

REFERÊNCIA PUBLICAÇÃO

DUARTE, Evandro Charles Piza. Direitos Fundamentais Versus Atos Processuais On-Line: A Aplicação dos Princípios do Garantismo Penal às Novas Tecnologias de Comunicação. In: Recrie: Arte e Ciência: Revista Crítica Estudantil- Ano 2, n. 3. Florianópolis: Instituto da Cultura e da Barbárie, Fundação Boiteux, 2005. ISSN: 1806-8847.

OBS: O texto não possui as correções de português feitas pela editora.

DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS ATOS PROCESSUAIS ON-LINE? A Aplicação dos Princípios do Garantismo Penal às Novas Tecnologias de Informação (NTCs).

Evandro Piza¹

RESUMO

O texto aborda o uso das Novas Tecnologias de Comunicação no Processo Penal, questionando a lesão ao sistema de garantias fundamentais. Embora defenda ser possível encontrar parâmetros para adequação, conclui que as atuais propostas de aplicação das novas tecnologias são presididas por um tipo de racionalidade que restringe direitos.

PALAVRAS CHAVES: novas tecnologias de comunicação, direitos fundamentais, teleconferência.

Introdução

Como as propostas de aplicação das Novas Tecnologias de Comunicação ao Processo Penal afetam os Direitos Fundamentais ? O uso da videoconferência para realização de atos virtuais é adequada a um modelo de Processo Penal Garantista ? As

¹ Mestre em Direito pela UFSC, Professor de Processo Penal e Direito Penal, Coordenador do Curso de Direito da Unibrasil – Pr. Autor de Criminologia & Racismo – Introdução à Criminologia Brasileira. Curitiba: Juruá, 2003.

inovações tecnológicas que visam criar ambientes de interação virtual ofendem os princípios constitucionais ? Quais poderiam ser as conseqüências para o Processo Penal desse conjunto difuso de inovações propostas com uso das Novas Tecnologias de Comunicação ? Pode-se afirmar que há uma oposição entre uso da técnica e Direitos Fundamentais ? Qual racionalidade determina as atuais transformações em curso ? Essas são algumas das questões que o presente texto intenta desenvolver. Inicialmente, aponta-se para a construção do processo como hipertexto. Para em seguida, problematizar as hipóteses nas quais as NTCs poderiam ser utilizadas para a prática de atos on-line. A seguir, debate-se a validade das críticas dirigidas às audiências virtuais. Depois, investiga-se a racionalidade implícita que impulsiona as atuais propostas de aplicação tecnológica. Para, finalmente, sugerir-se alguns usos para as NTCs que não constituiriam lesão a Direitos Fundamentais.

As Novas Tecnologias de Comunicação e o Processo Penal como Hipertexto

O impacto das NTCs nas práticas jurídicas tende a aumentar nas próximas décadas. As razões sociológicas para isso são variadas e foram consideradas em outra oportunidade.² A utilização de tais tecnologias na esfera produtiva foi fator decisivo. É também significativo o fato de que a ciência e, especificamente, a técnica, tenha se constituído, junto com os discursos de exclusão, as duas grandes vertentes ideológicas do fim do século XX.

No dizer de Milton SANTOS, as tecnologias de informação compreendem um conjunto bem peculiar na história do desenvolvimento tecnológico. Primeiro porque elas permitem que as diversas técnicas existentes passem a se comunicar entre elas. Segundo, porque elas possibilitam alterar a relação tempo e distância, permitindo a ligação entre os diversos lugares do mundo, mediante a onipresença da própria técnica de informação. Terceiro, porque esse sistema de técnicas tem por característica ser “invasor”, pois “ele não se contenta em ficar ali onde primeiro se instala e busca espalhar-se, na produção e no território.” Quarto, porque é atual unicidade da técnica

² DUARTE, Evandro C. Piza. A Máquina de Vidro: Sociedade de Informação e Processo Penal. Recrie Arte e Ciência, Florianópolis, n.2, p. 202-235, 2005.

que permite a unicidade da organização do sistema econômico capitalista em escala planetária.³

A utilização das NTCs no Poder Judiciário fazem parte de um quadro mais geral de transformações do Estado denominado pela literatura dos países desenvolvidos de criação do governo eletrônico ou e-governo. O que significa, segundo o *Gartner Group* “a contínua otimização da prestação de serviços do governo, da participação dos cidadãos e da administração pública pela transformação das relações internas e externas através da tecnologia, da Internet e dos novos meios de comunicação.”⁴

Até o presente momento, segundo FERGUSON, foram três as principais estratégias adotadas para tanto: a) A automação – que consiste na aplicação da tecnologia na produção para reduzir custos. A partir dela, diversos governos estavam empenhados em garantir uma presença on-line. b) A informatização – que enfatiza a melhoria e a eficiência na qualidade do serviço. c) A transformação – direcionada ao benefício dos consumidores e cidadãos, permitindo o seu envolvimento no processo de obtenção de serviços e de maior participação democrática.⁵

Por sua vez, na aplicação específica ao Direito pode-se distinguir três fases da Informática Jurídica: a) informática documentária (a partir de 1960) – criação, gestão e recuperação de dados em bancos que continham informações de interesse jurídico (leis, doutrina, jurisprudência); b) informática jurídica de gestão (a partir de 1970) – resultou da utilização desses bancos de dados para a produção de atos jurídicos, como por exemplo, sentenças pré-modeladas; c) informática jurídica decisional (a partir da década de 1980) – ela propôs a utilização dos dados e procedimentos para gerar decisões mais confiáveis;⁶

Logo se vê que o tema da aplicação das NTCs ao Processo Penal envolve, no mínimo: a) A melhoria dos procedimentos burocráticos dos Tribunais – estratégia da automação; b) A disponibilização de dados em redes como a Internet – estratégia da informatização; c) a prática de atos processuais com o auxílio da tecnologia de informação. – que poderia ser, como veremos, uma estratégia de transformação. d) a utilização da tecnologia para criação de alternativas ao processo decisório.

³ SANTOS, Milton. Por Uma Outra Globalização: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 25-27.

⁴ Citado por FERGUSON, Martin. Estratégias de Governo Eletrônico – O Cenário Internacional em Desenvolvimento. IN: EISENBERG, José, CEPIK, Marco. *Internet e Política: Teoria e Prática da Democracia Eletrônica*. Belo Horizonte: UFMG, p. 2002. p. 104.

⁵ *Ibid.*, p. 120.

⁶ OLIVO, Luis Carlos Cancellor. O Jurídico na Socied@de em Rede. Florianópolis: Editora da UFSC, 2001, p. 12.

No centro das transformações no Processo Penal está a relação processual, o labor do juiz, as práticas de acusação e as atividades da defesa. De forma mais dinâmica, é necessário reconhecer, o foco de embate é o processo como objeto físico, os autos. Isso porque, nos últimos séculos, fomos a Sociedade da Escrita, na qual o papel era o meio dominante para transmitir informações. O livro, por sua vez, a forma ideal de apresentação de uma narrativa, marcada pela necessidade de começo, meio e fim. O procedimento reproduziu essas idéias, estabelecendo regras para compor a narrativa que convergisse para uma decisão judicial, o que significou criar regras para a captação de informação, tais como quem deveria produzi-las, quando poderiam ser produzidas e como seriam produzidas.⁷ Entretanto, as Novas Tecnologias de Comunicação trouxeram a desvinculação gradativa da informação do suporte material, o papel. Convertida em dados numéricos, a informação pôde ser reunida em grandes bancos de dados e, então, manipulada. No lugar da fixidez própria do antigo suporte, ela se apresenta líquida, fluída e intercambiável. Foram tais qualidades que permitiram, por exemplo, a mudança profunda na atividade de pesquisa jurídica, pois possibilitavam a reorganização e classificação contínua de novas informações disponíveis. A coleta de acórdãos em sistemas de busca é exemplo típico da conjunção da primeira e segunda etapas.

Mas o que há de novo no front de tais embates tecnológicos ? Ou como pergunta BINDER: “Como influirá a vertigem das novas técnicas massivas de comunicação e seus símbolos nas formas processuais ?”⁸

No atual estágio de desenvolvimento da comunicação, o texto dá lugar a nova forma de narrativa, o hipertexto que, segundo LEVY, é: “Uma forma não-linear de apresentar e consultar informações. Um hipertexto vincula as informações contidas em seus documentos (ou “hiperdokumentos”, como preferem alguns) criando uma rede de associações complexas através de hiperlinks ou, mais simplesmente, links.”⁹

O hipertexto quebra regra antiga da continuidade da narrativa descrita por ARISTÓTELES de maneira simples e segundo a qual o: “Todo é o que tem princípio meio e fim. O princípio é o que não vem necessariamente depois de alguma coisa; aquilo depois do qual é natural que haja ou se produza coisas; o fim é o contrário:

⁷ Encontramos tese semelhante a nossa em: BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais: Elementos Para uma Crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003, p. 26.

⁸ Ibid., p.26. Atente-se para o fato de que o autor trata do impacto dos meios de comunicação de massa, fenômeno que está relacionado a nossa problemática

⁹ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. p. 254. Segundo o autor, o termo link, por sua vez, é “frequentemente traduzido como “vínculo”, um link é uma conexão entre dois elementos de uma estrutura de dados”.

produz-se depois de outra coisa, quer necessariamente, quer segundo o curso ordinário, mas depois dele nada ocorre. O meio é o que vem depois de uma coisa e é seguido de outra”.¹⁰

Transformado num banco de dados, o texto pode ser juntado a outros fragmentos, estilhaçado, reagrupado conforme interesses etc. Tal fato pode ser observado nos procedimentos utilizados no cotidiano das pessoas que acessam a internet e encontram informações vinculadas, as quais levam a caminhos distintos e a distintos convencimentos sobre a narrativa. Daí a possibilidade de construir um texto onde todos os trechos com a palavra “faca” estivessem conectados (linkados) ou uma explicação sobre um acontecimento que tomasse de empréstimo seus detalhes de trechos presentes num banco de dados, ou, ainda, de um texto que, se valendo de um mesmo material, reuni-se versões, tais como os argumentos da defesa ou da acusação. Enfim, as possibilidades de (re) agrupar e (re) fazer a narrativa são inúmeras.

