao direito de participação que provém do fato de ela buscar maior eficácia e efetivação das garantias processuais¹¹⁰ no atual processo democrático¹¹¹. Eficácia está ligada à busca de esforços para que a oralidade atinja suas finalidades, na qual o Estado deve tutelar para que seja garantida no curso dos procedimentos penais. O cumprimento e a efetivação são essenciais para que se alcance a eficácia pretendida:

Tomando como base a noção de processo como garantia, o contraditório deve ter seu conceito ampliado, de modo a ser compreendido como o espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento. A influência gera a garantia de não-surpresa, ou seja, de não ser afetado por uma decisão sem participar da sua construção. Nesse sentido, a não-surpresa somente pode ser retirada em casos excepcionais, mas o contraditório não é suprimido e sim postergado. (BARROS, 2009a, p. 14, 17-18)

Tradicionalmente, a linguagem escrita é predominante na maioria dos atos processuais; escrituração que remonta ao modelo inquisitorial e secreto de apuração de fatos, em que se afastava a participação do acusado com o sigilo dos documentos, possibilitando ao juiz proceder de ofício na procura, colheita e avaliação das provas, bem como realizar o julgamento, no qual são excluídos ou limitados o contraditório e o direito de defesa, em nítido caráter inquisitorial. (FERRAJOLI, 2010, p. 519-520)

¹¹⁰ “A noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo co-dependente dos direitos fundamentais. Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional.” (BARROS, 2009a, p. 14, 17-18)

¹¹¹ Conforme lecionado por Brêtas (2015, p. 67), “[...] paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional”. Brêtas (2004, p. 99-101) trouxe importante contribuição e esclarecimento ao uso da expressão paradigma: “Costuma-se falar em paradigmas constitucionais, visões paradigmáticas e imagens-modelo, construções vocabulares cunhadas por juristas proeminentes, sob influência das teorias de Thomas Kuhn, daí surgindo costumeiras referências, nos textos jurídicos mais atuais, ao paradigma de Direito e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, merecendo seja a expressão paradigma, nesse contexto, analisada convenientemente, visando a alcançar seu significado técnico no plano da Ciência do Direito. Nesse desiderato, parece-nos conveniente, desde logo, antecipar a consideração de evitar-se compreendê-la no sentido de modelo ou padrão, o que poderia conduzir ao entendimento inadequado de que Estado de Direito e Estado Democrático de Direito fossem meros modelos ou padrões estanques de diferentes espécies ou formas de Estado, como alguns textos parecem sugerir. A partir desse pensamento, sustentamos que paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional”. (Cf., também: BRÊTAS, 2005, p. 155-157)

A oralidade não existe com o propósito de eliminar a escrita; a produção probatória deve ser realizada sob o crivo do contraditório, para que toda informação relevante seja debatida antes de ser incorporada à decisão, nada impedindo que alguns atos sejam escriturados, como a denúncia, a defesa, as alegações finais, a sentença, os recursos e os resultados obtidos pelos meios de provas, assim como não há empecilho para o registro eletrônico de atos que tragam segurança e rapidez, potencializando ainda mais a oralidade e assegurando o julgamento dos argumentos e das provas. (MARQUES, 2012)

A implementação da oralidade como expressão de participação não significa que os atos serão realizados informalmente. As formalidades exigidas pelo Código de Processo Penal serão mantidas e deverão ser plenamente observadas sob pena de incorrer em nulidade.

A estabilização não se limita à linguagem escrita, uma vez que a técnica da oralidade demarca o debate durante a audiência de instrução e julgamento, fixando os conteúdos que deverão ser discutidos pelas partes, bem como o alcance dos fundamentos da sentença.

Na forma escrita se dá uma coexistência de passado e presente, na medida em que a consciência presente tem a possibilidade de acesso livre a tudo quanto tenha sido transmitido por escrito, na qual todo o passado está simultaneamente presente para qualquer atualidade. A consciência que compreende libertada de sua dependência da transmissão oral, que traz ao presente as notícias do passado, porém voltada imediatamente para a tradição literária, ganha uma possibilidade de avançar os limites e ampliar seu horizonte, enriquecendo assim seu próprio mundo com toda uma nova dimensão de profundidade. (GADAMER, 2003, p. 505)

Leal (2010, p. 112-113) destaca que o “princípio da oralidade” opera-se pela imediação ou imediatidade, que consiste na aproximação das partes, juiz e demais sujeitos do processo, para que, participando democraticamente dos fatos suscitados pela outra parte, possam manifestar, na presença do julgador, entendimento sobre a controvérsia regida pelo processo. A oralidade é, nas legislações modernas, “atributo do direito fundamental da ampla defesa pela produção da prova”, não se tratando de rito ou postura verbal rigorosamente solene que pudesse conter, em si mesma, efeitos magicistas de produzir o direito pela inefável transubstanciação da palavra. “A oralidade não existe e não se sustenta sozinha e é no princípio da ampla defesa que ela encontra sua sustentação jurídica; uma vez que trata-se de princípio ligado a ampla defesa”.

A técnica da oralidade está estritamente ligada à expressão de participação na presença dos sujeitos processuais, não se limitando apenas à expressão de linguagem durante o procedimento, mas expandindo a participação das partes e gerando embasamento

argumentativo para a decisão proferida de imediato a partir da superação da fundamentação a partir de elementos probatórios exclusivamente escritos.

Sem o contraditório, não há que se falar em oralidade, uma vez que dele decorre e, sem fundamentação, não há controle da decisão pelas partes nos termos da audiência de instrução e julgamento, pois não há acesso aos fundamentos do ato jurisdicional. As informações relevantes que poderão interferir na decisão são aquelas produzidas pelas partes, em audiência, na presença do julgador. E mais, a decisão deverá se valer exclusivamente dos debates firmados em audiência, assim, as partes poderão controlar seu conteúdo. Leal (2002, p. 105) apresenta estrita ligação entre contraditório e fundamentação, em que o contraditório deve ser entrelaçado com o princípio da fundamentação das decisões, de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e direitos debatidos pelas partes, para a futura fundamentação da decisão, pois a decisão que desconsidera “os argumentos produzidos pelas partes no seu iter procedimental será inconstitucional, e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade”¹¹².

O julgamento deve estar vinculado ao argumento das partes. Rosemiro Pereira Leal destaca que a decisão é “julgamento vinculado ao espaço-técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão coextensiva da argumentação das partes”, adquirindo conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento. (LEAL, 2002, p. 26-27) Nesse contexto, torna-se inafastável contraditório e fundamentação, ambos em intensa atuação no debate das partes sobre o fato em julgamento, na busca da decisão imparcial e efetivamente participada, em que aprecie os argumentos firmados durante a instrução processual. Conforme ventilado, a decisão pode ser vista como a conclusão que é tomada a partir da argumentação das partes e não como ato isolado do juiz.

Têm-se no Brasil um problema de ordem legal, uma vez que as leis permanecem no ordenamento tendo aplicabilidade, mesmo faltando o “sentimento constitucional-concretizante”. Poder-se-ia desenvolver um rechaçamento dessas leis que seriam “devassadas a partir da hermenêutica constitucional”. (STRECK, 2009, p. 5-6)

A inobservância do texto constitucional¹¹³ repercute em verdadeira degeneração dos procedimentos, pois, ao invés de concretizar as previsões constitucionais, cerceiam o direito

¹¹² “Haverá inconstitucionalidade do julgamento, se a decisão do órgão julgador do Estado desconhecer essas premissas, que, sob rigor técnico, não será pronunciamento jurisdicional, via de consequência, tratando-se de decisão absolutamente nula, eis que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de qualquer ato do Estado, sobretudo ato decisório no processo, adentram no campo das nulidades.” (BRÊTAS, 2015, p. 178)

¹¹³ Silva (2005, p. 39) sustenta que a “ideia norteadora é a proliferação dos efeitos das normas constitucionais a todo o ordenamento jurídico.”

de participação, bem como deixam abertura para julgamentos amparados em informações realizadas fora da audiência de instrução, em nítido descaso com os debates firmados pelas partes. Muitas vezes o próprio judiciário é cúmplice dessa tragédia, maculando com as previsões legais, em ofensa ao modelo participativo e democrático de processo¹¹⁴.

Apenas o direito de ser ouvido pelo juiz, sem que o fundamento das decisões alcancem seus conteúdos, é verdadeira participação fictícia, tratando-se de mera aplicação formal do princípio do contraditório, mantendo o juiz hierarquicamente superior às partes¹¹⁵ a partir do momento que a decisão não reflete a argumentação firmada em audiência.

Necessária se faz a leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e busca do resultado do processo, em que a concepção de contraditório dá-se de modo mais efetivo, pois não se trata de garantia apenas formal de bilateralidade de audiência, mas sim como uma possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões, exigindo do juiz a submissão de todos os fundamentos decisórios ao contraditório, permitindo que os sujeitos potencialmente atingidos pelo julgado a garantia de contribuir na construção de sua formação. (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 104-108)

Há nítida codependência do contraditório com a necessidade de fundamentação das decisões, vista a partir de um modelo constitucional de processo, pois, ao se exigir que a decisão respeite o contraditório e a fundamentação, veda-se que o provimento seja um ato

¹¹⁴ “Ainda neste funesto quadro de erosão e fuga às responsabilidades e competências de poder soberano, a degeneração culminante de tal processo poderá levar o Judiciário a estabelecer, paralelamente, ao serviço do Executivo hegemônico, outra ditadura que aliás se assemelha a um paradoxo: a ditadura das inconstitucionalidades. É, por sem dúvida, a mais dificultosa de combater e erradicar. Talvez, de todas as ditaduras brancas, venha ela a ser a mais opressiva, a mais calamitosa, a mais degenerativa, por que faz pelos seus acórdãos, por sua jurisprudência, ser constitucional aquilo que materialmente é inconstitucional. E como não há guarda para os guardas da Constituição, podem eles, por obra de lenta metamorfose, se converterem numa super casta de constituintes minoritários, apartados do povo, sem título de legitimidade democrática e, no entanto, constituídos em suseranos da nação, ou, eventualmente, por temor, em capatazes dóceis daquele Executivo que governa, privado de freios e limites, ao velho estilo das realezas absolutas. Nessa hipótese, o Judiciário, co-autor de crimes contra a Constituição e a liberdade, portanto, em dissidência com os princípios que o estabeleceram na organização dos poderes, é também cúmplice do Executivo em guilhotinar a democracia, da mesma forma que os jacobinos do século XVIII, em Paris, guilhotinavam os juizes do “Ancien Régime”. A Revolução que derrubou a Bastilha também derrubou aquela justiça, afim de levantar sobre os escombros do passado um trono às monarquias constitucionais.” (BONAVIDES, 2009, p. 60-62)

¹¹⁵ *Il processo non va costruito su una posizione di supremazia del giudice, su un ordine asimmetrico. Il contraddittorio in senso forte ha una funzione compensativa delle inegualianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad. es. fra governanti e governati; fra ricchi e poveri); esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed ugualianza e, quindi, sia impostato sulla base di rapporti paritetici, su quello che è stato chiamato ordine isonomico.* (PICARDI, 2006, p. 212) “O processo não vem construído sobre uma posição de supremacia do juiz, sobre uma ordem assimétrica. O contraditório, em sentido forte, possui uma função compensadora das desigualdades que, por sua natureza, existem entre as partes (por ex.: governantes e governados, ricos e pobres). Ele permite que o processo assegure reciprocidade e igualdade, e, então, seja assentado sobre a base de relações paritárias, sobre aquilo que foi chamado de ordem isonômica.” (Tradução nossa)

isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz, na perspectiva do processo jurisdicional. Essa relação busca garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes, ou seja, a decisão não é produto somente do juiz, mas do esforço argumentativo das partes. A participação só será plenamente garantida se a decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação das partes, “que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão”. (BARROS, 2009a, p. 18-19) Para garantir a imparcialidade, o juiz deve se manter equidistante das partes, um terceiro imparcial na análise da demanda em julgamento. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 40).

O Supremo Tribunal Federal, em composição plenária no Mandado de Segurança número 24.268-0/MG, julgado em 5 de fevereiro de 2004 e publicado em 17 de setembro de 2004, nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2004), em alusão ao processo constitucional no Estado Democrático de Direito, estabeleceu correlação entre os princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões jurisdicionais. A decisão destaca o papel das partes e o direito de ter seus argumentos apreciados na decisão em torno das questões debatidas dentro da estrutura normativa e dialética do processo, sobre os quais deverá manifestar-se na sua total extensão, concretizando o princípio da supremacia da Constituição. Resta ofendida a garantia fundamental do devido processo constitucional e ao princípio maior do Estado Democrático de Direito, “nos casos de decisões jurisdicionais que entendam estar dispensado o órgão julgador de apreciar todos os argumentos e questões suscitados pelas partes, na estrutura cognitiva, normativa em contraditório do processo”. (BRÊTAS, 2015, p. 225)

Ao analisar o modo como as decisões são fundamentadas, necessária se faz uma perspectiva dinâmica (substancial) para essa exigência constitucional, “também com o respaldo de uma legislação que promova a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro, ou seja, aplicação concreta da garantia e que expanda o próprio conteúdo do texto da Constituição”. (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 303) “A leitura dinâmica da garantia do contraditório como incentivador ao aspecto dialógico do procedimento, impõe uma efetiva participação dos sujeitos processuais em todo o iter formativo das decisões”. (NUNES, THEODORO JÚNIOR, 2009b, p. 140)

A fim de que não se deem passos para o passado é preciso interpretar o processo penal brasileiro “a partir da compreensão de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, base de um Estado Democrático de Direito, que encontra, no modelo

constitucional de processo, o esquema de seu referencial interpretativo”. (BARROS, 2009a, p. 22)

A decisão judicial deve ser a resposta exaustiva aos fatos e argumentos submetidos à apreciação do juízo, entendidos como relevantes aqueles aptos a influenciar o deslinde fático, em que se faz necessária uma instrução de qualidade, possibilitando a efetiva participação das partes, e que a decisão leve em consideração todos os argumentos firmados na audiência de instrução e julgamento, sendo esse é o *locus* de amparo e limite dos fundamentos decisão. Os debates firmados e comprovados pelas partes é que serão levados em consideração, pois garantem a adequada participação e influência dos sujeitos processuais, em harmonia com o referencial interpretativo do modelo constitucional de processo.

