

TEMAS ATUAIS SOBRE PROCESSO PENAL

Apresentação: Jader Marques

Organizador: Mateus Marques

Alexandre Moraes da Rosa
Álvaro Antanavícius Fernandes
Bernardo de Azevedo e Souza
Bruno Seligman de Menezes
Fauzi Hassan Choukr
Fernanda E. Nöthen Becker
Gabriel Antinolfi Divan
Gustavo Noronha de Ávila
Humberto Ramos Zweibrücker
Jordi Nieva Fenoll
Leonardo Sagrillo Santiago
Mateus Marques
Mauro Fonseca Andrade
Paulo Augusto Oliveira Irion
Raccius Potter
Tereza Armenta Deu
Thiago Minagé

TEMAS ATUAIS SOBRE PROCESSO PENAL

Apresentação: Jader Marques

Organizador: Mateus Marques

Alexandre Moraes da Rosa
Álvaro Antanavícius Fernandes
Bernardo de Azevedo e Souza
Bruno Seligman de Menezes
Fauzi Hassan Choukr
Fernanda E. Nöthen Becker
Gabriel Antinolfi Divan
Gustavo Noronha de Ávila
Humberto Ramos Zweibrücker
Jordi Nieva Fenoll
Leonardo Sagrillo Santiago
Mateus Marques
Mauro Fonseca Andrade
Paulo Augusto Oliveira Irion
Raccius Potter
Tereza Armenta Deu
Thiago Minagé

© Mateus Marques 2018

CAPA: Humberto Nunes

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
CIP-Brasil. Catalogação na fonte

T278	Temas atuais sobre direito penal / organizado por Mateus Marques. – Porto Alegre: Liquidbook, 2018. 368 p. ISBN 978-85-61797-29-4 1. Direito. 2. Direito Penal. I. Marques, Mateus. II. Título. 2018-1119	CDD 345 CDU 343.2
------	--	----------------------

Elaborado por Odilio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

TEMAS ATUAIS SOBRE PROCESSO PENAL

Apresentação: Jader Marques

Organizador: Mateus Marques

Alexandre Moraes da Rosa
Álvaro Antanavícius Fernandes
Bernardo de Azevedo e Souza
Bruno Seligman de Menezes
Fauzi Hassan Choukr
Fernanda E. Nöthen Becker
Gabriel Antinolfi Divan
Gustavo Noronha de Ávila
Humberto Ramos Zweibrücker
Jordi Nieva Fenoll
Leonardo Sagrillo Santiago
Mateus Marques
Mauro Fonseca Andrade
Paulo Augusto Oliveira Irion
Raccius Potter
Tereza Armenta Deu
Thiago Minagé

APRESENTAÇÃO

Falar sobre o Direito necessariamente demanda construções teóricas. Não há direito sem teoria, todavia, a construção de uma teoria do direito passa por um percurso que engloba uma série de elementos filosóficos, políticos, sociológicos e, evidentemente, jurídicos.

A ciência jurídico-penal está cumprindo com a sua função primordial de *encontrar solução para os problemas*? Não, e quando a ciência não encontra solução para os problemas, a filosofia pode (e deve) ajudar a pensar sobre os problemas e as soluções. Fora daí, o jurista continuará a comportar-se como o homem que procura, embaixo do poste de luz, o objeto perdido na parte escura da rua, para utilizar a metáfora citada por Ernildo Stein.

É claro que esse déficit não apaga a importância da dogmática penal, ao contrário, ele aumenta a importância do trabalho de criação de uma teoria do direito capaz de dar conta da garantia constitucional a uma resposta correta, sobretudo em direito penal, no qual o erro judiciário (geralmente, fruto da abertura completa para a discricionariedade na interpretação) é quitado com a indevida condenação e privação da liberdade das pessoas.

Nesse dilema, entra em questão o tema do método. Sem dúvida, é na modernidade que esse aspecto passa a ser discutido com força no âmbito do conhecimento filosófico. Ao considerar o ponto de vista histórico, os filósofos começam a perguntar-se sobre os procedimentos a serem utilizados na filosofia, entrando em cena a crise do fundamento.

Destaca-se toda a influência da revolução cartesiana para a reflexão em torno do método, a qual traz, conjuntamente, o problema da subjetividade, que servirá de *suporte* para o desenvolvimento do debate. Para a filosofia, o método toma proporções verdadeiras em Kant, com a distinção entre as questões de fato e as questões de direito e a introdução do problema fundamental.

A partir deste ponto, com a inauguração do método transcendental, a filosofia parou de analisar objetos para examinar as condições de possibilidade do conhecimento e dos objetos do

conhecimento. Com tal procedimento, foi realizada a distinção necessária entre sujeito e objeto, ou seja, abriu-se o horizonte para a problematização do dualismo na filosofia ocidental e para a sua superação.

Antes da revolução moderna do método, a filosofia apresentava-se como conhecimento metafísico, passando a ser, a partir de Kant, uma metafísica do conhecimento. O método, portanto, significa o modo para resolver o problema do conhecimento, desempenhando um papel na busca de solução para o dualismo da metafísica ocidental.

Em razão disso, Ernildo Stein dirá que a filosofia não investiga mais ao modo dos outros procedimentos científicos, pois ela constrói hipóteses, dentro de um paradigma, de como estabelecer um padrão de racionalidade que possua um caráter de método filosófico específico. O autor afasta a afirmação simplista de que o método constitui mero caminho, especialmente a partir da problemática transcendental, ou seja, não basta pensar no estabelecimento de procedimentos para fundamentar o conhecimento filosófico. Sendo assim, o autor também afirma que método e filosofia passam a aproximar-se de tal maneira que, com relativo cuidado, pode-se dizer que a filosofia é uma questão de método. O que ele quer dizer, e diz, é que método e ocupação filosófica com padrão de racionalidade de seu paradigma passam a coincidir. Em palavras bem simples, pode-se dizer que o filósofo sobrevive somente com o seu método, ao ser este incorporado à sua Filosofia. Exatamente por isso uma posição filosófica toma seu verdadeiro contorno no contexto do método.¹

Para o Direito, há um dualismo que aparece na oposição entre *physis* e *nómos*, sendo a primeira, vista como a natureza, a qual corresponde ao animal, ao corpóreo, ao sensível e a segunda, a lei-direito, a qual situa-se no âmbito do racional, do espiritual, do suprassensível. A tradição metafísica toma esta distinção entre o animal e o racional para a constituição da clássica oposição entre natureza e direito. Esta tensão, mais do que interferir, condicionará o modo como o direito é conhecido.