O hipertexto já existe nas práticas processuais ? Não, pois a interação física com o texto escrito (os autos) ainda hoje permite uma “varredura” muito mais eficiente do que a disponibilização de suas cópias em bancos de dados. Passar os olhos num processo para lembrar é um método eficaz que ainda não pôde ser descartado. O estágio atual de desenvolvimento da tecnologia de informação refere-se à busca de informação direcionada, onde o computador exerce a função de bibliotecária. Ou seja, na esfera jurídica, não se experimentou as novas possibilidades de fragmentação da narrativa.

Outra novidade que deve ser lembrada, associada ao hipertexto, é a hipermissão que “parte de uma hibridação de traços tomados de empréstimo de várias mídias, constituindo uma rede original de interfaces através do uso do computador como interface amigável.”¹¹ De tal modo que ela “integra texto com imagens, vídeo e sons, geralmente vinculados entre si de forma interativa. Uma enciclopédia de em CD-ROM seria um exemplar clássico de hipermissão.”¹²

Nesse caso, destaca-se a possibilidade de somar formas de representação ou a hibridação de formas. Essa é a tônica das páginas de internet elaboradas pelas novas gerações. Encontram-se nelas trechos de músicas, fotos, pequenos filmes caseiros, endereços para pessoas conhecidas etc. Ou seja, o modo de tecer a narrativa implica uma bricolagem contínua de meios.

¹⁰ ARISTÓTELES. *A Arte Poética*. São Paulo: Martin Claret, 2004

¹¹ PARENTE, André (Org.). *A Imagem Máquina: A Era das Tecnologias do Virtual*. Rio de Janeiro: Ed. 34, p.284.

¹² LEVY, Pierre. *Cibercultura*; tradução de Carlos Irineu Costa. – São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 254.

Inúmeras possibilidades surgem daí. Imagine-se a hipótese de juntar os trechos de gravações telefônicas às partes transcritas, ou que, pelo menos, de permitir que as falas mais decisivas, componham as peças de acusação ou defesa. Da mesma forma, fotos de locais ou de objetos, poderiam ser diretamente associadas aos trechos nos quais se faz referência. De igual modo, trechos de audiências, novamente ouvidos, permitindo links, para que se pudesse captar a entonação do depoimento.

O uso de imagens e sons digitais nas investigações ou para registro de atos processuais, somados à digitalização dos textos que compõe os autos, tendem a convergir para o nascimento do processo eletrônico que pode ser algo mais do que fotocópia do processo escrito, ou seja, um novo processo que se valha de recursos da hipermídia.

Todavia, as diversas transformações tecnológicas convergem para a emergência de novas formas de conceber os autos do processo. O processo Virtual ou e-processo não será apenas um novo suporte para uma velha estrutura de narrativa, mas a possibilidade de transformá-la radicalmente. Pode-se afirmar que o processo de aplicação das tecnologias de informação tenderá a superar as fases da automação e informatização para chegar a de transformação. Porém, da mesma forma que os sistemas de indexação de informação (catálogos de jurisprudência) no início da informatização do Judiciário brasileiro eram precários e a pesquisa em sites públicos na internet pareceria algo de outro mundo, também novas formas de compor o processo ainda parecem improváveis.

No quadro comparativo abaixo sugerimos as características latentes das duas formas de apresentação:

<i>Características</i>	<i>Processo Escrito</i>	<i>E-Processo</i>
<i>Suporte técnico</i>	<i>Papel</i>	<i>Tela computador apresenta a informação que se encontra fragmentada em um ou mais bancos de dados</i>
<i>Acesso à informação</i>	<i>O local de apresentação da informação é idêntico ao de seu armazenamento.</i>	<i>O local de apresentação da informação é distinto do local de armazenamento.</i>

<i>Requisito para acesso à informação</i>	<i>Presença física</i>	<i>Virtualidade e Ubiquidade</i> <i>Pode ser dependente de autorização para acesso (Senha)</i>
<i>Estrutura da Narrativa</i>	<i>Narrativa tradicional (Começo, meio e fim)</i>	<i>Possibilidade de conectar informações, fragmentar a narrativa, reconstruir narrativas parciais.</i>
<i>Linguagem</i>	<i>Escrita</i>	<i>Híbrida (som, imagem, texto etc.) - possibilitada pela tecnologia digital</i>
<i>Propriedades da informação</i>	<i>Rigidez provocada pelo suporte físico, mas compensada pela varredura do leitor.</i>	<i>Fluidez, devida à tecnologia digital. Pode ser manipulada (interatividade)</i>

Inúmeras tendências, na esfera da produção e da ideologia, sugerem tal direção. As possibilidades de experimentar não são mais limitadas, mas tornam-se reais na medida em que a base tecnológica se desenvolve e que novos perfis de usuário são incorporados às esferas de decisão no Poder Judiciário.

A Prática de Atos On-line

É nesse contexto de novas possibilidades para o Processo Penal que precisamos considerar a prática de Atos On-line, pois os modos mediante os quais são praticados e registrados determinados atos representam potencialidades, positivas ou negativas, da formação de novos sistemas de conceber a informação e, como vimos, a longo prazo, a digitalização das informações e a filmagem dos atos processuais não serão apenas a repetição do mesmo, mas, provavelmente, um conjunto inovador.

Dentre as tecnologias disponíveis, está a que possibilita a vídeo-conferência. Ela permite que haja a comunicação por meio de imagens, com baixo custo, sobretudo quando associada à Internet. Sua principal característica é criar nova forma de comunicação que simula a presença. Na sociedade de informação, o recalque que provoca a valorização da imagem nos faz confundir corpo e imagem, denominando tal situação de presença virtual.

Segundo ARAS as intervenções processuais realizadas pela videoconferência podem ser classificadas em: “- o teleinterrogatório, para tomada de declarações do indiciado ou suspeito, na fase policial, ou do acusado, na fase judicial; - o teledoimento, para a tomada de declarações de vítimas, testemunhas e peritos; - o telereconhecimento, para a realização de reconhecimento do suspeito ou do acusado, à distância, ato que hoje já se faz com o uso de meras fotografias; - a telessustentação, ou a sustentação oral a distância, perante tribunais, por advogados, defensores e membros do Ministério Público; - o telecomparecimento, mediante o qual as partes ou seus advogados e os membros do Ministério Público acompanham os atos processuais à distância, neles intervindo quando necessário;- a telessessão, ou a reunião virtual de juízes integrantes de tribunais, turmas recursais ou turmas de uniformização de jurisprudência; - a telejustificação, em atos nos quais seja necessário o comparecimento do réu perante o juízo, como em casos de sursis processual e penal, fiança, liberdade provisória, etc.”¹³

O debate sobre os direitos dos cidadãos que poderiam ser atingidos por tais inovações já está sendo travado. Posições contrárias ou favoráveis ao uso das Novas Tecnologias de Comunicação (NTCs) surgiram na proposta de implantação do Interrogatório On-Line. Assim, por exemplo, na seção “Tendência e Debates” da Folha de São Paulo, Luiz Flávio Gomes (A Favor) e Luiz Flávio Borges D Urso (Contra) sintetizam os principais argumentos.¹⁴

Para GOMES: “A informatização completa da Justiça vai evitar ofícios, requisições, precatórias, rogatórias – é dizer, economizará tempo, papel, serviço, pessoal, e, especialmente, deslocamentos. De outro lado, eliminará riscos, sobretudo, para o próprio preso e para a sociedade (fugas, resgates etc.)” Entretanto, segundo D URSO: “A ausência da voz viva, do corpo e do ‘olho no olho’ redundará em prejuízo para a defesa e para a própria Justiça, que terá de confiar em terceiros, que farão a ponte tecnológica com o julgador.” Ademais, como adverte este doutrinador: “Mesmo que a imagem transmitida pela tela do computador seja em tempo real, ausente estaria o calor do olhar, pois ausente o réu, que, muito embora ‘plugado’ à máquina, ainda está dentro da penitenciária e sob todos os influxos desta.”

¹³ ARAS, Vladimir. Teleinterrogatório não elimina nenhuma garantia processual. Disponível em: www.espaçovital.com.br.

Acesso em: 25 de jun. 2005

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Sim - Era digital, Justiça informatizada. & D URSO, Luiz Flávio Borges. Não – Uma desagradável Justiça Virtual. In: Tendências e Debates – Deve-se instituir o interrogatório por teleconferência? Folha de São Paulo.

GOMES propõe a existência de compatibilidade entre os avanços tecnológicos no interrogatório e o sistema de garantias do acusado ao defender que: “Desde de que tomadas as devidas cautelas e preservados os direitos e garantias fundamentais de todas as pessoas, não há como evitar que os recursos tecnológicos e informáticos sejam ampla e eticamente utilizados no âmbito do Judiciário. Eficiência e garantismo, esse é o binômio da Justiça do terceiro milênio.” De outro modo, para D URSO: “não se admite nenhum retrocesso em termos humanitários, de forma que o réu tem o direito de ter sua voz ouvida, e não lida, sua imagem presente, e não transmitida.”

Como se vê, as posições parecem antagônicas. Todavia, em nossa opinião, nem uma posição garantista poderia admitir o interrogatório on-line de réu preso, e por isso assiste razão a D URSO, e, tampouco, a tecnologia de vídeo conferência é incompatível com a preservação dos direitos e garantias, como já defende GOMES.

De um lado, a deficiência do argumento ocorre porque aqueles que propugnam por uma aplicação tecnológica na Justiça defendem, ainda que inconscientemente, uma ideologia eficientista, cujo cerne tende a aceitar a realização de valores irracionais, tais como, “livrar a sociedade do crime” ou “a guerra contra o inimigo interno”. Ou seja, associam propostas fundadas nesses valores antidemocráticos a um raciocínio contabilista de diminuição dos custos e aumento dos efeitos. Todavia, quando os resultados são definidos em tons ideológicos que propugnam por uma justiça substancialista para fazer vencer os “justos”, a proposta de eficiência não pode conduzir ao garantismo, mas a novas reedições do Totalitarismo. Quem definir como objetivo do processo a caça às bruxas pode apresentar o número de fogueiras e os corpos carbonizados como prova de sua eficiência. Porém, a eficiência servirá apenas de disfarce para debatermos as finalidades realmente alcançadas, a exemplo do que foi a repressão às mulheres durante a Idade Média. Não pode existir um garantismo com eficientismo, mas apenas Sistema Penais contrários ou próximos do modelo garantista.