A técnica da oralidade vinculará os fundamentos decisórios a partir do momento que os debates firmados pelas partes sujeitarem a decisão. A fundamentação deve ser construída com base nos argumentos comprovados pelas partes em audiência, na presença do juiz, possibilitando reforçar a imparcialidade do julgamento, pois a técnica da oralidade permite fixar o alcance da decisão, sujeitando seus fundamentos ao contraditório exercido pelas partes e à imediatividade decisória do juiz, em audiência, logo após a instrução.

5.2 A superação da supervalorização da escrita: da difusão da gestão da informação e reação ao monopólio da transmissão do conhecimento

Necessita-se questionar o alcance dos elementos probatórios escriturados, se de fato cumprem com suas finalidades e como seu destinatário irá usá-lo, já que o ato escrito possibilita criar uma realidade virtual ao seu leitor – juiz, que se fecha para as demais informações que recebe, pois acredita ter demarcado o percurso que deverá seguir para se chegar a determinado resultado, quando da análise solitária das informações em seu gabinete. A manutenção desse contexto gera prejuízos às partes, em razão da deficiência ou ausência do exercício do direito de participação, uma vez que não participaram da produção daquele elemento probatório, que nem sequer foi colocado em debate durante a audiência de instrução e julgamento, instituindo a realidade virtual uma blindagem à interferências externas. Se o elemento probatório é apenas juntado aos autos, sem um momento para debates sobre em que ele pode contribuir para a reconstrução fática, deixará abertura para acepções díspares, tornando-se o juiz o intérprete privilegiado, pois dará um norte interpretativo àquelas informações, já que não teve esclarecimentos das partes a respeito da sua vinculação com os fatos.

O controle da produção da prova não deve estar nas mãos do juiz, não podendo ser ele quem define o que interessa ou não ao esclarecimento dos fatos. As manifestações em juízo é que vinculam a decisão, sujeitando a fundamentação aos argumentos comprovados pelas partes em contraditório.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, busca-se um processo efetivamente democrático e construído em contraditório pelas partes, no entanto, ainda mantêm-se atuações decisórias solitárias e distantes dos jurisdicionados. A plena confiança depositada aos documentos, permite aos procedimentos servirem para juntadas solitárias e isoladas de informações unilaterais probatórias escrituradas, diante do julgador que se vê frente ao emaranhado de documentos sem compreender para que serve cada um diante da demanda em análise.

As partes não mantêm discursividade com base nos elementos probatórios apenas juntados aos autos; elas apresentam infundáveis documentos e o juiz tem que decidir e fundamentar a decisão a partir das informações existentes nos autos. Não de discutindo qual a finalidade específica da prova e o que pretende o interessado demonstrar a partir de seu ato instrutório previamente realizado, já que a parte vislumbra que os documentos são autoexplicativos e elucidam, por si sós, o caminho que a decisão deverá trilhar, sem se preocupar com os resultados diferentes do contexto probatório pretendido.

A técnica da oralidade no processo penal brasileiro continua retraída, haja vista a permanência da ausência de compreensão de sua relevância na participação dos sujeitos processuais na construção do provimento jurisdicional, no ganho em publicidade e transparência nos julgamentos, bem como na valoração da prova, com acesso a amplos esclarecimentos diretamente das partes, ampliando seus conhecimentos quando da fundamentação da decisão diante da prova judicializada.

Nesse viés, a oralidade possibilita ampliar a participação dos sujeitos em momentos processuais específicos para o debate dos pontos controvertidos demandados¹¹⁶. Não se sustenta a retirada de todos os atos processuais que atualmente se dão de forma escrita, mas que haja ampliação da técnica da oralidade com o fim de se ter de fato o efetivo exercício do

¹¹⁶ Ao juiz atribui-se a fixação do mérito processual, associando os argumentos firmados na denúncia à pretensão probatória do Ministério Público, demarcando o teor da acusação e o objeto probatório a ser desenvolvido pelas partes. Diante das provas produzidas pelas partes, cabe ao juiz avaliar os argumentos firmados em contraditório. (MARQUES, 2014, p. 28)

direito de participação, ampliando e tornando mais legítimo e democrático o procedimento estatal¹¹⁷.

Não há dúvida de que a cultura autoritária, legado da inquisição, gera permanências no processo penal. É persistente a tendência de transformação dos procedimentos orais em escritos, com a recolocação da escrituração no centro, por exemplo, mediante apresentação de memoriais após as audiências; não significando a renovação da centralidade da escrituração. Meios tecnológicos de registro fiel das intervenções das partes e demais pessoas ouvidas contribuirão, certamente, para a adoção da oralidade. (PRADO, 2005, p. 248)

A instrução processual não deve ser vista como mera formalidade de ratificação de atos de informação realizados em fase administrativa investigativa em que não vigem características democráticas de busca da informação, sendo conduzidas sob amparo essencialmente inquisitivo. Convertendo-se a instrução judicial para mera fase de ratificação de informações previamente documentadas, esvazia-se essa fase e retoma-se o modelo inquisitivo, pois o presente momento seria mera ocasião de cumprimento de formalidade, sem qualquer relevância para a decisão que se valeria das informações produzidas sem observação ao contraditório, considerando exclusivamente elementos probatórios cartulares.

A audiência de instrução e julgamento deve se consubstanciar no principal momento para o julgamento, quadrante em que as provas serão produzidas, e com base nela a sentença se fundamentará. Nesse momento, as partes têm a plenitude de participação na produção de provas, em efetivos debates e contato permanente com o juiz.

¹¹⁷ Em sua tese de doutoramento, Maia (2015, p. 237-239), apresenta as “vantagens e desvantagens do processo oral”: “As vantagens suplantam as desvantagens existentes no processo oral. Além de eficiente, pode-se arrolar, sem a pretensão de esgotá-lo, suas seguintes vantagens, sendo a seu tempo, analisadas: a) É célere; b) É isonômico; c) É realizado em contraditório dinâmico e participativo; d) É mais humano; e) Permite que as partes conheçam o juiz que irá julgar sua demanda; f) Fortalece a confiança na justiça; g) É próximo dos jurisdicionados; h) É bilateral; i) É dinâmico; j) É simplificado; k) É menos formal; l) É dialógico. Pode-se afirmar que, dentre todas as vantagens acima arroladas e que foram vistas no desenrolar deste relatório, a maior é saber que o jurisdicionado não será tratado no processo oral como um número, como mais um expediente, do qual o juiz quer se ver livre o mais rápido possível para melhorar sua estatística. E as desvantagens do processo se esbarram na estrutura, na máquina administrativa como um todo, uma vez que para sua implantação será necessária a ampliação dos quadros do judiciário, com mais vagas para juízes com efetiva capacitação, como também será necessária a mudança de cultura das universidades e da Ordem dos Advogados do Brasil, para capacitar altamente os advogados, habilitando-os para o processo oral. Podendo, também, ser arrolado como desvantagem, em decorrência da questão estrutural, a realização de audiências meramente pró-formas, sem atentar para a sua real finalidade, pois ter uma audiência sem a efetiva condução dos atos pelo juiz e com participação dos protagonistas e seus procuradores em contraditório dinâmico, compromete o seu funcionamento. [...] O processo oral não tolera juiz isolado em seu gabinete, e nem mesmo advogados displicentes, incapacitado e despreparado, e nem partes alheias ao processo. Cada um dos envolvidos deve ter a consciência que a justiça se realiza pelo diálogo franco e aberto, as chicanas não são bem vistas e se existirem devem ser veementemente repelidas no processo oral. [...] Embora se reconheça que o processo oral não é a panaceia para todos os males. Ele se põe em vantagem quando comparado ao processo escrito, por possibilitar que todos os interessados, de corpo presente e não só por alegações escritas, participem por meio do contraditório dinâmico, em simétrica paridade, da construção do provimento final.”

Em audiência as partes se manifestarão na busca de sustentar e comprovar os argumentos aviados em sede de acusação – denúncia ou queixa – e resposta à acusação. Variados elementos probatórios são apresentados e utilizados na instrução, no entanto, habitualmente dá-se relevante valor às informações documentais, tornando-se secundário os elementos expostos em contraditório. As audiências e os sujeitos que ali atuam continuam desprezando os debates, muitas vezes até mesmo sem compreender sua relevância e utilidade, acreditando implicar apenas expressão de linguagem com a consequente celeridade processual¹¹⁸.

As provas devem ser produzidas em plena atividade discursiva entre as partes. A técnica da oralidade deve estar presente nas audiências como expressão de ampliação do contraditório, como forma de potencializar o direito de participação previsto na Constituição e implementado nos procedimentos penais.

Há um colossal abismo entre os conteúdos científicos, técnicos e metodológicos do direito processual e o que se passa na conturbada prática do foro, a gerar *atecnias e deturpações nos processos*, em nível cada vez maior e preocupante, o que vai desaguar na interposição de recursos, visando à realização do direito material ou direito substancial postulado pelas partes, em nítida contraposição à construção do Estado Democrático de Direito, sendo necessárias mudanças radicais de mentalidade e formação dos operadores do direito, em que precisam enxergar o processo de forma constitucionalizada, ou seja, “metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais”, em superação à ultrapassada

¹¹⁸ “Já se percebeu que não adianta tão somente dar andamento rápido às atividades, uma vez que o trabalho malfeito induz retrabalho e tal situação é facilmente visível durante o processo quando se profere, por exemplo, uma decisão de modo superficial ou com formalismo exacerbado que induz o uso de recursos, reforma e refazimento do mesmo pronunciamento judicial. O debate bem realizado induz melhor aproveitamento e menor tempo quando se enxerga o processo de modo panorâmico, mesmo que, momentaneamente, o gasto cronológico seja superior. Quando se parte dessa premissa, a redução de tempo que uma atividade processual bem realizada provoca é evidente. Ademais, não se soluciona o mérito apenas se proferindo qualquer sentença: ela tem de conter integralmente o objeto do processo, e ainda a função jurisdicional deve ser tal que o direito definido seja satisfeito. A adoção do formalismo que busca embasamento nos fundamentos constitucionais, evitará as armadilhas desprovidas de logicidade e uma análise integral do caso. A celeridade, finalidade de fundamental importância para obter aqueles requisitos (solução integral e satisfativa), é ainda posta em tensão com as exigências decorrentes do contraditório e da fundamentação das decisões.” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 164) Um dos mais explorados ganhos com a implementação de procedimentos orais diz respeito à busca da razoável duração do processo. Nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição de 1988, deverá ser assegurado a todos a razoável duração do processo, bem como o Estado deve implementar meios para garantir a celeridade de sua tramitação. Com a adoção de procedimentos onde seus atos processuais essencialmente são realizados de forma oral, certamente audiências e o tempo do processo será um pouco menor. Não é que a oralidade vai resolver a conhecida demora processual, já que os problemas são outros. Pode-se afirmar que a adoção da oralidade surtirá efeitos praticamente imperceptíveis na duração do processo, já que o longo lapso temporal até o trânsito em julgado dá-se, principalmente, em razão dos tempos mortos do processo.

forma de vislumbrar o processo como instrumento técnico da jurisdição¹¹⁹, em que o juiz profere a sentença após a prática desordenada de atos pelos sujeitos processuais. (BRÊTAS, 2015, p. 95-96)

Não serve de argumento à não implementação da técnica da oralidade a deficiente formação e preparo dos sujeitos processuais, pois “essas carências deveriam ser evitadas quando de suas formações durante a graduação em Direito, e, se as mesmas não tomam esse cuidado, essa seleção há de ocorrer, na prática forense”, pelas próprias instituições envolvidas – Judiciário, Ministério Público e Ordem dos Advogados do Brasil¹²⁰ – “e também por um filtro natural, uma vez que haverá um expurgo da clientela que procura os Advogados, não podendo se fazer a mesma afirmação para o Promotor de Justiça ou o juiz.” O mínimo que se espera é que cumpram as normas, agindo com toda técnica, e estejam em constante aperfeiçoamento. (DEMERCIAN, 1999, p. 106) Destaca-se sobretudo a atuação das partes, que, além de proceder com todo critério e técnica na elaboração de peças, deve atuar de forma precisa para provocar a atenção do julgador mediante o uso recorrente das audiências, fazendo com que a decisão analise de forma individualizada os debates firmados em contraditório.

As dificuldades devem ser superadas a partir da releitura da oralidade como nítida necessidade de superação do modelo inquisitivo e ideal de busca de democratização do processo penal. Oralidade transpõe a fronteira da linguagem, não sendo apenas forma de expressão. No quadro perverso da inquisitorialidade, a escrita surge como elemento determinante, porquanto permite materializar o resultado da investigação secreta, imunizando-a contra o controle e a crítica. Assim, os atos escritos conservam o saber produzido em segredo e elimina as possibilidades de contestação. Diante desse contexto aplica-se o provérbio processual de que o que não está nas atas/autos não está no mundo, limitando o horizonte de decidibilidade¹²¹. (MARQUES, 2012)

¹¹⁹ "Hoje a instrumentalidade técnica do processo requer mais do que a garantia de participação das partes. Requer que essa participação se dê em contraditório, com igualdade de oportunidades, e que dela resulte essa consequência cujo alcance necessita ser apreendida em toda sua extensão, que é a participação dos destinatários da sentença em sua própria formação. Entre uma decisão 'justa', tomada autoritariamente, e uma decisão 'justa', construída democraticamente, não pode deixar de haver diferença, quando se crê que a dignidade humana se realiza através da liberdade." (GONÇALVES, 1992, p. 174)

¹²⁰ Para Soares (2004, p. 174), o advogado é elemento garantidor do efetivo exercício do direito ao contraditório e da ampla defesa e da estruturação dos procedimentos jurisdicionais, seja ele, ordinário, sumário, especial ou extraordinário bem como na realização da prestação jurisdicional.

¹²¹ Necessário se faz a implementação de procedimentos em que as decisões sejam criadas na própria audiência de instrução e julgamento ou após as sessões de julgamento, em que de fato as considerações orais apresentadas pelas partes realmente fossem levadas em consideração pelos julgadores. Quando a decisão é produzida em gabinete e lida quando do julgamento, após dias ou meses à instrução, o que se fez foi analisar apenas as provas escritas e emitir aquela decisão, sem se levar em consideração as provas orais produzidas nos debates das provas. Assim, se realizando verdadeira fraude à oralidade, já ela não foi levada em consideração

Conforme Marques (2012), o mundo é grande demais para caber nos autos de um processo penal, pois ele se manifesta em um emaranhado de informações, que se torna impossível compreender o caso penal fora do debate contraditório, sendo necessário para a compreensão do processo sua ampliação, abrindo-se para a diversidade interpretativa¹²². A documentação de tudo deve ser superada e ponderar que não somente é possível servir de prova aquilo que está registrado nos autos, pois muitos elementos não são documentados.

