

# O Supremo Tribunal Federal enquanto tribunal penal?

## O caso “Mensalão”, o devido processo, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido

Por Eneas Romero, Göttingen\*

### I. Introdução

O julgamento do caso conhecido como “Mensalão” pelo Supremo Tribunal Federal (doravante STF) tem sido considerado por defensores como um marco na luta contra a impunidade no Brasil. Uma análise mais detalhada do caso, contudo, revela algumas limitações procedimentais do STF enquanto tribunal penal responsável pela instrução e julgamento de processos penais em primeira instância. Apesar de todos os Ministros integrantes do STF terem julgado o processo, nenhum deles ouviu diretamente nenhuma das testemunhas ou dos acusados, o que foi feito por juízes de instâncias inferiores por delegação do STF. Neste artigo, será feita uma análise do procedimento adotado pelo STF sob o aspecto jurídico (processual penal e dos direitos humanos) e epistemológico.

Em primeiro lugar, será feita uma comparação (abordagem procedimental: processual penal) entre o procedimento para oitiva de testemunhas e acusados pelo STF com aquele aplicável para todos os demais réus em processos penais para os quais se aplicam os princípios processuais penais da oralidade e da imediação, que apenas excepcionalmente poderão deixar de ser aplicados. O objetivo aqui é verificar se a exceção ao princípio da imediação e da oralidade pelo STF pode ser justificada de acordo com o direito processual penal brasileiro.

Em seguida (“human rights approach”), será analisado se os Arts. 3º III e 9º, § 1º da Lei 8.038, os quais autorizam o procedimento especial perante o STF, estão de acordo com o direito a ser ouvido (“right to hearing”) e o direito ao devido processo legal (“right to a fair trial”) previstos pela Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH) e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (doravante PIDCP), ambas normas de status superior, status supra-legal, conforme reconhecido pelo STF. Analisaremos, portanto, se o direito à oitiva imediata e oral (“immediate and oral hearing”) das testemunhas e dos acusados pelo juiz de instrução que efetivamente julgará o processo pode ser considerado como um direito humano protegido pelo direito ao devido julgamento (“right to a fair trial”) e o direito a ser ouvido (“right to hearing”) de acordo com a CADH e o PIDCP.

“Last but not least”, será feita uma análise sob o aspecto epistemológico para verificar se a oitiva dos acusados e das testemunhas por um juiz de instrução diferente daquele que julga o processo reduz a capacidade de o juiz analisar e melhor conhecer a cognição probatória e, caso a diminua, se, de algum modo, poderá interferir no resultado final.

---

\* O autor é Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (Unb), bolsista CAPES/DAAD para doutorado na Universidade de Göttingen na Alemanha, pesquisador do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-Americano (CEDPAL) e Promotor de Justiça no Estado do Ceará. Agradeço as observações de Diego Reis, Raquel Scalcon e do Prof. Dr. Paulo de Sousa Mendes.

No final, será discutido se alguma peculiaridade do caso poderia justificar um procedimento especial pelo STF na instrução e julgamento de processos penais e o que poderia ser feito para aprimorar o processo penal no STF.

### II. O julgamento do “Mensalão”: uma brevíssima introdução (sob o aspecto processual) ao caso

O caso “Mensalão” foi um episódio de corrupção ocorrido em 2005 no Brasil (no mandato do Presidente Lula) e revelado pelo deputado federal Roberto Jefferson, que informou que o governo estaria clandestinamente fazendo um pagamento mensal (daí “Mensalão”) no valor de R\$ 30.000,00 entre o final de 2002 e 2005 para parlamentares da base aliada para garantir maioria na Câmara dos Deputados.

No Brasil, alguns ocupantes de cargos públicos da cúpula dos três poderes possuem foro por prerrogativa de função (art. 102 I b e c da Constituição Federal, doravante CF) e somente podem ser julgados em processos penais (em primeira e única instância) pelo STF. Nesse caso, em razão do envolvimento de vários detentores de foro por prerrogativa de função, o Procurador-Geral da República denunciou 40 (quarenta) pessoas perante o STF pela prática de diversos crimes, tais quais lavagem de dinheiro (art. 1º V e V da Lei 9.613/98), corrupção ativa (art. 333 do Código Penal, doravante CP), corrupção passiva (art. 317 do CP), peculato (art. 312 do CP) e formação de quadrilha (art. 288 do CP). Em agosto de 2007, o plenário do STF recebeu a denúncia contra 40 acusados, dentre eles o Presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha, diversos deputados federais, o Ministro Chefe da Casa Civil e o Tesoureiro e o Presidente do Partido dos Trabalhadores.

A grande quantidade de réus, a enorme quantidade de provas documentais e testemunhais e todo o aparato burocrático decorrente de um processo tão difícil como esse tornaram a instrução criminal extremamente demorada e complexa. Além do interrogatório dos réus, foram ouvidas mais de 600 testemunhas da acusação e da defesa. Desse modo, os autos do processo, antes do julgamento, chegaram ao número de 51.615 páginas. Somente o acórdão que julgou o processo no mérito teve 8.405 páginas, ao qual se seguiram outras decisões relativas ao julgamento de recursos para o mesmo tribunal, que reverteu parte do julgamento para alguns réus.<sup>1</sup> A complexidade do processo impôs, portanto, enormes desafios procedimentais ao STF.

### III. O papel do Supremo Tribunal Federal no “Mensalão”

O STF é o mais alto tribunal do Brasil e sua principal função é interpretar a Constituição e desempenhar funções equiva-

---

<sup>1</sup> Para o inteiro teor do acórdão, ver: [ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\\_AP470.pdf](ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf) (11.11.2014). Para uma versão resumida, ver: [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20130419-02.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130419-02.pdf) (11.11.2014).

lentes ao de uma Corte Constitucional,<sup>2</sup> sendo em alguns casos um tribunal de recursos e, em outros, exerce até a função ocupada por um tribunal de instrução e julgamento de processos penais em primeira e única instância, como ocorreu no caso denominado “Mensalão”. Sinteticamente, em matéria penal e processual penal, o STF possui amplíssima competência, sendo responsável: a) pelo controle abstrato de constitucionalidade por meio de Ação Direita de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102 I a da CF) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102 § 1º da CF); b) pelo controle difuso de constitucionalidade, notadamente em recurso extraordinário (art. 102 III da CF), com repercussão geral, o que o aproxima do controle concentrado (art. 102 § 3º da CF); c) pelo julgamento de Habeas Corpus em que sejam pacientes as autoridades elencadas na CF (art. 102 I d e i da CF); d) pela revisão criminal de seus julgados (art. 102 I j da CF); e) pela reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102 I l da CF); f) pelo julgamento de recurso ordinário das decisões estabelecidas na CF (art. 102 II); g) pela competência originária como Tribunal Penal para julgamento de processos em que sejam réus ou indiciados autoridades com foro por prerrogativa de função (art. 102 I b e c da CF) e h) editar súmulas vinculantes (art. 103-A da CF).

No caso “Mensalão”, o STF atuou como um tribunal penal de instrução e julgamento de primeira e única instância, atuando desde a fase de investigação, passando pela instrução e julgamento até a fase recursal do processo penal. Com tantas atribuições, os processos penais dos acusados e indiciados com foro por prerrogativa de função (art. 102 I b e c da CF), inclusive o “Mensalão”, são apenas uma pequena parte dos 56.617 (desses: 15.638 são decorrentes da competência originária e 40.979 da competência recursal) processos que tramitam atualmente no STF.<sup>3</sup> Há atualmente 3.568 tramitando no STF e classificados especificamente como criminais (ainda que haja muitos outros sem essa denominação, como ocorre no exercício do controle de constitucionalidade). Desses, 623 são processos penais/inquéritos policiais decorrentes de foro por prerrogativa de função em que o STF exerce função equivalente à de juízes penais de 1º grau, sendo que, dentre eles, 154 são processos penais e 469 Inquéritos Policiais.<sup>4</sup> Nesses últimos processos, o STF atua como tribunal de primeira instância de modo equivalente a juízes penais de primeiro grau, ocupando-se da atividade instrutória enquanto “fact finding judges” com todos os ônus e deveres

impostos aos juízes ao exercer essa atividade de participar diretamente da instrução: respeitar o devido processo legal e o direito ao “fair trial” conforme previsto pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos. Com tantos e tão complexos processos no exercício de sua competência, especialmente do controle de constitucionalidade, é muito difícil para o STF compatibilizar a sua atuação enquanto Corte Penal com as atividades extremamente demoradas que são exigidas de um juiz penal que atue enquanto juiz de instrução e julgamento de processos penais. A grande quantidade de processos não autoriza o STF a diminuir, de modo algum, os direitos dos acusados, os standards probatórios e as regras e princípios processuais penais.

#### IV. O devido processo legal, o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido no processo penal

O devido processo legal é um direito que vem sendo amplamente reconhecido como inerente ao Estado de Direito e está expressamente protegido pelo Constituição pelo art. 5 § 1º, LIV e LV:

“LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;”<sup>5</sup>

A Constituição usa o termo “devido processo” ao invés de “fair trial”.<sup>6</sup> Nos direitos humanos internacionais, contudo, a CADH e a PIDCP protegem expressamente o direito ao denominado “fair trial” no artigo 8º da CADH (ainda que na tradução oficial em português use o termo “garantias judiciais”)<sup>7</sup> e no art. 14 do PIDCP (ainda que na tradução oficial em português use o termo “devidas garantias”).<sup>8</sup> No direito brasileiro, o “fair trial” faz parte do que se tem tratado como devido processo, que é o gênero. O termo “fair trial” será utilizado para designar os parâmetros para o devido processo nos direitos humanos internacionais e no direito penal internacional.

O princípio do “fair trial” tem sido reconhecido como “talvez o mais importante e fundamental princípio de todos” do direito penal internacional.<sup>9</sup> O Estatuto de Roma usa a palavra “fair” dezessete vezes. A palavra propagou-se e foi transplantada para outros países, embora, no Brasil, ainda se tenha preferido a expressão devido processo ou devidas ga-

<sup>2</sup> Para uma comparação entre o Controle de Constitucionalidade no Brasil e na Alemanha, ver: *Mendes*, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, 1990; *Martins*, in: Hollensteiner (org.), Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha, Rio de Janeiro, 2004, 205 (217 s.).

<sup>3</sup> Para a informação, ver: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual> Online em 12.11.2014. Informação atualizada pelo STF até esse dia.

<sup>4</sup> Ver n. 3.