De outro lado, no plano jurídico e fático, precisamos reconhecer que os direitos encontram-se estrangidos pelas circunstâncias histórico-sociais. Entretanto, o grau de realização dos direitos individuais, como lembra D URSO, não deveria conduzir a um retrocesso. Esse é o ponto de partida para a melhoria tecnológica da Justiça. Ou seja, é indispensável que sejam encontrados argumentos eficientes para ampliar e consolidar os direitos e não apenas para baixar custos. Aliás, o argumento pragmático da redução de custos foi utilizado nas últimas décadas pelos que defenderam a destruição do Estado de Democrático de Direito.

Nesse sentido, concordamos com a tese do descabimento do Interrogatório Online, em determinadas hipóteses restritivas, mas discordamos que todas as hipóteses de vídeo conferência sejam ofensivas ao patrimônio dos direitos e garantias já construído. Logo, advogamos que um mesmo ato pode ser ora ameaça aos direitos consolidados ora, em situação semelhante, forma razoável de ampliação de direitos. Para tanto, apresentamos algumas hipóteses de uso da vídeo conferência, adaptadas aos atos processuais já previstos, tais como o interrogatório do acusado, a oitiva de testemunha, o comparecimento do réu aos atos e a audiência de réu sentenciado que serão discutidas adiante.

Não se trata, todavia, de propor um rol exaustivo de todas as hipóteses, mas de um teste argumentativo de algumas delas. De outra parte, não as apresentamos sob forma de neologismo, pois consideramos que essa é já uma opção que tende a produzir no interlocutor a aceitação das propostas de aplicação das novas tecnologias. Senão vejamos:

a) O Direito de Audiência e o Interrogatório do Acusado.

Como dispõe o art. 185 do CPP, o interrogatório é ato essencial, devendo: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.” Podemos formular quatro hipóteses centrais, conforme esteja o réu preso ou livre e, ainda, próximo ou distante do juiz da causa: 1) O Interrogatório do Acusado preso que se encontra na mesma comarca ou em comarca circunvizinha de onde o ato irá ser praticado; 2) O Interrogatório do Acusado preso que se encontra em comarca distante de onde o ato irá ser praticado; 3) O Interrogatório do Acusado que, livre, se encontra na mesma comarca ou em comarca circunvizinha onde o ato será praticado; 4) O Interrogatório do Acusado que, livre, se encontra em comarca distante de onde o ato irá ser praticado;

É de se notar que o artigo supracitado foi alterado pela Reforma proposta na Lei 10.792 de 2003 que objetivava adequar o Processo Penal ao conteúdo dos Direitos Fundamentais da Carta de 1988. Atualmente a regra é a necessidade de oportunizar-se o interrogatório ao acusado, porquanto é manifestação do direito de defesa, tendo em vista que, desde de 1996, o artigo 366 determina a suspensão do processo do réu que, citado por edital, não comparece nem constitui advogado. Restaram, ainda, no texto da lei, exceções nas quais poderá não ocorrer interrogatório, como a do réu que, citado, evade-se ou que, evadido, nomeia defensor.

O interrogatório, transformado numa das manifestações da autodefesa, representa verdadeiro direito de audiência. Ele “consiste no direito que tem o acusado de, pessoalmente, apresentar ao juiz da causa sua defesa.” Por meio de interrogatório, o réu encontra um momento adequado para, “em contato direto com o juiz, trazer a sua versão a respeito dos fatos da acusação.”¹⁵

A Reforma pontual de 2003 determinou também, em seu art. 186, que: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.” Evidentemente, a presença do defensor no interrogatório e o direito do acusado de permanecer calado, sem que o seu silêncio importe em qualquer presunção de culpabilidade, conforme dispõe o parágrafo único do artigo supra, confirmaram a importância do interrogatório como manifestação da ampla defesa e do contraditório, extraindo velhos resquícios inquisitórios.

Interessa-nos destacar que o Código de Processo Penal estabelece os procedimentos do interrogatório e da prática de determinados atos em locais diferentes ao do juiz competente para julgar a demanda. Regra disposta no art. 222, também aplicada ao interrogatório determina que: “A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.” No mesmo sentido, o artigo 780 estipula a expedição de cartas rogatórias a autoridades estrangeiras para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.

Diante dessa regulamentação expressa, cabe-nos questionar, a seguir, se a ausência da presença física do acusado, diante do juiz da causa, representaria algum decréscimo dos direitos e garantias processuais do acusado.

b) O Direito de Presença do Acusado. O Direito de Presença às audiências é outra das manifestações da autodefesa e assegura o réu que, ao lado de seu defensor, acompanhe os atos de instrução, auxiliando-o.¹⁶ Também pode ser apresentado em quatro hipóteses iniciais: 1) A presença do acusado preso a atos processuais praticados na mesma comarca ou em comarca circunvizinha de onde ele se encontra; 2) A presença do acusado preso a atos processuais praticados em comarca distante de onde ele se encontra; 3) A presença do acusado livre a atos processuais praticados na mesma

¹⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2000. p. 268.

¹⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2000. p. 268.

comarca ou em comarca circunvizinha da qual ele se encontra; 4) A presença do acusado livre a atos processuais praticado em comarca distante da qual ele se encontra;

O Código dispõe expressamente que o réu deve ser intimado dos atos processuais, perdendo esse direito se “deixar de comparecer sem motivo justificado, ou no caso de mudança de residência, não comunicar o endereço novo ao juízo.” (art. 367) E, ainda, que “se o réu estiver preso, será requisitada a sua apresentação em juízo, no dia e hora designados” (art. 360).

Antes mesmo da reforma do art. 366, a jurisprudência afirmava que o réu preso não poderia ser responsável pela sua não intimação, pois cabe ao “Estado-Juiz , providenciar sua presença para ser interrogado e para acompanhar os atos da instrução criminal.” (RT 572/328) Ou ainda: “A realização de atividade de instrução criminal sem a presença do réu preso, requisitado seu comparecimento ao ato com antecedência suficiente, determina a nulidade substancial do processo, uma vez que ao lado da defesa técnica, se coloca como imprescindível e indisponível desdobramento das garantias constitucionais da plenitude da defesa e do contraditório, a autodefesa, consistente na possibilidade do direito de audiência e de presença, o que lhe é garantido também pela norma do art. 360 do CPP.” (RJDTACRIM 30/435)

Todavia, o STF já havia decidido que: “Não acarreta nulidade do processo o fato de o réu não ter sido requisitado para a audiência de instrução, se este se encontrava preso em outra comarca e se a prisão ocorreu após o decreto de revelia, pois, sendo revel, é desnecessária a sua intimação para os demais atos do processo.”(RT 740/535) Havendo, nos tribunais, posição semelhante de que: “Se a inquirição de testemunha arrolada pela acusação se faz mediante precatória, é desnecessária a requisição do réu preso para a audiência, a falta de disposição legal que a determine.” (TAMG - RT 604/425) “A falta de requisição do réu preso para assistir à inquirição de testemunha, por precatória, em outro Estado, poderá, quando muito, ser considerada nulidade relativa, e, como tal, deve, além da alegação nas oportunidades previstas na lei, ser demonstrado o prejuízo da defesa ou acusação, e, se isso não acontece, entende-se sanada.”(TJPR – RT 564/395)

Logo, a realização do direito de presença tem tido quase nenhuma realização quando se trata de réus presos em comarcas distantes, em outro Estado da Federação, por exemplo. De igual modo, o comparecimento de réus livres esbarra em impedimentos econômicos, como a falta de dinheiro para estadia e passagem e sociais, como a necessidade de comparecer ao trabalho. A realização do direito de presença

pode e deve ser eficaz quando se trata de réu preso na mesma comarca ou comarca próxima.

Diante desse variado grau de efetividade, cabe-nos questionar em que situações a teleconferência seria capaz de garantir ou restringir direitos do acusado.

c) O Direito à Prova Legitimanente Obtida e a Oitiva de Testemunhas. A Prova testemunhal é um dos meios de prova mais utilizados no Processo Penal, malgrado as críticas que lhe possam ser dirigidas. Por sua vez, a produção da prova, legitimamente obtida, é uma manifestações dos direitos à ampla defesa e ao contraditório. Todavia, pouco se tem tido sobre os direitos das testemunhas nos processos em geral. Trata-se, como afirma DIAS, de função cívica que, em dada ordem democrática, pressupõe o caráter criativo e comunitário da prestação jurisdicional. A testemunha é, antes de mais nada, cidadã e não mera peça do processo, como pressupõe as práticas inquisitoriais dominantes, devendo ser tratada condignamente. Ou seja, a prova testemunhal precisa ser considerada a partir da perspectiva das partes no processo, e sobretudo, do Direito à Ampla Defesa, mas também da perspectiva da Justiça, e, portanto, das testemunhas, numa sociedade democrática.¹⁷

Podemos imaginar hipóteses semelhantes àquelas presentes no interrogatório do acusado, aqui resumidas do seguinte modo: 1) A oitiva de testemunhas que estão na mesma comarca ou em comarca circunvizinha daquela onde deve ser praticado o ato; 2) A oitiva de testemunhas que estão em comarca distante daquela onde será praticado o ato;

Quanto às testemunhas podemos questionar: O direito ao tratamento condigno não seria afetado com efetivação de audiências virtuais ? O estranhamento das testemunhas e até mesmo o sentimento de humilhação que existe em muitas salas de audiência não seriam ampliados ainda mais ? Não há também o direito de todo o cidadão de comparecer diante da autoridade para auxiliar na formação de seu convencimento ? Quanto à ampla defesa: Quais deveriam ser os requisitos técnicos exigidos para evitar a fraude ou erro na transmissão e armazenamento da informação ? A transmissão por videoconferência permitiria uma percepção adequada do material probatório ou, ao contrário, seria oportunidade para erros ?

d) O Direito à Estrita Legalidade da Pena e o Direito de Audiência do Preso na Execução Penal.

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. v. 1

A execução da pena não é menos importante que a prestação jurisdicional que conduz à determinação da culpabilidade. Ao contrário é na execução penal que um sistema jurídico demonstra sua coerência valorativa e a efetividade de seus postulados professados socialmente. De fato, em nosso sistema o acusado tem o Direito de entrevistar-se com o Juiz da Execução Penal, como nos casos de audiência para concessão de livramento condicional ou para questionar a aplicação de sanção disciplinar (Lei 7210 de 11-07-1984).

