I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

DANIELLE JACON AYRES PINTO

AIRES JOSE ROVER

FABIANO HARTMANN PEIXOTO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, governança e novas tecnologias I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Danielle Jacon Ayres Pinto

Aires Jose Rover

Fabiano Hartmann Peixoto – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-078-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I

Apresentação

O I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, foi realizado exclusivamente a partir da utilização das novas tecnologias de informação e comunicação. Foi o maior sucesso nesses tempos de pandemia. Mais do que nunca se viu a tecnologia servindo como instrumento de ação no campo do conhecimento e da aprendizagem, o que este GT sempre defendeu e esteve atento discutindo os limites e vantagens dessa utilização. Os artigos apresentados, como não podia deixar de ser, mostraram que os temas relacionados às novas tecnologias estão cada vez mais inseridos na realidade jurídica brasileira e mundial. Diversos fenômenos do cenário digital foram abordados ao longo dos trabalhos e demonstraram que a busca por soluções nessa esfera só pode ser pensada de forma multidisciplinar.

Assim, vejamos as principais temáticas tratadas, em sua sequência de apresentação no sumário e apresentação no GT. No primeiro bloco temático temos:

• Lei geral de proteção de dados

• proteção da intimidade, privacidade e aos dados sensíveis dos empregados

• anonimização e pseudoanonimização dos dados pessoais

• monetização de dados pessoais na economia informacional

• modelos regionais de obtenção de dados em aplicações na internet

• problemática dos brinquedos conectados

No segundo bloco:

• inteligência artificial e uma justiça preditiva

• neurociências no brexit

• confiança em sistemas de inteligência artificial

• chatbot, normas do bacen e fintechs de crédito

No terceiro bloco:

• internet como ferramenta de participação

• deliberação democrática digital

• ressocialização digital dos idosos

• gestão pública sustentável

• governança eletrônica na administração pública brasileira

• teoria do processo na era digital

No quarto e último bloco:

• a tecnologia e o princípio do contraditório

• vulnerabilidade aos cibercrimes

• fakenews

• pandemia e telemedicina

• pagamentos instantâneos e transações eletrônicas bancárias via whatsapp

Com esses estudos de excelência os coordenadores desse grupo de trabalho convidam a todos para a leitura na integra dos artigos.

Aires José Rover – UFSC

Fabiano Hartmann Peixoto - Universidade de Brasília

Danielle Jacon Ayres Pinto – IMM/ECEME e UFSC

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Governança e Novas Tecnologias I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A TECNOLOGIA E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL.

TECHNOLOGY AND THE CONTRADITORY PRINCIPLE IN THE CRIMINAL PROCESS.

Rafael Khalil Coltro [1]

Resumo

O presente artigo visa analisar algumas das mudanças decorrentes da utilização de novas tecnologias no processo penal, e de que forma isso pode impactar na aplicabilidade dos princípios da ampla defesa e do contraditório, os quais, possuem papel fundamental para o direito processual penal e para o funcionamento do Estado Democrático de Direito. Por isso, uma vez que as influências tecnológicas se mostram irresistíveis, é preciso implementa-las com especial cautela neste ramo do direito, de forma que seja possível incrementar a efetividade do judiciário, sem causar prejuízos ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Palavras-chave: Sociedade da informação, Tecnologia, Princípio do contraditório, Ampla defesa

Abstract/Resumen/Résumé

This article pretends to analyze the changes resulting from the use of new tecnologies in criminal proceedings, and how this may impact the prevalence of the principles of broad defense and adversarial, which play a fundamental role in criminal procedural law and in the functioning of the law. Democratic state. Therefore, since technological influences are irresistible, it is necessary to implement them with special caution in this branch of law, so that it is possible to increase the effectiveness of the judiciary, without causing damage to the principle of contradictory and broad defense.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Information society, Technology, Contradictory principle, Broad defense

[1] Mestrando em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP. Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande de Sul (PUC /RS). Advogado.

Introdução.

Com o advindo da Sociedade da Informação e da Revolução Tecnológica, passou-se a notar uma utilização cada vez maior de recursos tecnológicos em praticamente todas as fases processuais. Desde a digitalização dos processos, utilização de provas digitais e assinaturas digitais, até a possibilidade de realização de interrogatórios por videoconferência. E essas são apenas são algumas das inovações que vêm sendo implantadas na esfera judicial. Tais mudanças são alavancadas por um anseio cada vez maior por celeridade processual, efetividade e maior produtividade por parte do poder judiciário.