Em nome da diversidade democrática que o papel da escrita no processo penal precisa ser revisto. Tem-se que superar a limitação do uso exclusivo de informações escritas produzidas unilateralmente, distante das partes e do juiz. A redução do conhecimento à escrita condensa o saber produzido em segredo, introduzindo uma linguagem perfeita, que promove a descontinuidade temporal entre a produção da prova e a sua produção no julgamento. Como os elementos cognitivos não são produzidos na presença do julgador, o julgamento se concentra nos registros documentados. (MARQUES, 2012)

O debate das informações existentes nos autos é essencial para a construção da decisão. Sem diálogo sobre as provas mantêm-se viva as marcas da inquisição, com julgamentos que se consubstanciam em provas orientadas pelo conhecimento unilateral realizado propositalmente distante das partes, afastando os debates, para que não sofram influências externas e mantenham-se as informações obtidas preteritamente.

Se elementos documentados são apresentados em audiência, a informação não foi ali produzida, sendo oriunda de outro momento, não sendo precedida de debates em contraditório para poderem ingressar nos autos, quanto menos realizada na presença do juiz. Trata-se de verdadeiro resquício inquisitorial, pois as informações do passado chegam blindadas, afastando qualquer participação democrática na sua construção, tornando-se imune a críticas e refutações, como se fossem conhecimento irretocável.

na decisão. Se a decisão é apenas lida na sessão de julgamento, conseqüentemente foi produzida desconsiderando diversas manifestações probatórias que não foram registradas em atas, ou seja, aquela manifestação de poder poderia ter se valido de provas mais amplas e robustas antes do *decisum*. Conforme Ramos, a oralidade é importante complemento ao princípio da publicidade, à medida que a audiência processual penal pública poderia ser utilizada para a mera publicação de uma sentença escrita adrede preparada. A sentença prolatada oralmente, se de um lado expõe a figura do juiz à análise imediata das partes técnicas presentes na audiência, de outro fortalece a atividade jurisdicional, à medida que salvaguarda-a de protelações, hoje vista de maneira assaz negativa pela opinião pública. (RAMOS, 1996, p. 381)

¹²² “O intercâmbio e o inter-relacionamento entre os vários setores sociais e os Juizes é salutar e fará com que a sociedade quebre seus preconceitos em relação ao judiciário, ao mesmo tempo que manterá os Juizes a par da realidade social em todos os seus desdobramentos. O Juiz não pode conhecer o ‘mundo’ apenas através do processo, nem manifestar-se através desse único canal formal.” (NUNES, 1994, p. 129) Em superação ao *Quod non est in actis non est in mundo*.

O espaço discursivo processual não é o momento apenas para a juntada de documentos ou leitura deles. Se é da audiência de instrução e julgamento que deverá ser fundamentada a decisão, é nesse momento que as provas deverão ser produzidas. Como bem ressalta Bittencourt (1977, p. 73), “o convencimento do juiz sem processo oral é pura ficção”¹²³.

A valorização do conhecimento produzido longe da presença do juiz é tão marcante que sua relação com as demais pessoas que interferem no processo muitas vezes está intermediada por outras pessoas, geralmente pessoas do mesmo tribunal, que recebem as informações, e as transmite em atas, que futuramente serão lidas pelo juiz para proferir a sentença. Esse modelo não incentiva a efetiva presença do juiz durante as audiências. Acompanhando essa estrutura escrita e desconcentrada (ao invés da concentração de atos), resta praticamente impossível que os juízes possam decidir com base naquilo que se lembrar das provas apresentadas na audiência, isso quando se parte do pressuposto que ele a acompanhou. A escrituração de atos, que geralmente ainda predomina nos procedimentos, é acompanhada de elementos que têm evidenciado uma escassa conveniência a respeito de determinadas fases do processo. Cada uma das fases processuais se encontra concebida para a forma escrita. As escassas atuações orais existentes estão desvirtuadas por uma prática impregnada de delegações, pois o juiz pronuncia sua sentença baseando-se exclusivamente em atos realizados por escrito e na documentação dos atos que se realizaram oralmente. O sistema se opera na pouca crença da oralidade e na superioridade absoluta da escrita. (PALOMO VÉLEZ, 2009, p. 627-628)

A decisão judicial deve ser desenvolvida com base nos argumentos firmados pelas partes e validados em juízo durante a audiência de instrução e julgamento. A partir do constitucionalismo democrático, a decisão precisa ser desenvolvida com base nos argumentos validados na instrução. Com base nos pontos de vista contrários é que será problematizado o raciocínio jurídico, vislumbrando-se as inúmeras possibilidades que ele proporciona. Nesse contexto, a decisão judicial somente será democrática e repercutirá com legitimidade, quando proferida após manifestação das partes, buscando-se superar o unilateralismo decisionista inquisitorial, a partir da construção da decisão democraticamente, possibilitando a atividade probatória das partes e a ampla argumentação. (MARQUES, 2012)

¹²³“O contraditório, como ciência bilateral dos atos e termos processuais com a possibilidade de contrariá-los, é da essência do devido processo legal. Com o contraditório, torna-se inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o processo, com armas legais, a defesa de seus interesses, a fim de convencer o juiz, com provas e alegações, de que a solução da lide lhe deve ser favorável. (MARQUES, 1974, p. 373)

A manifestação judicial está vinculada ao conteúdo da audiência e às argumentações comprovadas pelas partes. A decisão não pode ser construída exclusivamente amparada nas informações escritas, pois elas afastam o debate, devendo ser discutidas pelas partes e comprovadas para que possam servir de fundamento decisório.

As informações relevantes que servirão ao julgamento devem ser levadas pelas partes e debatidas em audiência, para que assim possam ser validadas e ingressem aos autos em pleno contraditório judicial. Sem se firmar esse contraditório, as informações escritas exigem do juiz que as interprete solitariamente em gabinete sem os esclarecimentos e o contato pessoal com partes.

A técnica da oralidade permite demarcar o debate; fazendo com que haja fixação temática e a decisão vincule-se aos conteúdos apresentados pelas partes, balizando a discricionariedade judicial e diminuindo a possibilidade do juiz ser o intérprete privilegiado das informações que recebe, pois esses conteúdos deverão ser expostos e comprovados pelas partes, em audiência.

Se a sentença é fundamentada em atos escriturados que foram produzidos em momento pretérito ou fora da instrução processual, o resultado torna-se influenciado por informações escrituradas que não foram produzidas em contraditório, como se fossem verdades absolutas, distantes do juiz e sem a possibilidade de as partes influenciarem na sua construção, pois já estava pronta e acabada.

O conhecimento não pode se concentrar somente na interpretação do juiz, mas declinado às partes que deverão se manifestar com a garantia de que suas colocações serão apreciadas pela decisão, em nítida democraticidade processual e descentralização da gestão da informação¹²⁴. Os argumentos levados a efeito obrigatoriamente serão aqueles firmados pelas partes, em verdadeiro balizamento da decisão e garantia de influência dos debatedores, em que “todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz será produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último”. O direito a esse confronto pessoal funciona para prevenir práticas inquisitivas por parte do Estado, na substituição da prova oral produzida em audiência por manifestações testemunhais produzidas unilateralmente e em segredo, assegurando o direito de defesa e facilitando a resolução do mérito pela observação direta do julgador das manifestações das

¹²⁴ Na pesquisa utiliza-se a expressão *gestão da informação* no sentido de demarcar as informações que poderão servir como fundamento decisório, ou seja, os dados que possibilitarão o juiz decidir nos termos dos debates firmados pelas partes na audiência de instrução e julgamento.

partes, o que “contribui para a correção do juízo de valor acerca da confiabilidade do elemento probatório testemunhal”. (MALAN, 2009, p. 78)

A técnica da oralidade se propõe a permitir ao juiz e às partes o contato direto e pessoal com as questões fáticas e jurídicas essenciais ao julgamento.

A construção da decisão passa pela releitura do processo com base no referencial interpretativo teórico do modelo constitucional de processo, para que as partes influenciem amplamente a decisão com as informações apresentadas democraticamente em audiência. Permanece atualmente inequívoca a predominância na escolha das informações escritas para fundamentar os atos decisórios jurisdicionais, na crença de sua superioridade, aparentando tratar-se de linguagem perfeita, em nítida superação aos argumentos firmados pelas partes e comprovados em juízo. Na audiência de instrução e julgamento é que as partes deverão firmar argumentos que confirmem e demonstrem suas colocações. Se os argumentos acusatórios firmados não forem comprovados na audiência, a decisão deverá se comportar no mesmo sentido.

A informação que servirá à fundamentação não pode ser definida por um só sujeito, devendo ser descentralizada. Por meio da oralidade busca-se descentralizar a gestão da informação e a possibilidade de ampliar a participação na construção do provimento jurisdicional, em estrita necessidade de superação como fonte única de colheita de elementos probatórios os autos cartulares do procedimento.

“O processo é feito para demorar!”¹²⁵ A afirmação é relacionada à necessidade de julgamento adequado. O julgador deve se debruçar com cuidado sobre as questões submetidas à sua cognição, bem como manter contato direto e constante com as partes, fundamental para o amadurecimento decisório. O juiz deve dedicar-se à demanda, às alegações iniciais no primeiro momento e reunir-se com as partes em audiência, acompanhar a produção das provas, considerar suas alegações, para em seguida prolatar a decisão. (CABRAL, 2014, p. 104)

Não deve ser mantida a lógica procedimental de o juiz poder julgar com base em informações que não foram submetidas aos debates e validadas na instrução, com o reconhecimento da superioridade absoluta da escrita. A escrita como expressão de linguagem não pode imunizar suas informações ao controle e crítica, eliminando qualquer possibilidade de contestação, materializando os conteúdos produzidos fora da audiência de instrução e

¹²⁵ No mesmo sentido, o processo não foi feito para ser instantâneo ou momentâneo. (LOPES JÚNIOR, BADARÓ, 2006, p. 6)

julgamento. Coutinho discorre que a genialidade do modelo inquisitivo está no fato de ter incorporado a “lógica dedutiva”, que permite ao inquisidor a escolha da “premissa maior”, possibilitando “decidir antes e, depois, buscar quiçá, obsessivamente a prova necessária para justificar a decisão”. (COUTINHO, 2001, p. 25)

O julgamento exclusivo de atas deve ser superado, bem como o julgamento baseado em informações que não foram colocadas em debate e nem sequer discutidos se os argumentos firmados na inicial acusatória se sustentam perante os elementos probatórios existentes nos autos. A partir do momento que a decisão leva em consideração os argumentos firmados em juízo, o papel das partes torna-se valorizado e a decisão legítima, deixando de ser o intérprete exclusivo de informações, bem como supera a exclusividade do conhecimento, haja vista que julgará a partir dos argumentos firmados e comprovados pelas partes, que serão ou não validados em juízo, na presença do julgador, frente às provas judiciais.

A exclusividade do conhecimento mantém um vasto campo de atuação autoritária e suplantadora de direitos garantidos na Constituição, não bastando afirmar que as partes terão possibilidade de participar se não houver meios para que ela possa ser exercida e a garantia de que os elementos expostos em contraditório sujeitarão os fundamentos da decisão.

5.3 Da necessária superação do julgamento de atas e a valorização da audiência

Conforme abordado no capítulo anterior sobre a ausência de compreensão da relevância da oralidade, continua-se supervalorizando as informações documentadas, sem entender como a técnica pode contribuir para o esclarecimento dos fatos em julgamento. Os sujeitos processuais continuam extremamente apegados a autos cartulares e à elevada utilização de documentos para sustentar suas hipóteses, vislumbrando da audiência algo desnecessário, visto que as informações que servirão de fundamento à sentença estão nos documentos, que por si só dizem tudo, impondo-se a eles um sobrevalor frente aos elementos expostos em audiência.

Para que a técnica da oralidade possa, de fato, ser aplicada, bem como tenha espaço processual relacionando-a à ampliação do direito de participação e à construção democrática da decisão, necessária se fazem sua compreensão e aceitação, pois, do contrário, os procedimentos continuarão pautados em atas e documentos escritos.

A oralidade como expressão de participação busca garantir manifestações durante a fase de instrução, na presença das partes e juiz, mantendo as formalidades exigidas no Código

de Processo Penal. Prado (2011, p. 111-119), partindo da leitura do princípio do juiz natural ¹²⁶, verifica que se faz necessária a reorganização dos procedimentos para a implementação da oralidade, da concentração de atos processuais e da identidade física do juiz. “Quando o juiz tem contato com as provas e argumentos das partes é que deve poder julgar”, porque somente a partir desse contato terá condições de avaliar as informações diante de todo o contexto, bem como se assegurará a garantia de que sentencie conforme as provas produzidas em sua presença e com base nos argumentos das partes.

O contato com as partes e os elementos probatórios torna-se fundamental para os esclarecimentos fáticos e jurídicos, associados à necessidade do juiz se amparar nas informações coletadas durante a audiência, pois, somente assim terá condições de decidir, fundamentando a partir dos elementos probatórios debatidos em audiência e demarcados pela oralidade.

Os procedimentos devem prever momentos e garantir que eles sejam realizados de forma que garantam a efetiva participação dos interessados e, ainda, a decisão possa de fato se valer das informações que são produzidas em audiência. Frequentemente é necessário garantir meios de efetiva participação dos sujeitos processuais. Ressalte-se a necessidade de dar atenção e cumprimento e de considerar todo o contexto probatório, inclusive os argumentos firmados entre as partes, na necessidade de se confirmar em juízo, argumentativamente, as hipóteses acusatórias e defensivas firmadas em audiência. Do contrário, a técnica da oralidade não serviria de nada, bem como não haveria necessidade de audiências de instrução, já que a decisão buscaria fundamentos nos elementos informativos documentados nos autos.

A garantia de momentos que ampliem o contraditório das partes nos procedimentos penais proporciona o contato imediato do juiz com os elementos de provas debatidos, possibilitando maiores esclarecimentos, bem como eventualmente a conciliação, ao invés de se buscar a solução por meio de longas peças escritas.