O distanciamento da jurisdição do espaço físico do estabelecimento penitenciário e o abandono das decisões sobre a execução da pena aos administradores foram dois problemas denunciados pela historiografia crítica da década de 1960. A especialização das funções no Sistema Penal representou uma perversa tendência à diminuição do poder do Judiciário no cotidiano prisional.¹⁸ A hipótese mais comum de utilização da videoconferência seria a de evitar-se o transporte do preso para entrevistar-se com a autoridade judiciária nos casos em que isso fosse exigido pela lei.

Imagine-se a seguinte situação: O réu é preso e não é interrogado pessoalmente, mas por meio de videoconferência. Tem seu Direito à Presença nos atos processuais negados sob o argumento de que poderia fugir. Recebe sentença condenatória e permanece preso, agora cumprindo sua pena. Seu advogado teve o acesso ao presídio restringido a algumas poucas vezes, devido a “questões de segurança”. Por fim, merecedor de benefícios durante o curso da execução da pena, é entrevistado novamente por videoconferência.

Podemos afirmar que tal acusado terá reconhecido no juiz o responsável pela prestação jurisdicional ou, ao contrário, reconhecerá na polícia, nos carcereiros e no arbítrio dos colegas a face poderosa e atuante da “Justiça” ?

Da Validade das Objeções Genéricas Feitas às Tecnologias On-Line

Os que pretendem substituir atos praticados presencialmente por atos não presenciais supõem estar substituindo coisas de valor idêntico. Todavia, bastaria breve contato com a literatura sobre as NTCs para comprovar que se trata de área de estudo com poucas certezas e muitas inseguranças. Há certo consenso de que a utilização das

¹⁸ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Trad. de: Ligia M. Pondé Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1991. _____. Microfísica do Poder. Trad. De: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1992

NTCs significam modificações profundas nas formas como estamos acostumados a exercitar nossa percepção.

Como anota Lúcia SANTAELLA de forma otimista: “O receptor de uma hipermídia coloca em ação habilidades de leitura muito distintas daquelas que são empregadas pelo leitor de um texto impresso como livro. Por outro lado, são habilidades também distintas daquelas empregadas pelo receptor de imagens ou espectador de cinema.”¹⁹

De fato, quer se tratem de habilidades ou deformações, é vasta a literatura sobre a produção do engano a propósito das formas de reprodução artísticas ou científicas que pretenderam representar o real. Desde a pintura realista, passando pela fotografia, o cinema e a televisão até chegar à família da imagem digital há demonstrações de como o desvio pode ser produzido intencionalmente ou por acidente.

A propósito das distorções e manipulações de conteúdo, BARTHES, por exemplo, investiga o problema da mensagem que recebemos ao ver uma fotografia. Portanto, os condicionamentos que podem trazer à identificação entre representação e realidade nela contida. Pergunta-se o autor: “**Qual é o conteúdo da mensagem fotográfica? Que é que a fotografia transmite?**”. A resposta a essa pergunta toca um ponto importante de nosso senso sobre a fotografia:

“Para passar do real à sua fotografia, não é de nenhum modo necessário fragmentar o real em unidades e constituir essas unidades em signos substancialmente diferentes do objeto que oferecem à leitura; entre esse objeto e sua imagem não é de modo algum necessário interpor um relê, isto é, um código; decerto, a imagem não é o real; mas ela é pelo menos seu perfeito *analogon*, e é precisamente esta perfeição analógica que, para o senso comum, define a fotografia. Surge assim o estatuto particular da imagem fotográfica: *é uma mensagem sem código*; proposição de que é necessário extrair imediatamente um corolário importante: a mensagem fotográfica é uma mensagem contínua.”²⁰ Todavia, como adverte BARTHES, esse estatuto puramente “denotante” da fotografia, a perfeição e a plenitude de sua analogia, ou seja, sua “objetividade”, é no fundo extremamente mítico. Tais caracteres são apenas os que o sentido comum atribui à fotografia, pois se não se pode apreender uma conotação

¹⁹ SANTAELLA, Lúcia. O que Matrix Não Mostra: O Corpo Sensório Receptivo do Cibernauta. In: LYRA Bernadette & SANTANA, Gelson. (org.). *Corpo & Mídia*. São Paulo: Arte & Ciência, 2003. p. 77.

²⁰ BARTHES, Roland. A Mensagem fotográfica. In: LIMA, Luiz Costa. *Teoria da Cultura de Massas*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.326

imediatamente ao nível da própria mensagem pode-se, todavia, induzi-la de certos fenômenos que se passam ao nível da produção e da recepção da mensagem:

“(…) de um lado, uma fotografia de imprensa é um objeto trabalhado, escolhido, composto, construído, tratado segundo normas profissionais, estéticas ou ideológicas, que são outros tantos fatores de conotação; e, de outro, essa mesma fotografia não é apenas percebida, recebida, ela é *lida*, ligada mais ou menos conscientemente pelo público que a consome a uma reserva tradicional de signos; ora, todo o signo supõe um código, e é este código (de conotação) que seria necessário tentar estabelecer. O paradoxo fotográfico seria então a coexistência de duas mensagens, uma sem código (seria análogo fotográfico) e outra com código (seria a “arte” ou o tratamento ou a “escritura” ou a “retórica” da fotografia); estruturalmente, o paradoxo não é evidentemente a colusão de uma mensagem denotada e de uma mensagem conotada: provavelmente é esse o *status* fatal de todas as comunicações de massa; é que a mensagem conotada (ou codificada) se desenvolve aqui a partir de uma mensagem *sem código*.”²¹

Segundo BARTHES, a conotação, ou seja, a imposição de um sentido à mensagem fotográfica se elabora nos diferentes níveis da produção da fotografia (escolha, tratamento técnico, enquadramento, paginação etc.). Tais processos podem ser divididos em dois grupos. No primeiro, a conotação é produzida por uma modificação do próprio real: trucagem, pose e objetos. No segundo, isso não ocorre de forma explícita: fotocenia, estetismo e sintaxe.²²

A trucagem ocorre, por exemplo, quando dois rostos são artificialmente aproximados como numa foto famosa de 1951 em que se tentava acusar um senador americano de práticas comunistas. A pose ocorre, por exemplo, numa foto clássica do presidente Kennedy na qual ele é visto de perfil com olhos para os céus e mãos juntas. Neste caso a fotografia é significativa apenas porque existe uma reserva de atitudes estereotipadas. Ela obedece a uma “gramática histórica” da conotação iconográfica que encontra material na pintura, no teatro, nas associações de idéias etc. A pose dos objetos, por sua vez, ocorre quando determinados objetos são agregados ou escolhidos voluntariamente. Em geral, tais objetos são indutores, correntes de associações de idéias (biblioteca intelectual) ou verdadeiros símbolos (porta da câmara de gás nos campos de concentração e porta fúnebre das antigas mitologias).

²¹ Ibid., p.328.

²² Ibid., p.329-330

Na fotogenia a mensagem consiste na própria imagem “embelezada” por técnicas de iluminação, impressão e tiragem. Assim, por exemplo, temos as fotografias que mostram bailarinas em movimento onde as imagens se desfazem em nuvens por efeito da iluminação. No esteticismo pode-se afirmar que a fotografia se aproxima da pintura de tal forma que os objetos são dispostos formando um conjunto harmônico e com referências culturais. Já na sintaxe a mensagem é produzida com o encadeamento de diversas fotografias que, isoladas, não produziriam nenhum efeito específico, mas que em seu conjunto permitem contar uma história, tal como ocorre nos quadrinhos.²³

Essas técnicas podem ocorrer simultaneamente. A identificação de qual delas foi utilizada pode, inclusive, gerar certo debate. Porém elas demonstram como a fotografia e, sobretudo, a fotografia associada a meios de comunicação de massa não é apenas um registro do real. Ao contrário, criamos verdadeiras “línguas ideográficas” nas quais as imagens produzem mensagens segundo um conjunto de padrões de percepção que são historicamente construídos. Desse modo, em nossa sociedade, a fotografia, como alerta BARTHES, se desenvolve sob a forma de um paradoxo, pois “faz de um objeto inerte uma linguagem” e “transforma a incultura de uma arte “mecânica” na mais social das instituições”.²⁴

Este é apenas um breve levantamento sobre o estatuto do erro e do engano, desconsiderado nos discursos sobre a implantação de NTCs pelo Judiciário, numa das formas mais “objetivas” de representação. O ambiente, a luz, o ângulo de filmagem do acusado, do juiz, do advogado e da testemunha podem forjar “realidades” para nosso convencimento. A imagem não é um registro, mas, potencialmente, uma forma de retórica.

Todavia, o pior foco de enganos é a “fé perceptiva” que acompanha as propostas de implantação dos atos on-line, baseados na tecnologia digital. A imagem atual e em movimento aumenta a crença numa realidade compartilhada, refreando os mecanismos naturais de suspeita contra as formas de reprodução artísticas. De tal modo que, na defesa da identidade entre atos presenciais ou não presenciais, faz-se a defesa das qualidades mecânicas do aparelho de registro, como por exemplo, a possibilidade de aproximar a imagem e ver com maior precisão, sem questionamentos sobre os padrões técnicos que deveriam ser garantidos para que isso fosse possível de ser realizado com certa segurança.

²³ Ibid., p.333.

²⁴ Ibid., p.338

De fato, a experiência tem demonstrado que a não problematização da capacitação tecnológica dos usuários e a falta de pesquisas das tecnologias especificamente aplicadas ao direito podem produzir entulhos tecnológicos dentro dos tribunais e repartições públicas. Câmeras fixas para registrar atos processuais, falta de investimento em pessoal e aprimoramento do sistema são ingredientes negativos. A possibilidade de aproximar a imagem depende de um padrão de registro da imagem com alta resolução sem a qual a imagem aproximada tende a “borrar”. A apreensão de detalhes pode envolver a mobilidade das câmeras de registro e habilidades profissionais para estar atento ao ambiente circundante e a elementos distintos da fala da testemunha e do acusado. Logo, na defesa do uso das tecnologias se supõe padrões técnicos que não são criados, pois se supõe que tecnologia e eficiência são sinônimos.