Ocorre que, tais mudanças, embora aparentem ser irresistíveis e certamente apresentarem benesses à sociedade, devem ser observadas com excepcional precaução quando introduzidas no ramo do processo penal, pois em alguns casos é possível notar que este aumento na produtividade possui um custo que pode se refletir na violação de preceitos fundamentais, em especial, o preceito constitucional do contraditório e da ampla defesa, o que se mostra inadmissível, mesmo diante de uma evidente facilitação e agilização do processo penal como um todo, dessa forma, o presente artigo pretende analisar a problemática, utilizando para tal, como metodologia de pesquisa, a análise de bibliografia com colheita de dados de modo qualitativo, com base em doutrina, jurisprudência e estudos científicos direcionados para à criminalidade nos meios digitais.

1. A Sociedade da Informação e a Revolução Tecnológica.

É cada vez mais evidente a percepção nos meios acadêmicos, de que a maior parte das sociedades contemporâneas atravessam uma verdadeira revolução oriunda da evolução tecnológica. Nesse sentido explica Castells (2001, p. 21), ao apontar o final do século XX como um período em que foi possível vislumbrar acontecimentos sistêmicos que, quando analisados em sua amplitude, penetrabilidade, e alcance social poderiam ser caracterizados como uma verdadeira revolução, tais quais nossos antepassados atravessaram na Revolução Industrial e no Renascimento. Porém, nestes tempos, a revolução tem por objeto central um bem completamente diferente: a informação, que passou a ser reconhecida como um bem com total centralidade nas sociedades humanas, passando a fluir com velocidade e em quantidade antes inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos jamais antes considerados, ou seja, extremamente relevantes. E com base nessa nova valoração da informação como bem mais valioso, passou-se a denominar a sociedade contemporânea de Sociedade da Informação.

Relevante mencionar que o conceito de Sociedade da Informação começou a ser formado em meados da década de 60. Segundo Crawford (1983, p. 380), a referência inicial que levaria à posterior maturação do conceito teria sido feita pelo economista Fritz Machlup em 1962, em sua obra intitulada "*The Production and Distribuition of Knowledge in the United States*". Posteriormente, o conceito foi melhor apresentado por Peter Drucker, em 1966, no livro "*The Age of Knowledge*" onde os autores demonstram ter a percepção, já àquela época, da existência de uma sociedade pós-industrial, onde o poder econômico – antes transferido da agricultura para a indústria e da indústria para os serviços - estaria migrando gradativamente da indústria para os serviços para o poder da informação.

Assim, conforme explica Barreto Jr. (2007, p.02), convencionou-se nomear este novo ciclo histórico de "Era da Informação", cuja mais distinta peculiaridade inerente às sociedades humanas vincula-se à existência de complexas redes profissionais e tecnológicas, voltadas à produção e ao uso da informação, que passa a ser considerado um bem valioso, utilizado para gerar conhecimento e riqueza. E essas mudanças repentinas não se limitam unicamente à evolução tecnológica e à maneira que se dão as relações comerciais e econômicas entre as pessoas, mas incidem profundamente nas relações sociais entre as pessoas. Nesse sentido explica Castells (2001, p. 22): "As mudanças sociais são tão drásticas quanto os processos de transformação tecnológica e econômica".

E prossegue o autor, descrevendo que esta realidade, própria da sociedade da informação, é caracterizada pelo fato de que a informação passa a ser uma valiosa matéria-prima, havendo uma relação simbiótica entre a tecnologia e a informação, que se auto complementam. Menciona também que as novas tecnologias detêm alta capacidade de penetração social, tendo, em consequência, grande poder de influenciar tanto a vida privada e social dos indivíduos, quanto a economia e a política de uma determinada sociedade.

No Brasil, a partir da década de 90, houve um enorme crescimento da utilização das tecnologias nos mais diversos campos da sociedade, que resultaram em mudanças drásticas na economia e na forma de realização das relações sociais e jurídicas; O campo do Direito por sinal, sofreu relevantes mudanças ocasionadas pela referida revolução tecnológica.