<sup>5</sup> Cfr [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm) (12.11.2014).

<sup>6</sup> *Gomes/Mazzuoli*, Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 3.ed. 2010, p. 80. *Giacomolli*, O devido processo penal, 2014, p. 79.

<sup>7</sup> Ver site da Presidência da República, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/ano\\_xo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/ano_xo/and678-92.pdf) (10.1.2015).

<sup>8</sup> Ver site da Presidência da República, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm) (10.1.2015).

<sup>9</sup> No original: “as maybe the most fundamental principle of all” Cfr. *Ambos*, Treatise on international criminal law, 2013, p. 95, e pp. 95 ss.

rantias judiciais. Na Alemanha, por exemplo, o termo “fair” em inglês foi mantido e se incorporou à linguagem jurídica alemã<sup>10</sup>: a denominada “*fairen Verfahren*”.<sup>11</sup>

“Fair trial” (ou o equivalente brasileiro devido processo e devidas garantias) no Direito Penal Internacional (doravante DPI), nos direitos humanos internacionais e no direito penal tem sido identificado com algumas garantias que devem ser respeitadas em um processo penal. A comparação entre “fair trial” e “fair play” feita por *Fletcher* ajuda a compreender o significado do “fair” (“trial”) no direito processual penal.<sup>12</sup> É possível vencer um jogo desrespeitando o “fair play” assim como é possível condenar alguém sem respeitar o “fair trial”, mas, em ambos os casos, o resultado seria prejudicado, como um todo, pela conduta durante o jogo no caso do “fair play” ou durante o processo, no caso do “fair trial”. O processo penal não trata apenas da realização do *ius puniendi* para condenar os que efetivamente praticaram o crime,<sup>13</sup> mas também de como fazê-lo. O devido processo (um “fair trial”) é o único modo legítimo de realizá-lo. Segundo *Fletcher*:

“O problema básico é a confusão entre ‘justiça’ e ‘equidade’. Um fair trial não atinge necessariamente um resultado justo, o que presumivelmente iria exigir que o inocente fosse absolvido e o culpado condenado. Fair trial com frequência resulta em injustiça – em particular, o risco de que o culpado seja absolvido. Se justiça significa exigir que o culpado seja condenado, então o princípio do fair trial, distorcido enquanto ele é para os interesses da defesa, permite que alguma injustiça ocorra.”<sup>14</sup>

Em outras palavras, para que o resultado final de um processo penal em que seja julgado o mérito (condenar ou absol-

ver alguém) possa ser considerado legítimo deve ser obtido pelo devido processo, um processo que seja “fair” para ambas as partes. É difícil identificar o que faz com que um processo seja devido (“fair”) e é variável de acordo com cada sistema jurídico (evidenciado pelas diferenças entre o sistema romano-germânico e o “Common Law”). Alguns elementos identificados como parte do “fair trial”, contudo, “limitam e constituem o exercício do *ius puniendi*”<sup>15</sup> no Estado Democrático de Direito e alcançaram amplo consenso em múltiplos Estados nacionais e no direito internacional<sup>16</sup>, como ocorreu com a CADH, o PIDCP e a CEDH, que garantem o devido processo (ou “fair trial”) em qualquer Estado que se pretenda democrático e de direito.

É possível identificar alguns elementos do “fair trial” no Estado Democrático de Direito.<sup>17</sup> A igualdade de armas é, certamente, um deles.<sup>18</sup> Se no processo não for garantido o direito de ambas as partes (no processo penal: acusação, normalmente representada pelo Ministério Público, e defesa) de produzir provas e contradizer as provas uma da outra, o processo não obedece as garantias devidas (por isso foi “unfair”) por desrespeitar a paridade de armas.<sup>19</sup> Apesar de existirem muitas questões pertinentes relacionadas à igualdade de armas, no caso “Mensalão” os principais problemas não foram relacionados a ela.

Uma outra garantia integrante do “fair trial” é o direito de ser ouvido por um tribunal competente, independente e imparcial. O direito de ser ouvido (“right to a hearing by a court”) por um tribunal tem sido reconhecido como uma parte indispensável do “fair trial”. Essa garantia é protegida pela Constituição, pela CADH, pelo PIDCP, pelo Estatuto de Roma e pelo CPP. Muitos aspectos do caso “Mensalão” têm sido debatidos e criticados.<sup>20</sup> Aqui, será analisado um aspecto

<sup>10</sup> Cfr. Sobre o princípio do “fair trial” na Alemanha: *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8. ed. 2010, pp. 186 ss.

<sup>11</sup> *Fletcher*, in: Sieber et al. (orgs.), *Strafrecht und Wirtschaftsrecht*, 2008, p. 1241.

<sup>12</sup> “Our notion of fairness and fair play draw heavily on the analogies from competitive sports and games, which pervade idiomatic English. Fair procedures are those in which both sides have an equal chance of winning. The playing field is level. Neither side hides the ball. Regardless of the sport or game, no one seeks an ‘unfair’ advantage by hitting below the belt, stacking the deck, or loading the dice.” *Fletcher*, *The grammar of criminal law*, 2007, p. 136.

<sup>13</sup> Conforme defendido por *Laudan*, epistemologicamente o objetivo do processo penal é, ao final, condenar os criminosos que cometeram o crime e absolver os inocentes. Ver: *Laudan*, *Truth, Error and Criminal Law, An Essay in Legal Epistemology*, 1996, pp. 9 ss.

<sup>14</sup> “The basic problem is the confusion of ‘justice’ and ‘fairness’. A fair trial does not necessarily reach a just result, which presumably would require that the innocent be acquitted and the guilty be found guilty. Fair trial often results in injustice – in particular, the risk that the guilty will go free. If justice requires the punishment of the guilty, then the principle of fair trial, skewed as they are to the interests of the defendant, permit some injustice to occur.” Cfr. *Fletcher* (n. 12), p. 135, todas as traduções de textos originais em inglês ou em alemão são traduções livres do autor.

<sup>15</sup> “Further, the most salient aspect of our ‘fair trial’ is the fact that the procedure by which citizens are identified as offenders not only *constitutes* but also *limits* the competence of the state in criminal matters. [...] in the democratic constitutional state a ‘fair trial’ is at the same instance constitutive for and restrictive of the exercise of the *ius puniendi*.” *Hildebrandt*, in: Duff/Farmer/Marshall/Tadros (orgs.), *The Trial on Trial*, Vol. 2, Judgment and Calling to Account, 2006, p. 15.

<sup>16</sup> *Waldron*, *Partly Law Common to All Mankind*, *Foreign Law in American Courts*, 2012, pp. 120 ss. Sobre a dupla posituação, ver: *Neuman*, *Stan Law Review* 55 (2002-2003), 1863 (1864 s.).

<sup>17</sup> Para *Hildebrandt* seriam cinco elementos: “1) ‘the initiative to take a case to the court is with the government’; 2) ‘the verdict of the court will be imposed on the offender’; 3) ‘the importance of unwritten positive law is recognized as well as the importance of oral testimony’; 4) ‘the verdict of the court will be imposed on the offender’; 5) ‘the verdict of the judge is pronounced unilaterally’”. *Hildebrandt* (n. 15), pp. 24 s.

<sup>18</sup> *Hildebrandt* (n. 15), p. 24.

<sup>19</sup> Sobre a paridade de armas no direito brasileiro, ver o recente: *Vieira*, *Paridade de Armas no Processo Penal*, 2014.

<sup>20</sup> Cfr. *Falcão*, *Mensalão*, 2013. Ver também *Ambos/Romero*, *ZIS* 2014, 259.

do direito a ser ouvido, que revela o problema processual mais grave desse julgamento.

### 1. Os princípios da oralidade e da imediação: origem e conceito

A imediação e a oralidade são princípios que têm grande tradição no processo penal tanto no “Civil Law” quanto no “Common Law”. Segundo Summers, o princípio da imediação e da oralidade estavam ligados, mas respondiam a duas diferentes funções de análise e supervisão da prova pelo juiz e da confrontação da mesma pela defesa: “Enquanto a primeira função do princípio da imediação é a regulação da oitiva das provas, a exigência de que a audiência seja conduzida oralmente estava conectada com a importância de possibilitar a discussão e a confrontação da prova. Assim o princípio pode ser visto como resposta para duas questões separadas: primeiro a função judicial na supervisão da determinação da prova e, segundo, a adequação da oportunidade de o acusado confrontar a prova.”<sup>21</sup>

Na Alemanha, onde o princípio da imediação tem sido muito estudado e tem grande importância no processo penal, “a imediação tem sido entendida como um princípio fundamental do direito processual penal.”<sup>22</sup> O princípio foi desenvolvido no século XIX na Alemanha (“Unmittelbarkeit”), mas a ideia de imediação já era conhecida em outras partes, como no direito britânico, e estava associado ao princípio da oralidade. A imediação divide-se em dois elementos: (a) o formal e o (b) material.<sup>23</sup> O elemento formal (a) do princípio da imediação na Alemanha exige um contato direto e pessoal entre o juiz que vai julgar o caso<sup>24</sup> e a prova<sup>25</sup> para que ele

possa ter uma impressão direta e fresca da prova ou “uma percepção sensorial de todos os acontecimentos processuais durante a instrução (incluindo especialmente a colheita das provas) pelo juízo competente para a instrução e julgamento do processo.”<sup>26</sup> O elemento material (b) “refere-se à produção da prova e não ao modo de conhecimento da prova pelo tribunal. [...]. Desse modo apenas contém o lado material na moldura da produção da prova exigida pelo tribunal aquela que, entre todos os meios de prova passíveis de ser escolhidos, estiver na posição de melhor garantir que o tribunal aproxime-se da verdade material.”<sup>27</sup> Geppert esclarece, em sua tese de livre docência (“Habilitation” na Alemanha), a diferença entre o elemento formal e material de modo claro: “o objeto do princípio da imediação é, nesse ponto, não a pergunta formal: ‘Como pode o tribunal da matéria de fato obter o conhecimento dos meios de prova?’ Senão muito mais a pergunta de prova material: ‘Qual meio de prova deve e qual meio de prova não deve ser objeto de prova?’”<sup>28</sup>

A oralidade foi um dos pontos importantes dos reformadores do sistema inquisitivo,<sup>29</sup> mas ela não é um princípio probatório, senão de toda instrução (“Hauptverhandlung”) e

<sup>21</sup> “While the primary role of the immediacy principle concerned the regulation of the hearing of the evidence, the requirement that the hearing be conducted orally was connected to the importance of enabling discussion and challenging of the evidence. Thus the principles can be seen to be a response to two separate issues: first the judicial role in the supervision of the determination of the evidence and, secondly, the adequacy of the opportunity of the accused to challenge the evidence.” Summers, *Fair trials the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, 2007, p. 49.