A audiência no sistema acusatório, orientada pela técnica da oralidade, exige que a decisão obrigatoriamente seja tomada a partir da consequência da realização da instrução judicial. A técnica da oralidade deve ser vista pelos sujeitos processuais como metodologia de trabalho, e a audiência serve para atingir esse objetivo. A audiência de instrução e julgamento possui a função de produzir elementos probatórios de qualidade a partir da interação entre as partes, depurando-se melhor as informações; possibilita exercer seus direitos relacionados às

¹²⁶ *La oralidad, entonces, al garantizar e integrar un mejor y más efectivo ejercicio de derechos y facultades de las partes, debe ser entendida como parte integrante de la garantía del 'debido proceso' y en consecuencia, debe ser interpretada como idea rectora.* (GONZÁLEZ, 2010)

garantias constitucionais; faculta maior publicidade e transparência aos atos procedimentais, tornando-os legítimos, podendo as partes acompanhar a atuação jurisdicional, exercendo a imediata fiscalização da atuação do juiz.

Quando da predominância de debates para se confirmar em juízo os argumentos iniciais das partes, a presença do juiz torna-se fundamental, gerando reflexos positivos em todos os sentidos; exigindo que esteja atento à instrução, refletindo nas partes que deverão igualmente estar preparadas para esse dinamismo processual.

A técnica da oralidade realiza a demarcação temática do debate. A partir das colocações da acusação e defesa, nas quais deverão comprovar seus argumentos, a decisão sujeita-se aos elementos probatórios produzidos pelas partes em contraditório. Oralidade é comportamento das partes que obriga comportamento do juiz; pois, ao mesmo tempo em que exige atuações preparadas das partes, obriga o juiz a se atentar à audiência, pois encontra-se obrigado a fundamentar a partir do ocorrido nesse momento.

Importante colocação faz Leonardo Augusto Marinho Marques a respeito das implicações necessárias para a compreensão da oralidade como componente da gestão democrática do processo penal. Depreende-se da oralidade a concentração de fases do procedimento que é importante para a continuidade entre as alegações das partes, produção de provas e julgamento, evitando-se a cisão entre instrução secreta e julgamento de atas, adotada pelo método inquisitório; possibilitando a concentração que toda informação relevante seja inicialmente debatida pelas partes e, em seguida, incluída no julgamento, assegurando a gestão descentralizada da informação, permitindo às partes introduzir provas aos autos, conhecê-las e impugná-las, e ao juiz, integrar-se do debate de forma mais dinâmica e próxima da realidade processual. A imediação, na necessidade da presença física do juiz em todas as fases do procedimento, no contato e diálogo permanente com as partes, é indispensável quando se pretende que o debate, em contraditório, seja incorporado ao julgamento. As impressões necessárias à decisão devem resultar da proximidade com a reprodução dos fatos, os argumentos e as provas. Assim, garante-se que a decisão seja realizada com base nos elementos probatórios que passaram sob o crivo do contraditório, sem surpresa para as partes; exigindo a oralidade que a decisão se fundamente nas provas produzidas em contraditório, proibindo o juiz de valorar as informações preliminares que teve acesso na fase de investigação, não podendo ser incorporadas aos autos, do contrário, anularão a importância das provas produzidas em audiência. (MARQUES, 2012)

Os procedimentos brasileiros continuam despreocupados em garantir a efetiva participação das partes na construção da decisão. Não existe inquietação em possibilitar que a

decisão seja fundamentada exclusivamente nos autos cartulares. Mesmo que haja previsão legal de a participação se dar oralmente, na busca de ampliar o contraditório e os debates firmados, habitualmente apresentam-se memoriais, abrindo-se mão da possibilidade de os esclarecimentos serem feitos na presença do juiz, que precisa das informações para decidir, com informações fáticas e jurídicas de melhor qualidade, que foram submetidas ao contraditório pelas partes.

Certamente a ausência de legislações¹²⁷ com regulamentações específicas mantém os sujeitos processuais em posições tradicionais/retrógradas, aparentemente inquestionáveis, seja por comodidade ou até mesmo por vícios de repetição sem a efetiva crítica de o procedimento ser realizado daquela forma¹²⁸. As partes acreditam ser cômodo realizar suas manifestações por escrito, pois vislumbram que haverá mais tempo para reflexões, que recebem o aval do juiz, que comungará do mesmo raciocínio, pois ao invés de decidir de imediato, em audiência, se manifesta em gabinete¹²⁹, sem a presença das partes, quando poderá dar a interpretação individualizada aos documentos apresentados, já que não houve contraditório prévio à juntada das informações aos autos.

Em audiências mais dinâmicas as partes dialogam sobre as provas e pontos controvertidos, apresentando esclarecimentos probatórios necessários aptos a efetivamente

¹²⁷ “*Man ist sich doch seit Jahr und Tag darüber einig, daß die mündliche Verhandlung im Prozeß nicht das leistet, was Prinzip und Gesetz von ihr erwarten. Ist es nicht – so wird man sagen – allgemein bekannt, daß zwar das Gesetz eine mündliche Verhandlung postuliert und ihren Ablauf wie Inhalt zur Grundlage des Urteils erklärt, daß aber in der Wirklichkeit des Prozesses sich die eine mündliche Verhandlung nur allzuoft in eine Unzahl von scheinmündlichen Verhandlungen auflöst und alles für die Urteilsfindung Erhebliche in den Schriftsätzen und Protokollen steht? Wäre es nicht aufrichtiger, entspräche es nicht eher der Wirklichkeit, von dem Prinzip der Mündlichkeit endgültig Abschied zu nehmen und klipp und klar zu sagen, der Prozeß sei schriftlich und man solle sich damit begnügen, nur die Beweisaufnahme vor dem Gericht ablaufen zu lassen?*” Baur, na década de 60, fazendo alusão à reforma processual penal alemã, já afirmava que para ser possível a aplicabilidade da oralidade, necessário se faz sua estruturação pragmática, buscando superar os julgamentos baseados essencialmente em documentos, assim como se deu na reforma legislativa alemã de 1933: “Há muito tempo existe o consenso de que o procedimento oral no processo não oferece aquilo que o princípio e a lei dele esperam. Não é algo amplamente sabido – dir-se-á – que a lei prevê um procedimento oral e define o seu resultado como conteúdo para a fundamentação do julgamento, mas que na realidade do processo esse procedimento oral perde-se muito frequentemente em um sem-número de procedimentos aparentemente orais e que tudo o que importa para a realização do processo reside nas petições e nos protocolos? Não seria mais sincero, não corresponderia mais à realidade, abrir mão do princípio da oralidade e dizer claramente que o processo deve-se dar por escrito e que se deve contentar com isso, deixando apenas que se apresentem as provas ao tribunal?” (NUNES, 2008, p. 56)

¹²⁸ Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o anseio punitivo que pauta e motiva as reformas parciais, em que pese o espírito democrático de muitos dos autores das ideias reformistas, se reforma para não mudar nada, mantendo a crença retrógrada de que melhora com mais pena, mais prisão e punição. Faz-se reformas pelas mudanças que, de fato, só se darão quando mudar a base sistêmica. Se for preciso, efetivamente, mudar o sistema, nota-se que não é algo simples e nem fácil, pois ele é inquisitório, foi inquisitório e se tudo se reduzir à aprovação destas reformas parciais, continuará inquisitório. (COUTINHO, 2009, p. 230)

¹²⁹ As alegações escritas, sem a participação das partes em audiência desumaniza o processo. (FARAH, 1999, p. 168)

participar desse dinamismo da audiência, pois as questões divergentes devem ser resolvidas em audiência, com a presença das partes e do julgador. O juiz se interessará pelos debates a partir do momento que não tiver contato com informações pré-processuais, necessitando da audiência para tomar conhecimento dos fatos, mediante a atuação das partes.

A técnica da oralidade amplia a participação das partes durante a audiência de instrução e julgamento, na qual toda a gestão das informações relevantes para a decisão estão concentradas nas partes, manifestando o juiz com base nas informações probatórias apresentadas democraticamente. A decisão deve ser proferida imediatamente ao final da instrução, para que ela alcance e leve em consideração todas as informações apresentadas e debatidas pelas partes, não podendo se sustentar exclusivamente em elementos probatórios cartulares. A técnica da oralidade, como expressão de participação, compatível com o Estado Democrático de Direito, sujeita a fundamentação da decisão ao contraditório exercido pelas partes com a imediatividade decisória do juiz, em audiência, logo após a instrução.

Não deve haver largo espaço entre a colheita de elementos probatórios e a decisão, tornando-se relevante a continuidade entre as alegações das partes, produção de provas e julgamento, para que não haja cisão entre os debates firmados e os elementos probatórios que serão utilizados para fundamentar a decisão. A descontinuidade temporal faz com que o juiz busque fundamentos exclusivamente nas informações cartulares do procedimento, pois não tem condições de se valer dos debates realizados em audiência. Longos espaços temporais mostram-se temerários, pois essa foi uma marca inquisitorial, em que maneja o tempo de duração do procedimento, demarcando preteritamente as informações que deveriam ser utilizadas quando da decisão judicial, na tentativa de blindar essas informações contra quaisquer riscos de interferências externas.

A oralidade atua como técnica de impedimento de conveniências desse tipo, obrigando o comportamento do juiz mais atento e condicionado à audiência, superando a supervalorização exclusiva dos elementos escriturados na decisão.

A técnica procedimental da oralidade reduz os espaços de atuação solitária do juiz, não deixando que se sinta na conveniência de analisar escritos em momento posterior, sujeitando os fundamentos decisórios ao contraditório exercido pelas partes em juízo e a manifestação jurisdicional ocorrer em audiência, logo após a instrução¹³⁰.

¹³⁰ Na mesma linha, Maya (2015, p. 286-287): “A eficácia do procedimento oral como técnica de aproximação entre normatividade e efetividade do princípio democrático no processo penal, ao fortalecer o contraditório e, assim, criar um ambiente propício à efetiva participação das partes na formação da decisão judicial, depende da previsão de sanções rígidas e objetivamente determinadas, da eliminação dos espaços para a realocação de

Certamente debates orais exigem mais preparo das partes, assim como a alegação final oral estabelece prévio e detido conhecimento da demanda para que possam produzir acusação e defesa de qualidades e não apenas cumprir com a formalidade do ato, como manifestações genéricas e superficiais, sem se dedicar à casuística em julgamento. O fato de a decisão ser prolatada logo em seguida à alegação das partes exige do julgador imediata e prévia análise dos debates para tomar a decisão. A técnica da oralidade diminui as possibilidades de concessão de tempo para voltar às suas salas individualizadas de trabalho e pensar no que vai manifestar ou decidir, pois o procedimento é dinâmico, efetivamente participativo e exige que os sujeitos processuais estejam bem preparados¹³¹. A técnica da oralidade possibilita maior qualidade para o julgamento, já que demanda prévio e detido preparo quando da realização dos atos instrutórios durante as audiências, superando o ativismo judicial que privilegia as manifestações do juiz.

Apesar de as legislações processuais penais demonstrarem preferência às informações documentais, esse não é o único embaraço para o uso da oralidade no Brasil. Não é apenas a ausência de previsão legal que dificulta o potencial uso da técnica da oralidade nos procedimentos penais, pois percebe-se que os sujeitos processuais não estão preparados para seu uso¹³², optando aprofundar no estudo dos autos em momento posterior¹³³.

práticas autoritárias, a exemplo da exigência de demonstração de prejuízo ao reconhecimento da invalidade do ato processual. A restrição desses espaços afigura-se fundamental à democratização do processo penal, ainda que esse objetivo dependa, para além das reformas legislativas, de uma revolução cultural no âmbito do campo jurídico. O primeiro passo dessa revolução, no entanto, dada a influência ainda atual do positivismo jurídico no microcampo processual penal, deve ser dado no âmbito legislativo; precisa partir da lei.”

¹³¹ “Necessitamos ampliar o debate em torno das questões processuais não nos preocupando prioritariamente com as mudanças da legislação, mas, concomitantemente, com a divulgação de como aplicá-las em perspectiva constitucional, ao lado do delineamento de uma política pública de democratização processual (acesso à justiça) que conte com a participação ampla de todas as instituições envolvidas (IBDP, OAB, Judiciário, Ministério Público, Universidades), sem sobreposição de idéias e competição entre as entidades e profissões, como é corriqueiro no discurso jurídico brasileiro. Enfim, a obtenção de um paradigma processual constitucionalmente adequado não resultará tão-somente de iniciativas pontuais e desgarradas de uma intervenção macro-estrutural. Em outros termos, há de se perceber que somente ocorrerá a geração de impacto na eficiência e na legitimidade, caso se estabeleça uma política pública de democratização processual, amplamente debatida, que problematize a questão da aplicação constitucional das normas processuais (com o contraditório), das reformas processuais, da gestão processual e da infraestrutura do Poder Judiciário, de modo conjunto”. (NUNES; THEODORO JÚNIOR, 2009b, p. 141)

¹³² Em alusão ao Código de Processo Civil, não se utiliza a oralidade no Brasil porque os profissionais não estão preparados para usá-la, apesar de estar devidamente prevista desde a legislação processual de 1939, conforme se aborda: “Assim, o Novo CPC potencializa a fase preparatória da fase de conhecimento no seu art. 357 (saneador compartilhado), de modo a induzir o juiz a promover uma fixação extenuante das questões objeto da cognição, de modo predominantemente escrito, diante da ausência de proximidade do profissional brasileiro com a oralidade (apesar da absorção normativa do sistema oral, na lei, desde o CPC de 1979), no qual as margens de surpresa futura cairão exponencialmente; permitindo, até, um melhor gerenciamento do litígio pelo magistrado”. Destaca-se ainda a relevância da construção da decisão mediante prévio e efetivo debate, como tendência do modelo de processo atual, em garantia à participação dos interessados e ao julgamento imparcial: “Ao adotar a regra da cooperação e da boa-fé objetiva, o processo passa, em um Estado Constitucional

Os sujeitos processuais não demonstram preparo para essa mudança, pois continuam dependentes das manifestações exclusivamente por meio de petições¹³⁴. Esse preparo pode ser fomentado com uma formação direcionada para potencializar a participação e tematizar o debate de forma objetiva.

Nos procedimentos penais brasileiros habitualmente as partes se encontram na audiência de instrução e julgamento para juntar documentos, reiterar manifestações escritas anteriores ou para a leitura de memoriais e, em seguida, o juiz se recolhe solitariamente para decidir com base em cópias existentes no procedimento.