A digitalização dos processos judiciais, por exemplo, revolucionou a forma que a justiça lida com as ações processuais no Brasil. No Estado de São Paulo, por exemplo, foi possível vislumbrar a aplicação destas mudanças tecnológicas através da concretização do

projeto “100% Digital” pelo do Tribunal de Justiça, onde, a partir de novembro de 2015, o Tribunal paulista encerrou de uma vez por todas o recebimento de novas ações em papel físico, consolidando a utilização única e exclusiva dos processos judiciais eletrônicos, o que está se mostrando capaz de reduzir em até 70% o tempo da tramitação de um processo[1].

E a tendência do Judiciário de utilizar-se da tecnologia na busca por maior eficiência na resolução dos conflitos jurídicos, inclusive, àqueles relacionados ao Direito Penal, mostra-se cada vez maior. Prova disto é a inauguração também em 2015, dos Inquéritos Policiais Eletrônicos no Estado de São Paulo, que já encontra-se em avançado estado de implantação no território paulista: atualmente, mais de 1700 das 1.752 delegacias de Polícia do Estado de São Paulo contam com a instauração de inquéritos pela forma eletrônica, com mais de 31.800 Inquéritos Policiais instaurados desta forma, além de mais de 27.000 medidas cautelares representadas ao poder judiciário através da plataforma, computando mais de 3 milhões e 800 mil páginas em formato 100% digital[2]. Ou seja, sob a justificativa de garantir à sociedade uma melhor efetividade jurisdicional, tem-se notado uma aplicação cada vez maior de tecnologia no Processo Penal por parte do Poder Judiciário.

Alguns exemplos práticos: a possibilidade de acesso aos autos pelas partes através do sistema eletrônico; a utilização do recurso de videoconferência em interrogatório de réu preso (cumpre ressaltar que o emprego da videoconferência no interrogatório do réu preso é medida excepcional, somente aplicável por Decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, quando afastada a possibilidade de colheita do depoimento pessoalmente no presídio ou no fórum, pelas razões que serão explanadas mais à frente no presente artigo); a utilização de malote digital e de correio eletrônico para a comunicação de atos processuais ou envio de mídias; e a admissão de elementos oriundos dos meios eletrônicos como provas no processo.

Ocorre que, é crucial atentar-se para o fato de que, sob a justificativa de satisfazer-se os preceitos constitucionais da razoável duração do processo e do acesso à justiça, a

[1]No TJ-SP, processo eletrônico reduz burocracia e o tempo da ação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-27/tj-sp-processo-eletronico-reduz-burocracia-tempo-acao. Acesso em: 19 mai. 2019.

[2]Inquérito Policial Eletrônico. Disponível em: https://www.premioinnovare.com.br/praticas/inquerito-policial-eletronico. Acesso em: 22 de mai. 2019.

Justiça Pública brasileira, já permeada por uma notável tendência punitivista[3], pode acabar por ferir princípios norteantes não só do Processo Penal, mas da Constituição Federal, e quiçá, do próprio Estado Democrático de Direito, em especial, o princípio do Contraditório pode ser colocado em cheque por esta busca implacável por produtividade por parte do Judiciário. Para isso, importante fazer uma recapitulação conceitual acerca deste importante preceito constitucional.

2. O Princípio do contraditório no Processo Penal.

Um dos mais importantes e consolidados princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro como um todo é o conhecido Princípio Constitucional do Contraditório. Tal preceito é consagrado na Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 5º, LV, e se refere à possibilidade de confrontação da prova para comprovação da verdade. Goldschmidt explica (1950, p. 189) que, para que possa a Justiça ser exercida de maneira realmente igualitária e eficaz, a observação de tal princípio é crucial.

E tal preceito impõe como imperiosa em uma relação processual, a chance de que todas as partes envolvidas tenham a oportunidade de exercer o que Pontes de Miranda (1987, p. 234.) já dizia a sua época ser uma "pretensão absoluta à tutela jurídica", que vai além do direito de se manifestar acerca dos fatos. Ou seja, o direito ao contraditório não se resume no simples fato de garantir à parte o direito à manifestação.