<sup>22</sup> *Eser et al.*, GA 2014, 1 (2), “[Der Grundsatz der Unmittelbarkeit als] ein tragendes Grundprinzip des Strafverfahren verstanden wird”.

<sup>23</sup> Stüber, *Die Entwicklung des Prinzips der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*, 2005, p. 44.

<sup>24</sup> Stüber (n. 23), p. 45: “Unter diesem zweiten Merkmal der formellen Unmittelbarkeit wird verstanden, daß das Gericht insbesondere die Beweise selbst zu erheben hat, also dies grundsätzlich nicht einem Dritten überlassen darf. Damit soll sichergestellt werden, daß der Richter einen persönlichen Eindruck von den Beweisen erhält. So sind auch die (zumeist älteren) abweichenden Terminologien zu erklären. Es wurde von ‘persönlicher Unmittelbarkeit’ oder auch von ‘Unmittelbarkeit in subjektiver Hinsicht’ ebenso wie von der ‘Unmittelbarkeit der Beweiserhebung’ gesprochen.”

<sup>25</sup> Stüber (n. 23), p. 44: “Die Formelle Unmittelbarkeit” trata do seguinte: “Das erste Element, welches dem Unmittelbarkeitsgrundsatz zugeschrieben wird, bezieht sich auf das Zusammentreffen der urteilenden Personen und des vorzutragenden Prozeßstoffes. So wird verlangt, daß das Gericht den gesamten Prozeßstoff der Hauptverhandlung einschließlich aller Verfahrensbeteiligten und aller Beweistatsachen selbst wahrnehmen muß. Es muß sich einen möglichst direkten, frischen Eindruck von Tatgeschehen verschaffen. Es soll folglich die Beteiligten, insbesondere den Angeklagten, Zeugen und Sachverständige selbst sehen und hören, sowie bedeutsame Tatsachen selbst wahrnehmen.”

<sup>26</sup> “Vor diesem historischen Hintergrund aus beinhaltet der Grundsatz der Unmittelbarkeit zunächst einmal die Forderung nach eigener sinnlicher Wahrnehmung des gesamten Prozeßgeschehens in der Hauptverhandlung (einschließlich insbesondere der Beweisaufnahme) durch das erkennende Gericht.” Geppert, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*, 1976, p. 122, e pp. 122 ss.

<sup>27</sup> Stüber (n. 23), p. 47, no original: “Die ‘materielle’ Seite bezieht sich auf die Beweisführung und nicht auf die Art ihrer Kenntnis durch das Gericht. Gemeinsam ist beiden Seiten jedoch, daß sie eine direkte Tatsachenfeststellung ermöglichen sollen, um bestmögliche Wahrheitsforschung gewährleisten zu können. Daher enthält nun die materielle Seite im Rahmen der Beweismittel unter mehreren möglichen auszuwählen, welches in der Lage ist, das Gericht in die nächste Umgebung der materiellen Wahrheit zu versetzen.”

<sup>28</sup> “Gegenstand des Unmittelbarkeitsprinzips ist insofern nicht die mehr formale Frage: ‘Wie soll das erkennende Gericht sich von den (gleichgültig: welchen) Beweismitteln Kenntnis verschaffen?’ als vielmehr die materiell-beweisrechtliche Frage ‘Welches Beweismittel soll oder welches Beweismittel soll nicht zum Gegenstand des Beweises gemacht werden?’” Geppert (n. 26), p. 127, e pp. 127 ss.

<sup>29</sup> Geppert (n. 26), p. 137.

está associada à publicidade processual e à dialética da prova.<sup>30</sup> Embora correlatos, os princípios possuem finalidades diferentes. Enquanto a oralidade pretende garantir a dialética da audiência no procedimento de modo a garantir que os argumentos e provas de todas as partes sejam ouvidos e contestados, a imediação pretende garantir a forma como deve ser produzida a prova. Segundo Summers: “Os princípios respondem a duas diferentes questões: o papel judicial na supervisão da produção da prova e, em segundo lugar, a adequação da oportunidade de o acusado contestar a prova.”<sup>31</sup> A oralidade, porém, vai além da oportunidade de contestação das provas, já que são orais também a condução do processo e os debates sobre questões jurídicas. O princípio da imediação, em toda sua origem histórica que se desenvolve desde o século XIX até hoje na Alemanha, e em outros países, pretende garantir justamente a relação direta (e imediata) entre a prova, a instrução e o julgador do processo.

## 2. O CPP e a oralidade e a imediação

No Brasil, predominou, por muito tempo, um modelo escrito de processo penal.<sup>32</sup> As reformas do Código de Processo Penal, contudo, vêm transformando o modelo processual penal para um modelo em que prevalece o princípio da oralidade e da imediação. O direito processual penal brasileiro tem substituído o sistema inquisitivo para adotar o sistema acusatório. Até recentemente o juiz era responsável por formular diretamente as questões para as testemunhas e possuía um papel muito ativo no processo penal. Agora, as testemunhas são questionadas diretamente pela acusação e pela defesa e o juiz apenas pode complementar as perguntas. No interrogatório judicial, realizado agora no final da instrução, após oitiva de todas as testemunhas, o juiz ainda é responsável por fazer as perguntas para o réu, mas as partes podem complementar as perguntas dele. Com essas e outras mudanças, o processo penal abandonou um processo baseado nas provas escritas, em que a oitiva de todas as testemunhas e dos réus era reduzida a termo por escrito, para um procedimento predominantemente oral.<sup>33</sup>

Agora, o CPP prevê expressamente os princípios da imediação e da oralidade de acordo com o art. 399, § 2º do CPP: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Esse artigo, combinado com a previsão de conduzir uma audiência una (arts. 400, caput, e 531), tornou expresso o princípio da identidade física do juiz. Desse modo, “toda a instrução deve se desenvolver perante um único juiz, que deverá ser o mesmo que sentenciará o feito.”<sup>34</sup> Ao princípio

da identidade física do juiz estão associados os princípios da oralidade, da concentração e da imediação.<sup>35</sup>

A finalidade do princípio da identidade física do juiz é garantir a sua imparcialidade (evitando mudanças arbitrária do juiz no momento em que o processo será sentenciado)<sup>36</sup> e possibilitar uma direta e imediata cognição da instrução processual pelo juiz que julgará o processo.<sup>37</sup> Excepcionalmente, é admitido que as provas sejam colhidas por um outro juiz (por carta precatória, rogatória ou carta de ordem)<sup>38</sup> e o processo também poderá, excepcionalmente, ser julgado por um juiz diferente do que conduziu a audiência quando o juiz da audiência estiver “convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado”, conforme previsto pelo art. 132 do CPC, aplicável por analogia do CPP.<sup>39</sup> Nesse caso, porém, o juiz poderá mandar repetir as provas e ouvir novamente as testemunhas ou o acusado caso considere necessário para julgar o processo, regra que demonstra a importância da imediação e da oralidade no CPP.<sup>40</sup>

## 3. O procedimento adotado pelo STF em processos penais

A Lei 8.038/90 regula os procedimentos perante o STF e o STJ. Em ações penais originárias, a referida lei prevê um procedimento diferenciado, mas as normas aplicáveis ao procedimento comum previstas pelo CPP deverão ser aplicadas sempre que possível (art. 9 da Lei 8.038). Dentre as normas especiais aplicadas nas ações originárias, existem normas que autorizam a delegação pelo relator para que outro juiz ou membro de tribunal com competência territorial realize o interrogatório ou outro ato de instrução (art. 9 § 1º)<sup>41</sup> e

<sup>35</sup> *Lopes Jr.* trata o princípio da identidade física como gênero dos quais derivam, como subcategorias, os demais. *Lopes Jr.*, Direito processual penal, E sua conformidade constitucional, 2012, p. 564: “O princípio da identidade física do juiz exige, por decorrência lógica, a observação dos subprincípios da oralidade, concentração dos atos e imediatidade.” Fazendo uma distinção mais detalhada entre concentração e imediação *Geppert* (n. 26) p. 142, e entre imediação e unidade do procedimento *Geppert* (n. 26), pp. 143 ss.

<sup>36</sup> *Badaró* (n. 34), p. 442.

<sup>37</sup> *Lopes Jr.* (n. 35), p. 564.

<sup>38</sup> Essa possibilidade ainda é uma importante exceção à uma total aplicação da oralidade e da imediação no processo penal brasileiro. De todo modo, trata-se apenas de uma exceção a regra geral que somente pode ser aplicada nas situações previstas em lei.

<sup>39</sup> “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”

<sup>40</sup> Nesse sentido, ver: *Lopes Jr.* (n. 35), p. 565; *Badaró* (n. 34), p. 444.

<sup>41</sup> “Art. 9º – A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal. (Vide Lei nº 8.658, de 1993)

<sup>30</sup> *Geppert* (n. 26), pp. 137 ss.

<sup>31</sup> *Summers* (n. 21), p. 49.

<sup>32</sup> *Marques*, Elementos de Direito Processual Penal, Vol. 1, 1997, pp. 72 ss.

<sup>33</sup> Contra a aplicação do princípio da identidade física do juiz: *Tourinho Filho*, Processo penal, Vol. 1, 2004, pp. 56 ss. Defendendo a oralidade na Constituição de 1988: *Prado*, Sistema acusatório, A conformidade constitucional das leis processuais penais, 2001, pp. 171 ss.

<sup>34</sup> *Badaró*, Processo penal, 2014, p. 443.

que autorizam a convocação de juiz ou desembargador para realizar o interrogatório ou outro ato de instrução no tribunal ou em outro local em que se possa realizar o ato (art. 3 III da Lei 8.038).