A superação da compreensão de que leitura de documentos é oralidade se faz necessária. Por vezes as partes se limitam a acreditar que argumentar oralmente é ler provas documentadas, relatórios, perícias, quesitos, escritos que estão juntados aos autos, na falácia da decisão abranger a fala ali disposta. Não bastam leituras durante a audiência, pois os argumentos colocados precisam ser validados em provas para integrar a decisão. Os argumentos não ganham relevância quando lançados fora do contexto probatório, muito menos a linguagem oral divagar em palavras sem contextualização nos autos.

Com as grandes demandas judiciais os juízes não se veem em condições de instruir todos os processos de forma detida e cautelosa. Ao mesmo tempo que instruem um, julgam outro, em análise exclusiva de elementos probatórios documentados nos autos. Esse grande volume no Judiciário não permite ao juiz valorizar e colher informações em audiência, para que possa se valer de debates das partes em condições de usá-los na decisão.

Os sujeitos processuais devem compreender e começarem a se adequar à técnica da oralidade e de fato dar início ao seu uso. Precisa-se compreender que a participação garantida

Democrático encampado pelo NCPC, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo, que coíbe o abuso e fomenta a comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (fase preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a participação na estrutura procedimental”. (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 114-115 e 230)

¹³³ Apesar do avanço e da percepção do legislador com a entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008, alterando os procedimentos penais, percebe-se que pouca coisa mudou na praxe forense. As alterações atinentes à oralidade não foram bem compreendidas e muito menos aceitas pelo juiz e pelas partes, pois continua-se com manifestações por meio de memoriais e sentença em momento posterior. Contata-se que é comum substituir as alegações orais por memoriais sem qualquer análise de complexidade do caso ou número de acusados, e indistintamente retroage-se a antes da lei como se nada tivesse sido alterado, pois ainda não se vislumbrou os motivos das alegações terem sido impostas oralmente, em geral. Percebe-se certa indisposição dos sujeitos processuais na realização dos memoriais de forma oral; pela falta de compreensão, hábito ou até mesmo por despreparo dos atores processuais.

¹³⁴ “A defesa oral, a frente do réu, exige que o defensor demonstre conhecimento da causa e se empenhe em busca do resultado mais favorável ao acusado. Não bastam reiterações de manifestações escritas anteriores. Da mesma maneira a acusação deverá se posicionar sobre a prova. E o juiz exporá as razões de sua decisão. A troca de papéis (*mutatio libelli*) entre acusação e juiz é bastante dificultada” (PRADO, 2005, p. 248)

constitucionalmente não surtirá qualquer efeito se as partes não souberem usá-la e continuarem acreditando tratar-se de mera expressão de linguagem, não se valendo do contraditório, orientado pelo modelo constitucional de processo, que permite sua potencialização.

Muitas vezes as partes se valem da escrita como meio de delimitar o conteúdo da decisão, receosas de que fuja do que está documentado, pois, à medida que os argumentos estão escritos, a decisão será balizada nos memoriais apresentados, necessitando apenas da análise dos elementos probatórios que foram apresentados por escrito ao juiz. Acreditam que o julgamento deve se dar com base nas informações contidas na documentação, pois não conseguem compreender a necessidade de efetivos debates dos elementos apresentados, em típica fraude à técnica da oralidade; esses documentos já serviram de ponto de partida para o oferecimento da pretensão acusatória e continuam nos autos, possibilitando ao juiz se integrar dos fatos a partir de informações produzidas distantes das partes, diminuindo sua capacidade cognitiva decisória.

A oralidade pode ser comprometida pela atividade administrativa desenvolvida pelo juiz na audiência, pois ele tem o potencial de flexibilizá-la conforme casuística. Por meio da oralidade, possibilita-se ao juiz administrar a audiência no sentido de aprofundamento da atividade crítica das partes para aspectos que necessitem de melhor equacionamento. (RAMOS, 1996, p. 143-144) A atividade administrativa de impulso aos atos que serão realizados é um importante instrumental para maior ou menor uso da técnica da oralidade. Diante da autonomia do julgador, amparada legalmente, é-lhe possível flexibilizar debates em audiência para manifestações escritas, quando previamente entende que as informações probatórias que interessam ao feito são essencialmente documentais.

Para Binder (2003, p. 63-64), a oralidade é um dispositivo previsto para garantir o princípio da imediação, a publicidade do julgamento e a personalização da função judicial. A utilização da palavra proferida, não escrita, “é meio de comunicação entre as partes e o juiz e meio de expressão dos diferentes instrumentos de prova”.

A técnica da oralidade valoriza o efetivo contraditório e amplia a participação das partes durante a audiência de instrução e julgamento. Enquanto há participação, as atuações oficiosas do juiz diminuem, em risco de se confundir funções com a acusação ou defesa,

mantendo-se como terceiro imparcial e distante da produção da prova. Enquanto houver possibilidade de efetiva participação das partes, fecham-se os espaços probatórios do juiz.¹³⁵

A instrução judicial deve diminuir os espaços de atuação solitária do juiz, demarcando os debates por meio da técnica da oralidade, organizando o procedimento. Essa técnica procedimental possibilita às partes demarcar e esclarecer em juízo os conteúdos que serão levados ao julgamento. Permite que as matérias que vincularão a decisão sejam debatidas em contraditório pelas partes, levando ao juiz maiores substratos para que possa fundamentar a decisão nos limites dos elementos probatórios discutidos e comprovados na presença do juiz.

O procedimento torna-se mais organizado e garantidor com as demarcações realizadas pelas partes durante os debates. A oralidade permite melhor orientação à decisão quando as partes delimitam tematicamente o alcance dos fundamentos decisórios, fazendo com que o juiz se sujeite apenas ao que foi efetivamente debatido em contraditório. Os procedimentos devem possibilitar o entrelaçamento das provas, dos argumentos e da sentença, não podendo a decisão ser algo diferente dos lastros informativos expostos em contraditório, que é condicionante à construção da fundamentação do juízo.

A audiência ganha em qualidade e valorização, pois, como ela é que orienta a decisão, as partes devem, efetivamente, exercer a participação e debates de qualidade, buscando envidar todos os esforços para que seus pleitos sejam acatados na sentença, obrigando o juiz a se interessar pela audiência e informações que serão expostas em contraditório, pois essas informações probatórias vinculam o conteúdo da decisão, e ele se vê obrigado a apreciar as argumentações firmadas em audiência.

O contraditório obriga a decisão judicial a apreciar os argumentos apresentados pelas partes em audiência, vinculando a decisão. A técnica da oralidade, orientada pelo modelo constitucional de processo, possibilita ampliar a análise dos debates firmados pelas partes na presença do juiz, pautando-se na supremacia da Constituição, garantidora do efetivo direito de influenciar a decisão.

¹³⁵ “Ao exigir a efetiva participação das partes, contribui a reduzir os espaços de movimentação do juiz no curso da persecução penal, constringendo-o a permanecer em uma posição de *terzietà*, minimizando os riscos de substituição das atividades parciais pelo juiz. Ademais, ao estabelecer um vínculo compacto entre provas, argumentos e sentença, aproximando esses três momentos processuais, a oralidade contribui para a redução do arbítrio das decisões judiciais e reforça a sua legitimidade. Sob outro aspecto, apresenta-se como alternativa ao procedimento escrito e escalonado, típico dos processos formatados como investigação oficial nos Estados burocráticos, característica dos modelos autoritários, ditos inquisitoriais, em que o protagonismo do juiz subtrai a eficácia material do contraditório. Enfim, a oralidade funciona como técnica de redução da distância entre o ser e o dever ser do contraditório enquanto garantia fundamental, um instrumento facilitador dos princípios políticos e das garantas fundamentais que estruturam o processo penal democrático.” (MAYA, 2015, p. 300)

O modelo constitucional de processo, orientador da busca de implementação de garantias de participação daqueles que podem ser atingidos pela decisão estatal, ampara a técnica da oralidade que se propõe a garantir e ampliar a função das partes, demarcar as atribuições do juiz e garantir que a decisão se sujeite aos conteúdos dos debates, em respeito aos princípios constitucionais.

Haja vista o caminho como as decisões são fundamentadas, possibilitando à legislação processual se valer exclusivamente de elementos probatórios cartulares e diante da necessidade de garantia de influência das partes, a técnica da oralidade se propõe a expandir os conteúdos do texto processual, garantindo a efetividade de que os debates em contraditório sujeitarão os fundamentos da decisão, em conexão com o modelo constitucional de processo, concretizando e expandindo o próprio texto da Constituição. A oralidade coloca-se como técnica de implantação do contraditório participativo no modelo constitucional de processo.

Em um cenário perfeito, os autos da investigação preliminar não deveriam acompanhar os da ação penal, no entanto, dada a realidade brasileira, afirma-se que solidifica-se a necessidade de a oralidade ser vista como vinculante à decisão e técnica de implementação e ampliação do contraditório. Ela possibilita que os dissonantes cognitivos que possivelmente são criados pelo julgador mediante o acesso às informações preliminares sejam superados com a obrigação de analisar as informações apresentadas pelas partes em contraditório.

Todo elemento previamente realizado à fase judicial tem uma carga de informações que foge ao controle dos sujeitos processuais, possuindo causas incomensuráveis imediatamente, fazendo do passado uma realidade intangível e aparentemente perfeita, violando a construção democrática da decisão, pois as partes não têm condições de acessar esse passado que está blindado e o juiz torna-se refém das informações cartularizadas.

O hábito repetitivo e inquestionável que se dá à escrituração de atos deve ser repensado também pelos reflexos que produz no Judiciário, sobrecarregando o foro de papéis e mais papéis, o que gera a necessidade de manusear e movimentar toda essa documentação com termos de juntada, vistas à parte contrária, conclusão para o juiz, procedimentos que oneram demasiadamente o tempo de duração do procedimento, em conflito com a almejada duração razoável.

É indubitável que o uso da oralidade pode contribuir para a duração razoável do procedimento, já que não haveria necessidade de prorrogação da instrução em diversas

audiências com largos espaços temporais entre elas¹³⁶. A oralidade permite evitar dilações indevidas e concentrar ao máximo os atos processuais para não se perderem no tempo.

Nesse sentido, para Veléz Palomo (2009, p. 628), fica claro que o diálogo forense se realiza com uma clara característica, particularmente inadequada e às vezes danosa para determinadas atuações no procedimento, especialmente no que se refere à produção das provas. O procedimento legal discute e se desenvolve por meio de escritos postos em papéis, que se acumulam nos tribunais. Cada documento que é apresentado ao tribunal gera novos papéis e novos atos processuais, contribuindo, desse modo, para que a resposta jurisdicional se prorrogue cada vez mais no tempo.

Com a predominância e a excessiva valoração das informações documentadas em desfavor das que são produzidas em audiência, o juiz acaba se afastando da produção da prova, pois aguarda que sejam apresentadas, distanciando-se de sua origem, sobre o porquê de sua juntada e em quê e como aquela informação poderá servir para o esclarecimento dos fatos.

Como consequência, estabelece-se o afastamento da imediação e o contato direto do juiz com as partes, com as testemunhas, com os peritos e com as demais fontes de provas, cabendo-lhe, praticamente, apenas ditar a sentença e dar os andamentos processuais, pois o modelo escrito não fornece estímulo para estar presente e atento às audiências. Na excessiva escrituração imposta pelos procedimentos, tem-se um juiz invisível, ausente, mero leitor dos registros documentados que se acumulam para suas manifestações, gerando nas partes essa sensação, pois muitas vezes nem sequer veem o rosto do juiz que vai dirimir a demanda. (VÉLEZ PALOMO, 2009, p. 628)

A possibilidade de o julgamento se dar exclusivamente amparado em informações probatórias cartulares desencadeia o risco de o juiz se distanciar das provas e das partes. Distanciamento que entra em conflito com o modelo constitucional de processo, pois, se o juiz não tem interesse na instrução, que é o momento em que serão apresentados subsídios para a decisão, nenhuma ou pouca influência as partes exercerão no resultado final, esvaziando-se o contraditório, permanecendo o julgamento cartorial, no qual servirão à decisão as informações preliminares, obtidas em procedimento administrativo pré-processual e as que não foram submetidas ao contraditório, consolidando a razão inquisitória com o

¹³⁶ A conclusão rápida do processo é algo exigido pelas suas características: ao esforço das partes técnicas em instruir o julgador e em analisar oralmente os elementos de convicção e provas produzidas deverá, quase que naturalmente, corresponder o esforço do juiz em pronunciar oralmente sua decisão. Assim, a tendência natural do processo *acusatório puro* ou predominantemente acusatório é a prolatação pública e oral da sentença. (RAMOS, 1996, p. 379)

afastamento da discursividade democrática na produção das informações que deverão influenciar o julgamento¹³⁷.

Outro vetor da técnica da oralidade é potencializar a garantia à publicidade dos atos processuais. Publicidade não se dá apenas quando a decisão é proferida e publicada no Diário Oficial, nos sites dos tribunais ou fixadas em murais dos prédios do Judiciário. As audiências e julgamentos, em geral, se dão de forma pública, conforme orientação constitucional. A publicidade pode ser ampliada a partir do momento que as informações relevantes à causa forem debatidas em audiência, ganhando maiores esclarecimentos, pois não estarão restritas a documentos de difícil acesso e compreensão juntados aos autos. A publicidade pode ser complementada pela oralidade quando da leitura da decisão proferida logo após a realização da instrução, esclarecendo os fundamentos motivadores do caminho percorrido, para se chegar àquele dispositivo de decisão.