Como explica Mendes (2013, p. 436), através de um conceito oriundo do direito comparado, mas que se mostra plenamente aplicável à doutrina e a jurisprudência brasileira, o contraditório não se resume somente ao direito de manifestação no processo, mas vai além, sendo necessário que seja garantido à parte, além do referido direito de manifestação, o pleno acesso à informação acerca do objeto do processo, bem como ao direito de ter os seus argumentos apreciados pelo órgão jurisdicional incumbido de julgar

Daí reforça-se, de forma acertada, que a mencionada "pretensão à tutela jurídica", consagrada no art. 5º, LV da Constituição Federal, é composta pela junção de 3 (três)

[3]As chances de alguém que é formalmente acusado ser condenado pela justiça brasileira é elevadíssima, beirando o patamar de 85%. Dados disponíveis no Relatório do CNJ do ano de 2018, p.17. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/b1c8bc69867dc06af2acaefa4764ae70.pdf. Acesso em: 13 de dez. de 2019.

direitos: o primeiro se trata do direito à informação, que obriga ao órgão julgador a conceder acesso amplo acerca dos elementos do processo às partes; o segundo se refere ao direito à manifestação ou à resposta, que obriga o órgão julgador a dar às partes a chance de se manifestarem, de forma oral ou escrita, acerca dos elementos constantes nos autos do processo e o direito de ter seus argumentos considerados, o que permite ao órgão julgador que analise de maneira real e com o devido aprofundamento os argumentos trazidos pelas partes; e o terceiro refere-se ao direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar a manifestação ou resposta apresentada pela parte, devendo o órgão julgador não só tomar conhecimento, como também considerar de maneira séria e atenta as alegações apresentadas (MENDES, 2013, p. 437). Ademais, juntamente com o princípio da ampla defesa, o princípio do contraditório tem, por razões óbvias, aplicação mais significativa e analítica nos casos em que o litígio judicial se encontra situado na esfera do Processo Penal.

Miguel Fenech explica (1960, p.458.) que "a defesa técnica deve ser levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico jurídica". Ou seja, como bem explica Aury Lopes Jr. (2018, p. 109), no Processo Penal, para que o direito à manifestação da parte seja exercido de maneira realmente efetiva, impõe-se a assistência à parte que figura no polo passivo da ação, de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, ou seja, a assistência de um profissional, geralmente tratado como advogado de defesa ou simplesmente por defensor.

E a justificativa para a necessidade da disponibilização de uma defesa técnica àquela parte que peleja na esfera criminal decorre de uma "esigenza di equilíbrio funzionale"(FOSCHINI, 1956, p.26.), ou exigência de equilíbrio funcional, que impõe a existência da paridade de armas entre o órgão acusatório e o acusado, exercida por meio de seu defensor, uma vez que é presumida a hipossuficiência técnica do sujeito passivo da ação penal, sendo, portanto, imperioso o acesso do acusado a uma defesa técnica, sob pena de violação do princípio da ampla e defesa e do contraditório.

Cumpre ressaltar que este direito se estende a todos, inclusive àqueles que não podem custear os serviços de um profissional habilitado. Por este motivo, a Constituição Federal garante, em seu art. 5º, LXXIV, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. E junto à defesa técnica, existem

também atuações do próprio acusado no sentido de resistir pessoalmente à pretensão do órgão acusatório. A chamada autodefesa pode ser observada no Processo Penal em várias circunstâncias, mas o momento onde é possível notar sua maior relevância é no interrogatório do acusado (LOPES JR., 2018, p. 101). O interrogatório é o momento em que o acusado tem a oportunidade de efetivamente atuar no processo, expondo suas razões e se manifestando acerca dos fatos.

Além disso, importante ressaltar que, no interrogatório, também é possível ao acusado exercer o direito de manter-se silente, o que não pode ser usado em seu desfavor no decorrer do processo penal, exercendo o direito de defesa de forma omissiva, e refletindo o caráter disponível da autodefesa, concluindo-se, portanto, que, diferentemente da defesa técnica, que possuí caráter indisponível, a autodefesa é renunciável, ressaltando-se o fato de que tal renúncia não se aplica ao juiz, que deve, invariavelmente, ao menos oferecer a oportunidade para que o sujeito passivo de uma ação penal exerça sua autodefesa, cabendo ao imputado decidir se aproveita a oportunidade concedida para atuar seu direito de forma ativa ou omissiva.

3. A aplicabilidade da tecnologia no processo penal brasileiro – Caso do interrogatório à distância.

Como mencionado, sabendo da necessidade de assegurar-se, de forma ampla e integral da garantia do contraditório e da ampla defesa no processo penal, toda modificação, mesmo que aparentemente seja benéfica no sentido de garantir maior celeridade processual e eficácia por parte dos órgãos persecutórios, deve ser vista com cautela especial. Isso porque, via de regra no processo penal, é a liberdade de ir e vir (outro preceito fundamental) um indivíduo encontra-se em xeque.