Uma diferença dos processos que tramitam perante o STF e o STJ é que a função equivalente àquela desempenhada pelo juiz de instrução será desempenhada apenas pelo relator, que possui um papel muito mais importante no processo que os demais julgadores, embora todos os Ministros julguem o processo em votos com igual peso. O relator desempenhará todas as funções do juiz de instrução (realizar o interrogatório, ouvir as testemunhas e realizar outros atos de instrução); os demais Ministros apenas em algumas situações participarão da instrução e somente no final participarão ativamente do julgamento.<sup>42</sup>

Apesar de ser possível a realização do interrogatório, a oitiva das testemunhas e dos demais atos de instrução diretamente pelo relator, não é o procedimento normalmente adotado pelo STF nas ações originárias, em que a Corte realiza os atos instrutórios por outros juízes ou desembargadores por meio de delegação ou por convocação. No “Mensalão”, a oitiva de todas as testemunhas e de todos os acusados foi realizada por outros juízes. Esse procedimento faz com que os Ministros que irão julgar o processo em primeira e única instância o façam sem ter qualquer contato com os acusados ou com as testemunhas, embora tenham acesso pleno a todos os depoimentos e interrogatórios (transcritos e também aos áudios e vídeos). Nesse caso, nenhum dos Ministros (nem o relator) elaborou qualquer pergunta para os acusados ou complementou as perguntas da acusação e da defesa.

O problema a ser enfrentado por esse artigo é se o procedimento adotado pelo STF no caso “Mensalão” (e também em outros processos penais no exercício da competência originária) é compatível com o CPP, com os direitos humanos internacionais e, também, se cria deficiências epistêmicas no julgamento.

No processo penal, a regra geral é a da aplicação dos princípios da oralidade e da imediação em todos os processos, salvo exceções previstas em lei. A Lei 8.038 autoriza o relator a delegar atos de instrução (art. 9º § 1º). Há um conflito aparente de normas. Tanto o CPP quanto a Lei 8.038 são leis ordinárias e possuem igual hierarquia normativa. O conflito resolve-se, portanto, pelo critério da especialidade, sendo a lei 8.038 uma lei especial (por regular somente procedimentos perante STF e STJ) em relação ao CPP, que deverá prevalecer, o que torna legal a delegação e a convocação de outros juízes.

---

§ 1º – O relator poderá delegar a realização do interrogatório ou de outro ato da instrução ao juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem.”

<sup>42</sup> “Art. 2º – O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal. (Vide Lei nº 8.658, de 1993)”.

No caso “Mensalão”, contudo, como ocorreu em todos em que atuou como juiz de instrução e julgamento, o STF delegou para outros juízes a oitiva de todas as testemunhas e de todos os acusados. A questão que permanece é: nas ações penais originárias todos os atos instrutórios orais podem ser realizados por terceiros juízes? Essa pergunta tanto pode ser respondida sob a existência de um fundamento constitucional que torne obrigatória a oralidade e a imediação como princípios de observância obrigatória em todo processo penal, salvo exceções legais, e se existe alguma outra norma de status superior ao da Lei 8.038 que imponha a oralidade e imediação nos processos de tribunais superiores.

A realização de todas as audiências de instrução para oitiva de réus e testemunhas por outros juízes é autorizada apenas excepcionalmente no novo sistema processual penal e o STF não deve delegar todos os atos por três razões: 1) as normas do CPP são aplicáveis, no que couber (arts. 2 e 9 da Lei 8.038), aos procedimentos especiais no STF e no STJ, e exigem a aplicação plena do princípio da oralidade e da imediação e a exceção (a convocação de outros juízes e a delegação para terceiros) não pode ser considerada a regra sem expressa previsão legal nesse sentido; 2) outras normas (ver item IV.3 infra) de hierarquia superior (supralegal) exigem a aplicação do princípio da imediação e da oralidade por integram o “fair trial” e o devido processo legal.

#### 4. O direito ao “fair trial” nos direitos humanos internacionais

O direito ao “fair trial” é uma parte muito importante dos direitos humanos internacionais e compreende diversos elementos. O direito de cada pessoa a ser ouvida por um tribunal competente, independente e imparcial estabelecida por lei tem sido reconhecido como parte integrante de diversos tratados internacionais de direitos humanos (art. 8 § 1 CADH,<sup>43</sup> art. 14 § 1 PIDCCP, art. 6 § 1 CEDH), com terminologia quase idêntica ou muito semelhante. Este direito compreende a garantia de cada indivíduo de ser julgado por uma autoridade imparcial que seja membro de um Poder independente.<sup>44</sup> Esse elemento essencial do “fair trial” deve ser cumprido em todos os processos penais. Não há dúvidas de que, no caso Mensalão, o STF é o tribunal competente,<sup>45</sup> independente e imparcial estabelecido por lei (no caso pela Lei Maior, a Constituição).

O direito à “fair hearing” (ou à oitiva com as devidas garantias) é um outro elemento do direito ao “fair trial”. A CEDH (art. 6 § 1) e o PIDCP (art. 14 § 1 HR) preveem que toda pessoa tem o direito à “fair hearing” ou à oitiva com as devidas garantias (texto em português do PIDCP) ou à oitiva

---

<sup>43</sup> Quiroga, *The American Convention on Human Rights*, Cambridge, 2014, pp. 181 e 191 ss.

<sup>44</sup> Trechsel/Summers, *Human rights in criminal proceedings*, 2006, pp. 45 ss.

<sup>45</sup> Para compreender o princípio do juiz natural e do tribunal competente, ver: Badaró, *A garantia do juiz natural no processo penal. Delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*, 2010.

equitativa (texto português da CEDH). A CADH (art. 8 § 1) usa em inglês e em português a expressão devidas garantias (“due guarantees”): “1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.”

O significado do direito à “fair hearing” ou à oitiva com as devidas garantias é muito importante para o direito brasileiro e para o STF no julgamento de processos penais na medida em que a CADH e o PIDCP são normas de status supralegal (status superior às demais leis, inclusive ao CPP e à Lei 8.038) diretamente aplicáveis.

*a) O status internacional dos direitos humanos: o status da CADH e do PIDCP no Brasil*

A CADH e o PIDCP entraram em vigor no Brasil em 1992,<sup>46</sup> depois da Constituição Federal e antes da Emenda Constitucional 45<sup>47</sup> e possuem status supralegal. Estas normas não são formalmente superiores às leis nacionais, mas são materialmente superiores. Assim, qualquer lei que contrariar a CADH e o PIDCP não deve ser aplicada.

*b) Art. 8 da CAHR*

A CADH utilizou diferentes termos para designar o “right to a fair trial” no art. 8º: 1) right to a fair trial;<sup>48</sup> 2) “garantias judiciais”<sup>49</sup> (“judicial guarantees”); 3) “garantías judiciales”.<sup>50</sup> A doutrina tratou desse direito como integrante do direito ao devido processo.<sup>51</sup> Apesar da diferença entre os termos empregados, todos eles compreendem o mesmo signi-

ficado atribuído ao direito ao “fair trial” nos direitos humanos internacionais.<sup>52</sup> O art. 8º da CADH dispõe:

“Artigo 8

Garantias Judiciais

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.

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 presentes 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, e

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 ser 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.”

A CADH protege de modo abrangente o direito ao “fair trial”. Nesse artigo, é importante analisar se o direito ao “fair trial” e o direito a ser ouvido incluem também os princípios da imediação e da oralidade no processo penal. O direito a ser ouvido com as devidas garantias foi previsto pelo art. 8 § 1. Portanto, o direito de o acusado ser ouvido (diretamente) por um juiz claramente faz parte do direito a ser ouvido.<sup>53</sup> O

<sup>46</sup> Para o PIDCP, ver: Decreto nº 592 de 6.7.1992, acessível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm).

Para a CADH, ver: Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, acessível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) (10.1.2015).

<sup>47</sup> “Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>48</sup> Cfr. [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm) (20.11.2014).

<sup>49</sup> Cfr. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf) (19.11.2014).

<sup>50</sup> Cfr. [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm) (20.11.2014).

<sup>51</sup> *Burgorgue-Larsen/Úbeda de Torres*, The Inter-American court of human rights, Case law and commentary, 2010, pp. 645 ss.; *Quiroga* (n. 43), pp. 173 ss. *Hennebel*, La convention américaine des droits de l’homme, 2007, pp. 495 ss.

<sup>52</sup> Cfr. *Trechsel/Summers* (n. 44), p. 81.

<sup>53</sup> *Quiroga* (n. 43), p. 181, e pp. 184 ss.

significado de “devida garantia”<sup>54</sup> contida no direito a ser ouvido, porém, deve ser melhor entendido.

Não faz sentido proteger o direito ao “fair trial” (com paridade de armas, direitos da defesa e julgamento por tribunal imparcial e independente) se a ausência de outras garantias prejudicar o resultado final do processo de modo a torná-lo indevido ou “unfair”. O direito a ser ouvido por um tribunal por um juiz deve ser entendido como o direito a ter todos os seus argumentos e todas as provas levadas em consideração pelo juiz ou pelos juízes que, efetivamente, julgarão o processo. Desse modo, o direito que tem toda pessoa “a ser ouvida, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial” deve ser interpretado como o direito a ser ouvido pelo juiz (ou pelo tribunal) que vai julgar aquele acusado.

O direito a ser ouvido por um juiz é não apenas o direito formal a ser ouvido por um juiz que não é escolhido arbitrariamente. É, também, o direito a ser ouvido e ter os seus argumentos e suas provas levadas em consideração pelo juiz (ou pelo tribunal) que vai julgar o processo. A investigação e o processo penal podem adotar diferentes procedimentos. O Estado de Direito e os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem, contudo, standards mínimos. Um deles é o de que todos os argumentos e provas devem ser levados em consideração pelo juiz que julga o processo. Os princípios da imediação e da oralidade servem exatamente para garantir que, ao tomar conhecimento direta e imediatamente de todas as provas durante o processo, as provas e os argumentos serão levados em devida consideração pelo juiz para que seja feito o melhor julgamento possível do caso a ser explicitado na fundamentação da sentença.

*Quiroga*, interpretando a CADH e citando também o PIDCP, entende os princípios da oralidade e da imediação como parte do princípio da publicidade no processo penal (que somente excepcionalmente poderia deixar de ser aplicado, p. ex., na fase recursal) previsto pelo Art. 8 § 5 da CADH:

“O direito ao julgamento público significa que deve ser oral já que um procedimento escrito não permite esse tipo de supervisão democrática. O Comitê de Direitos Humanos da ONU já reconheceu que a exigência de julgamento público implica que a natureza oral de sua forma faz parte do ‘devido processo’ no direito internacional. A princípio, não é necessário que tudo que aconteça durante o processo para que o juiz seja capaz de ter uma impressão direta da prova, e para que o acusado ouça a prova diretamente e a conteste. Por exemplo, em um recurso no qual apenas questões de direito sejam discutidas, não precisa ser necessariamente conduzido oralmente.”<sup>55</sup>

<sup>54</sup> *Quiroga* (n. 43), pp. 181, e 198 ss.; *Burgogue-Larsen/Úbeda de Torres* (n. 51), pp. 663 ss.