Quando da edificação da decisão logo após a instrução, na mesma assentada, os debates orais firmados pelas partes serão mais palpáveis pelo juiz para integrá-los ao fundamento decisório. Quando a decisão é proferida em seguida aos debates e alegações finais, o juiz tem condições de levar em consideração toda a argumentação firmada pelas partes, já que acabou de presenciá-la, bem como garantir maior publicidade, pois apresentada de imediato a todos ali presentes, podendo esclarecer eventuais questionamentos de imediato. Situação semelhante ocorre, por exemplo, no tribunal do júri, em que, após os debates, elaboração e votação dos quesitos, o juiz produz e lê em plenário o resultado do julgamento, bem como o caminho construtivo decisório:

Em um sistema processual baseado no livre convencimento, não é fácil (diríamos que é absolutamente impossível) reconstruir os reais motivos que levaram um juiz a decidir conforme decidiu. No que se refere à avaliação da prova, os códigos são

¹³⁷ “A mais séria distorção encontrada na realização da nossa justiça penal reside na indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional. [...] Mas, no nosso caso, além da inafastável intromissão dos meios de prova acautelatórios no curso da ação que, acrescente-se, carece de uma disciplina mais coerente, há a indesejável valoração, pelo julgador, dos meios de prova subjetivos colhidos na investigação já no curso da ação penal.” (CHOUKR, 2001, p. 133-135) A instrução preliminar gera grande influência na fase processual. “A consequência extraída de todo o desvirtuamento apresentado reside na transformação da justiça criminal em herdeira e, em muitos casos, apenas repetidora de tudo quanto foi feito na etapa investigativa. A questão vai além da crítica exposta por Galdino no que tange à duplicidade de atos ou do temo da corrupção policial como fonte de impunidade. Toca fundo, na verdade, com o verdadeiro descompromisso que a justiça criminal strictu sensu, entendida basicamente como a desenvolvida na relação processual, passou a ter com a repressão criminal, satisfazendo-se quase que exclusivamente com aquilo que foi produzido em sede investigativa, no mais das vezes, no inquérito policial. Muito da cultura social que identifica a justiça criminal com a atividade policial, é alimentada e alimenta o perverso funcionamento do sistema, que, como consequência prática, traduz a crítica de Galdino, na medida em que a ação nada mais é que uma retransmissora das informações colhidas previamente”. (CHOUKR, 2001, p. 141)

lacônicos; a doutrina, extremamente plástica, e a jurisprudência, vacilante. Com tais instrumentos, os juízes podem manipular os fatos segundo seu temperamento, sua formação pessoal, sua ideologia, enfim, o que não implica que isso seja feito de forma consciente ou premeditada. A única garantia que o sistema oferece é a imposição legal que obriga os juízes a fundamentarem suas decisões, permitindo, assim, que os inconformados possam atacá-las, voltando contra elas os mesmos instrumentos oferecidos pelo sistema. (BRUM, 1980, p. 71)

Os sujeitos processuais têm de ter a garantia de que seus argumentos serão levados em consideração na construção da decisão. Essa garantia deve ser buscada não apenas com o juiz presente à audiência, mas que a decisão se valha dos argumentos firmados na instrução, aceitando ou refutando, mas na nítida fundamentação de que o debate oral serviu para a construção da decisão.

Com o modelo constitucional de processo não há que se conceberem procedimentos e julgamentos obscuros e aparentemente secretos, como se fosse um jogo de surpresas e armadilhas. A partir de uma necessária leitura constitucionalizada do direito processual penal, obrigatória se faz a atuação dos sujeitos processuais de forma leal e transparente. Tudo aquilo que poderá influir na decisão deve ser colocado em debate e discutido entre os interessados, na presença do julgador.

O constitucionalismo processual garante às partes participar do procedimento de forma efetiva e influente na manifestação jurisdicional. A produção e a valoração dos debates em contraditório são de ímpar importância para o processo constitucionalizado. Isso significa que os procedimentos penais devem prever momentos de participação, bem como que a decisão deve estar sujeita aos elementos probatórios debatidos na audiência de instrução.

As partes têm o direito de apresentar provas na busca da comprovação de seus argumentos na presença do juiz. Em audiência o juiz tomará ciência da demanda, das imputações acusatórias e dos termos da defesa. As partes devem apresentar seus argumentos para que eles possam integrar os autos e inteirar o juiz dos fatos em julgamento. Como o juiz está presente na produção das provas, deve limitar-se a utilizar as provas judicializadas.

A oralidade permite potencializar a atividade discursiva e probatória das partes, descentralizando a gestão das informações e seu monopólio, impedindo o mero aproveitamento de atos realizados distantes das partes e do juiz. Não se vislumbra a produção de elementos probatórios de forma democrática sem a técnica da oralidade, em que o procedimento torna-se democrático e a decisão legítima.

A oralidade incide na realidade prática do processo penal, exigindo que haja continuidade entre a atividade discursiva e probatória das partes e o julgamento; impõe o

contato direto e permanente entre as partes e o juiz; bem como o direito de ser julgado com base em prova judicializada. (MARQUES, 2012)

Necessário superar o hábito de utilizar elementos informativos colhidos fora da instrução processual, que, somados à prova judicial, busca-se uma aparência de elementos probatórios em contraditório, quando, na verdade, tenta-se judicializar informações que foram produzidas unilateralmente, em nítida manutenção do modelo inquisitorial de processo.

A oralidade afasta a inquisição e deve ser compreendida como “princípio estruturante do processo penal acusatório, porque expressa fundamentalmente a fórmula democrática de construção das decisões judiciais”. Ela exige a efetiva participação das partes na construção da decisão, tornando o processo penal em um abrangente ambiente de argumentação e de produção de prova. (MARQUES, 2012)

No processo norteado pela oralidade, a decisão é fruto de um grande debate. Nesse debate, os argumentos das partes precisam se validar nas provas para serem incorporados na sentença. Argumentação jurídica e prova constituem, pois, a base do raciocínio problemático que permite encontrar, na complexidade do Direito, a resposta adequada ao caso concreto. (MARQUES, 2012, p. 12)

Caso os argumentos das partes não integrem a decisão, volta-se à lógica inquisitorial, em que a culpa se configura de forma antecipada e secreta e o julgamento se delimita à versão que restou escriturada nas atas antes do início da fase judicial e se julga a hipótese concebida previamente. (CORDERO, 1986, p. 51) Se a hipótese é criada antes mesmo do início da fase processual, já que por meio dela é que se delimitou unilateralmente o que será julgado, as atas tomam o lugar dos argumentos e das provas que serão apresentados pelas partes, fazendo com que a escritura suprima a oralidade. A inteligência inquisitória deixou sua mensagem gravada para as futuras gerações de déspotas: para se ter um poder central forte, não basta se valer do processo penal, é preciso ter pleno domínio sobre ele, a começar pela gestão da informação relevante. Nesse quadro, aquilo que foi escrito fica imunizado de críticas e controle por terceiros, pois aquele saber já se encontra pronto e acabado, não havendo que receber contestações. (MARQUES, 2012)

Prado (2006, p. 155) destaca a relevância de se ter outros meios de provas que consigam ampliar a atividade interpretativa do juiz. Nesse caminho, destaca a “oralidade como elemento essencial ao processo democrático”, na busca de se ampliar o discurso processual, potencializando as formas de participação no anseio de se levar todas as formas de provas a julgamento. Nesse sentido, a oralidade é essencial como componente democrático do processo penal e elemento constitutivo do sistema acusatório, reconhecendo que os métodos

de aplicação do direito e de interpretação das regras jurídicas e de sua efetiva aplicação não abrangem toda a atividade intelectual do julgador quando sentencia¹³⁸.

Como elemento estruturante do processo penal acusatório, a oralidade é técnica procedimental de construção de decisões judiciais democráticas, sujeitando-a aos argumentos e provas judiciais realizados em contraditório. Está estreitamente ligada à forma democrática de construção das decisões, na exigência da efetiva participação das partes na elaboração do provimento jurisdicional. Baseando-se nesse eixo interpretativo, exige-se que a fase de instrução e julgamento seja aquela em que existam argumentação e produção de provas e garantia de que as informações judicializadas é que fundamentarão a sentença, em superação à unilateralidade interpretativa do juiz na análise de atas em gabinete.

A decisão construída com base em um raciocínio problemático visa superar a atividade jurisdicional orientada pelo raciocínio indutivo e evitar que o raciocínio do julgador seja o único válido para fundamentar a sentença e coibir que se desenvolva unilateralmente em torno das hipóteses que lhe pareçam mais prováveis. (MARQUES, 2012) Argumentos não provados devem ser rejeitados; argumentos comprovados devem ser incorporados na decisão. O sistema democrático não comporta o juiz espectador, mas também não admite o juiz instrutor. O magistrado não produzirá prova de ofício. Proposição é atribuição da acusação e da defesa. (MARQUES, 2014, p. 28)

Deve ser garantido que os debates expostos durante a instrução sejam valorados pelo juiz e que esse momento não será em vão, exigindo das partes todos os esforços, pois, a partir dos argumentos envidados, o juiz os tomará como referencial decisório baseando-se nas comprovações firmadas pelas partes e validadas na instrução processual.

A técnica da oralidade possibilita melhor organização da audiência quando demarca tematicamente os conteúdos, delimitando a matéria a ser julgada nos termos dos debates comprovados pelas partes, não divagará as partes, tampouco a decisão para além do que discutem em contraditório.

Deve ser salientado que 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. Nem tampouco se dispensa a documentação dos atos praticados. Porém, o que é virtualmente da natureza do sistema acusatório, como proposição de uma estrutura voltada à efetivação do justo

¹³⁸ “A ideia de que a Constituição é um sistema de normas e de que a interpretação constitucional deve ser uma interpretação sistêmica consta de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido, e não apenas ele, nós vemos outros órgãos do poder judiciário reiteradamente afirmando o caráter sistêmico da Constituição, o que conduz à necessidade de uma sistematização de sua interpretação”. (BARACHO JÚNIOR, 2004, p. 510)

processo, é que, consoante há mais de cinquenta anos afirmava Chiovenda, a audiência seja utilizada para o trato da causa¹³⁹. (PRADO, 2005, p. 242)

A oralidade es el médio de proporcionar a las partes y al órgano judicial la posibilidad de una colaboración más sencilla, más segura – y por ende más fructuosa – en la tarea de clarificar los hechos que han de integrar la motivación de la sentencia. (MOREIRA, 1984, p. 58)

O processo penal deve se orientar na direção de procedimentos que garantam a máxima contraposição dialética, devendo ser lembrado que não há dialética sem possibilidade de diálogo; e o diálogo pressupõe a existência de um espaço onde possa ser travado. (PRADO, 2005, p. 243) O processo é que assegura a efetiva participação dos sujeitos processuais em contraditório e a máxima contraposição dialética será atingida por meio da técnica da oralidade.

Assegurando a participação oral, o acusado, as testemunhas e as vítimas podem se fazer argumentar, e a manifestação jurisdicional deve levá-los em consideração em conjunto com as manifestações das partes.

Os sujeitos processuais e o juiz têm conhecimento técnico do procedimento e de suas etapas, todavia utilizam formas que cerceiam o direito de participação, pois continuam confiando de forma inequívoca na superioridade das informações escritas e acreditando que elemento probatório é apenas o que está documentado, em nítido ranço inquisitorial.

Necessário se faz empreender a releitura constitucionalizada dos procedimentos penais atuais, pois continuam limitadores do uso da técnica da oralidade, mantendo amplo espaço para a utilização de elementos probatórios produzidos unilateralmente, sem o contato do juiz e das partes. Enquanto não houver condições de se consolidar um efetivo direito de participação, com a possibilidade da garantia do diálogo entre as partes e o juiz, as audiências servirão de *locus* formalizador de elementos informativos não judicializados, mantendo a possibilidade da decisão se valer exclusivamente dessas atas, na falsa aparência de que as provas foram produzidas com a participação das partes, já que aconteceu a audiência. Se as informações estão nos autos, mas sem prévios debates sobre sua relevância e alcance, permite ao juiz decidir e interpretar individualmente os documentos, sem prévios debates para integrá-los ao julgamento; ou seja, a informação que será utilizada na sentença encontra-se diante de

¹³⁹ Conforme Chiovenda (1939, p. 234), a “audiência é utilizada para o trato da causa, isto é, para o desenrolar da instrução, convenientemente predisposta e baseada em escritos preparatórios das partes, com provimentos ordinatórios do magistrado”.

um cenário que consentirá com atuações solitárias do juiz, que vai extrair seus significados e decidir confortável e solitariamente em seu gabinete, sem a inferência das partes.

Cotidianamente o acusado questiona em juízo a ausência de participação na coleta dos elementos informativos realizados na fase pré-processual e que estão em apenso aos autos principais, disponíveis para ampla consulta e uso conforme convencionalidade. Como sua atuação nessa fase é bastante limitada e pouco influente, deve aguardar a fase judicial para, efetivamente, ter a possibilidade de participação ativa. Iniciada a fase processual, sustentada a partir dos elementos informativos, acusação e defesa apresentam petições com longos articulados discutindo se existem ou não provas suficientes para a condenação, contestando os elementos informativos do inquérito, se são aptos ou não para eventual condenação. Em vez de produzir provas judicializadas, debatendo sobre os conteúdos existentes nos autos e apresentando provas, expondo contra-argumentos, limitam-se ao confronto e à ratificação de depoimentos realizados em sede administrativa.

Oralidade e escritura podem ser compatíveis entre si¹⁴⁰. Como as partes sabem da importância que é dada aos elementos cartulares, focam na necessidade de suplantarem ou sustentar os elementos informativos do inquérito, sem se atentarem que a lógica inquisitorial permanece, pois as partes persistem temendo as informações da fase preliminar, tendenciosa, sigilosa e unilateral, mas ao mesmo tempo com forte influência na decisão judicial. Não há que se falar em *grau zero da escrita ou efeito sem causa da escrita*, pois toda informação vem carregada de valores.

Assim, o provimento jurisdicional baseia-se em informações sem qualquer aparência de democraticidade. As partes acreditam que estão produzindo provas em juízo, quando na verdade estão apenas rediscutindo informações prontas e acabadas de cuja produção não participaram, na exclusiva compreensão mental de que a fase judicial é que servirá para o julgamento, quando não percebe que os fundamentos decisórios já estão prontos e a decisão será tomada a partir de elementos informativos obtidos em violação ao contraditório judicial.

Essas propensões cognitivas podem ser evitadas pela técnica da oralidade, que exige debates para esclarecimentos jurídicos, afastando as ilusões preteritamente criadas e que buscam coibir raciocínios unilaterais e superar as hipóteses criadas de um exclusivo ponto de vista. As informações que foram registradas em fase administrativa não podem servir para

¹⁴⁰ “Sob outro aspecto, o expediente escrito afigura-se importante também a viabilizar o acesso aos autos por parte dos órgãos jurisdicionais hierarquicamente superiores, por ocasião do julgamento dos recursos eventualmente interpostos, tanto em relação ao mérito, quanto no tocante às decisões interlocutórias proferidas na audiência preparatória, notadamente no atinente à admissibilidade ou não de provas e à aplicação ou não de medidas despenalizadoras.” (MAYA, 2015, p. 281)

fundamentar a decisão, limitando-se apenas como suporte mínimo probatório para o início da ação penal. Não pode ser transposto para a fase judicial, como algo imune a críticas e debate das partes.