Sabe-se que os efeitos decorrentes de uma condenação criminal no Brasil são extremamente nefastos e podem levar a pessoa condenada a situações irreversivelmente prejudiciais, tanto na esfera profissional quando em sua vida pessoal, mas a questão vai além: o princípio do contraditório e da ampla defesa possibilita a existência de um Estado Democrático de Direito. Sem o respeito ao mencionado princípio, não é possível exercer plenamente a democracia, isso porque, dentre muitos motivos que poderiam ser expostos, um dos principais seria que qualquer violação aos preceitos mencionados, poderiam significar um poder indiscriminado por parte do Estado, nos moldes da época da monarquia

absoluta, ou da inquisição, onde o detentor do poder poderia utilizar das sansões penais para finalidades escusas, como por exemplo, para eliminar adversários políticos.

Por este motivo é que sempre deve-se observar com extrema cautela a aplicabilidade das novas tecnologias no processo penal, especialmente quando a utilização destas tecnologias seja em prol de atingir uma "produtividade" maior por parte do Poder Judiciário. Isso porque, como mencionado, no processo penal, as garantias fundamentais devem ser observadas e respeitadas em sua integralidade, não podendo sofrer quaisquer tipos de restrições em sua aplicabilidade, sob pena de ferir os ditamos constitucionais e tratados internacionais que o Brasil figure signatário.

Ou seja, muito embora não se pretenda resistir ao irresistível, nem cogitar que deva o processo penal se manter inatingido pelo processo evolutivo tecnológico (o que por sinal seria uma tarefa impossível). O que se pretende é, simplesmente, ressaltar a importância de limitar o âmago estatal por celeridade no processo penal. Ou seja, como mencionado anteriormente, não pode o Estado simplesmente focar somente na busca indiscriminada de celeridade processual e efetividade, se tal busca resultar em sacrificar outros princípios fundamentais, como o do contraditório e da ampla defesa.

A justificativa de que a busca por maior efetividade busca atingir o princípio constitucional da duração razoável do processo não autoriza o Legislador ou o Judiciário a dispor de outro direito fundamental. Nesse sentido Pieroth e Schlinck explicam (2011, p. 102):

> O fato de o legislador ter de conformar um direito fundamental não pode significar que ele possa dispor do direito fundamental. Tem de se impor, pois, ao legislador um limite, para além do qual ele já não conforma o âmbito de proteção, mas interfere nele e lhe impõe limites. Dado que foi a história que constituiu juridicamente a sociabilidade natural do homem, é sobretudo essa história que oferece o critério para o limite procurado. Em princípio, uma regulação que quebre com a tradição não é conformação do âmbito de proteção.

Nesse sentido, ao concretizar os direitos fundamentais ao contraditório e à razão duração do processo é preciso que, tanto o Legislativo quanto o Judiciário, estejam atentos aos limites de sua atuação, no sentido de não violar o núcleo essencial desses direitos.

E é notável que esta dicotomia (efetividade processual x garantias fundamentais) vem sendo frequentemente debatida na prática forense, e vem gerando, inclusive, mudanças pontuais no ordenamento jurídico, seguindo um sentido aparentemente uniforme: novas leis

ou práticas são criadas com o intuito de garantir maior celeridade, e restam, eventualmente, por serem notadas como violadoras da ampla defesa e do contraditório.

E no que se refere ao objeto deste estudo, são diversas (e frequentes) as investidas para utilização da tecnologia na busca dessa sonhada efetividade no Processo Penal. Por exemplo, verifique-se, a título exemplificativo, uma alteração muito polêmica ocorrida em 2009, onde Código de Processo Penal sofreu uma alteração, inserindo uma nova redação que se encontra tipificada no art. 185, §2º, que restou por gerar intensas discussões nos meios acadêmicos e profissionais, acerca da dicotomia problematizada no presente artigo.

O referido artigo foi elaborado, com o intuito de utilizar a tecnologia para gerar maior celeridade processual, e consiste em autorizar ao magistrado, em casos excepcionais, em que exista decisão fundamentada, a realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

> a) prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
>
> b) viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;
>
> c) impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência;
>
> d) responder à gravíssima questão de ordem pública. As partes (acusação e defesa) devem ser intimadas da decisão que determina a realização de interrogatório por videoconferência com 10 (dez) dias de antecedência, podendo insurgir-se contra tal determinação se for o caso.