1 STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. p. 128-134.

Rafael Tomaz de Oliveira afirma que, de algum modo, a descrição dos fundamentos do direito, sua justificação e correção, bem como os problemas relativos à justiça passaram a ser pensados de acordo com a *physis*, com a natureza, em detrimento do espírito e da ação humana livre que, embora influenciassem as investigações dos fundamentos, sempre esbarravam no discurso sobre certa ideia natureza.²

Ainda conforme o autor, temos aqui, portanto, outra importante cisão para o pensamento do direito: teoria e prática. A teoria, enquanto reflexão sobre a verdade ou falsidade de algo, sempre ancora seu fundamento numa ideia última e acabada de natureza; ao passo que a prática, enquanto pergunta e decisão pelo que é bom e pela correta ação, sempre levou a uma espécie de impossibilidade de justificação teórica, não obstante o pensamento jurídico preserve uma tendência de sempre se encaminhar a essa direção.³

A filosofia do direito surge exatamente na grande virada do direito natural para o positivismo jurídico, em um momento no qual o direito passa a ser considerado apenas e tão somente o direito posto, positivado, ou seja, ele não constitui mais uma forma de especulação normativamente regulativa do jurídico (própria do direito natural), mas propõe-se a fazer uma reflexão crítica do direito historicamente real (posto). A partir desta transformação, com Kant e Hegel, especialmente, à filosofia do direito não incumbia mais tratar da questão de como o estado e o direito deveriam ser, mas, sim, mostrar como o estado e o direito deveriam ser conhecidos.

Em outras palavras, a filosofia não deveria ocupar-se com o direito da natureza, mas, agora sim, com a natureza do direito (no plano da sua inteligibilidade). De superior ao estado, o direito passa a ser seu subordinado.⁴

2 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 34.

3 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 34.

4 KAUFMANN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e a Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 25.

Pode-se até considerar que a filosofia do direito, entendida a partir dos grandes sistemas filosóficos, compreendia uma filosofia da ciência do direito e uma filosofia do direito penal, responsáveis pela discussão dos temas jurídicos ditos fundamentais, mas apenas no passado, pois, em algum momento, a preponderância do pensamento filosófico sobre o pensamento científico deu lugar a uma sobreposição do jurídico ao filosófico, com a verificação de uma autonomia e independência da ciência jurídica em relação à filosofia.⁵

A filosofia do direito não seria diferente de outros ramos da filosofia por ser mais especial, mas por fazer a reflexão sobre questões jurídicas e problemas jurídicos fundamentais essenciais, discutindo-os e dando-lhes, tanto quanto possível, uma resposta. Entretanto, o surgimento da filosofia do direito ocorre exatamente quando a legitimação do direito deixa de passar pelas altas indagações ligadas ao direito natural para ser legitimado pela simples positivação (direito válido é direito posto).

É certo que ela (a noção de filosofia do direito) surge quando não há mais necessidade nem possibilidade de serem levantadas essas questões relativas aos grandes temas, os quais sempre moveram a filosofia para o interior das discussões jurídicas. Nesse contexto, passou a ser uma das questões obscuras da relação entre filosofia e direito: saber se o jurista formularia as perguntas e o filósofo daria as respostas ou se o jurista formularia as perguntas e ele mesmo responderia com a ajuda da filosofia. Em qualquer caso, ficou sempre a questão a respeito de qual das filosofias do direito seria a pior: a dos puros filósofos ou a dos puros juristas.

Na verdade, esta questão envolvendo os diversos modos por meio dos quais a filosofia e o direito estabeleceram suas relações no curso do século XIX tem como pano de fundo o isolamento do objeto da ciência do direito no estudo da lei. Isso redundou na formação de uma dogmática própria e exclusiva do direito como requisito para a existência de uma verdadeira ciência jurídica (o que foi extremamente reforçado pelo positivismo jurídico, em especial de corte kelseniano).

5 HASSEMER, Winfried. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editores, 2008. p. 24.

O positivismo jurídico desenvolvido juntamente ao movimento da codificação próprio do estado moderno oitocentista provoca o agigantamento da ciência jurídica como estudo da lei, o que acontece exatamente no momento de apagamento (crise) da tarefa filosófica.⁶

De forma quase concomitante, dá-se a manifestação de um positivismo criminológico (também no século XIX) e a posterior afirmação, no âmbito penal, do juspositivismo ou positivismo jurídico (já dominante no direito privado), o qual vem com o objetivo declarado de purificar o objeto da ciência penal, especialmente com a exclusão dos fatores antropológicos e sociológicos dos domínios do jurídico. A dogmática surge, pois, como uma reação tecnicista contra a herança jusracionalista da Escola Clássica e a criminológica da Escola Positiva, ou seja, como uma forma de insurgência contra um sincretismo metodológico oscilante entre o jusracionalismo (Carrara) e o positivismo criminológico (Lombroso, Ferri). Essa situação era criticada por provocar uma forma de esvaziamento do conteúdo propriamente jurídico do direito e da ciência penal, pois continha antropologia, psicologia, estatística, sociologia, política e, especialmente, filosofia.⁷

Esse movimento de purificação do discurso jurídico acabou por provocar o isolamento do direito em relação aos demais ramos do saber (como a filosofia, por exemplo). Primeiro, o direito fecha-se em si mesmo, ou seja, em torno do seu objeto (a lei), depois, há a demarcação do território da ciência do direito, passando a ocorrer o encontro com as demais áreas pela transposição do conhecimento destas para o âmbito jurídico. Essa correlação de forças desiguais, notadamente entre direito e filosofia, fez com que o primeiro, como grande monumento do estado moderno, tomasse a filosofia e as demais áreas do conhecimento como suas auxiliares, pensamento que permanece íntegro até os dias atuais.⁸

A importância dessa questão reside no fato de o jurista, em geral, acreditar piamente na possibilidade de o direito aprisionar

6 STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011. p. 202.

7 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: 2003. pp. 79-80.

8 DIAS, Jorge Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 22.

a filosofia (e outras ciências) no interior dos seus domínios, o que é facilmente detectável na questão da própria filosofia do direito, assim como nas conhecidas disciplinas jurídicas ditas auxiliares, como sociologia jurídica, psicologia jurídica, psiquiatria jurídica, antropologia jurídica, entre tantas outras.

Considerando tudo isso, não se pode deixar de referir que a filosofia do direito acabou repercutindo uma apropriação do discurso filosófico para o âmbito da fundamentação do direito. De fato, importa ver que o surgimento da noção de filosofia do direito acontece em um momento no qual o direito, pensado filosoficamente, toma a filosofia como *ciência* da ciência jurídica, ou seja, a filosofia do direito não necessitaria mais ser exercida por filósofos, mas sim por juristas, o que efetivamente acontece e culmina por gerar uma abordagem peculiar, exatamente diante da apropriação do conhecimento filosófico pelo direito, sem o devido respeito à diferença de níveis que há entre os dois tipos de discurso - filosófico e científico.

Pois bem, apresentar o primeiro volume da obra *Temas Atuais sobre Processo Penal* significa antecipar ao leitor o que ele poderá comprovar nas páginas que virão, ou seja, que este livro traz o melhor esforço científico de reconhecidos autores, os quais exploraram de forma crítica os diversos temas relacionados ao processo na contemporaneidade.

Aceitar a crise do direito e do processo penal, respeitando os tipos de discursos, sem promover a apropriação da filosofia para o interior da ciência jurídica, mas fazendo as grandes indagações a respeito de cada um dos temas tratados, eis o que cada articulista conseguiu fazer em sua abordagem. Não se trata, obviamente, da pretensão de esgotamento dos pontos, o que sequer seria cabível com tão pouco espaço.