O contato do juiz com informações da fase preliminar permite-lhe criar entendimentos antecipados, que possivelmente não serão dissuadidos pela ocorrência da audiência de instrução e julgamento, não tendo interesse nos argumentos que são ventilados, com a criação de *dissonantes cognitivos*, haja vista que cultivou contato prévio com os elementos informativos da investigação¹⁴¹.

Certamente o juiz nem deveria ter acesso aos elementos informativos preliminares, possibilitando avocar os *dissonantes cognitivos*, para evitar que não dê importância aos argumentos apresentados pelas partes em audiência, criando um pré-julgamento mental e buscando elementos para confirmar suas hipóteses.

As informações produzidas previamente não podem eliminar os argumentos e provas que serão apresentados pelas partes durante a audiência de instrução e julgamento. Para que os debates possam integrar a decisão, o juiz deve estar presente, a fim de que seja possível se valer do contraditório exercido pelas partes, possibilitando a técnica da oralidade que haja ampliação e efetiva contribuição dos interessados.

Os debates firmados em contraditório sujeitam os fundamentos decisórios, vinculando o juiz aos argumentos firmados e comprovados apresentados pelas partes, pelo acusado, pela vítima, pelos peritos e pelas testemunhas, para integrarem a decisão. Conforme Prado (2005, p. 247-248) “A forma escrita retira o contato do juiz com os argumentos apresentados por eles, pois, incensada pelo culto à razão, faz supor que este contato é desnecessário: afinal, o que a visão direta da audiência pode ministrar que já não esteja nos autos?!” Com a manutenção e a aparente e inquestionável máxima de que “o que não está nos autos não está no mundo!” Diante de sua importância de relevância para o processo penal, a oralidade converte-se em condição de participação efetiva no processo. Ausente a mediação da forma escrita, o acusado, a vítima e as testemunhas podem se fazer participativas e influentes na decisão. A oralidade não é mera questão de forma, uma vez que “a matriz acusatória depende

¹⁴¹ Relacionado aos dissonantes cognitivos é a propensão do magistrado que indefere uma liminar a julgar improcedente o pedido final. Por efeito de um bloqueio, fica o juiz menos propenso à mudança de sua decisão mesmo à luz de novas informações, ou, ainda assim, após tempo maior de reflexão. Esse bloqueio cognitivo ocorre por causa da tendência de querer justificar a alocação inicial de recursos ou até mesmo evitar o retrabalho, confirmando que a decisão inicial estava correta. A superação dessas propensões cognitivas deve induzir o fomento ao debate como ferramenta de quebra das ilusões. (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 97)

dela para definir seus papéis concretos exercitados pelos sujeitos processuais”. Defesa e acusação devem se manifestar sobre as provas, exigindo de ambas maior conhecimento da causa e empenho, superando apenas reiterações de manifestações escritas anteriores, somadas à importância de o juiz expor as razões de sua decisão em seguida à audiência, tornando a troca de papéis entre acusação e juiz bastante dificultada. (PRADO, 2005, p. 247-248)

O procedimento penal brasileiro não recepciona o que a técnica da oralidade almeja. Ao mesmo tempo que o procedimento prevê alguns atos orais, eles se perdem e nem mesmo recebem o devido valor, mantendo a compreensão de que tudo que servirá de embasamento para a decisão está nos documentos acostados aos autos, em nítida limpidez de que as informações escritas é que servem de substrato à sentença, convertendo o procedimento a juntadas de documentos, acreditando que tudo que servirá ao julgamento deverá estar nos autos.

O processo escrito restringe a construção do conhecimento, afasta o juiz das partes, que não pode exercer, pessoalmente, o direito de influência na decisão. A exclusividade da escrituração limita a valoração dos debates das partes, pois o monólogo firmado por meio de documentos vai de encontro ao contraditório efetivamente participativo, na construção do resultado¹⁴².

As partes devem ter a garantia de que a audiência de instrução e julgamento é o principal momento processual e que seus argumentos e comprovações probatórias é o que servirá de fundamento decisório. A essência da audiência é oral, mas que ainda continua muito ligada à lógica cartorial da decisão. A lógica cartorial comunga com julgamentos em massa. Busca assemelhar os casos, faz com que se valha de decisões modelo, deixando de levar em consideração o ocorrido em audiência.

A técnica da oralidade não a limita em expressão de linguagem; ela exige instrução com debates em audiência, concretizando a técnica de ampliação das partes e efetivação do contraditório. A decisão imediata deve ser fundamentada nos termos do balizamento oferecido na instrução, nas demarcações temáticas durante a audiência, levando em consideração as provas previamente debatidas para seu ingresso nos autos. A fundamentação com base em elementos não debatidos pelas partes caminha para

¹⁴² Para Maya (2015, p. 286), “a inobservância do procedimento oral na sua plenitude, atendidos seus aspectos de concentração, imediação e identidade física do juiz, [...] retira eficácia da garantia do contraditório. A adoção da escritura e o fracionamento dos atos processuais de produção probatória, debates e julgamento, inviabiliza a efetiva participação das partes na construção da decisão judicial (comparticipação) e restaura o protagonismo do juiz em detrimento do policentrismo processual, reduzindo o contraditório à mera formalidade que legitima o provimento construído feito monólogo.”

[...] uma espécie inconstitucional de pronunciamento judicial, embasada em argumento obtido unilateralmente pelo juiz, sobre o qual não é concedida oportunidade prévia de debate. (VARGAS, 2012, p. 146)

A colocação de qualquer entendimento jurídico como fundamentação da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate das partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. (NUNES, 2011, p. 129)

A desvalorização do momento processual de produção de provas mantém o recinto para decisões amparadas em elementos informativos não produzidos sob o crivo do contraditório, superando a democraticidade decisória.

A técnica da oralidade está estritamente entrelaçada à garantia ao contraditório, possibilitando a efetiva participação dos sujeitos processuais. Trata-se de autêntico procedimento democrático de construção de decisões, reafirmando a importância da audiência como o *locus* para a prova e busca de solução das demandas penais.

Como a audiência é o momento mais importante do procedimento, as partes devem ter a garantia que, de fato, o ocorrido nela será aquilo que fundamentará a decisão. Toda informação relevante, quiçá aquela que poderá modificar o resultado, antes de integrar o julgamento, deve ser submetida ao prévio debate na presença do juiz, que se integrará dos elementos expostos em contraditório.

A técnica procedimental possibilita que os elementos comprobatórios das imputações acusatórias e das colocações defensivas estejam com as partes, descentralizando a prova, em superação à exclusividade do conhecimento. A técnica da oralidade repele raciocínios unilaterais. A busca da solução adequada para a demanda apresentada em juízo deve ser demarcada por alegações e elementos probatórios expostos em contraditório, com o carecimento das informações que servirão de fundamento à sentença ser previamente debatidas pelas partes, com o reconhecimento da audiência como o espaço argumentativo de produção de provas e efetivação da oralidade como técnica de implantação do contraditório participativo no modelo constitucional de processo, com demarcações ao alcance dos fundamentos decisórios.

6 CONCLUSÃO

1. Por meio da linguagem escrita inserem-se elementos do passado na atualidade, na tentativa de torná-lo presente, palpável e visível. O interlocutor vê na linguagem escrita a coisa em si mesma, já que a vislumbra não apenas como representação do passado, mas sua imobilização, fechando os olhos para outras informações, pois cria uma realidade operacionalizada pela escrita, acreditando que todas as informações que vão compor os fundamentos decisórios devem estar cartularizadas nos autos. Não se pode afirmar o passado como premissa inequívoca, como realidade potencial, fechando-se os argumentos, já que ele foi construído com base em proposição unilateral dos fatos. As informações cartulares não devem ser tratadas como se imprimissem um efeito sem causa.

2. No modelo inquisitório de audiência, apesar de presente a oralidade como expressão de comunicação, as decisões não são tomadas em decorrência do que foi debatido em audiência, mas essencialmente por meio do que está escriturado nos autos, o que possibilita à escrita controlar o resultado do julgamento, demarcando os caminhos que a decisão deve seguir. No quadro da inquisitorialidade, a escrita é elemento determinante, pois permite materializar o resultado da investigação secreta, vedando-a contra o controle processual, consubstanciada em informações tendenciosas e pré-constituídas, imuniza-a de críticas e controle, possibilitando tomar o lugar dos argumentos e provas que são apresentadas pelas partes. A tradição inquisitorial mantém vivo o monopólio da transmissão do conhecimento com base em informações previamente concebidas, cria uma realidade aparentemente incontestável, dominante do resultado, cerceando qualquer possibilidade de processo democrático.

3. A audiência de instrução e julgamento deve ser colocada no centro decisório do processo penal, em necessária superação à exclusividade do conhecimento e manutenção da concentração de poderes em um só órgão. O juiz inquisidor, na busca incessante de elementos que sustentem seu julgamento, usa de toda discricionariedade para impor a sanção, conseguindo conduzir o procedimento aos fins almejados.

4. A oralidade, nos moldes realizados no Brasil, é concebida como expressão de linguagem e não serve para ampliar o papel das partes e proporcionar melhor contato do juiz com os elementos probatórios realizados em contraditório, pois permite ao juiz e às partes vivenciarem a inquisitorialidade, em que as informações obtidas fora da audiência continuam servindo para fundamentar a decisão. Os procedimentos não devem sobrevalorizar exclusivamente as informações cartulares, desencadeando-se o risco de o juiz se distanciar

das partes, não vislumbrando ganho probatório na instrução, condicionando-se à análise de informações escrituradas.

5. O contato com informações produzidas unilateralmente e que são levadas aos autos em juízo possibilita ao julgador tomar aquela hipótese como verdadeira, não se interessando pelas informações que serão apresentadas pelas partes, pois está arraigado nos dissonantes cognitivos, devendo ser superado diante da necessidade de os elementos expostos em audiência vincularem os fundamentos decisórios.

6. Na construção do provimento estatal as considerações das partes devem ser asseguradas, garantindo um efetivo discurso jurídico. Com base no modelo constitucional de processo como referencial interpretativo, emprega-se o processo sob novas concepções no bojo da Constituição, fazendo-se necessário ampliar a valorização das partes que vincule a manifestação estatal, implantando a técnica da oralidade o contraditório participativo.

7. Como elemento estruturante do processo penal acusatório, a oralidade é técnica procedimental que sujeita os fundamentos decisórios aos argumentos e provas judiciais realizadas em contraditório, exigindo que a fase de instrução e julgamento seja aquela em que haja debates e garantia de que as informações judicializadas é que servirão à sentença, diminuindo os espaços de atuação solitária do juiz.

8. A oralidade converte-se em condição de participação efetiva no processo. As informações que podem servir de fundamento para a sentença devem ser colocadas em debate, possibilitando sua validade como elemento de prova e o julgamento ser realizado com base nos argumentos comprovados.

9. O procedimento deve prever a possibilidade de participação, com momentos para esclarecimentos da imputação realizada na inicial acusatória, bem como elucidações ao longo da audiência para que, de fato, possa existir contraditório, possibilitando a atuação defensiva e sem surpresas.

10. Oralidade é comportamento das partes que obriga o comportamento do juiz; impondo-se como técnica de impedimento de conveniências judicantes. A técnica da oralidade amplia o contraditório na influência da decisão, possibilitando a máxima valorização da audiência pautada em provas judicializadas, em necessária superação ao monopólio estatal do conhecimento.

11. O procedimento só terá legitimidade democrática quando for construído pelas partes, em plena participação. O contraditório proporciona e assegura possibilidades às partes de influenciarem eficazmente o provimento jurisdicional, com a decisão refletindo os

elementos expostos em contraditório, não se limitando à análise exclusiva de informações cartulares.

12. Presente como técnica implementadora do contraditório, a oralidade obriga o comportamento mais atento e condicionado do juiz à audiência, reduzindo os espaços de atuação solitária do julgador, não deixando que se sinta na conveniência de analisar escritos em momento posterior.

13. A audiência de instrução deve consubstanciar-se no principal momento para o julgamento, quadrante em que os elementos probatórios serão produzidos e a partir deles a sentença se fundamentará, quando as partes terão a plenitude de participação e contato permanente com o juiz.

14. Para que não haja cisão entre os debates e os elementos probatórios que serão utilizados para fundamentar a decisão, não deve haver espaços entre a colheita de elementos probatórios e a decisão, tornando-se relevante a continuidade entre as alegações das partes, produção de provas e julgamento.

15. A oralidade exige que a decisão seja proferida em audiência, imediatamente após o término da instrução, diminuindo o problema de serem produzidas na solidão do gabinete, com a análise de elementos probatórios exclusivamente cartulares, sem que os argumentos comprovados em audiência sejam incorporados à decisão.

16. A escrituração de atos, que, em geral, ainda predomina nos procedimentos brasileiros, vem acompanhada de elementos que têm evidenciado escassa conveniência a respeito de determinadas fases do procedimento, que se encontram concebidas para a forma escrita. A técnica da oralidade está desvirtuada por uma prática impregnada de delegações, propensas ao juiz pronunciar a sentença em gabinete, baseando-se exclusivamente em elementos probatórios escriturados, inclusive aqueles não submetidos ao contraditório.

17. A construção democrática da decisão passa pela releitura do processo com base no modelo constitucional de processo, para que as partes efetivamente influenciem a sentença com os elementos expostos em contraditório, permitindo descentralizar a gestão da informação relevante e haja possibilidade de efetiva participação na construção do provimento jurisdicional, em necessidade de superação da exclusividade do conhecimento unilateral.

18. A partir do contato do juiz com as provas e argumentos que devem ser comprovados pelas partes é que a decisão deverá ser proferida, sendo assegurado que ele sentencie conforme as demarcações temáticas realizadas em sua presença. Nas audiências mais dinâmicas as partes dialogam sobre os elementos probatórios existentes nos autos e os

pontos de debates e esclarecimentos necessários, pois a decisão judicial deve ser consequência da proximidade com os argumentos comprovados na instrução, gerando base argumentativa à fundamentação.

19. A exclusividade da escrita retira o contato do juiz com as partes, pois faz supor que essa proximidade é desnecessária, criando uma realidade impenetrável. Ela afasta o debate, desvaloriza os argumentos firmados pelas partes, supondo que essa relação é desnecessária, pois tudo deve estar cartularizado nos autos, não havendo necessidade da audiência para acrescentar maiores informações, o que possibilita condensar o saber produzido em segredo e inserir nos autos uma linguagem que busca ser perfeita, imune a contestações.