Em defesa do aparelho perceptivo humanos também há vários argumentos plausíveis que são desconsiderados :

O primeiro é de que o homem é a fonte de todas as invenções, inclusive das novas percepções. Logo, apesar do que vasta literatura pseudo-científica nos faz crer, é a decisão humana que guia todos os critérios de solução tecnológica. O padrão tecnológico é julgado por um homem que, por sua vez, domina a solução final que resulta da aplicação de qualquer maquinismo. A ilusão de que se trata de uma solução objetiva, científica, mais que perfeita, neutra etc, é apenas uma ilusão. Por detrás de cada sistema, de cada máquina, de cada opção há um valor humano tão irracional quanto qualquer outro valor. Por detrás de cada máquina e de cada vitória da ciência há um limite tão natural quanto as limitações de um homem qualquer.

No caso dos registros dos detalhes, a perfeição, ainda que limitada, de nosso aparelho perceptivo está lá, disponível para auxiliar o julgador. O constrangimento da testemunha ameaçada, os traços de espancamento do acusado, o induzimento do advogado ou do acusador etc, não deixarão de ser percebidos pelo decréscimo tecnológico de um aparelho perceptivo que, ademais, pode acumular experiências, mas apenas pelo interesse, a empatia diante da vítima da Justiça.

Em síntese, o primeiro argumento a ser reconsiderado é a defesa da complexidade da perfeição do aparelho cognitivo humano diante de qualquer tecnologia inventada por outros humanos. Não me refiro a profusão de detalhes que são registrados como ocorre, por exemplo, quando fazemos uso de um binóculo para enxergar a longa distância. Ao contrário, me refiro a capacidade de seleção, síntese, aprendizado, comparação, a agudez, a perspicácia, a atenção, a reflexão, ao uso inventivo da

analogia, a abstração, a empatia, enfim, qualidades que, para alguns, são a causa do erro humano na Justiça, mas que são, de fato, a razão do progresso de toda a humanidade.

O segundo argumento a favor da percepção humana direta, comumente desprezado, é o caráter humano e comunicativo do ato de perceber. A humanidade do ato de julgar e o direito de dizer diante de seus pares e de olhar “olho no olho” do advogado, do acusador e do juiz têm sido ridicularizados pelos partidários da justiça virtual. Fatos mezinhos da violência imposta pela nova burocracia tecnológica são curiosamente esquecidos. Quantos de nós nos sentimos tranquilos diante de um tele atendimento quando, efetivamente, precisamos resolver um problema ? Quantas vezes nos sentimos rebaixados por termos de suportar falas codificadas, músicas de espera, respostas programadas e a ausência de identificação com nosso interlocutor ? Mas alguém poderia argumentar: Por que você se sente destrato se a voz humana é tão perfeitamente reproduzida ao aparelho telefônico e seu volume pode ser aumentado ou a conversa reproduzida para evitar dúvidas posteriores ? A voz até pode parecer a mesma, mas a comunicação não o é. De fato, em situações de crise ou de tensão precisamos nos apresentar diante de um ser humano e nos sentirmos humanizados mediante atos de fala não verbais. A forma de entrada na sala de audiência, os gestos mais sutis, a presença da respiração são elementos da comunicação. Alguns desses elementos não racionais nos convencem de que estamos sendo considerados. O grau de consideração também influencia as respostas que damos as perguntas. A percepção humana é potencializada no ato de comunicar e ela faz isso, muitas vezes, mediante atos que são apagados pela tecnologia.

A afirmação de que a Justiça será fria com as NTCs é uma acusação séria. Os empresários justificam os sistemas de tele atendimento pela necessidade de redução de custo. Embora, nós, usuários saibamos que também é uma técnica sutil de desconsiderar nossas demandas, evitar possíveis atos de hostilidade, pulverizar o conflito com o cliente, fazendo com que ele pareça ridículo ao se confrontar com um poder que não está em lugar algum e não pode ser identificado com uma pessoa.

Em nosso cotidiano, a aparição na tela pode não parecer fria, pois estamos acostumados com o espetáculo mediático, com sua capacidade de convencimento para apresentar “verdades”. De fato, nos esquecemos que a força emotiva do filme ou da cena da novela está na composição profunda da mensagem feita pela luz, pela trilha musical, pela escolha do gesto, a combinação entre figurino e cenário etc. O confronto de cenas reais e cenas reais dos filmes demonstra como a hiperrealidade criada nas telas

nos faz parecer pouco expressivos e convincentes. O ângulo de filmagem, a posição do acusado, a altura do som de sua fala etc. não são exemplos desprezíveis de manipulação. É provável que esses problemas sejam “resolvidos” com a utilização de um modelo padrão de filmagem cujo norte seja a apresentação do acusado como um acusado. Não haveria deformações que seriam manipuladas conforme o interesse de um acusado influente, mas simplesmente o padrão geral de rebaixamento “acusado”. Essa tendência tem sido expressa pelos setores conservadores da política americana com a expressão “fazer com que um criminoso cheire como um criminoso”.²⁵ A forma de conceber as filmagens pode levar ao padrão mediático equivalente. O confronto entre nossa cultura da hiper-expressão mediática, baseado na necessidade do comportamento performativo histórico, e a monotonia das gravações de depoimentos dos acusados, apresentados como peças subjulgadas, pode nos levar a desconsiderar cada vez mais a humanidade de sua fala.

A substituição da presença real pela presença mediática não é uma troca entre equivalentes. A presença virtual não é presença, assim como o amor virtual não pode gerar prole ou transmitir doença venérea. Por queremos ser modernos não podemos aceitar a supressão ou a desvalorização de nossas capacidades orgânicas de percepção. Esquece-las ou substituí-las é rebaixar a Dignidade Humana, a do juiz e do acusado. Logo, vilipendiar a Justiça.

Entretanto, alguns poderiam objetar que diante de um juiz burocrata todas as qualidades atribuídas à justiça virtual seriam equivalentes à Justiça que ocorre nos tribunais. Afirmação essa que deve ser ponderada. De fato, a Inquisição, a Escravidão, o Extermínio de Judeus foram frutos da burocracia moderna. As atuais formas processuais têm sido tencionadas nos últimos séculos por lutas a favor de sua humanização. O comportamento típico do juiz burocrata é filho de um modelo imposto, às vezes, inconscientemente aos operadores jurídicos. Todavia, mesmo o burocrata terá de se confrontar com o cheiro do acusado, o olhar da testemunha, o desprezo de seus pares e não poderá desligar a tela. A prática de atos virtuais trás, na sua generalidade, um componente não estranho a Justiça real, mas faz pender a balança para um dos lados. O ato on-line permite um estranhamento ainda maior entre julgador e participantes do processo. A Justiça não precisa que se criem mecanismos para que o juiz não suje as mãos de sangue. Ao contrário, a dignidade da Justiça depende da consideração

²⁵ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a Nova Gestão da Miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

ponderada das conseqüências últimas de um ato de decisão. O confronto com o real não pode ser mediado, sob pena de se expurgar do Judiciário o que restou de realidade na formatação que dela é feita pelas fórmulas procedimentais.

Outras Objeções ao Uso das Tecnologias On-line a partir do Sistema de Garantias

Segundo Luigi Ferrajoli, da palavra “Garantismo” pode-se extrair três significados diversos: a) modelo normativo de direito; b) teoria jurídica preocupada com o “vigor” da norma; c) filosofia política fundada na necessidade de justificar o direito na finalidade de tutela de bens. O modelo normativo de direito é, na esfera do direito penal, um modelo da “estrita legalidade” (Sistema de Garantias): “próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.”²⁶

Coube, portanto, a FERRAJOLI elaborar um Sistema de Princípios Garantistas, decorrentes da experiência constitucional dos Estados ocidentais modernos, capaz de representar “um esquema epistemológico de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.”²⁷

Tal Sistema é composto de dois elementos: um relativo à definição legislativa, correspondente ao conjunto de garantias penais, e outro relativo à comprovação jurisdicional do desvio punível, correspondente ao conjunto de garantias processuais. Obviamente, as garantias penais tanto quanto as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade. Historicamente, esquemas e culturas penais e processuais penais são sempre conexos entre si, pois sempre há um nexa entre lei e juízo.²⁸

No plano das garantias processuais, o reconhecimento de um sistema penal garantista depende da separação entre dois conceitos de jurisdição: a) a jurisdição em

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. São Paulo: RT, 2002. p. 684-685.

²⁷ Ibid., p. 30.

²⁸ Ibid., 30-432.

sentido lato - que comporta três teses centrais – não há pena, não há crime e não há culpa sem juízo; b) a jurisdição em sentido estrito – que também comporta três teses centrais – não há processo sem acusação, sem prova e sem defesa; Há jurisdição lata, inclusive, no modelo inquisitório de processo penal. Porém, a jurisdição estrita ocorre apenas no modelo acusatório, embora tenha um sentido ainda mais restrito que esse conceito²⁹.

Pode-se falar ainda em garantias orgânicas e procedimentais. São “orgânicas” as garantias relativas à formação do juiz e à sua colocação institucional em relação aos outros poderes do Estado e aos outros sujeitos do processo (a independência, a imparcialidade, a responsabilidade, a separação entre juiz e acusação, o juiz natural, a obrigatoriedade da ação penal) São “procedimentais”:

(...) “as garantias relativas à formação do juízo, ou seja, à coleta de prova, ao desenvolvimento da defesa e ao convencimento do órgão julgante, tais como: a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa, a motivação dos atos judiciais e outros.”³⁰

As garantias orgânicas são exigidas para todo o tipo de juízo, inclusive não penal, e integram a submissão à jurisdição em sentido lato. As garantias procedimentais, ao definirem especificamente o modelo cognitivo do juízo, integram, ao contrário, a submissão à jurisdição em sentido estrito.

No plano Processual, o Garantismo, como modelo normativo de direito, funda-se em garantias procedimentais, sobretudo, nas referentes à jurisdição em sentido estrito que são garantias relativas à formação do juízo. Delas decorre um modelo de Direito Penal Mínimo na qual prevalece uma verdade mínima que rejeita critérios substancialistas na definição do delito, tais como, “o réu é inimigo do povo” ou critérios “de valor”, tais como “o réu deve ser condenado para satisfação do interesse público”. Ao contrário, o fundamento do Poder Judiciário estaria na “verdade, inevitavelmente aproximada ou relativa, dos conhecimentos que a ele é idôneo obter e que concretamente formam a base dos próprios provimentos.” De tal modo que vericabilidade e verificação das motivações são as condições constitutivas da estrita legalidade e da submissão à jurisdição das decisões judiciais.³¹

²⁹ Ibid , p.433.