De qualquer sorte, o leitor poderá observar a maturidade dos ensaios, não só no rigor científico da escrita, mas, especialmente, na atualidade das incisivas atuações acadêmicas, as quais são voltadas para a produção de uma nova prática. Nesse ponto, a partir da crítica aos conceitos e ao contexto no qual sua operacionalidade atinge a vida das pessoas, o direito apresentado nessa

obra apresenta-se como proposta de superação da crise de solução de problemas vivida pela ciência jurídica.

Parabéns aos pesquisadores pela qualidade do material aqui reunido e que seja o primeiro de muitos.

Faz frio em maio de 2018.

Jader Marques

Advogado

Presidente da ABRACRIM – RS

Doutor em Direito pela UNISINOS

SUMÁRIO

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM FACE DO PRESO ESTRANGEIRO:
DIREITO À TRADUÇÃO E INTERPRETAÇÃO

Alexandre Morais da Rosa
Fernanda E. Nöthen Becker17

A PRISÃO EM FLAGRANTE E A SUA CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA:
APONTAMENTOS SOBRE A ATUAÇÃO JUDICIAL EX OFFICIO

Álvaro Antanavicius Fernandes35

DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E NANOTECNOLOGIA:
UM OLHAR PARA O FUTURO

Bernardo de Azevedo e Souza49

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: MITOS, DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA
REALIDADE DO RIO GRANDE DO SUL

Bruno Seligman de Menezes
Humberto Ramos Zweibrücker61

A REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
UMA REFUNDAÇÃO GARANTISTA?

Fauzi Hassan Choukr79

QUESTÕES POLÍTICO-IDEOLÓGICAS SOBRE A INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL
ESTATAL: LINHAS INICIAIS SOBRE A BUSCA DE UMA GENUÍNA VISÃO SOCIAL.

Gabriel Antinolfi Divan97

O DEBATE ENTRE LUIGI FERRAJOLI E OS ABOLICIONISTAS: ENTRE A SEDUÇÃO PELO
DISCURSO DO MEDO E AS PRÁTICAS LIBERTÁRIAS

Gustavo Noronha de Ávila121

INVESTIGACIONES INTERNAS DE LA PERSONA JURÍDICA: DERECHOS
FUNDAMENTALES Y VALOR PROBATORIO

Jordi Nieva Fenoll141

AS NULIDADES PROCESSUAIS NO TRIBUNAL POPULAR:
ONDE ESTÁ O ARGUMENTO DE AUTORIDADE?

Leonardo Sagrillo Santiago163

DAS CENTRAIS DE ALTERNATIVAS PENAS E A SUA ADEQUADA
APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

Mateus Marques175

PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA

Mauro Fonseca Andrade193

A PRIMARIEDADE E A AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES: FUNDAMENTOS PARA
DEMONSTRAR A INADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Paulo Augusto Oliveira Irion239

O DIREITO DO ADVOGADO DE GRAVAR AUDIÊNCIAS/SESSÕES DE JULGAMENTO
DOS TRIBUNAIS (DE JUSTIÇA E DO JÚRI) SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Raccius Potter269

PRINCIPIO DE LEGALIDAD VERSUS PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UNA
PONDERACIÓN NECESARIA

Teresa Armenta Deu305

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO CONCRETIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO
NA ANÁLISE E USO DAS MEDIDAS E PRISÕES CAUTELARES

Thiago M. Minagé323

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM FACE DO PRESO ESTRANGEIRO: DIREITO À TRADUÇÃO E INTERPRETAÇÃO

Alexandre Moraes da Rosa¹
Fernanda E. Nöthen Becker²

-
- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Juiz de Direito (TJSC).
- 2 Mestranda em Direito (UFSC). Analista jurídico (TJSC).

RESUMO

Diante do dever de realização da audiência de custódia, sob enfoque específico da garantia da ampla defesa do preso estrangeiro, há previsão do direito à comunicação consular, assim como a um tradutor. A questão da prisão do estrangeiro merece debate e atenção devido ao atual quadro de massivo deslocamento de imigrantes e refugiados advindos de diversos países, bem como à nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017). Nesse contexto, em todos os países civilizados, deve-se levar a sério a efetiva existência de um tradutor/intérprete, tanto para o advogado quanto para o ambiente policial e jurisdicional. O Código de Processo Penal brasileiro indica, no seu artigo 193, que “quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete”, devendo este também ser nomeado para o caso de testemunha estrangeira, conforme artigo 223. Com isso, procura-se demonstrar a tradução e interpretação como direito, assim como seus respectivos significados e conteúdos e seu caráter de direito fundamental instrumental e consectário do direito à ampla defesa. Nesse sentido, é de toda importância a garantia da realização da audiência de custódia, momento no qual deverá ser garantido ao preso estrangeiro os instrumentos para sua defesa efetiva.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Comunicação consular. Direito à tradução. Direito à interpretação. Ampla defesa.

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à ampla defesa é, talvez, a garantia mais crucial ao acusado que se vê diante da força do aparato estatal acionada contra si. Ainda mais especialmente o preso estrangeiro, que se depara com empecilho da língua, do modo de agir e do próprio direito. A louvável iniciativa do Conselho Nacional de Justiça apenas regulamentou a previsão legal já existente no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), reforçada diante do reconhecido *status* supralegal desses documentos. Abusos, ilegalidades, torturas ou maus-tratos, os quais até então eram (ou deveriam ser) verificados apenas após o decurso de longos dias, meses (em alguns casos até anos) na audiência de instrução e julgamento – e se nela pudessem ser verificados. Assim como a prisão em flagrante exige o calor da evidência do delito ainda, da mesma forma, a audiência de custódia fundamenta-se nessa premissa, pois o confronto imediato do juiz com o conduzido e com as testemunhas pode representar aproximação mais fiel dos fatos, do suposto autor do delito, das circunstâncias e do risco à garantia da instrução, garantindo imediatamente a comunicação consular e o direito do preso estrangeiro de ter acesso a um tradutor.

Portanto, o preso estrangeiro se vê sob o impacto de um estado estranho, do qual não sabe sobre suas peculiaridades, seus procedimentos e seus direitos, além de haver a barreira da língua, a qual lhe separa fundamentalmente da realidade do que está acontecendo. A partir desta, a comunicação estará fortemente prejudicada, impedindo o estabelecimento de diálogo. Nesse sentido, verifica-se que a realização da ampla defesa substancial perpassa a efetiva presença de um intérprete ao serem considerados os atos relativos ao estrangeiro.

Um dos aspectos não contabilizados pelo modo de pensar inquisitório é que o recrudescimento nas prisões preventivas gera a situação clássica da Tragédia dos Comuns. Isso se dá porque o Estado quanto mais prende (e prende mal) mais tem de arcar com recursos usados nessas prisões. Pode-se dizer que aquelas sofrem da deformação do especialista, pois, como são agentes vinculados ao

sistema penal, respondem, quase sempre, com pena. E essa atitude está levando o Estado à falência, portanto, ainda que não se adote a linha constitucional da presunção de inocência, pode-se pensar, a partir da teoria dos custos, que a prisão não é grátis e, apesar de sua gritante aberração estrutural, continua sendo muito cara.