<sup>55</sup> “The right to a public trial means that it must be oral, as a written proceeding does not allow for this sort of democratic supervision. The Human Rights Committee has already addressed this to the effect that the requirement for a public trial implies that its oral nature forms part of the concept of ‘due process’ in international law. In principle, it does not seem

Apesar de concordar com a conclusão de *Quiroga* de que o juiz deve entrar em contato direto com a prova, essa garantia não precisa estar conectada com a publicidade e algumas vezes não está, como ocorre em processos com segredo de justiça, por exemplo. Pode acontecer, como efetivamente aconteceu no caso “Mensalão”, que o procedimento seja oral e que um juiz realize as oitivas, mas o juiz que julga o processo seja outro que não teve contato direto com nenhum dos acusados ou das testemunhas. Neste caso, o processo pode ter sido público e oral, mas a imediação não foi garantida (nem a oralidade perante aquele juiz) e o direito a ser ouvido não foi efetivado, pois houve uma diminuição na capacidade de avaliação das provas pelos juízes que julgaram o processo e no direito de o acusado de ser ouvido por ele. Apesar de os Ministros terem pleno acesso aos autos e aos depoimentos transcritos e aos vídeos e áudios, eles não formularam perguntas ou tiveram qualquer contato direto e pessoal com as provas.

A imposição de que o juiz que ouviu os réus e as testemunhas também julgue o processo visa garantir que o juiz tenha o melhor e mais completo conhecimento da prova, o que vai muito além da capacidade de observar quando uma testemunha está mentindo.<sup>56</sup>

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CtIDH) vem reconhecendo reiteradamente o direito às devidas garantias como parte do processo penal (ou o direito ao “fair trial” em inglês) e à oitiva com as devidas garantias como parte integrante do devido processo e interpretando que “El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales establece los lineamientos del llamado ‘debido proceso legal’, que consiste *inter alia* en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra.”<sup>57</sup>

A CtIDH não tratou, ainda, diretamente dos princípios da imediação e da oralidade no processo penal.<sup>58</sup> A Corte consi-

---

necessary for everything that takes place during the proceedings and the judge to be able to get a direct impression of the evidence, and for the accused to be able to hear that evidence directly and contest it. For example, a cassation proceeding, in which only questions of law are discussed, would not need to be carried out orally.” Cfr. *Quiroga* (n. 43), p. 220 ss., e nota 183, p. 200.

<sup>56</sup> *Maffei*, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings, Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, 2006, p. 26.

<sup>57</sup> Corte IDH, Sentencia de 6.5.2008 – Serie C No. 180 (Caso *Yvon Neptune vs. Haití*; Fondo, Reparaciones y Costas), § 79 e também 80. Ver no mesmo sentido: Corte IDH, Sentencia de 31.1.2001 – Serie C No. 71 (Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú; Fondo, Reparaciones y Costas), § 81. Corte IDH, Sentencia de 29.1.1997 – Serie C No. 30 (Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*; Fondo, Reparaciones y Costas), § 74.

<sup>58</sup> *Rivas, Steiner/Uribe* (orgs.), in: *Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Comentario*, 2014, p. 217, disponível em:

dera que a oralidade não é obrigatória em processos administrativos embora possa ser em outros tipos de processo.<sup>59</sup> Quando uma questão não foi enfrentada ou sistematizada ainda pela CtIDH, a Corte tem procurado interpretar outros tratados de direitos humanos e a jurisprudência de outras Cortes. A CtEDH e a CEDH possuem especial importância para a CtADH e para a CADH, inclusive para a interpretação do “fair trial”, como já reconheceu a CtADH.<sup>60</sup> O sistema regional europeu de direitos humanos pode ajudar na fundamentação dos acórdãos da CtADH a partir da “cross-fertilization” ou do diálogo das Cortes, bem como do papel que os direitos humanos (muitas vezes com texto quase idêntico ou muito semelhante) ocupam nos direitos humanos internacionais.

### c) A CEDH

A doutrina e a jurisprudência europeia de direitos humanos desenvolveram mais a aplicação do princípio da imediação e

[http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_38682-1522-4-30.pdf?140901164826](http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4-30.pdf?140901164826) (20.1.2015).

<sup>59</sup> Corte IDH, Sentencia de 5.8.2008 – Serie C No. 182 (Caso *Apitz Barbera y otros* [“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), § 75: “Al respecto, la Corte considera que del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento. Lo anterior no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las ‘debidas garantías’ que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos. Sin embargo, el representante no ha presentado argumentos que justifiquen por qué es necesaria la oralidad, como garantía del debido proceso, en el procedimiento disciplinario ante la CFRSJ o en las distintas instancias recursivas.” Ver também sobre oralidade em processos cíveis: Corte IDH, Sentencia de 13.10.2011 – Serie C No. 234 (Caso *Barbani Duarte y Otros* vs. Uruguay. Fondo Reparaciones y costas), §§ 120 e 121.

<sup>60</sup> Sobre a aplicação do direito europeu pelo direito americano no caso do devido processo, já decidiu a Corte: “77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlos los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, Eur. Court H.R., *Motta* judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., *Ruiz Mateos v. Spain* judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30).” Corte IDH, Sentencia de 29.1.1997 – p. 21, (Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*; Fondo, Reparaciones y Costas), § 77.

da oralidade no processo penal. Apesar de o Brasil não ser um Estado-Parte na CEDH, o seu texto é muito parecido com o da CADH, e ela cumpre uma finalidade semelhante enquanto parte do Sistema Regional de Direitos Humanos. A compreensão dos fundamentos da doutrina e da jurisprudência da CEDH pode ajudar a compreender melhor em que medida a imediação e a oralidade fazem parte da CADH e do direito brasileiro. Os elementos que fazem parte do direito ao “fair trial” têm sido discutidos pela doutrina europeia:

“Se nós tomarmos o Artigo 6º da CEDH como uma diretriz, os seus princípios constitutivos poderiam ser resumidos do seguinte modo: (1) o juiz do ‘fair trial’ é imparcial e independente, (2) o julgamento é público, (3) o acusado não sofrerá ações punitivas enquanto a sua culpa não for legalmente estabelecida (presunção da inocência), (4) o acusado terá garantida a paridade de armas, (5) o julgamento será baseado em provas apresentadas na Corte (princípio da imediação conectado com a preferência normativa pelos depoimentos orais), e (6) os procedimentos obedecerão ao contraditório (tanto o adversarial quanto o contraditório no sentido continental).”<sup>61</sup>

Os princípios da imediação<sup>62</sup> e da oralidade também vêm sendo tratados na jurisprudência da CtEDH em vários casos e vêm sendo reconhecidos como um elemento indispensável do direito ao “fair trial” e do direito à “fair hearing” de acordo com a CEDH.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> *Hildebrandt* (n. 15), pp.15 ss., p. 25: “If we take Article 6 ECHR as a guideline, its constitutive principles could be summarized as follows: (1) the judge of the ‘fair trial’ is impartial and independent, (2) the trial is public, (3) the defendant will not suffer punitive actions as long as her guilt is not legally established (presumption of innocence), (4) the defendant is provided with equality of arms, (5) the judgment will be based on evidence presented in court (principle of immediacy, connected with a normative preference for oral testimony), and (6) the proceedings are contradictory (either adversarial or contradictory in the continental sense).”

<sup>62</sup> Apesar de não ter sido julgado o mérito, no caso *P.K. vs. Finland* a Corte considerou que existe a obrigação de que o juiz esteja presente durante todo o julgamento e somente em circunstâncias especiais sua ausência poderia ser aceita: “The Court considers that an important element of fair criminal proceedings is also the possibility of the accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the case. Such a principle of immediacy is an important guarantee in criminal proceedings in which the observations made by the court about the demeanor and credibility of a witness may have important consequences for the accused. Therefore, normally a change in the composition of the trial court after the hearing of an important witness should lead to the rehearing of that witness.” Eur. Court of Human Rights (Fourth Section), Sentencia de 9.7.2002 – no. 37442/97 (Case *P.K. vs. Finland*, Admissibility), online em: <http://echr.ketse.com/doc/37442.97-en-20020709/view/> (5.2.2015).

<sup>63</sup> O juiz Zupancic, em sua opinião dissidente em julgamento do Pleno no caso *Hermi v. Itália* disse: “Here at the European

Em *Pitkänen vs. Finland*, a Corte fez uma importante comparação entre “fair trial” e “fair hearing” em processos penais e civis e um dos problemas discutidos foi a mudança do juiz durante uma das audiências e as consequências da ausência do novo juiz nesse ato anterior. No caso, foi destacada a importância da presença, ainda que, nas circunstâncias específicas, não tenha sido reconhecida uma violação ao artigo 6º.<sup>64</sup> Nesse mesmo caso, a Corte foi muito clara quanto à necessidade de respeito ao princípio da imediação enquanto parte do princípio do “fair trial” no processo penal: “Um importante elemento em processos penais é também a possibilidade de um acusado ser confrontado com a testemunha na presença de um juiz que vai, ao final, decidir o caso. Este princípio da imediação é uma importante garantia da equidade (“fairness”) na medida em que as observações feitas pela Corte sobre a conduta e a credibilidade da testemunha podem ter importantes consequências para o acusado. Uma mudança na composição da Corte que está julgado o processo após a oitiva de uma importante testemunha deveria normalmente levar a uma nova oitiva da testemunha.”<sup>65</sup>

---

Court of Human Rights we continue to make the point that we are not a fourth-instance court and that we do not wish to deal with any facts which are subject to the guiding principle of immediacy in a trial.” Eur. Court of Human Rights (Grand Chamber), Sentencia de 18.10.2006 – no. 18114/02 (Case of *Hermi vs. Italy*, Merits), online em:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-77543> (5.2.2015).

<sup>64</sup> “As far as the applicants have alleged unfairness on account of the change of the presiding professional judge of the District Court, it is undisputed that he or she changed with every hearing. As in *P.K. v. Finland*, the principle that a change of a judge should lead to the rehearing of an important witness was not respected in this case either. While it is true that the requirement of fairness should not necessarily be as strict as in a criminal case, it would appear that already in the course of the District Court proceedings the applicants challenged the credibility of witness A., who was eventually convicted of perjury. Moreover, as regards the extent of the damage suffered by L., the District Court based itself exclusively on A.’s testimony.