³⁰ Ibid., p.433.

³¹ Ibid., p.434-437.

Com base nas afirmações do autor e da doutrina processual podemos afirmar a propósito do uso das NTCs nas hipóteses sugeridas comumente que:

a) Há Violação às Garantias Procedimentais. Um dos primeiros aspectos a ser atacado nos atos jurídicos on line é o Direito ao Procedimento. O Direito ao Procedimento estabelecido é um dos elementos do Devido Processo Legal, embora a ele não se resume. Ele compõe-se segundo FERNANDES, na garantia do procedimento tipificado e na garantia do procedimento integral. No primeiro caso, se a lei prevê o procedimento específico para a demanda, há para a parte a garantia de que o juiz irá respeitá-lo integralmente. No segundo caso "não se permite que o juiz possa suprimir atos ou fases do procedimento"³²

As primeiras tentativas de interrogatório por teleconferência foram anteriores à reforma produzida pela Lei 10.792 de 2003. À época, dizia-se que o magistrado deveria adotar uma postura inovadora, o que justificaria o uso da tecnologia. Independentemente de discutir as desvantagens desse uso é de se notar que a reforma preferiu fazer menção expressa à possibilidade de realização de atos processuais, em sala especial, no interior do estabelecimento prisional, com a presença física do Juiz (art. 185, parágrafo primeiro). Logo se vê que a própria lei fez uma opção entre as sugestões para o problema dos presos tidos como "perigosos". Optou pelo interrogatório presencial, aumentando os compromissos do juiz. Não há razão para se argumentar num envelhecimento do Código que justificaria a modernização jurisdicional. A opção legislativa pela manutenção de uma modalidade de ato presencia foi, no mínimo, devida ao caráter duvidoso e polêmico da medida.

Diante da Constituição de 1988, deve ser revisto o vetusto princípio da convalidação dos atos a qualquer preço que se instaurou abertamente na legislação brasileira desde a década de 1930, segundo o qual deve-se buscar manter a validade dos atos, salvo se o réu demonstrar o prejuízo. É ele responsável pela tortura socialmente reconhecida, a tal ponto que pode ser vista como fato notório, mas quase nunca provada nos nossos tribunais. Como anota, magistralmente Alberto M. BINDER, nossa cultura autoritária convive com a defesa do ritualismo das formas e, ao mesmo tempo, com a convalidação de atos que prejudicam o réu, em defesa do processo.³³ Impor ao réu o dever de provar o prejuízo da quebra de um procedimento é absurdo. Quem deve provar

³² Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: RT, 2000. p. 105.

³³ BINDER, Alberto M. O Descumprimento das Formas Processuais: Elementos para uma Crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

a falta de prejuízo para o réu e para o Sistema da Justiça Criminal são aqueles que advogam a lesão ao procedimento estabelecido em uma lei que poderia ter sido reformada e não o foi. Ademais o que está em questão não é a lesão a forma processual, mas aos princípios que essa forma pretende garantir.

b) Não é razoável a aplicação da Teoria da Proporcionalidade. A Teoria da Proporcionalidade aplicada à esfera penal como forma de reduzir as Garantias Fundamentais do Acusado em prol do “combate ao crime”, da “segurança pública” ou da “busca da verdade” conduz a uma absurda redução publicamente consentida do sistema de garantias.³⁴ Há, sem dúvida, aspectos polêmicos na aplicação da Teoria da Proporcionalidade, tais como o confronto de interesses entre particulares e situações relacionadas às causas de exclusão da ilicitude (estado de necessidade e legítima defesa). Todavia, como esclarece AVOLIO, “As maiores incertezas advêm da errônea individualização dos valores em jogo.”³⁵ De fato, não há um confronto real de princípios na tese de que o transporte do preso vai gerar alto custo para o Estado ou que haverá risco de fuga, mas mera presunção da incapacidade administrativa, o que deveria justificar não a redução de garantias, mas a mudança do governo. Mais absurda ainda é a tese de que não haverá segurança para o juiz no estabelecimento penitenciário. Embora nos acostumemos a discursos sobre a ingovernabilidade do sistema prisional, não podemos olvidar que a razão primeira da existência do Estado é a garantia da paz pelo uso regrado da força e distribuição equitativa da Justiça. Sem a preservação dessas condições mínimas o reconhecimento da legitimidade institucional do Estado restará prejudicada, podendo se afirmar que não há Estado ou o Estado é apenas a matilha dos mais fortes.

De outra parte, em preciso estudo sobre o tema, BARATTA esclarece a impropriedade da expressão “segurança” para limitar direitos, pois: “A segurança é uma necessidade humana e uma função geral do sistema jurídico. Nestes dois sentidos, carece de conteúdo próprio: em relação ao sistema de necessidades, a segurança é uma necessidade secundária, em relação ao sistema de direitos, a segurança é um direito secundário.”³⁶

De fato, como acrescenta o filósofo italiano: “... um direito fundamental à segurança não pode ser outro do o resultado de uma construção constitucional falsa ou

³⁴ Sobre a Teoria da Proporcionalidade veja-se: AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas*. São Paulo: RT, 1999.

³⁵ *Ibid.*, p.162.

³⁶ BARATTA, Alessandro. *O Conceito de Segurança na Europa*. Florinópolis: Mimeo p.1

perversa. Com efeito, ou uma construção assim é supérflua, se significa a legítima demanda de segurança de todos os direitos para todos os indivíduos (neste caso, antes que de “direito à segurança” será mais correto falar em “segurança dos direitos”, ou de “direito aos direitos”) ou é ideológica, se implica a seleção de alguns direitos de grupos privilegiados e uma prioridade de ação do aparato administrativo e judicial em seu favor e, ao mesmo tempo, limitações aos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e nas Convenções Internacionais.”³⁷

Tampouco adianta, para preencher o lugar vazio desse conceito, acrescentar novos adjetivos ao termo segurança, tais como, pública, urbana, nacional etc. Cada um desses adjetivos refere-se a momentos históricos responsáveis pela redução de direitos e proliferação da insegurança dos direitos.³⁸

c) Há Violação do Princípio da Imediação. Segundo DIAS, a imediação pode ser entendida em dois sentidos. Num primeiro sentido subjetivo formal indica: “a relação de proximidade comunicante entre o Tribunal e os participantes no processo de modo que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá ter como base de sua decisão.” Logo, trata de como o tribunal deve utilizar os meios de prova e a relação dele (tribunal) com os meios de prova. Num segundo sentido, objetivo material, indica a “preferência por meios imediatos de prova”, ou seja, pela preferência em relação às provas diretas (provas sobre o fato) em detrimento das provas indiretas (prova de indícios ou sobre fatos correlatos).³⁹

Tanto num quanto noutro sentido está a se debater o grau de certeza razoável do julgamento empírico sobre a existência do fato, sobre sua correta percepção. Não se pode afirmar que a tecnologia não produz desvios de percepção ou que não altere o comportamento dos integrantes de terminado ato. Tal ilusão é vendida pelo representantes do mercado das NTCs e não pode ser comprada de modo barato pela comunidade jurídica. A tecnologia é um meio que se interpõe entre a testemunha e o julgador. A tecnologia on line não traz a presença da testemunha, mas cria uma ilusão desta presença. O meio tecnológico (a informação digital) tem enorme fluidez e inúmeras possibilidades de manipulação e erro. De igual modo, não se pode supor que

³⁷ Ibid., p 2. Veja-se também TAGLE, Fernando Tenório. *Seguridad Pública y Conveniencias Políticas*. In: Revista del Colegio de Abogados, Peralista de Valle, n. 31-32, vol 17, 2000, p. 144-165.

³⁸ BARATTA, Alessandro. Defesa dos Direitos Humanos e Política Criminal. p. 57-69

³⁹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. v. 1.

as características naturais de percepção seriam, simplesmente, reproduzidas pelas NTCs.

40

Imediação significa, nesse caso, prevenção contra o erro e o desvio, decorre diretamente do Princípio da Legalidade, marcando com o signo da dúvida o valor probatório dos atos produzidos virtualmente em substituição aos atos presenciais. Indispensável garantir ao réu não apenas um genérico direito à prova, mas a prova, dentre as possíveis, capaz de apresentar, com maior grau de certeza, seu ponto de vista.

d) Há Violação do Princípio da Publicidade. A publicidade exerce primordial função de controle nas sociedades democráticas. Daí o dever do Estado de tornar público seus atos. Isso somado à liberdade de expressão e à proibição da censura constituiu, para a geração pós Constituição de 1988, o núcleo essencial que garantiria a existência de uma sociedade civil consciente e afastaria o domínio dela pelo Estado. A Carta Magna, por sua vê, além de tratar de um dever negativo (não proibir a livre expressão) já instituíu um dever positivo que consiste no direito do cidadão de ser informado. Todavia, na esfera penal, especialmente, a mídia, sobretudo nos anos 90, tem demonstrado como a publicidade se presta a manipulações da opinião pública, distanciando a noção ideal cidadão esclarecido. Daí a necessidade de ponderação entre publicidade e outros direitos fundamentais, tais como a imagem do acusado.⁴¹ De fato, o processo de criminalização pela mídia tende a se constituir em pena autônoma, às vezes mais severa do que a imposta oficialmente, ou, o que é pior, orienta de forma parcial a ação dos órgãos executivos e legislativos na adoção de medidas punitivas.

No Brasil, as marcas da “sociedade autoritária”, na expressão de Marilena CHAUI, tais como a naturalização das relações de desigualdade, as relações privadas baseadas no mando e na obediência, a indistinção entre público e privado, a valorização da cultura senhorial da fidalguia e do privilégio, demonstram como o conceito de sociedade civil foi inapropriado durante séculos.⁴²

⁴⁰ Tal é a ilusão de alguns acórdãos que, a pretexto de aceitarem a modernidade tecnológica, fazem tábula rasa de todo e qualquer conhecimento crítico desenvolvido na área das ciências sociais. Vejamos, por exemplo, a conclusão do relator do Habeas Corpus 15. 558 (5ª Turma – STJ – 14 de setembro de 2004.). "A realização de audiência por videoconferência permite contato visual e em tempo real entre todas as partes envolvidas no processo: juiz da causa, acusado, defensor, órgão de acusação, vítimas e testemunhas. (...) A percepção cognitiva obtida no sistema de teleaudiência é a mesma auferida na forma usual de realização de audiência com a presença física das partes".Citado por ARAS, Vladimir. Teleinterrogatório não elimina nenhuma garantia processual. Disponível em: www.espaçovital.com.br. Acesso em: em 25 de junho de 2005

⁴¹ MORI, Michele Keiko. *Direito à Intimidade versus Informática*. Curitiba: Juruá, 2001.