A garantia do exercício da ampla defesa compreende não apenas o cumprimento formal, exterior, mas, principalmente, o cumprimento substancial, efetivo. No caso daquele que não compreende a língua com a qual os atos de persecução ocorrem, a efetividade da defesa estará assegurada ao haver não apenas a ciência daqueles atos, mas a ciência qualificada (GIACOMOLLI, 2015, p. 129). Esta compreende que o acusado entenda toda sua dimensão, sendo, somente cumprido esse requisito, a ampla defesa substancial.

A ampla defesa não expressa somente uma regra, mas um princípio balizador de condutas que influenciam ou compreendem o direito de defesa, apresentando íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana (MAMEDE, 2011, p. 74), de modo que sua extensão ao estrangeiro é intuitiva.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E LEGALIDADE³

O artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) determina que

toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Diante do já reconhecido caráter supralegal das normas internacionais incorporadas em nosso ordenamento, não se pode falar de ausência de lei para a consolidação da audiência de custódia pelo Conselho Nacional de Justiça (MOREIRA, 2015, p. 83).

Considerando o que seja a condução sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei, é interessante trazer o paralelo de legislações estrangeiras, quanto ao prazo de apresentação do preso (LIMA, 2016, p. 221). No Reino Unido são 24 horas sem comunicação e depois dois dias para a apresentação ao juiz; na França, crimes leves 24 horas, mas crimes com pena maior de um ano o prazo é de 48 horas, e, em casos especiais, 76 horas, já crimes de gravidade especial podem levar de 96 a 120 horas (por exemplo, terrorismo); na Espanha o prazo é de 72 horas; na Alemanha usa-se “no dia seguinte”, o que é entendido como um máximo de 47 horas e 59 minutos; em Portugal a apresentação ocorre em até 48 horas; na Suécia, 72 horas; na Colômbia, 36 horas; no Chile e no México deve haver a apresentação ao promotor em 12 horas e ao juiz em 24 horas; na África do Sul, 48 horas.

Em 20 de agosto de 2015, na ADI 5.240/2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional o Provimento-Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que criou a audiência de custódia. Também julgou a ADPF 347 MC/DF, que estabeleceu a obrigatoriedade de comparecimento em 24 horas perante a autoridade judiciária com base na normativa internacional (VILELA, 2016, p. 196).

Por fim, mediante regulamentação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), finalmente, a audiência de custódia transformou-se em política pública. Trata-se da Resolução CNJ 213, de 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Os fundamentos da normativa encontram-se em diversos documentos: no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); na decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, dispondo a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; na letra “a” do inciso I do art. 96 da Constituição Federal, a qual defere aos tribunais a possibilidade de tratar da competência e do funcionamento dos seus serviços e órgãos jurisdicionais e administrativos; na decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, a qual declara a constitucionalidade da disciplina

³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. O que você precisa saber sobre a audiência de custódia. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>

pelos Tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente; no relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014); no relatório sobre o diagnóstico de pessoas presas apresentado pelo CNJ e no INFOPEN do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), os quais foram publicados, respectivamente, nos anos de 2014 e 2015, revelando o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente. Há também o uso da prisão provisória nas Américas pela Organização dos Estados Americanos; na previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), a qual consigna ser a prisão uma medida extrema que se aplica somente nos casos expressos em lei e caso a hipótese não comporte nenhuma das medidas cautelares alternativas; nas inovações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, as quais impuseram ao juiz a obrigação de converter em prisão preventiva a prisão em flagrante delito somente quando apurada a impossibilidade de relaxamento ou concessão de liberdade provisória, com ou sem medida cautelar diversa da prisão. A condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, como previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Sendo assim, toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas após a comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias nas quais realizou-se sua prisão ou condução. Nessa audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou maus-tratos, entre outras irregularidades. A não realização da custódia torna ilegal a prisão.

Veja-se que a previsão constante no art. 9º, “3”, do Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos das Nações Unidas e art. 7º,

“5”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ganhou caráter obrigatório e vinculante após as decisões proferidas pelo STF (Adin 5240 e ADPF 347), por meio das quais reconheceu-se a eficácia normativa da determinação em território brasileiro. Desse modo, o CNJ editou as Resoluções 213 e 214, as quais dispõem sobre a forma como a Audiência de Custódia deve ser realizada, assim como os Protocolos I (procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia) e II (procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes).

O Conselho Nacional de Justiça conferiu densidade à normativa internacional, a ser substituída por lei, apenas após a deliberação do Congresso Nacional sobre o tema. No entanto, diante da mora do Congresso Nacional, a atitude do CNJ está em consonância com as decisões do STF. A sistemática do art. 306 do CPP, pois, com a incidência da normativa internacional, não será mais suficiente (CNJ, Res. 213, art. 1º, § 1º), devendo acontecer o contato direto do conduzido com a autoridade judiciária, em audiência (que poderá ser no estabelecimento prisional – parágrafo único do art. 2º), salvo as hipóteses do § 4º, do art. 1º, da Resolução n. 213.

Excepcionalmente, segundo a Corte Interamericana, pode-se realizar o contato por videoconferência, desde que justificada a situação fática, não podendo esta advir da mera comodidade dos sujeitos (Juiz, Ministério Público, Defensor, etc.). Se o defensor do custodiado estiver noutra comarca, por exemplo, é viável sua participação por videoconferência.

A audiência deve ser conduzida pelo Juiz, com a participação do Ministério Público e Defensor (particular ou público). No caso do defensor ter acompanhado o flagrante, este deverá ser notificado para que compareça à audiência de custódia (CNJ, art. 213, art. 5º); nas demais hipóteses o conduzido será atendido pela Defensoria Pública (CNJ, art. 213, art. 5º, parágrafo único). Ao não haver Defensoria instalada, o Juiz deve, previamente, nomear defensores dativos para a audiência de custódia.

É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia (CNJ, art. 213, art. 4º, parágrafo único), justamente para evitar qualquer

modalidade de pressão, dadas as finalidades do ato. A audiência de custódia tem por objetivos precípuos verificar a regularidade da prisão (CPP, art. 302 e 303) e eventual prática de tortura, analisar a necessidade de medidas cautelares diversas da prisão cautelar (CPP, art. 319 e Lei da Violência Doméstica, art. 22) e os requisitos da prisão preventiva (CPP, art. 312), assim como promover o encaminhamento de providências sociais.

O acusado deve ter assegurado o direito de atendimento prévio e reservado com o defensor, sem a presença dos agentes policiais ou de segurança, mas, possivelmente, outro servidor público neutro, tendo em vista a garantia da confidencialidade (CNJ, art. 213, art. 6º). Se aquele for estrangeiro, ele tem direito à assistência consultar e a um tradutor, caso necessário, assim como a um intérprete de LIBRAS. Registre-se que o uso de algemas é exceção, diante da Súmula Vinculante 11, do STF, o uso e manutenção de algemas deve ser modificado, não bastando a conveniência ou práticas já consolidadas, uma vez que a justificação deve ser idônea e analisada em cada caso, sob pena de nulidade do ato (CANI, 2015, p. 154).