In these particular circumstances the fact that the various presiding judges had at their disposal the recordings and transcriptions of the previous hearings where A. and various other witnesses had been heard sufficed to compensate for the lack of immediacy in the proceedings. The Court concludes therefore that the constant change of presiding judge was not tantamount to depriving the applicants of a fair trial. It follows that there has been no violation of Article 6 in this respect.” Eur. Court of Human Rights (Fourth Section), Sentencia de 9.3.2004 – no. 30508/96 (Case of *Pitkanen vs. Finland*, Merits, and Just Satisfaction), § 62 e 65, online em:

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61660> (5.2.2015).

<sup>65</sup> “58. An important element in criminal proceedings is also the possibility of an accused to be confronted with the witness in the presence of the judge who ultimately decides the

A imediação tem sido reconhecida, portanto, como parte indispensável do direito ao “fair trial” pela doutrina e pela jurisprudência da Corte Europeia.<sup>66</sup> Têm sido admitidas exceções ao princípio, mas apenas quando se trata de uma violação pontual em que a oitiva de uma testemunha que não era muito importante no processo e que não possa comprometer o resultado. Não é o caso do “Mensalão”, em que todas as testemunhas e todos os acusados deixaram de ser ouvidos pelos juízes que julgaram o processo.

*d) O PIDCP e o direito a ser ouvido (“right to hearing”)*

O direito ao “fair trial” e a ser ouvido foram previstos também pelo art. 14 do PIDCP:

“Artigo 14

1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.

---

case. This principle of immediacy is an important guarantee of fairness as the observations made by the court about the demeanor and credibility of a witness may have important consequences for an accused. A change in the composition of the trial court after the hearing of an important witness should therefore normally lead to the rehearing of that witness (*P.K. v. Finland*, no. 37442/97, 9 July 2002; see also *Eerola v. Finland*, 42059/98, struck out 6 May 2003 following a friendly settlement.” Eur. Court of Human Rights (Fourth Section), Sentencia de 9.3.2004 – no. 30508/96 (Case of *Pitkanen vs. Finland*, Merits, and Just Satisfaction), § 58.

<sup>66</sup> “It is telling neither case was held to be admissible. In spite of the Court’s reticence in this regard, there can be little doubt that the dual principle of the oral and immediate examination of the evidence are inherent in the structure of Article 6. In view of this, the failure to insist either on adversarial investigation hearings or on the application of the immediacy principle casts serious doubts on the ability of Article 6 to uphold fairness through guaranteeing the participatory rights of the defense in a adversarial setting.” *Summers*, Fair trials the European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights, 2007, pp. 154 s.

2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...];

d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;

[...];

e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;<sup>67</sup>

A obrigação de realizar oitivas orais como parte integrante do direito ao “fair trial” já fora discutida durante a elaboração do projeto do PIDCP. A Argentina foi contrária a sua adoção: “em muitos países um grande número de julgamentos acontece com base em documentos escritos; as partes, porém, desfrutam de garantias suficientes porque esses documentos poderiam ser tornados públicos.”<sup>68</sup> A comissão, contudo,

<sup>67</sup> Para o texto oficial no Brasil, ver:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm) acessado em 12/11/14.

O texto no site da ONU adota uma tradução diferente e usa o termo oitiva equitativa, mais próxima da ideia de “fair trial”: “1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais de justiça. Todas as pessoas têm direito a que a sua causa seja ouvida equitativa e publicamente por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra elas, quer das contestações sobre os seus direitos e obrigações de carácter civil. As audições à porta fechada podem ser determinadas durante a totalidade ou uma parte do processo, seja no interesse dos bons costumes, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, seja quando o interesse da vida privada das partes em causa o exija, seja ainda na medida em que o tribunal o considerar absolutamente necessário, quando, por motivo das circunstâncias particulares do caso, a publicidade prejudicasse os interesses da justiça; todavia qualquer sentença pronunciada em matéria penal ou civil será publicada, salvo se o interesse de menores exigir que se proceda de outra forma ou se o processo respeita a diferendos matrimoniais ou à tutela de crianças.”

Cfr. <http://www.unric.org/pt/informacao-sobre-a-onu/direitos-humanos/27537?start=3> (12.11.2014).

<sup>68</sup> “[I]n many countries a large number of trials took place on the basis of written documents; the parties nevertheless enjoyed sufficient guarantees because of those documents could be made public.” A/4299. Relatório do Terceiro Comité. Art. 12, conforme emendado, adotado pelo Terceiro Co-

mité em 17 de Novembro de 1959, reunião 959, por 58 votos a 1, com 11 abstenções, p. 189.

<sup>69</sup> “The right to a public hearing thus means that all trials in civil and criminal matters must in principle be conducted orally and publicly.” *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR commentary, 2005, p. 324. Contrário à necessidade da oitiva oral no “draft” da CADH, ver: *Harris*, 16 Int’l Comp. Q. L. 1967, 352 (358). Também defendendo a oralidade no PIDCP, ver: *Joseph/Castan*, The international covenant on civil and political rights, Cases, materials, and commentary, 2013, p. 473.

mité em 17 de Novembro de 1959, reunião 959, por 58 votos a 1, com 11 abstenções, p. 189.

<sup>69</sup> “The right to a public hearing thus means that all trials in civil and criminal matters must in principle be conducted orally and publicly.” *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR commentary, 2005, p. 324. Contrário à necessidade da oitiva oral no “draft” da CADH, ver: *Harris*, 16 Int’l Comp. Q. L. 1967, 352 (358). Também defendendo a oralidade no PIDCP, ver: *Joseph/Castan*, The international covenant on civil and political rights, Cases, materials, and commentary, 2013, p. 473.

<sup>70</sup> “9.3 The Committee recalls paragraph 23 of its general comment No. 32 on article 14 of the Covenant, and observes that, in order to guarantee the rights of the defense enshrined in article 14, paragraph 3, and in particular those contained in subparagraphs (d) and (e), all criminal proceedings must provide the accused with the right to an oral hearing, at which he or she may appear in person or be represented by counsel and may bring evidence and examine witnesses. Taking into account the fact that the author did not have such a hearing during the proceedings that culminated in his convictions and sentencing, together with the manner in which the interrogations were conducted, without observing the minimum guarantees, the Committee finds that there was a violation of the author’s right to a fair trial in accordance with article 14 of the Covenant.” UN Human Rights Committee (HRC), Sentencia de 11.5.2010 – CCPR/C/98/D/1623/2007 (Guerra de la Espriella vs. Colombia), acessível em: <http://www.refworld.org/docid/4c19e5f12.html> (5.2.2015).

<sup>71</sup> “7.3 The author maintains that the proceedings against him were conducted only in writing, excluding any hearing, either oral or public. The Committee notes that the State party has not refuted these allegations but has merely indicated that the decisions were made public. The Committee observes that in order to guarantee the rights of the defense enshrined in article 14, paragraph 3, of the Covenant, in particular those contained in subparagraphs (d) and (e), all criminal proceedings must provide the person charged with the criminal offence the right to an oral hearing, at which he or she may appear in person or be represented by counsel and may bring evidence and examine the witnesses. Taking into account the fact that

A ausência de previsão expressa da imediação e da oralidade não implica na ausência de sua proteção que decorre, implicitamente, do PIDCP ao prever que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente” (art. 14 1), o direito do acusado de “estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha” (art. 14, 3, d) e “de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação” (art. 14, 3, e).

O objeto de proteção do art. 14 1 c/c 3 d) e e) é muito semelhante ao da CEDH e da CADH. A existência do direito a ser ouvido visa a garantir não apenas que o acusado seja ouvido e possa interrogar, senão também que o juiz ou os juizes que ouviram o seu processo tenham em consideração o que foi dito em audiência. Somente o julgamento pelo mesmo juiz da instrução pode permitir que esse direito seja exercido plenamente na esteira do que vem sendo afirmado pela jurisprudência e pela doutrina dos direitos humanos europeus. A limitação desse direito implicaria na diminuição do direito a ser ouvido, o que não é a finalidade do PIDCP, e na diminuição da capacidade de o juiz conhecer o processo (abordagem epistemológica), último ponto a ser discutido no presente artigo.

### 5. Conclusão parcial

No caso do “Mensalão”, de acordo com o art. 8 da CADH e o art. 14 do PIDCP os princípios da oralidade e da imediação, integrantes do direito à devida oitiva (“fair hearing”), enquanto parte do “fair hearing”, foram violados. No caso, os juizes responsáveis pela instrução e o julgamento delegaram para terceiros juizes a oitiva das testemunhas e dos acusados em contrariedade ao princípio da imediação e da oralidade.<sup>72</sup>

### 6. Imediação e oralidade no Tribunal Penal Internacional

O Brasil é um dos Estados-parte do Estatuto de Roma. Embora o Estatuto trate dos crimes internacionais a serem julgados por aquele Tribunal, a complexidade dos processos que examina se aproxima daquela existente em alguns processos julgados pelo STF (ainda que se trate de clima de natureza muito diversa) e pode servir como modelo para compreender

o problema aqui examinado da necessidade de aplicação da imediação e da oralidade pelo STF.

No TPI, a imediação e a oralidade são consideradas elementos integrantes do devido processo e estão previstos expressamente no Estatuto de Roma:

#### “Artigo 74

##### Requisitos para a Decisão

1. Todos os juizes do Juízo de Julgamento em Primeira Instância estarão presentes em cada uma das fases do julgamento e nas deliberações. A Presidência poderá designar, conforme o caso, um ou vários juizes substitutos, em função das disponibilidades, para estarem presentes em todas as fases do julgamento, bem como para substituírem qualquer membro do Juízo de Julgamento em Primeira Instância que se encontre impossibilitado de continuar a participar no julgamento.

2. O Juízo de Julgamento em Primeira Instância fundamentará a sua decisão com base na apreciação das provas e do processo no seu conjunto. A decisão não exorbitará dos fatos e circunstâncias descritos na acusação ou nas alterações que lhe tenham sido feitas. O Tribunal fundamentará a sua decisão exclusivamente nas provas produzidas ou examinadas em audiência de julgamento.

3. Os juizes procurarão tomar uma decisão por unanimidade e, não sendo possível, por maioria.

4. As deliberações do Juízo de Julgamento em Primeira Instância serão e permanecerão secretas.

5. A decisão será proferida por escrito e conterá uma exposição completa e fundamentada da apreciação das provas e as conclusões do Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Será proferida uma só decisão pelo Juízo de Julgamento em Primeira Instância. Se não houver unanimidade, a decisão do Juízo de Julgamento em Primeira Instância conterá as opiniões tanto da maioria como da minoria dos juizes. A leitura da decisão ou de uma sua súmula far-se-á em audiência pública.”