⁴² CHAUI, Marilena. *Brasil: Mito Fundador e Sociedade Autoritária*. São Paulo:Fundação Perseu Abramo, 2004. p.89-96.

Deve-se a HABERMAS a demonstração do surgimento da esfera pública burguesa, como uma forma de controle do arbítrio dos governantes. Ele argumentava, porém que havia a decadência da esfera pública diante da emergência da sociedade de massas e o domínio das grandes corporações de imprensa, ou seja, a opinião livre teria sido substituída, paulatinamente, pela notícia mercadologicamente interessada ou pela publicidade.⁴³ Guy DEBORD, complementaria essa idéia ao demonstrar que na sociedade capitalista até a própria mercadoria torna-se um espetáculo. O espetáculo dominaria, enfim, o exercício da política e mediaria o intercâmbio social.⁴⁴ No caso brasileiro, a abertura democrática foi acompanhada, segundo Milton SANTOS, do consumismo alienador.⁴⁵

Os conceitos de sociedade autoritária, decadência da esfera pública e sociedade do espetáculo demonstram a necessidade de ponderar sobre o real conteúdo do princípio da publicidade na sociedade brasileira. No âmbito do controle social, a proliferação de imagens de acusados em nada esclarece a opinião pública, ao contrário, sob o império do medo, servem a indústria do entretenimento e do controle do crime. O Poder Judiciário que, como todas as instituições democráticas, tem sua legitimidade roubada pelo espetáculo, não pode compactuar, buscando sua legitimação como uma agência da grande mídia. A potencial divulgação de atos judiciais para criar a “notícia”, sem que haja sentença condenatória transitada em julgado, não garante a realização do princípio da publicidade, antes o afronta, pois não serve ao fim a que se destina. Precisamos recordar que o totalitarismo chegou ao poder pela propaganda e com o apoio das massas e, infelizmente, como temos presenciado, o desejo de excluir tem sedimentado supostos laços comunitários.⁴⁶ O Princípio da Publicidade deve ser realizado de tal modo a evitar a reedição de experiências desse tipo.

De outra parte, qual o interesse do Poder Judiciário em disseminar a notícia de fatos que teriam repercussão restrita a determinados locais? Há, seguramente, eventos criminosos de interesse regional e até nacional, porém a transformação de pequenos fatos ou de fatos locais em problemas nacionais constitui-se em si mesmo outro grave problema social, criando um sentimento de insegurança distante da probabilidade real

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigação quanto a uma categoria de sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

⁴⁴ DEBORD, Guy. *A Sociedade do Espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

⁴⁵ SANTOS, Milton. *O Espaço do Cidadão*. São Paulo: Studio Nobel, 2000.

⁴⁶ MARCUSE, Herbert. *Tecnologia, Guerra e Fascismo*. São Paulo: UNESP, 1999. ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

dos cidadãos serem vítimas de ações semelhantes.⁴⁷ Ou seja, a publicidade não deve também servir para gerar notícia cuja conseqüência é apresentar uma visão distorcida dos fatos que impede a vida comunitária pela produção da desconfiança generalizada (institucional, inclusive) e que, por sua vez, impede a resolução dos problemas pela própria comunidade. Nem se diga que a disponibilidade total da informação é natural, pois não o é. Durante séculos, a vida comunitária e social dependeu de filtros naturais que focavam a atuação coletiva em determinadas áreas e que estão sendo quebrados pelos investimentos destinados a transformar a sociedade numa torre de Babel.⁴⁸

Não há como fechar a comunidade à informação, pois esse é o caminho do provincialismo, mas tampouco pode-se investir em mecanismos que aumentem, ainda mais, a distância que tem o cidadão daquilo que se passa do outro lado da rua e o medo de seu vizinho.

e) Há Violação do Direito de Comparecer diante da autoridade judiciária.

Uma leitura seca e restritiva dos Direitos Fundamentais se depararia com a ausência de uma enunciação expressa do direito do preso de ser levado pessoalmente diante da autoridade. A Razão de tal ausência poderia nos uma pista razoável sobre a forma de considerarmos os direitos inscritos nos Princípios Constitucionais. Em quantos artigos a Constituição fala sobre tecnologia ? Encontramos raras referências a novos artefatos e situações próprias da sociedade de informação, tais como, dados, comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII), ou ainda, um capítulo lacônico sobre Ciência e Tecnologia, composto de dois artigos (218 e 219). Por que a Constituição não tratou da Internet ? Versão pioneira da internet foi instalada no ano de promulgação da Constituição, mas somente em 1992 é que as universidades estarão conectadas na primeira espinhal dorsal da rede no Brasil.⁴⁹ Ou seja, o constituinte não ousaria em pensar, salvo no plano da ficção científica, nas possibilidades atuais do uso das NTCs. A simultaneidade de imagens não era possível naquele momento. Mas havia até então um direito a comparecer fisicamente diante da autoridade judicial ? Ora essa era a única forma de comparecimento perante alguém.

A relação entre habeas corpus e presença física é intuitiva, mas somente é lembrada nos regimes de exceção, quando os corpos dos presos são ocultados pelos

⁴⁷ ZACKSESKI, Cristina Maria. *Políticas integradas de segurança urbana : modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua*. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis: UFSC, 1997.

⁴⁸ BAUMANN, Zygmunt. *Globalização; As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

⁴⁹ SILVA, Rita de Cássia Lopes da Silva. *Direito Penal e Sistema Informático*. São Paulo: RT, 2005, p.23-25.

órgãos repressores. O *habeas corpus* nunca foi uma mera medida liberatória, mas um instrumento indispensável para a garantia da força do Direito sobre a Força. Diante da sua concessão não apenas o impetrante era alcançado, mas a própria dignidade da Justiça era reforçada. O procedimento de trazer até o tribunal o preso correspondia ao direito de todo cidadão de ir ter com a autoridade competente para explicitar as razões pelas quais julgava sua prisão indevida. É certo que, em caso de deferimento, num sistema onde não predomina a oralidade, o comparecimento diante da autoridade seria mera formalidade, porém, mantendo-se preso, tal direito seria garantido no momento do interrogatório. Se esse direito primordial, relacionado ao acesso à Justiça, em caso de grave violação de um bem tão essencial como a liberdade, não pode ser garantido, não estaríamos autorizados a nos perguntar, como propôs THOUREAU em seu tempo: “Perante o atual governo vigente nos Estados Unidos, o comportamento digno deve ter um pessoa ? (...) O direito à revolução é reconhecido por todos, isto é, o direito de negar lealdade e de oferecer resistência ao governo sempre que se tornem grandes e insuportáveis sua tirania e ineficiência.”⁵⁰

Desde logo, percebemos que o que preside as atuais propostas de inversão tecnológica no Processo Penal é a eficiência negativa da restrição de direitos que não está disposta a gastar com os parias sociais. O problema que essa eficiência negativa se coloca é o de facilitar as atividades burocráticas com menor custo econômico e menor envolvimento direto dos agentes burocráticos. A acertada resposta que parte da doutrina deu a esse problema foi simples: O elogio da Dignidade Humana e a denúncia da negatividade da racionalidade técnica.

Ponderações sobre a Ampliação ou Restrição de Garantias no Uso das Tecnologias On-Line

Nos tópicos anteriores, consideramos os desdobramentos prováveis do atual desenvolvimento tecnológico da aplicação das NTCs rumo ao processo como o hipertexto e questionamos a racionalidade que preside as propostas de inovação tecnológica. Seria possível conceber uma sociedade na qual houvesse um processo virtual e torturas nos porões das delegacias e presídios? Não seria um erro crasso ou mera perfumaria falar de desenvolvimento tecnológico num país em que há prisões semelhantes a masmorras medievais?

⁵⁰ THOUREAU, Henry David. *A Desobediência Civil e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p.17.

O cenário brasileiro é certamente contraditório. A inversão tecnológica em países como o Brasil sempre ocorreu, inclusive na área do controle social, mas sempre de modo desigual. Não há apenas masmorras medievais, mas também focos de investimentos no sistema carcerário. Há tecnologias que ganham usos mais arcaicos, servindo para práticas inusitadas e grotescas, como exposição em programas de auditório de imagens da cidade, captadas para o controle preventivo da criminalidade.

Não devemos supor que esse é um desvio do padrão, mas perceber que esse tem sido o padrão de inversão tecnológica, compreendendo as relações prováveis entre áreas de baixa tecnologia e de altos investimentos. O investimento em NTCs para aprimorar o processo nos Fóruns contrasta com o baixo desenvolvimento das áreas obscuras do sistema penal como as delegacias e o sistema penitenciário. No mesmo passo, tem sido latente a expansão das redes de vigilância urbana nas cidades de grande porte e o abandono à tutela privada dos pequenos municípios em decadência populacional. O ponto em comum: a redução paulatina das garantias constitucionais das massas urbanas e a implantação de formas de controle social semelhante às zonas de conflito dos países em guerra.

Nesse contexto, há também opções no uso da tecnologia que podem ser refeitas no cotidiano, conforme padrões cristalizados de comportamento. Assim, por exemplo, em delegacias onde há o termo circunstanciado on line, os operadores fazem, às vezes, a opção pelo registro escrito em papel, para que a demanda possa ser “engavetada”.

Percebemos, portanto, que é inútil nosso esquecimento da tecnologia. Nossa pergunta é simples: Para quê tecnologia ? Nossa resposta também: Para ampliar e realizar direitos.

Como vimos, em comparação com atos presenciais, as tecnologias não presenciais representam um decréscimo de garantias. Todavia, nas hipóteses que demonstramos inicialmente nem todas as soluções tecnológicas possíveis significariam a substituição da presença pela não presença.