No ato da audiência, as perguntas devem vincular-se às finalidades, não servindo para confissão preliminar da conduta. O objeto da audiência é o de verificar a regularidade da prisão (em flagrante ou do mandado), a existência dos requisitos legais para decretação ou manutenção da prisão (no caso de cumprimento de mandado de prisão), sempre à requerimento do acusador, vedado de ofício, salvo nos casos de leniência com a tortura por parte do Ministério Público e da função de garante do Juiz, o qual pode ser responsabilizado pela omissão (Lei da Tortura n. 9.455/07, art. 1º, § 2º). Isso se dá porque a finalidade da audiência é a de averiguar a prática de tortura pelo Estado em face da contenção cautelar do agente. Os Protocolos I e II anunciados pelo CNJ auxiliam na orientação das perguntas e formas de atuação do Juiz Garante.

Ainda, é relevante a criação do Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), mediante o qual o CNJ criou um sistema de cadastramento de todas as pessoas presas. Sendo assim, cada preso no Brasil terá uma autoridade judicial responsável pelo ato, com as consequências daí advindas (CNJ, art. 213, art. 7º). Por este mecanismo, a cadeia de custódia do conduzido será monitorada,

facilitando a obtenção de dados e apontando quem poderá ser responsabilizado pelas violações de Direitos Humanos.

Não obstante, a fim de concretizar e monitorar a aplicação da audiência de custódia, bem como da prisão de adultos e adolescentes, a Resolução CNJ 214, de 15 de dezembro de 2015, criou o Grupo de Monitoramento e Fiscalização (GMF) nos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e Territórios e nos Tribunais Regionais Federais. O projeto prevê também a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, as quais são responsáveis por representar ao juiz opções ao encarceramento provisório. O objetivo é dar transparência às prisões e conduções realizadas. Cabe ao GMF a estipulação dos procedimentos à efetivação da normativa do CNJ, a articulação com a rede e as Centrais de Penas Alternativas e de Monitoramento, as ações conjuntas de efetivação de controle das cautelares e os encaminhamentos sociais.

Embora saiba-se da falta de estrutura do sistema penal em geral, não se pode tolerar a não implementação sob justificativas dessa natureza. O grave problema é manter-se um regime de prisão cautelar, no qual não há controle efetivo sobre as práticas da força policial e no qual as reiterações de violações não são exceção. O Juiz precisa assumir seu lugar de garante e responder por sua atuação. O CNJ, ao dar efetividade à normativa internacional, no fundo, promove a transparência e *accountability* do Poder Judiciário em face de qualquer pessoa segregada do seu direito de ir, vir e ficar. A qualidade da prisão e da decisão judicial restam potencializadas, derivando dessas a importância da normativa complementar editada pelo Conselho Nacional de Justiça, a qual torna homogênea a prática das audiências de custódia.

3 PRISÃO DE ESTRANGEIRO: O DEVER DE COMUNICAÇÃO CONSULAR

Para possibilitar maior garantia de defesa ao preso estrangeiro faz-se essencial o cumprimento do dever de comunicação consular, cláusula inserta na Convenção de Viena sobre Relações

Consulares. A assistência consular proporcionará equilíbrio de forças, pois o representante poderá providenciar advogado e intérprete pessoal ao conduzido, assim ambientando-o. O tema ganhou repercussão a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Prisão Preventiva para Extradicação 726, no sentido de que a cláusula inscrita no Artigo 36, 1, (b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares

deve ser interpretada no sentido de que a notificação consular há de ser efetivada no exato momento em que se realizar a prisão do súdito estrangeiro 'e, em qualquer caso, antes que o mesmo preste a sua primeira declaração perante a autoridade competente⁴

Dado o termo original da referida cláusula *without delay* – isto é, sem demora.

Referida normativa, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, foi internalizada no Brasil mediante edição do Decreto Legislativo nº 6, de 1967, e promulgada pelo Decreto nº 61.708, de 26 de julho de 1967, o qual prevê direitos subjetivos ao estrangeiro restringido em sua liberdade. Deve-se registrar a divergência instaurada entre tal comunicação ser facultativa ou não, a qual depende da escolha do estrangeiro preso, uma vez que este poderá não querer qualquer tipo de contato com seu Estado de nacionalidade⁵, o que pode ensejar responsabilização caso não se obtenha o consentimento prévio do conduzido. O inciso "c" do artigo 36 da Convenção de Viena propugna que o acusado pode recusar a interferência consular, desde que o faça expressamente, situação a partir da qual não poderão intervir.

De todo modo, a decisão do STF consigna a necessidade da comunicação consular, evidenciando-se o desconhecimento e, portanto, descumprimento da normativa. Diante da necessidade de fiscalizar-se o cumprimento, sobretudo diante do fato de o descumprimento poder gerar a invalidade da prisão do estrangeiro e dos atos subsequentes, em decorrência da violação à cláusula constitucional do devido processo legal, o Ministro de Estado da Justiça e Cidadania expediu, em 14 de janeiro de 2017, a Porta-

ria nº 67⁶, a qual estabelece que as autoridades policiais federais, estaduais e do Distrito Federal devem exercer e fiscalizar a notificação consular, cientificando, sem demora, a autoridade consular do país de origem do estrangeiro, sempre que este for preso, qualquer que seja a modalidade de prisão.

Diante desse contexto, o Conselho Nacional do Ministério Público também recomendou⁷ (Recomendação nº 47, de 21 de novembro de 2016) aos membros do Ministério Público, em todas as suas ramificações no território nacional, que exerçam e/ou fiscalizem a notificação consular resultante da aplicação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

O Código de Processo Penal brasileiro indica, no seu artigo 193, que "quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete", devendo este, também, ser nomeado para o caso de testemunha estrangeira, conforme artigo 223. Tal direito é registrado no momento do interrogatório, entretanto, em momento anterior, em caso de eventual prisão em flagrante, a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a audiência de custódia, prevê, em seu Protocolo II, que

III. A pessoa custodiada estrangeira deve ter assegurada a assistência de intérprete e a pessoa surda a assistência de intérprete de LIBRAS, requisito essencial para a plena compreensão dos questionamentos e para a coleta do depoimento, atentando-se para a necessidade de (i) a pessoa custodiada estar de acordo com o uso de intérprete, (ii) o intérprete ser informado da confidencialidade das informações e (iii) o entrevistador manter contato com o entrevistado, evitando se dirigir exclusivamente ao intérprete.

Quanto à diferenciação entre tradução e interpretação, a primeira é a conversão de um texto escrito, enquanto a última é a conversão de um discurso oral (PAGURA, 2015). A presença de intérprete é fundamental, ao que a presença do representante consular pode contribuir, mas, embora exista a previsão legal, sobretudo no regramento acerca da audiência de custódia, a comunicação resta afetada, na imensa maioria das agências estatais e judiciais, diante da ausência de disponibilização ao conduzido da

4 <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-celos-mello-ppe-726.pdf>.