Destaque-se, portanto, que nos termos explícitos da lei, a medida é excepcional, ou seja, nunca é demais repetir, a regra para o interrogatório permanece como exposto acima: réu solto na sede do juízo, réu preso no estabelecimento em que se encontra recolhido. Apenas deve ser adotado o método em caso de justificada necessidade e nas hipóteses taxativamente enumeradas nos incisos do referido parágrafo.

Pelas situações permissivas elencadas no referido parágrafo, percebe-se que o legislador preocupou-se com a garantia da ordem pública, notadamente com a possibilidade de fuga do acusado, no percurso até o fórum, ou, melhor dizendo, com a possibilidade de ser ele resgatado nesse trajeto, o que nos debates sobre processo penal

tem sido apontado como principal motivo para se adotar o interrogatório à distância. A "fundada suspeita" de participação em organização criminosa também autoriza a medida, mostrando o caminho que nossa legislação tem seguido de presumir o risco à ordem pública pela ligação com atividade criminosa organizada. Mas não só: qualquer questão de ordem pública, desde que gravíssima, pode constituir motivo autorizador.

Nesse aspecto, é extremamente necessário que os operadores do Direito observem a disposição em todos os seus termos, observando a excepcionalidade da medida e principalmente não permitindo que eventuais e tão comuns problemas de ordem administrativa, tais como indisponibilidade de viaturas para transporte do réu, número insuficiente de agentes para sua escolta, necessidade de economia de dinheiro público, tornem-se justificativas para a oitiva do acusado pelo sistema de videoconferência. Lembremos que a falta de estrutura para um bom desempenho da justiça criminal é resultado da incompetência do Estado, sendo-lhe vedado utilizar sua própria desídia para justificar supressão de direitos e garantias individuais da pessoa que figura como réu em ação penal.

Cuida também o Código de Processo Penal, através da nova redação, de assegurar a participação do réu no ato processual, quando existe dificuldade para seu comparecimento, por razão de doença ou outro motivo pessoal. Reitera-se que, também aqui, o magistrado deve se pautar por circunstâncias concretas, que indiquem a real impossibilidade de comparecimento, sob pena de se ferir as garantias individuais do réu no processo.

De difícil aplicação prática, a regra que prevê a oitiva do acusado por videoconferência para que ele não influencie no ânimo de testemunhas ou vítimas. Difícil pois, primeiramente, como a própria lei dispõe, tal medida só será adotada se não for possível ouvir estas por videoconferência, como dispõe o art. 217 do Código de Processo Penal; mas o próprio art. 217 estabelece que nessa impossibilidade, o réu será retirado da sala de audiências. Em segundo lugar, porque o interrogatório é o último ato de instrução, logo, quando o acusado vier a ser interrogado, já foram colhidas as declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas, não havendo que se falar em influência em seu ânimo. Se porventura o legislador pretenda, com este dispositivo, impedir tal influência fora da sala de audiências, então é caso de o Estado cuidar para que isso não aconteça, através de seu poder de polícia, e não de interrogatório por videoconferência. Ou seja, essa medida

vem se mostrando praticamente inútil, tanto para a celeridade processual, quanto para o exercício da ampla defesa e contraditório no decorrer da instrução penal. Não obstante, dispõe ainda o Código de Processo Penal que as partes deverão ser intimadas da decisão que determina a realização do interrogatório por videoconferência com 10 dias de antecedência (art. 185, § 3º).

Poderá o réu acompanhar todos os atos anteriores da audiência una pelo mesmo método (art. 185, § 4º) e, antes de ser interrogado, deverá ser assegurada a comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiências do fórum, bem como a entrevista deste com o preso, por canais telefônicos reservados (art. 185, § 5º). O preso deve contar com a presença de defensor no ambiente onde será ouvido, não bastando a presença de seu advogado na sala onde se desenvolverá a audiência de instrução e julgamento.