1) O interrogatório do acusado. Ficam descartadas, como vimos, as opções de propõem a substituição do juiz por um ser etéreo e fantasmagórico na tela, tanto nos casos de presos ou livres, residente em lugares próximos ou distantes do juízo competente para a demanda. Note-se, todavia, que o interrogatório procedido pelo juiz deprecado representa, de um lado, garantia da presença física do juiz, mas, de outro, distanciamento do juiz responsável pela decisão da demanda. Mas o que impediria que o ato um dia fosse realizado de forma simultânea, garantindo-se a presença de um juiz

junto ao acusado e a intervenção do juiz da demanda on line ? Trata-se de medida inusitada, tanto quanto as propostas de interrogatório on line, que certamente não diminuem custos, aliás cada vez mais irrisórios diante do barateamento da tecnologia. Ela não se opõe frontalmente ao procedimento previsto e visa a garantia máxima da segurança jurídica, evitando-se distorções e ruídos de comunicação que poderiam ser transpostos para o interrogatório feito exclusivamente por carta precatória. Não se trata de eliminar o procedimento, mas complementá-lo.

2) A oitiva de testemunha. As objeções que fizemos as audiências virtuais permanecem válidas. Todavia, a possibilidade de atos simultâneos, representariam benefício semelhante ao descrito acima, aumentando as possibilidades de participação da defesa e reduzindo gastos do acusado com o advogado

3) O direito de presença. O direito de comparecer ao processo não pode ser subtraído do acusado, pois também ele é fiscal da existência da ampla defesa e, especificamente, da defesa técnica. Todavia, o direito de presença ao acusado preso ou residente em comarca distante não pode ser, na grande maioria dos casos, faticamente garantido pela Administração da Justiça. O Estado não tem como arcar com os custos do transporte interestadual do acusado, oportunizando apenas a possibilidade de comparecer. Esse tem sido o estado atual dessa garantia, cuja efetividade é muito fraca e, a depender das propostas atuais de inovação tecnológica, tenderá a ser ainda mais reduzida, pois se está a pleitear que o direito de presença seja substituído, na maioria dos casos, pela ausência virtual. O uso da tecnologia poderia representar caminho inverso, concretizando o direito. Nos casos em que jamais se realizou o direito de presença, em que ele é mera enunciação formal, seria factível a transmissão pela internet com garantia de acesso ao acusado e seu defensor, tomando-se o devido cuidado para restringir o acesso, impedindo a publicização espetacular dos atos processuais, tão danosa aos direitos fundamentais. A concretização crescente do direito de presença, garantido o acesso por senhas em locais como fóruns ou mesmo nos estabelecimentos penais, seria um remédio preventivo contra erros judiciários.

4) A audiência do preso para a concessão de benefícios na execução penal. Como vimos, a execução da pena é o momento mais importante da jurisdição penal. Isso não se deve ao fato de que, supostamente, o objetivo da jurisdição penal é a perda da liberdade, mas exatamente porque a perda da liberdade é o momento mais aflitivo da jurisdição penal. As propostas de reduzir a presença da jurisdição no espaço do sistema carcerário representam um dos mais graves retrocessos humanitários dos dias atuais.

Todavia, é possível pensar em intervenções tecnológicas que sejam capazes de expandir direitos. Obviamente, não cabe discutir a necessidade de treinamento para o trabalho capaz de permitir o acesso a um mercado de trabalho competitivo e tecnologicamente desenvolvido, mas apenas questões relacionadas à prestação jurisdicional que caracterizam a pena como atividade modulada no tempo. A lei do silêncio sobre as violências internas e do afastamento diante do sofrimento dos encarcerados que marcaram o debate público sobre as mudanças no sistema carcerário nos últimos vinte anos poderia ser modificada pela presença da tecnologia. Devemos ter em conta que as demandas por melhorias dependem da sensibilização social sobre os custos das reformas necessárias. Contudo, a voz pública que clama por melhorias está, atualmente, associada ao temor público, à indústria do medo. Logo, a tecnologia deveria estar a serviço da sensibilização social sobre a indignidade do sofrimento humano provocado nas prisões brasileiras. O que significa, ao contrário do que propõe o movimento ideológico presente, considerar legítima a liberdade de expressão do presos e de suas famílias. De outra parte, segundo a própria lei, a capacidade processual é ampla e independe da qualidade de advogado, porém há uma redução fática da capacidade postulatória do acusado em defesa de sua liberdade. Considerando que a grande maioria dos presos é analfabeta funcional, a possibilidade de peticionar por videoconferência ampliaria o acesso à Justiça, evitando que demandas jurídicas e administrativas não consideradas fossem elemento de pressão para motins. Mas essas são apenas sugestões bem limitadas. De fato, a obrigatoriedade administrativa, por exemplo, de registrar com câmeras digitais qualquer marca de violência aparente, encaminhando o registro ao juízo, seria uma entre tantas outras possibilidades benéficas.

Em síntese, eis algumas ponderações sobre a aplicação das NTCs ao Processo Penal e o respeito aos direitos fundamentais:

- As propostas de atos jurídicos on-line não podem ser consideradas como inovações isoladas, pois as mudanças dos últimos vinte anos são fruto de uma família comum de tecnologias, as tecnologias de comunicação. Esse substrato comum garante uma unidade material considerável
- A percepção de que as mudanças são fragmentárias, multifacetadas, às vezes pioneiras, restritas a regiões brasileiras ou a espaços do sistema penal tendem a obscurecer a globalidade do fenômeno em curso.
- De um ponto de vista interno, podemos considerar que estamos dando os primeiros passos na criação do processo penal como hipertexto. Tal formatação parece

implicar numa hibridação mais profunda entre procedimentos judiciais e mídia, onde o processo penal aparece como uma fonte primária capaz de ser transformado em espetáculo.

- De um ponto de vista externo, devemos considerar que o caráter aparentemente pontual e não sistemático das alterações é que permite a vitória de um tipo de racionalidade. A não definição correta dos problemas está aliada a idéia de que estamos diante de problemas técnicos. Isso faz com que uma racionalidade de reprodução dos padrões burocráticos se instale mesmo quando ela tende a aparentar uma ruptura.
- A racionalidade que preside atualmente a aplicação das NTCs é da redução da Dignidade Humana, o que significa em termos históricos a perpetuação de um modelo de processo Inquisitorial Racista.
- Todavia, não podemos supor que todas as propostas são idênticas, pois isso significaria naturalizar (ou reificar) uma oposição entre humanidade e técnica. Como argumentamos, a técnica é um produto humano. A forma de organização da produção tecnológica é que tenderá a favorecer à comunidade ou a interesses egoísticos.
- A partir da Teoria Garantista de FERRAJOLI, podemos perceber como o sistema de garantias é violado nas propostas mais usuais de aplicação da tecnologia de videoconferência para realização de atos processuais on line.
- Reconhecemos ainda que os direitos, num sistema concreto de garantias, são fruto de um processo dinâmico e histórico, de conquistas sociais e inovações técnicas (discursivas). Há inúmeros direitos não realizados ou meramente enunciados que poderiam ser significativamente ampliados com a aplicação das NTCs. Entre eles, destacamos a ampliação do direito de petição para analfabetos e o direito de presença para acusados presos com processos em diversos estados.
- Na ponderação entre aplicação de NTCs e a realização dos Direitos Fundamentais, concluímos que os atos chamados virtuais (não presenciais) são no Processo Penal (é imprescindível que se perceba o limite de nossos argumentos) de qualidade inferior aqueles presenciais nos quais se encontram no mesmo espaço físico todos os interlocutores. Daí a razão pela qual a técnica da videoconferência somente deve ser utilizada onde a presença não é garantida e quiçá, possa ser substituída, paulatinamente, por esta. Logo, nosso foco de análise não é o horror a técnica, mas o

horror à degradação do Direito, e, sobretudo da Dignidade Humana pelo mau uso da técnica.

Há, seguramente, grandes desafios para a idéia de Direito em nossa Sociedade, pois a técnica/ciência, incorporada a esfera da produção é elemento de transformação contínua e acelerada, fazendo com que a noção de estabilidade social seja substituída pela noção de dissolução institucional contínua, acordos precários, pulverização dos conflitos etc.⁵¹ De que modo as teorias interpretativas foram e devem ser afetadas pela fluidez dos fenômenos sociais contemporâneos é questão ainda em aberto.

Lembramos, por fim, a observação precisa sobre a natureza, sempre ocultada, da técnica, feita por VIRILIO, e que propõe outras interrogações sobre as quais uma Teoria Garantista que considerasse a “atualização histórica incorporativa” de Sociedades Periféricas deveria se debruçar⁵²:

“A questão: ‘Podemos passar sem tecnologia ?’ não pode ser assim formulada. Somos forçados a estender a questão da tecnologia não apenas à substância produzida, como também ao acidente produzido. O enigma da tecnologia, de que estávamos falando antes, é também o enigma do acidente. Explico. Na Filosofia clássica aristotélica, a substância é necessária e o acidente é relativo e contingente. No momento ocorre uma inversão: o acidente está se tornando necessário e a substância, relativa e contingente. Cada tecnologia produz, provoca, programa um acidente específico. (...) Creio que, de agora em diante, se quisermos continuar com a tecnologia (e não penso que haverá uma regressão neolítica) precisamos pensar *instantaneamente* a substância e o acidente – sendo a substância tanto o objeto como seu acidente. O lado negativo da tecnologia e da velocidade foi censurado. Os técnicos, ao tornarem-se tecnocratas, tenderam a positivizar o objeto e dizer: “Estou escondendo; não estou mostrando”. Há muito a ser dito sobre a “obscenidade” da tecnologia. É onde você encontra a tecnofilia.”⁵³

⁵¹ HARDT, Michael. A Sociedade Mundial de Controle. IN: ALLIEZ, Eric (Org). *Gilles Deleuze: Uma Vida Filosófica*. São Paulo: 34. 2001. p. 371-372.

⁵² A expressão de Darcy Ribeiro é utilizada e desenvolvida por: ZAFFARONI, Eugenio Raúl *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro : Revan, 1991, p. 122. RIBEIRO, Darcy. *O Processo Civilizatório: estudos de antropologia da civilização*. Petrópolis: Vozes, 1987.

⁵³ VIRILIO, Paul. & LOTRINGER, Sylvere. *Guerra Pura: A militarização do cotidiano*. São Paulo: Brasiliense, 1984. p 39-40.