5 <http://emporiadodireito.com.br/tag/portaria-672017-do-ministerio-da-justica-e-cidadania/>.

6 <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=19&data=18/01/2017>.

7 <http://s.conjur.com.br/dl/recomendacao-472016-cnmp.pdf>.

comunicação consular e de intérprete. É nesse contexto, portanto, que, em todos os países civilizados, deve-se levar a sério a efetiva existência de um intérprete, tanto para a defesa do acusado (o advogado) quanto para o ambiente policial e jurisdicional.

É interessante notar no anexo anteriormente referido a presença de requisitos contidos na Resolução CNJ 213/2015, mesmo em caso de ter-se garantido a presença de intérprete. O conduzido deve aquiescer com o uso do intérprete, bem como este deve ser informado da confidencialidade das informações que receber, não podendo estabelecer-se diálogo apenas com o intérprete, de modo que deve-se dirigir ao conduzido quando este for perguntado. Entende-se, diante dessas ressalvas, que seu cumprimento deve ser registrado na ata de audiência, até mesmo para que não se olvide de sua realização. Note-se que essas garantias tomam relevo, pois se quis garantir o direito à voz do conduzido, devendo, portanto, ser ouvido inclusive acerca do uso de intérprete, de modo que sua autonomia e individualidade sejam respeitadas.

4 AMPLA DEFESA DO ESTRANGEIRO: DIREITO À TRADUÇÃO E INTERPRETAÇÃO E PRESENÇA DE INTÉRPRETE

O artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal prevê que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. Veja-se que a expressão “entre os quais” denota que outros direitos são compreendidos no ato da prisão; inserindo-se, desse modo, o direito do preso de saber que tem o direito, caso seja de seu interesse, de comunicar sua repartição consular, de forma que a inexistência do cumprimento da informação dessa prerrogativa poderá acarretar nulidade processual absoluta (BOLIVAR, 2016, p. 232).

Já o artigo 5º, inciso LV aduz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O estrangeiro preso, portanto, insere-se na cate-

goria “acusados em geral” (BOLIVAR, 2016, p. 231), e o direito à tradução na de ampla defesa.

Giacomolli registra a normativa internacional, pontuando que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, artigo 14.3, f, dispõe o direito de “ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale o idioma do juízo ou do tribunal” (2015, p. 129). Note-se a dimensão do direito de intérprete na referida norma, com a garantia da gratuidade, e com a garantia de que, em caso de não compreender e de não falar o idioma, em qualquer dos dois casos deve haver nomeação. A Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 8.2, a, repete a mesma previsão. O autor completa que “o direito ao intérprete ou tradutor aplica-se a todos os atos processuais pelos quais a lei determina a ciência pessoal do suspeito ou do acusado (citação, audiências, interrogatório, intimação da sentença, v.g.)” (GIACOMOLLI, 2015, p. 129).

A situação do conduzido estrangeiro é de vulnerabilidade, pois a barreira da língua é tão absolutamente fundamental que impede o exercício dos mais básicos pressupostos da ampla defesa. Esse é o quadro do preso que encontra-se em situação de “especial vulnerabilidade”, conforme Carron em sua obra “El Derecho a Interpretación y a Traducción em los Procesos Penales” (2017, p. 198), necessitando a garantia da qualidade da tradução e interpretação. Com efeito, a qualidade é crucial para efetivação da ampla defesa, bem como para que haja, ainda, a garantia da paridade de armas.

É na DIT (Directiva 2010/64/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de outubro de 2010) que encontra-se a positivação do direito à tradução e interpretação, no sentido de que compõem o quadro de garantias mínimas do conduzido/acusado. Sem a compreensão sequer da imputação, dos meios de defesa, da linguagem básica, o cenário é kafkaesco, sendo assim a imputação, o processamento e os procedimentos envoltos pela obscuridade, sem que tenha-se conhecimento da imputação e seus termos. A falta de transparência é pungente, podendo-se falar na obrigatoriedade da transparência dos atos documentados ao acusado e seu defensor.

Carron tece amplo estudo sobre o direito à interpretação e tradução nos procedimentos penais, afirmando sua natureza instrumental e qualidade de direito fundamental, bem como sua intrínseca relação com o direito de defesa:

Esta íntima relación entre el derecho de defensa y el derecho a interpretación y a traducción es precisamente el motivo que hace que éstos últimos reciban la calificación de Derechos Fundamentales de naturaleza instrumental, por cuanto su misión consiste en asegurar la viabilidad de los derechos nucleares o medulares que afectan a la esencia de la contradicción propiamente dicha por referirse a las oportunidades de alegación y prueba. (CARRON, 2017, p. 40).

Segundo a autora, deve ser ressaltada a diferença e conteúdo entre o direito à interpretação e o direito à tradução, ambos previstos na referida diretiva 2010/64, do Parlamento Europeu, no sentido de que o primeiro é muito mais amplo que o segundo, mas ambos complementam-se:

De ahí que, aunque el derecho a interpretación y a traducción sean dos derechos distintos y diferenciados, pudiendo por ello reconocerse – y debiendo protegerse – de forma independiente el uno del otro, no deba, sin embargo, pasarse desapercibido el hecho de que ambos pueden llegar a complementarse, puesto que existe una estrecha interrelación del uno con el otro. (CARRON, 2017, p. 65-67).

De fato, é claro que a mera tradução de um auto de prisão entregue ao conduzido não significa acesso ao seu conteúdo, ao que se estaria falando do direito à interpretação, demonstrando-se, desse modo, a estreita relação entre ambos. Trata-se de outra dimensão semântica dos termos, mais além da diferenciação intuitiva que os significa a partir de consistir, a interpretação, em tradução oral, e, a tradução, em tradução escrita. A diferenciação se acode de um exemplo: a tradução de uma peça fundamental à defesa é entregue ao acusado, que não sabe ler (CARRON, 2017, p. 66-67), vendo-se, assim, garantido o direito à tradução, porém não à interpretação. Portanto, trata-se de direitos fundamentais de caráter instrumental, e a ausência de sua garantia implicará nulidade de todos os atos a partir de quando não foram efetivados.

5 CONCLUSÕES

A audiência de custódia constitui um mecanismo democrático de garantia da apresentação física do conduzido à autoridade judiciária para fins de verificação da legalidade da prisão, ocorrência de abusos pela autoridade policial, análise da custódia cautelar e/ou aplicação das medidas cautelares. A audiência de custódia é ato individual, feito para aferir, em cada condução, os requisitos de validade e, também, diante da intervenção do Ministério Público e do defensor/advogado, da necessidade, adequação e proporcionalidade de sua manutenção. Essa proporciona melhor qualidade e quantidade de informação capaz de tornar a decisão, tanto a que decreta a preventiva como a que solta o agente, mais próxima da realidade e do impacto humano proporcionado pelo contato pessoal do conduzido. Logo, audiências coletivas, com diversos acusados em conjunto, violam a individualização do caso penal e devem ser anuladas.