Salutar a providência, no sentido de impedir qualquer irregularidade na realização dos trabalhos e na garantia da ampla defesa do acusado, uma vez que não são incomuns no Brasil, casos de confissões forjadas obtidas por meios ilícitos. Por fim, esclarece nossa lei processual que, não sendo possível a realização do ato no interior do estabelecimento prisional, nem através da videoconferência, o réu preso deverá ser apresentado em juízo para seu interrogatório (art. 185, § 7º) e que todo o exposto acima se aplica à realização de atos processuais que dependam da participação de pessoa presa (art.185, § 8º).

Ao examinar-se o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, é possível verificar que antes existia um entendimento de que a medida não poderia ser utilizada por falta de previsão legal, como explica o relator do *Habeas Corpus,* de nº191624, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp:

> CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO.IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS.TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA.ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.900/09. NULIDADE ABSOLUTA.DECLARAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTECONCEDIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. (...) Não obstante verifica-se a ocorrência de nulidade. V. A Lei 11.900/09, ao imprimir alteração ao Código de Processo Penal, passou a prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência. No presente caso, verifica-se a existência de nulidade, tendo em vista que o interrogatório foi realizado por tele audiência em data anterior à vigência da Lei 11.900/09.

Ocorre que, a partir das mudanças legislativas mencionadas, a discussão encontra-se em vias de superação, sendo possível notar a esmagadora maioria da jurisprudência dos tribunais superiores consentindo na realização do interrogatório do réu via videoconferência. É o que se nota na ementa do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* de nº 57546/SP, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TRANSNACIONALIDADE. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E INTERROGATÓRIO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ATO PROCESSUAL SOB A ÉGIDE DA LEI FEDERAL N.º 11.900/09. POSSIBILIDADE. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A determinação judicial para a realização da audiência de instrução e o interrogatório do réu por videoconferência ocorreu após a alteração do artigo 185 do Código de Processo Penal pela Lei n.º 11.900/2009. 2. A adoção da medida foi calcada em elementos extraídos do caso concreto, especialmente nos fortes indícios de que a conduta do agente provavelmente estaria inserida na atividade de organização criminosa empresarial com atuação internacional e na necessidade da escolta do acusado por centenas de quilômetros para propiciar o interrogatório presencial, com risco de fuga. 3. Não se limitou o magistrado a reproduzir o texto legal, mas alinhavou a gravidade concreta como substrato para a realização de atos processuais por intermédio da referida tecnologia, com espeque nos requisitos do artigo 185, § 2.º, incisos I e IV, do Código de Processo Penal, demonstrando-se, assim, a necessidade da providência excepcional. 4. Recurso a que se nega provimento.

No mesmo sentido vem alinhando-se o Supremo Tribunal Federal, como diz o julgado trazido de forma exemplificativa a seguir, referente ao *Habeas Corpus* de nº 163298/PR, de relatoria do Ministro Roberto Barroso:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 185, § 2º, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO REALIZADO POR VIDEOCONFERÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS NULLITE SANS GRIEF. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 204 DO CPP E 1º A 5º DA LEI N. 9.296/2006. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. INCIDÊNCIA. 1. No caso dos autos, o Juízo que determinou a execução do interrogatório por meio de videoconferência justificou a decisão na fundada suspeita de que o agravante integrava organização criminosa. Citou que que o acusado foi denunciado por vários fatos envolvendo tráfico de drogas e a informação da Polícia Federal de que era um dos mentores dessa organização, havendo participação de seus familiares. Não há, portanto, que se falar em violação ao disposto no art. 185, § 2º, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, vem se mostrando inevitável a utilização dos recursos tecnológicos no processo penal, mas somente nos casos previstos pelo legislador. Isso pelo fato de que o princípio da legalidade resta bastante enraizado na prática penal brasileira, por isso, a solução encontrada para o conflito duração razoável do processo x direito ao contraditório e ampla defesa, aparentemente, ao menos no que se refere à utilização de sistemas de vídeo para realização do interrogatório, pendeu para a celeridade, entendendo o legislador que o único empecilho na realização deste procedimento seria a legalidade. Uma vez sanada pela Lei n.º 11.900/2009, a problemática relacionada à legalidade fica solucionada, possibilitando assim, a utilização da tecnologia neste sentido, sem que exista, ao menos na visão dos tribunais superiores, qualquer ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

Considerações Finais.

A sociedade a cada dia que passa se torna mais complexa. Com o advindo da Sociedade da Informação e da Revolução Tecnológica, as mudanças passaram a ocorrer em velocidade nunca vista. As mudanças, certamente são irresistíveis, e trazem muitas benesses, mas o novo não pode se instalar sem a reflexão sobre o que a sua adequação com tudo o mais que o cerca, sob pena de iniquidades.