Para o TPI, é “muito além de qualquer dúvida que durante os julgamentos todos os juizes devem sentar-se no banco”<sup>73</sup> para participar de toda a instrução e participar o julgamento. *Triffterer* também defende a participação em todo o julgamento<sup>74</sup>, o que foi reconhecido pelo próprio TPI no caso Lubanga.<sup>75</sup>

---

the author did not have such a hearing during the proceedings that culminated in his conviction and sentencing, the Committee finds that there was a violation of the right of the author to a fair trial in accordance with article 14 of the Covenant.” Comitê de Direitos Humanos, Sentencia de 23.7.2002 – No. 848/1999, Documento da ONU CCPR/C/75/D/848/1999, Case Rodríguez Orejuela vs. Colombia, Communication), acessível em:

[http://www.bayefsky.com/pdf/colombia\\_t5\\_iccpr\\_848\\_1999.pdf](http://www.bayefsky.com/pdf/colombia_t5_iccpr_848_1999.pdf) (5.2.2015).

<sup>72</sup> A oralidade aqui está diretamente conectada com a imediação e a identidade física do juiz. A oralidade deve ser realizada durante a instrução perante o juiz que julgará o processo.

---

<sup>73</sup> “The number of members of a Trial Chamber is set at three by article 39 (2) (b) (ii) of the Rome Statute. All judges are to be present at each stage of the trial and throughout their deliberations. For Trial Chamber I: ‘Accordingly, it is clear beyond doubt that during the trial the three judges shall function in banco’.” *Schabas*, The international criminal court, A commentary on the Rome Statute, 2010, p. 875.

<sup>74</sup> *Triffterer*, Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court, Observers’ notes, article by article, 2008, pp. 1391 ss.

<sup>75</sup> ICC (Trial Chamber I), Sentencia de 22.5.2008 – ICC-01/04-01/06, (Lubanga; Decision on whether two judges alone may hold a rearing – and – Recommendations to the

Essa necessidade é reconhecida pela Corte hoje e os juízes cujo mandato vence continuam no TPI para terminar os julgamentos dos quais já estavam participando antes.

O princípio da imediação no Direito Penal Internacional, portanto, encontra-se expressamente previsto no Estatuto do TPI, reconhecido pela doutrina<sup>76</sup> e pela jurisprudência daquela Corte.

#### V. A Suprema Corte do Brasil e o direito ao devido processo no caso “Mensalão”: o problema epistemológico

O julgamento dos processos penais quando o STF atua como tribunal é dividido em duas partes: 1) a instrução processual e a produção de provas que é conduzida pelo Ministro relator. O relator desempenha uma função similar àquela do juiz de instrução em primeira instância. Dentre elas, o juiz relator é competente para ouvir as testemunhas e interrogar os acusados. No STF, contudo, as oitivas podem ser delegadas para outros juízes ou tribunais e, no caso do “Mensalão”, todas foram. É importante ressaltar que diante da quantidade de processos que julga o STF e da complexidade do processo esse procedimento é compreensível e justificável, já que foram ouvidos no total 38 réus e mais de 600 testemunhas. 2) O julgamento do processo em seu mérito, oportunidade em que todos os Ministros da Corte poderão ouvir as testemunhas e os acusados arrolados previamente (se o forem) e realizam a oitiva das alegações finais do Ministério Público e da Defesa e decidem o processo.<sup>77</sup> A maioria dos Ministros não participa, salvo excepcionalmente ao julgar recursos em questões incidentais, da maior parte da instrução. É certo que nenhum deles participa das oitivas de testemunhas e dos interrogatórios durante a instrução. Antes do julgamento do mérito, eles recebem o inteiro teor dos autos do processo, inclusive a transcrição dos depoimentos das testemunhas e dos interrogatórios acompanhados dos respectivos áudios e vídeos. No julgamento, o relator poderá admitir a oitiva de

testemunhas arroladas previamente (art. 245 do RI do STF), o que não costuma ocorrer, nem ocorreu no caso do “Mensalão”, o que seria impossível já que o julgamento demoraria anos. As partes apresentam suas alegações orais e o julgamento começa com o voto do relator e é seguido pelo voto de um Ministro que foi nomeado revisor. Em seguida votam os demais Ministros em ordem crescente de antiguidade.

O procedimento adotado pelo STF nos casos em que atua como tribuna penal de instrução e julgamento, além do aspecto processual e de direitos humanos também, tem um importante aspecto epistemológico. Os princípios processuais penais da imediação e da oralidade visam a garantir que os juízes tenham um conhecimento de todas as provas do processo que ele deveria ter acesso pessoal, direto, oral e imediato. Se a produção das provas, inclusive das testemunhas, e a oitiva dos acusados foram delegadas para outros juízes, é importante analisar se houve uma diminuição da capacidade cognitiva (epistemológica) do juiz para apreciar as provas ou se, ao contrário, favorece uma melhor análise do caso, ou se é indiferente. Quando ocorrer uma diminuição do conhecimento pelo juiz da cognição de provas de um processo penal (sob o aspecto epistemológico), o que pode ocorrer por algumas causas que são juridicamente aceitas (“direitos dos acusados, a necessidade da corte de não recorrer ou endossar ilegalidades e o papel da corte em controlar o comportamento policial”)<sup>78</sup>, elas aumentam a possibilidade de que o juiz cometa erros.

Ainda que a exceção à aplicação aos princípios da imediação e da oralidade pudesse ser justificada juridicamente, é importante avaliar se a sua não incidência em casos penais pelo STF e, mais especificamente, no caso do “Mensalão”, diminui a capacidade de cognição do juiz. Uma participação ativa do juiz criminal no Brasil é controversa e complexa, mas ainda é parcialmente reconhecida no processo penal brasileiro apesar das recentes reformas que o aproximam mais de um sistema adversarial. O CPP, em seu art. 212,<sup>79</sup> admite expressamente a possibilidade de o juiz formular perguntas às testemunhas e ele ainda é responsável por realizar o interrogatório. O problema que será examinado aqui é se a ausência do juiz que julgará o processo durante a instrução e a oitiva das testemunhas e dos acusados representa uma perda cognitiva e diminui a capacidade de análise do caso e aumenta a chance de erro.

Presidency on whether an alternate judge should be assigned for the trial), § 15, acessível em:

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc494987.PDF> (5.2.2015).

<sup>76</sup> Cfr. “The Court has rightly and clearly held that ‘all the evidence should, in principle, be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to a adversarial argument’. This requirement which embodies the ‘principle of immediacy’ is thereby given a double function – it is both an element of the fairness of the proceedings and a prerequisite for the effective implementation of the right to a public trial.” *Trechsel/Summers* (n. 44), pp.128 ss.

<sup>77</sup> Recentemente foi alterado o Regimento Interno do STF (art. 9º I j e k do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) para permitir que o julgamento possa ser feito por qualquer uma das Turmas do STF (para a qual o processo fora distribuído) ao invés do Plenário, que apenas julgará os processos em que algumas autoridades como o Presidente da República, o Vice-Presidente, o Presidente da Câmara e do Senado, o Procurador Geral da República e os próprios Ministros do STF (art. 5º I do RI do STF) forem julgadas. Ver:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno> (12.11.2014).

<sup>78</sup> “Rights of the defendants, the importance of the court not to resorting to – or seeming to endorse – illegality, and the role of the courts in policing the behaviour of the police.” *Laudan*, (n. 13), p. 123.

<sup>79</sup> “Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.” Ver:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) (10.11.2014).

*Schäfer e Wiegand*,<sup>80</sup> baseados em estudos empíricos, defendem que jurados<sup>81</sup> que participam mais ativamente da instrução são mais efetivos do que os passivos.<sup>82</sup> A comparação de juízes com jurados apresenta alguns problemas já que ocupam papéis muito diversos no processo e suas pré-compreensões diferem muito. O CPP brasileiro prevê, contudo, várias atividades a serem realizadas direta e imediatamente pelo juiz durante a sua instrução. Quando delegada, ela será realizada por outro juiz diferente do que julgará o processo, mas será, de todo modo, realizada.

O acompanhamento de toda instrução pelo juiz que julgará o caso confere-lhe a oportunidade para: 1) ouvir diretamente e colher suas impressões sobre o acusado e sobre o que afirma em seu interrogatório, inclusive aspectos que um vídeo não capta com a mesma plenitude; 2) fazer suas próprias perguntas e formular novas perguntas a partir das afirmações do acusado e de seu comportamento no interrogatório (em que aspectos como tom de voz, pausas, olhar, contradições, dentre outros, desempenham um papel importante); 3) ouvir pessoalmente e ter as suas próprias impressões sobre a testemunha e seu depoimento; 4) fazer perguntas para as testemunhas, inclusive segundo o que afirmou a testemunha nesse ato e de acordo com o seu comportamento durante depoimento; 5) participar ativamente de todas as oitivas e dos interrogatórios formulando novas perguntas e aprofundando progressivamente o seu conhecimento do caso e das provas enquanto elas estão sendo produzidas.

A partir dos cinco aspectos acima elencados, podemos distinguir três atividades em que a atuação do juiz diretamente e imediatamente nas oitivas realizadas na fase de instrução aumentará a sua capacidade de cognição: 1) a presença pessoal possibilita que sejam feitas observações que vão muito além da detecção da mentira, como as “faltas na memória, as percepções da comunicação verbal<sup>83</sup> e corporal; 2) fazer

perguntas para os acusados e para as testemunhas e 3) desenvolver a compreensão progressiva do caso (o que em um caso tão complexo e grande se torna imprescindível).

Apesar das críticas que podem ser feitas ao papel ativo de um juiz no processo penal, de que seus prejuízos poderiam impedir uma análise imparcial do caso, é difícil compreender de que modo a delegação das oitivas para outros juízes não diminuiria a capacidade cognitiva do juiz para apreciar as provas. No final, o juiz enquanto “fact finder” deve avaliar a confiabilidade e a relevância<sup>84</sup> das provas apresentadas na instrução para julgar o processo. A pergunta epistemológica fundamental é: a presença do juiz que julgará o processo durante a instrução irá, em última análise, contribuir para uma melhor avaliação da confiabilidade e da relevância das provas e na melhor compreensão do caso como um todo?