Claro que não se olvida a periclitante situação à qual os policiais militares, agentes públicos, estão expostos. Fatores como a carência de recursos humanos e materiais, o contato intenso e violento com a criminalidade em todos os níveis e a necessidade de embrutecimento para “aguentar” trabalhar nas ruas são causas complexas que envolvem esses agentes na violência policial (ANDRADE, 2016, p.114). Portanto, com mais razão, a audiência de custódia tem o condão de estabelecer espécie de contraditório necessário com essa realidade das ruas, uma vez que o contato direto com o magistrado pode deflagrar diferentes conclusões a partir de detalhes, os quais não se imagina assumirem relevância.

Cabe aos operadores do Direito lutar pela implementação da audiência de custódia em patamares democráticos, convencendo parcela da magistratura da relevância do ato. A postura autoritária do magistrado implicará, em breve (assim espera-se), em decretações de nulidade e, por via de consequência, maior ineficiência do sistema penal. A implementação de direitos pressupõe custos, especialmente no caso do acompanhamento do tradutor acontecer em sede policial, associado ao custo do advogado e da comunicação consular. Surgem propostas de ampliação do uso da teleconferência via internet (por Skype, por exemplo) com perso-

nagens oficiais ou mesmo indicados pelo conduzido capazes de compreender e participar do diálogo, fazendo com que a compreensão dos fatos e a articulação da defesa possa acontecer, a exemplo da citada diretiva europeia que prevê a possibilidade de utilização de recursos tecnológicos para driblar a ausência física. Deixar o conduzido/acusado preso em seu idioma, sem possibilidade de compreensão, viola o direito ao devido processo legal e a ampla defesa substancialmente (ROSA, 2017).

A linguagem e procedimentos jurídicos são herméticos, técnicos, e o acesso ao significado das consequências de cada ato é, de si, um direito fundamental, ligado ao feixe maior da garantia da ampla defesa. Ainda, o direito à tradução e interpretação de qualidade perpassa a mera possibilidade de se socorrer de tradutores disponíveis *online*, na internet. Para melhor compreensão da dimensão do que se traz, basta tentar utilizar ferramentas de tradução disponibilizadas na internet, para verificar que traduzir e interpretar são atividades distintas, dado o resultado normalmente descontextualizado, incoerente que se apresenta. Portanto, o direito à tradução e à interpretação são duas faces imprescindíveis do dever de transparência, pressupostos básicos e instrumentais da efetividade de defesa. Portanto, sua desconsideração acarreta, sem dúvidas, nulidade absoluta, por omissão de formalidade que é elemento essencial aos atos de persecução (artigo 564, inciso IV do Código de Processo Penal).

A inovação tecnológica pode ser um mecanismo de implementação de direitos, mormente em situação de escassez de recursos estatais, autorizando, por um lado, a efetiva participação do conduzido/acusado, ao mesmo tempo em que reduz os custos de um sistema efetivo de tradutores em todas as agências policiais e judiciais (CARRON, 2017; MAIA NETO). O que não se pode admitir é que deixe-se um estrangeiro que não domina o português trancado linguisticamente em seu idioma, entregando-lhe a denúncia, sem que este tenha a capacidade de entender sequer o que o defensor lhe diz. A implementação da garantia da ampla defesa em tempos de intensa entrada de estrangeiros deve ser garantida pelo respeito ao direito de intérprete e tradutor.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. Audiência de custódia ou de apresentação do preso: instrumento destinado ao controle mais humano e preciso das prisões cautelares e à inibição da violência policial no Brasil. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 73, p. 106-129, ago./set. 2016.

BOLIVAR, Analluza. Assistência consular ao preso estrangeiro: um componente do devido processo legal brasileiro. **Revista Fórum de Ciências Criminais**, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 203-237, jan./jun. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **DOFC**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240. São Paulo, 20 ago. 2015a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Brasília, DF, 9 set. 2015b.

CANI, Luiz Eduardo. Não realização de audiência de custódia gera defeito processual insanável, sendo necessário revogar medida(s) cautelar(es) sem possibilidade de exercício do contraditório. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 71, p. 141-158, nov./dez. 2015.

CARRON, Clara Fernández. **El derecho a interpretación y a traducción em los procesos penales**. Valência: Tirant del Blanch, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Marcellus Polastri. Questões que envolvem a denominada “audiência de custódia”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 60, p. 205-222, abr./jun. 2016.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Direitos Humanos: mais atenção a brasileiro preso no exterior. <http://emporiododireito.com.br/direitos-humanos-mais-atencao-a-brasileiro-preso-no-exterior>.

MAMEDE, Gladston. Princípio da Ampla Defesa. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça e os pactos internacionais de direitos humanos. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 63, n. 454, p. 81-86, ago. 2015.

PAGURA, Reynaldo. José. Tradução & interpretação. In: AMORIM, Lauro. Maia.; RODRIGUES, Cristina. Carneiro.; STUPIELLO, Érika Nogueira de Andrade (Orgs.). **Tradução & Interpretação**: perspectivas teóricas e práticas. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. Audiência de custódia - A inconstitucionalidade dos acórdãos da ADIn 5.240, da ADPF 347 MC/DF e da Resolução CNJ 213 de 15 de dezembro de 2015. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 970, p. 195-208, ago. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. O que você precisa saber sobre a audiência de custódia. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-que-voce-precisa-saber-sobre-audiencia-de-custodia-por-alexandre-morais-da-rosa/>>. Acesso em: <http://emporiododireito.com.br/tag/portaria-672017-do-ministerio-da-justica-e-cidadania/>.

<http://s.conjur.com.br/dl/recomendacao-472016-cnmp.pdf>.

<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=19&data=18/01/2017>.

<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-celos-mello-ppe-726.pdf>.

A PRISÃO EM FLAGRANTE E A SUA CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA: APONTAMENTOS SOBRE A ATUAÇÃO JUDICIAL EX OFFICIO

Álvaro Antanavicius Fernandes¹

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor convidado de Direito Processual Penal nos cursos de pós-graduação da UNISINOS e da Universidade de Passo Fundo. Coordenador Regional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Processo Penal (IBRASPP). Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

A prisão (seja preventiva ou decorrente de uma imposição definitiva de pena) consiste em inexorável submissão à violência de outros e do Estado, e ainda em riscos para a saúde, a integridade física e moral, a dignidade e a própria vida. Além desses, ou muito mais do que esse sofrimento, é provável que uma institucionalização do sujeito passivo possa, de algum modo, contribuir indevidamente para a facilitação de uma condenação porventura injusta (BELEZA, 2009, p. 673). Tais fatos poderiam ser considerados como base para uma mudança de pensamento, para uma fundada modificação no trato da matéria, propiciando uma cautela maior ao tratar-se de restringir, em especial na ausência de uma sentença condenatória com força de caso julgado, o sagrado direito de ser livre.