Não se pretende no presente artigo declarar uma preferência pelo princípio fundamental do contraditório em detrimento do princípio da razoável duração do processo em todo e qualquer caso. Não se está pura e simplesmente pregando uma ponderação ou adequação destes para afastar a aplicabilidade das novas tecnologias na busca da celeridade como objetivo das normas processuais. O que se conclui é o fato de que se mostra realmente necessária a igual consideração de ambos os princípios pelo legislador quando da realização de seu discurso de justificação, bem como pelo julgador em seu discurso de aplicação. Nesse sentido, o princípio da duração razoável do processo jamais poderá estar desconectado da "tutela efetiva" do processo justo, que determina o cumprimento do devido processo, constitucionalmente assegurado como um direito fundamental de que não se pode afastar, uma vez que se assim o fizer, entrar-se-á em rota de colisão com o modelo existente em um justo Estado Democrático de Direito

Em outras palavras, a utilização da tecnologia deve ser avaliada de forma a tornar o processo mais justo, e não numa busca desenfreada por produtividade. O processo realmente justo na realidade se mostra um que detenha uma duração mais breve possível,

mas que seja capaz de manter garantia de que o contraditório e a ampla defesa em sua integralidade, não se prestando a evolução da justiça sacrificar, mesmo que parcialmente, os preceitos mencionados a fim de agilizar o andamento do feito. Ou seja, a tecnologia poderá ser empregada, desde que vise atingir o equilíbrio da observância de todas as garantias constitucionais do processo com o princípio de duração razoável, para que se tenha, de fato, o cumprimento do direito fundamental da proteção judiciária efetiva.

O exemplo trazido no presente artigo (possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por meio de videoconferência), embora ainda seja alvo de pertinentes críticas, tendo sido superada a questão atrelada à legalidade da utilização da tecnologia com a Lei n.º 11.900/2009, passou a ser aceita por grande parte dos tribunais brasileiros. É de se notar que o legislador, ciente da necessidade de preservação do direito à ampla defesa e de um contraditório eficaz e condizente com uma democracia livre, determinou que, embora seja possível utilizar a tecnologia para a oitiva à distância, delimitou as situações em que poderia ser aplicável. Ademais, dentre as regras para a utilização do sistema audiovisual, entende-se por ser a mais importante de todas, foi a determinação que o advogado do interrogado esteja presente fisicamente no local onde se dará o interrogatório, sob pena de nulidade. Outra questão bastante importante de se ressaltar é que, embora a legislação tenha tornado possível o interrogatório por videoconferência, ela não a torna uma opção a ser feita a critério do juiz, tampouco aplicável em todos os casos, sendo aplicada somente em situações excepcionais, taxadas expressamente na legislação.

Desta forma, no contexto de um processo jurisdicional democrático, a tecnologia poderá ser utilizada, mas sob a observância de que a mesma deverá sempre contribuir com a estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados para melhora da aplicação da lei, mantendo-se dentro de uma perspectiva procedimental coerente com os princípios regentes de um Estado democrático de direito.

Referências.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura.** Volume I, a sociedade em rede. 5. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CASTELLS, Manuel. **Fim do Milênio**. 4. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CRAWFORD, Susan. **The Origin and Development of a Concept: The Information Society**. In: Bull. Med. Libr. Assoc. nº 71, 1983.

FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**. 3 ed. Barcelona, Labor, 1960.

FOSCHINI, Gaetano**.** L'Imputato. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1956, p.26. In LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

GOLDSCHMIDT, Werner. **La Imparcialidad como Princípio Básico del Processo**. Revista de Derecho Procesal, n. 2, 1950.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard**. Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011,

Inquérito Policial Eletrônico. Disponível em: https://www.premioinnovare.com.br/praticas/inquerito-policial-eletronico. Acesso em: 22 de mai. 2019.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. Ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 1967**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

No TJ-SP, processo eletrônico reduz burocracia e o tempo da ação. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-fev-27/tj-sp-processo-eletronico-reduz-burocracia-tempo-acao. Acesso em: 19 mai. 2019.

Relatório CNJ 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/b1c8bc69867dc06af2acaefa4764ae70.pdf. Acesso em: 13 de dez. de 2019.