Em um caso complexo como o “Mensalão”, a capacidade de avaliar a relevância e a confiabilidade da prova é ainda mais importante devido à grande quantidade de provas apresentadas durante o processo, ao seu volume e a sua complexidade. Se o relator delega a oitiva para outros juízes, a sua compreensão será menos imediata e menos profunda do que a de um juiz que realizou todos os depoimentos.

Para a compreensão da diminuição da capacidade cognitiva do juiz, não se deve fazer a comparação entre um juiz que prejulga o caso com base em preconceitos (em sentido negativo para *Gadamer*)<sup>85</sup> e outro que não. A comparação a ser feita é entre dois juízes igualmente bem intencionados, independentes, imparciais e competentes que queiram julgar do melhor modo possível o processo. Alguns exemplos mais simples podem servir como comparação. Se o pai desconfia que o filho está mentindo ou omitindo alguma informação sobre um evento importante, qual seria a melhor forma de

---

and, in all jurisdictions, they are entitled to ask for clarifications and pose their own questions, during or after the parties' examinations.” *Maffei* (n. 56), p. 26.

<sup>84</sup> „The most important work in a criminal trial is the assessment of the relevance and reliability of the various exhibits and testimonies that the contended party enter into evidence.” *Laudan* (n. 13), p. 120.

<sup>85</sup> Ao lado do aspecto negativo de preconceito, proveniente do iluminismo, identificado com os preconceitos por precipitação, *Gadamer* reconhece a existência de preconceitos legítimos, fundados na autoridade, especialmente representada na tradição, que foi reabilitada pelo romantismo alemão: „o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser interpretado principalmente. Sem dúvida que os preconceitos que implantam encontram-se legitimados pela pessoa. Sua validade requer predisposição para com a pessoa que os representa. [...] existe uma forma de autoridade que foi particularmente defendida pelo romantismo: a tradição. [...] Os costumes são adotados livremente, mas não criados por livre inspiração nem sua validade nela se fundamenta. É isso, precisamente, que denominamos tradição: o fundamento de sua validade.” *Gadamer*, *Verdade e Método*, Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 1997, pp. 420 ss.

---

<sup>80</sup> *Burkhard/Wiegand* (n. 15), pp. 117 ss.

<sup>81</sup> É importante observar que todos os Ministros têm em tese notável saber jurídico, mas epistemologicamente é discutível se têm uma performance muito melhor do que os jurados, já que „a mounting body of research finds that professional judges do not perform much differently from lay people in a number of important fact-finding tasks.” *Simon*, *In doubt. The psychology of the criminal justice process*, 2012, p. 145, com referências bibliográficas em pesquisa empírica, ver nota de rodapé 21 na p. 325.

<sup>82</sup> Defendendo que é duvidoso se participantes leigos (jurados) atuam de modo mais acurado e eficiente: *Duff*, in: *Duff/Farmer/Marshall/Tadros* (n. 15), p. 217.

<sup>83</sup> “While it is recommended that fact finders refrain from instant lie-detection based on behavioural clues, nevertheless their attendance at the time of the examination is an essential component of the confrontational paradigm. The reliability of a testimonial statement depends upon several parameters other than the sincerity of its author; fault of memory, perception or verbal communication may result in ambiguity and misrepresentation of reality. As a result, the role of the fact finder is by no means confined to lie-detection. Judges and jurors attend court hearing to listen to the witness's accounts

descobrir: ouvir diretamente o filho ou pedir que terceiro o faça e mande o vídeo gravado? Outro exemplo, com menor envolvimento pessoal, o chefe desconfia que um funcionário que lhe é diretamente subordinado praticou uma grave falta, mas tem dúvidas, como ele deve proceder: determinar que terceiro ouça o funcionário por vídeo e assistir a gravação ou perguntar diretamente para ele? Poderiam ser dados muitos outros exemplos, mas os exemplos intuitivos servem como demonstração da perda cognitiva na delegação da oitiva de acusados e testemunhas por terceiros diferentes daqueles que vão decidir o caso.

No caso de um processo como o “Mensalão”, contudo, a ausência de aplicação do princípio da imediação e oralidade aumenta o risco de erro (epistemologicamente) em seu julgamento em um nível muito mais básico. O volume de provas, o número de réus e de fatos típicos a ser julgados tornam improvável que ocorra uma indispensável avaliação aprofundada do caso por um juiz que não participou de toda a instrução e se isto já é grave no caso do relator que acompanhou o processo, é ainda mais em relação aos demais juízes. Afinal, como pode um juiz (um Ministro, no caso) conhecer bem um processo com 51.615 páginas, 600 depoimentos e 38 interrogatórios sem ter participado de sua instrução?

A razão principal para a adoção de um sistema de delegação das oitivas em contrariedade ao “fair hearing” é de ordem prática, os Ministros do STF não têm tempo para fazer a instrução de todo o processo. Justificativas pragmáticas não justificam que seja adotado um procedimento pelo STF que aumenta a chance de erro em prejuízo dos acusados e da justiça, já que aumenta a chance de erro tanto para condenar um inocente como para absolver um culpado.

Mesmo em um processo mais simples, o problema da delegação da oitiva para outros juízes é que não apenas aumenta o risco de que o processo seja indevido (“unfair”) pela falta de consideração de provas em favor da defesa, mas também contribui para que o resultado seja injusto na medida em que o juiz que não tem contato direto com as provas tem maior probabilidade de cometer erros de inferência por não conhecer tão bem a prova como o juiz que o instruiu. Assim, é mais provável que o juiz cometa erros tanto para condenar um inocente enquanto para absolver um culpado.

## VI. Conclusão

O julgamento do “Mensalão” foi o maior e mais complexo caso de corrupção já julgado pela justiça brasileira. Apesar de sua complexidade, que exigiria total dedicação de todos os juízes durante toda a instrução, como ocorre no TPI, a oitiva de todas as testemunhas e os interrogatórios foram realizados por outros juízes.

O procedimento adotado pelo STF contraria a CADH em seu art. 6 e o PIDCP em seu art. 14, que preveem o princípio da imediação e da oralidade como parte do direito à oitiva devida (“fair hearing”) e ao devido processo (“fair trial”). De igual modo, o procedimento cria uma situação de desigualdade de tratamento entre os demais processados no Brasil (em que, em regra, segundo o CPP, são julgados pelo mesmo juiz que instrui o processo) e aqueles que o são pelo STF. Por fim, o procedimento adotado pelo STF diminui também a capaci-

dade de cognição probatória (epistemológica) do juiz aumentando o risco de erro tanto para condenar um inocente quanto para absolver um culpado em face do descumprimento do princípio da imediação e da oralidade, o que no caso do “Mensalão” é ainda mais grave em face do volume dos autos, do número de testemunhas que foram ouvidas (mais de 600) e de acusados julgados (38) e de condutas a serem analisadas.

Ainda que o STF esteja autorizado por lei a adotar referido procedimento, o mesmo é contrário a normas supraleais (a CADH e o PIDCP) e ao princípio da imediação e da oralidade adotado pelo CPP e epistemologicamente falho. Enquanto última instância no Brasil, o STF é o último a errar. No caso dos processos penais, o STF será o único a errar, já que somente ele poderá corrigir os seus próprios erros nas estritas possibilidades recursais que existem nessa situação, todas julgadas pelo próprio Tribunal.

Processos complexos, como a grande maioria que chega ao STF, que envolvem pessoas que ocupam importantes cargos públicos e são acusadas, muitas vezes, de vários crimes, exigem uma análise fática e probatória profunda que somente um procedimento como o adotado pelo TPI, em que todos os juízes participam necessariamente da oitiva de todas as testemunhas e de todos os interrogatórios e também do julgamento, pode assegurar. Seria o ideal a ser adotado no Brasil.

No atual contexto, o foro por prerrogativa de função, com previsão constitucional para grande número de autoridades, é de competência do STF. O grande número de processos penais e inquéritos policiais que atualmente tramitam perante o Tribunal tornam impossível que seja acompanhada diretamente (seguindo os princípios da oralidade e da imediação) pelos seus Ministros toda a instrução. Uma melhor solução, contudo, precisa ser encontrada (a criação de uma turma que julgue apenas processos penais no STF, a designação de um juiz do STF para atuar apenas em processos penais, uma reforma constitucional para eliminar o foro por prerrogativa ou outra solução) já que o STF, que em tantos aspectos tem contribuir para a democracia e o desenvolvimento do Estado de Direito no Brasil, não pode continuar utilizando procedimentos contrários aos direitos humanos internacionais e que aumentam a chance de erro. O STF deve seguir os exigentes parâmetros que aplica para as demais cortes, inclusive em casos penais. Se o STF é sempre o último a errar e em alguns casos o último e o único (já que não há direito a recurso para outro Tribunal) a errar, espera-se que não erre ou que, no mínimo, erre muito menos do que os demais. É o que se espera de uma Suprema Corte. A recente alteração que atribuiu para as Turmas o julgamento que antes era feito pelo próprio plenário apenas parcialmente ajuda a resolver os problemas<sup>86</sup> ao tornar o processo mais célere por exigir um quórum menor para o julgamento ao ser transferida do Tribunal Pleno (inte-

<sup>86</sup> Em 2014, com a transferência da competência do Pleno para as Turmas na maioria dos casos para o julgamento de Inquéritos e de Processos Penais, houve 67 decisões em ações penais, ver:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=284244> (29.1.2015).

grado pelos 11 Ministros do STF e extremamente sobrecarregado) na maioria dos casos para as Turmas (composta por 5 juízes e menos sobrecarregadas), mas não resolve os problemas aqui apontados. Devido ao grande número de inquéritos e processos e a sua complexidade (caso se mantenha o foro por prerrogativa de função) somente com a criação de uma turma especializada para julgamentos penais no STF ou com o julgamento singular por um Ministro do STF especializado em matéria penal<sup>87</sup> poderiam ser garantidos plenamente o “fair trial”, a oralidade e a imediação. Caso seja reformada a Constituição para extinguir o foro por prerrogativa, poderiam ser criadas varas, turmas ou tribunais especializados, que teriam condições de garantir plenamente o “fair trial”, a imediação e a oralidade.

---

<sup>87</sup> O duplo grau previsto pelo art. 8 (2) h da CADH poderia ser garantido por recurso ao Tribunal Pleno. Sobre o duplo grau na CADH e o Mensalão: *Mazzuoli*, Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desrespeito à regra do duplo grau de jurisdição, *Revista dos Tribunais*, Vol. 102, n. 933, jul. 2013, p. 455.