20. A linguagem escrita não pode suprimir os argumentos e provas que serão realizados em audiência. Em juízo devem ser produzidas informações de qualidade com base na interação entre as partes e o juiz, gerando embasamento para decisões proferidas partindo de um raciocínio problemático e da superação da fundamentação sustentada em elementos probatórios exclusivamente escritos, orientada pelo raciocínio indutivo único que pareça o mais provável.

21. A superação como fonte única de colheita de elementos probatórios os autos cartulares do procedimento, acompanhada da decisão produzida solitariamente no gabinete do juiz, pode ser tecnicamente evitada pela técnica da oralidade, como expressão de participação, compatível com o Estado Democrático de Direito, em que sujeita a fundamentação da decisão ao contraditório exercido pelas partes com a imediaticidade decisória do juiz, em audiência, logo após a instrução, concretizando o processo penal como ambiente de argumentação e produção de prova.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1901. v. 1.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALTAVILA, Jayme de. *A origem dos direitos dos povos*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1958.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

ANDOLINA, Ítalo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 87, p.63-69, jul./set. 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. ampl. e atual. Torino: Giappichelli, 1997.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2008.

AQUINO, Rubim Santos Leão de, FRANCO, Denize de Azevedo; LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. *História das sociedades: das comunidades primitivas às sociedades medievais*. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1980.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A nova hermenêutica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.) *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 509-520.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional – aspectos contemporâneos*. 1a. Reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, jan./mar. 1997, p. 105-123.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: *Temas de direito processual civil: quinta série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b. v. 1, p. 331-345 . v. 1.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Prisão e medidas cautelares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97-148.

BARTHES, Roland. *Roland Barthes por Roland Barthes*. Paris: Seuil, 1957.

BÉLANGER, Jean. *O grau zero da escrita: série signos 3*. Lisboa: Edições 70, 1984.

BÉLANGER, Jean. *Técnica e prática do debate*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

BENTHAM, Jeremy. *Os pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BINDER, Alberto M. *Introdução do direito processual penal*. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. 3. ed. Rio de Janeiro, 1977.

BONAVIDES, Paulo. Do acaso do regime representativo à aurora da democracia participativa. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor-Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito*. São Paulo: UNAM-Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Do acaso do regime representativo à aurora da democracia participativa. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (Coord.). *Estudos de direito processual constitucional: homenagem brasileira a Héctor-Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito*. São Paulo: UNAM; Malheiros, 2009.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais até 2016. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2015.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 maio de 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 3 out. 1941a. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 maio de 2015.

BRASIL. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941– Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e aos procedimentos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 set. 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 10 maio de 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. 1941b. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 10 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 24.268-0/MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 set. 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º sem. 2005.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. In: _____; DINIZ, Luciana Nepomuceno (Coord.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 217-252.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. Fundamentos do estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 7. n. 13 e 14, p. 150-163, 2º sem. 2005. p. 150-163.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRUM, Nilo Bairros de. *Resquícios retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BRUM, Nilo Bairros de. *Resquícios retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1. t. 1.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.

CALAMANDREI, Piero. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Porto Alegre, v. 3, p. 155-167, 3º trim. 1975.

CARDOSO, Ciro Flamarion S. *O Egito antigo*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

CARTUM, Leda. Lugar do puro efeito: uma leitura para Roland Barthes. *Revista Cisma: Literatura contra Literatura*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 62-74, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/cisma/article/view/96512>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). *Acerca do CEJA*. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/index.php/acerca-de-ceja.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). *Descripción general: reformas a la justicia penal*. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/index.php/areas-de-trabajo/reforma-a-la-justicia-penal.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). *Programas de Intercambio: capacitación*. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/index.php/capacitacion/programas-de-intercambio.html>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

CHAGAS, Alexandre Meneses; LINHARES, Ronaldo Nunes; RIBEIRO, Kalyne Andrade. As revoluções na leitura: do livro de Gutenberg aos textos digitais. In: SIMPÓSIO EDUCAÇÃO E COMUNICAÇÃO, 3. 2012. *Anais...*, Aracaju/SE. 2012. p. 461-476.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Comentários à lei do processo eletrônico*. São Paulo: LTr, 2010.

CHILE. Ley n. 19.696. Establece Código procesal penal de la República del Chile. *Diario Oficial*, 12 out. 2000. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

CHILE. Ministerio de Justicia. *Rol de los juices*. 2013. Disponível em: <http://rpp.minjusticia.gob.cl/rol_de_los_jueces.html> e em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no processo civil moderno. In: MORATO, Francisco Antonio de Almeida. *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940 (Coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros, 1).

CHIOVENDA, Giuseppe. A oralidade e a prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 78, p. 232-248, maio 1939.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capitanio e anotações de Enrico Tullio Liebman. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CONSO, Giovanni. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 1969.

CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tradução de Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá; (Colômbia): Temis, 2000. t. 1.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA,

Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 221-231.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 65-88, 1 e 2 sem.1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 175, jun. 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Coord.). *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, v. 183, ano 46, p. 103-115, jul./set. 2009b.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. In: _____; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de lei n. 156/2009, do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-17.

CUNHA MARTINS, Rui. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

D'ÁLBORA, Francisco J. *Código procesal penal de la nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *A oralidade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.

DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. 1.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 67, p. 73-92, jul./set. 1992.

DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián. *Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información*. 2008. Disponível em: <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/cat_view/43-documentos/173-justicia-civil.html>. Acesso em: 25 nov. 2014.

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.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRARI, Eduardo Reale. *Código de processo penal: comentários ao projeto de reforma legislativa*. Campinas, SP: Millennium, 2003.

FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução de Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad Del México, v. 30, p. 315-348, 1977.

FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Tradução de Leonardo Prieto-Castro. Madrid: Bosch, 1934.

FONTANARI, Rodrigo. Roland Barthes e o signo fotográfico. *Revista USP*, São Paulo, n. 97, p. 112-118, mar./abr./mai. 2013.

FOSCHINI, Gaetano. I principi fondamentali del dibattimento. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, a.VI, n. 4, ott./dic. 1963.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lúcia M. Pondé Vassallo. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1989.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FREDERICO MARQUES, José. *Anteprojeto de código de processo penal*. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1970. 82 p.

FREDERICO MARQUES, José. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FREDERICO MARQUES, José. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1.

FREY, D.; IRLE, M et al. Cognitive dissonance: experiments and theory. In: IRLE, Martin; KATZ, Lawrence B. (Org.). *Studies in decision making: social psychological and socio-economic analyses*. New York: de Gruyter, 1982. p. 281-310.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

GARLATI, Loredana. Novità nel segno della continuità: brevi riflessioni sulla processual penalistica italiana di ieri e di oggi. In: NEGRI, D.; PIFFERI, M. (Coord.). *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana: materiali dall'incontro di studio* (Ferrara, 12-13, novembre 2010). Milano: Giuffrè, 2011. v. 93, 285-306. Disponível em: <<http://www.centropgm.unifi.it/biblioteca/093/volume.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

GASPAR, Pedro João Soares. *O Milénio de Gutenberg: do desenvolvimento da Imprensa à popularização da Ciência*. Instituto Politécnico de Leiria, Universidade de Aveiro, 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.8/112>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. Atlas: São Paulo, 2014.

GLOTZ, Gustave. *A cidade grega*. Tradução de Henrique de Araújo Mesquita e Roberto Cortes de Lacerda. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GONZÁLEZ, Ivana M. La oralidad y el juez imparcial en el nuevo proceso penal chubutense. In: EL PROCESO ACUSATORIO Y LA GESTIÓN JUDICIAL (CHUBUT): Seminário internacional, Argentina, 4-5 mar. 2010. *Anais...*, 2010. Disponível em: <5337-la-oralidad-y-el-juez-imparcial-en-el-nuevo-proceso-penal-chubutense.html>. Acesso em: 03 dez. 2015.

GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor: a propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HARTMANN, Érica de Oliveira. *Processo penal e rito democrático: a simplificação dos procedimentos como condição de possibilidade do contraditório e da ampla defesa*. 2010. 341 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24904/ERICA%20DE%20OLIVEIRA%20HARTMANN%20Tese%20doutorado.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

HIGOUNET, Charles. *História concisa da escrita*. 2. ed. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.

HOUAISS, Antônio. *O que é língua*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

HUISMAN, Denis; VERGEZ, André. *Curso moderno de filosofia: introdução à filosofia da ciência*. Tradução de Lélia de Almeida Gonzalez. 8. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KHALED JR., Salah H. *Ambição e verdade no processo penal*. Salvador: JusPodium, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEONEL, González Postigo. Disponível em: <w1.cejamerica.org/index.../1250-leonel-gonzalez-postigo.html>. Acesso em: 7 mar. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1, 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES, Edward. *Fundamentos da lingüística contemporânea*. São Paulo: Cultrix, 2001.

LOPES, João Batista. Princípios do contraditório e da ampla defesa na reforma da execução civil. In: SANTOS, Ernane Fidélis *et al.* (Coords.). *Execução civil*: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Princípios processuais da oralidade e escrituração: ensaio sobre os fundamentos do confronto. *JUS*, Belo Horizonte, ano 42, n. 25, p. 47-65, jul./dez. 2011.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Jurisdição e processo em Giuseppe Chiovenda. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 19., Fortaleza, 2010. *Anais...*, Fortaleza/CE: Fundação Boiteux, 2010. p. 7.578-7.597.

MAGALHÃES, Selma Marques. *Avaliação e linguagem*: relatórios, laudos e pareceres. 3. ed. São Paulo: Veras, 2011.

MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante aplicação do processo oral*. 2015. 301 f. Tese (Doutorado em Ciências Penais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-9WMH7V>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Del Puerto: 2004. t. 1.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto: 1996. t. 1.

MALAN, Diogo Rudge. *O Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *Lógica de las pruebas en matéria criminal*. Bogotá: Temis, 1997.

MARICONDE, Alfredo Velez. *Estudios de derecho procesal penal*. Córdoba: Imprensa da Universidade de Córdoba, 1956. v. 1.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. 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. p. 475-485.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Da justa causa para a ação penal: na perspectiva do processo como procedimento em contraditório*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

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. 9-20, abr./maio 2012.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Sistemas processuais: a produção da prova e os sujeitos do processo penal*. *Boletim IBRASPP*, ano 5, n. 6, p. 25-28, 2014.

MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. 329 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/7334>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A arguição de descumprimento de preceito fundamental no paradigma do estado democrático de direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 163-235.

MISSE, Michel. *O inquérito policial no Brasil: uma pesquisa empírica*. Rio de Janeiro: NECVU/IFCS/UFRJ; BOOKLINK, 2010.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Tradução de P. Dorado. Bogotá: Temis, 1991.

MORATO, Francisco. A oralidade. In: _____. (Coord.). *Processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro: uma apresentação. In: _____. *Temas de direito processual civil: quinta série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NEGRI, André del. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo constitucional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, 1. ed. 2008, 1. reimpr. 2009.

NUNES, Dierle José Coelho; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o “caballo de Tróya” iura novit curia e o papel do juiz. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, a. 22, n. 87, p. 205-210, jul./set. 2014.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípio do contraditório como influência e não surpresa. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano 34, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. O Poder Judiciário e o papel do empresariado nacional. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. 2. ed. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989.

PALOMO VÉLEZ, Diego I. Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el proyecto de nuevo CPC chileno. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 36, n. 3, p. 621-661, 2009.

PICARDI, Nicola. *Manuale del proceso civile*. Milão: Giuffrè, 2006.

PLETSCH, Natalie Ribeiro. *Formação da prova no jogo processual penal: o atuar dos sujeitos e a construção da sentença*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

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. *Direito penal e direito processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RIEGO, Cristián R. El proceso de reforma del procedimiento penal chileno: la reforma del proceso penal peruano. *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2004, p. 373-400. Disponível em:

<https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2004_18.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

RIEGO, Cristián R. *Una nueva agenda para la prisión preventiva en América latina*. 2009. <<http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/731.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2016.

RODRIGUES, Ângela Cecília Souza. Língua falada e língua escrita. In: PRETI, Dino (Org.). *Análise de textos orais*. 5. ed. São Paulo: Humanitas FFLCH/USP, 2001. p. 13-32.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Da ação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme à teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SAN MARTIN CASTRO, Cesar. *Derecho procesal penal*. Lima: Grijley, 1999. t. 1.

SANTOS, Andrés de La Oliva. MARYÍNEZ, Sara Aragoneses. SEGOVIA, Rafael Hinojosa. ESPARZA, Julio Muerza. GARCIA, José Antonio Tomé. *Derecho procesal penal*. 4. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 24. ed. São Paulo: Cultrix, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye com a colaboração de Albert Riediliger. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1973.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?: uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205-221.

SCHÜNEMANN, Bernd; BANDILLA, Wolfgang. Perseverance in courtroom decisions. In: WEGENER, H. et al. *Criminal behavior and the justice system*. New York: Springer-Verlag, 1989. p. 181-192.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMÕES, Darcília. A formação docente em letras à luz dos parâmetros curriculares nacionais: códigos e linguagens. In: _____. *Língua portuguesa em debate*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000. p. 112-117.

SOARES, Carlos Henrique. *O advogado e o processo constitucional*. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 221-231.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 27-48, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 233-263.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo – tecnologia – dromologia – garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARGAS, Cirilo Augusto Fiuza Saldanha de. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões jurisdicionais. In: MAGALHÃES, Joseli Lima *et al.* (Coord.). *Temas de direito processual democrático*. Teresina: EDUFPI, 2012. p. 123 -166.

VARGAS, Jose Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VERISSIMO, Luis Fernando. *O futuro do livro: sessenta visões*. São Paulo: Estúdio Substância/Editora Olhares/Ipsis Gráfica e Editora, 2007.

VIANCOS, Juan Enrique Vargas. Reforma procesal penal: lecciones como política pública. In: A 10 AÑOS de la reforma procesal penal: los desafios del nuevo sistema. Santiago de Chile: Gobierno de Chile; Ministerio de Justicia, 2010. Disponível em: <<http://www.cwagweb.org/wp-content/uploads/2006/08/LIBRO-10-ANOS-DE-LA-REFORMA-PROCESAL.pdf>>. Acesso em 19 nov. 2016.

VIGNA, Ricardo. *Saussure: uma teoria da linguagem*. Disponível em: <<https://ricardovigna.wordpress.com/estudos-de-semiotica-e-filosofia-da-linguagem/1-1-a-importancia-da-linguagem/>>. Acesso em: 22 dez. 2016.