Todavia, vem percebendo-se, falando-se especificamente da prisão preventiva, que esta é um alargamento das hipóteses e uma indevida ampliação da titularidade da iniciativa para permitir-se, possivelmente à margem do Direito (isto pretende-se questionar no presente texto), a atuação judicial de ofício no sentido da decretação de uma prisão sem pena. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua 5ª Turma (Relator Ministro Ribeiro Dantas), em 20 de junho de 2017 (RHC 80740/MG), na esteira de outros precedentes exarados em casos similares, emitiu decisão no sentido de que “o magistrado singular, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (CPP), converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código”.² O substrato jurídico-legal invocado para fundamentar tal entendimento foi, em síntese, o disposto no

² No mesmo sentido, dentre outras, há a decisão pela mesma corte proferida no RHC 66.100/MG, ao dizer que “não é nula a decisão do Juízo singular que, de ofício, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos e fundamentos para a medida extrema, mesmo sem prévia provocação/manifestação do Ministério Público ou da autoridade policial.” (Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª turma, julgado em 08/03/2016), e no RHC 67.007/MG, oportunidade em que se entendeu que “não há falar em nulidade da prisão cautelar, tratando-se o caso de conversão do flagrante em custódia preventiva, em cumprimento dos ditames do art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal.” (Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª turma, julgado em 01/03/2016).

art. 310, II, do CPP, segundo o qual, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá o juiz, fundamentadamente, dentre outras soluções apontadas, “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.” Ao que se percebe, portanto, o dispositivo legal ao qual fez-se alusão seria o bastante para dispensar a obrigatória manifestação positiva do acusador.

Em consonância com o entendimento apontado, surgem várias decisões de tribunais estaduais. Ocorre, contudo, e isso todos sabemos, que o titular da ação penal é o Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, decorrendo desta disposição e de uma série de outros princípios e regras insertos na Lei fundamental a instituição de um sistema processual acusatório. Dessarte, seria possível concordar-se com o entendimento que vem sedimentando-se no âmbito do STJ e em diversos tribunais estaduais? Ou a adequada solução seria diversa?

Em breves linhas isto é o que pretende-se analisar à continuação, sempre lembrando: a prisão (da qual tratamos neste texto, em uma de suas modalidades) é o oposto da liberdade.³ Nesta funda-se, tal como dito por Kaufmann (fazendo alusão a Kant), a autonomia e sobretudo a dignidade do homem (2010, p. 368). Muita cautela no trato, então.

³ Hassemer diz acerca da responsabilidade do Estado e de seus membros referindo-se ao direito fundamental de liberdade, apontando até mesmo um direito de resistência diante da indevida supressão respectiva: “O Estado é instituído como um instrumento de garantia dos limites da liberdade. Esta é por excelência a tarefa do Estado. Trata-se de uma tarefa derivada e não originária; de uma tarefa a serviço das pessoas, segundo o ideário iluminista. O Estado zela para que um indivíduo não trate os outros com desprezo, para que ele não penetre nos limites da liberdade do outro. Tarefa do Estado é, pois, cuidar que esses limites não sejam infringidos. Dado que o Estado pode fracassar, dado que ele pode cometer erros, pode ser injusto e discriminatório, é reconhecido um direito de resistência contra o Estado” (HASSEMER, 2004, p. 17-18).

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SISTEMA ACUSATÓRIO: A DEMARCAÇÃO DOS “LUGARES” NO PROCESSO PENAL COMO UM PRESSUPOSTO PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Decisões como a apontada anteriormente são proferidas todos os dias. No caso brasileiro, entretanto, importa perceber que a Constituição Federal de 1988 optou pela introdução de um sistema processual penal acusatório⁴ – estabelecendo-se com clareza os diferentes papéis a serem desempenhados por cada um dos atores em meio a um processo penal –, conforme depreende-se, em especial (mas não somente), da leitura do art. 129, I, o qual afirma que é função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (FERNANDES, 2017, p. 224) e, igualmente, em face de outros dispositivos que integram o corpo de direitos e garantias fundamentais. Separação das funções de acusar e julgar, contraditório e ampla defesa, excepcionalidade da prisão preventiva, publicidade dos atos processuais, etc., são, pois, princípios estabelecidos que claramente demonstram a opção pelo sistema processual de partes.

Portanto, em síntese: promotor de justiça acusa, defensor defende e juiz (somente) julga.⁵ Aqueles são partes e o último é um terceiro imparcial, constituindo a imparcialidade do juiz, aliás, um elemento que integra o próprio devido processo legal, sendo desconforme a ética ou ao justo um processo que venha a desenvolver-se perante um julgador parcial (BADARÓ, 2011, p. 344). Esta separação de funções, assinala Valente, tem como finalidade “o sonho da prossecução do trapézio da liberdade” (2010), o qual vem a estar em uma balança que anda de um lado a outro, mas

que está preso ao suporte de fiscalização do outro. A separação de funções propicia o respeito pelo princípio da liberdade, tendo em vista que mais justa vem a ser a ponderação e a análise de cada caso concreto a ser analisado pelo julgador (que não acusou em um sentido amplo, significando que não “denunciou”, nem adotou, por si, quaisquer medidas em desfavor do sujeito passivo) com a devida imparcialidade, tendo como finalidade primordial a dignidade da pessoa humana (VALENTE, 2010, p. 264-265).

Esta breve análise constitucional já é suficiente para afirmar que toda a atuação jurisdicional, por força de determinação expressa na Constituição Federal, deve restar condicionada ao requerimento formulado pela parte que acusa. Em decorrência, vedada é a adoção de qualquer providência em desfavor do sujeito passivo caso ausente uma postulação expressa nesse sentido.

Para citar um exemplo, o art. 385 do Código de Processo Penal estabelece que “nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.” Levando-se em consideração que a atividade judicial deve estar, como visto, condicionada à postulação das partes, esta previsão, em verdade aceita pela imensa maioria da doutrina e jurisprudência pátrias, embora pouco adotada na prática, é obviamente desconforme a Constituição Federal. É, pois, elementar que, a partir do momento em que se aceita a adoção do sistema acusatório por força de disposição constitucional, fulminada está a possibilidade legal previamente estampada.

Ao amparar a posição externada cumpre trazer à consideração, a título exemplificativo, as lições de Lopes Junior, o qual afirma competir ao Estado as tarefas de acusar e punir por dois órgãos distintos a partir de uma duplicidade que nada mais é do que uma imposição do sistema acusatório. A partir desta duplicidade, prossegue o autor, o pedido de absolvição do Ministério Público – titular da pretensão acusatória que constitui pressuposto para o exercício do poder punitivo – seria algo equivalente ao não exercício da pretensão acusatória, razão pela qual a ele estaria vinculado o Estado-Juiz (LOPES JUNIOR, 2011, p. 107).

4 Não obstante, o ainda vigente Código de Processo Penal de 1941, com inspiração no Código italiano em vigor na época de sua elaboração – com reformas pontuais feitas desde então –, encontra-se em curso de uma reforma global para conformar a legislação infraconstitucional codificada aos princípios e normas constantes da Lei fundamental. A propósito, vale consultar os termos do PLS nº156, de 2009, que tramitou no Senado Federal, e do PL nº8.045, de 2010, este em curso na Câmara dos Deputados, aos quais se faz breve alusão na seção 4 deste texto.

5 Conforme pondera, dentre outros, Coutinho, “ninguém duvida – salvo os hipócritas ou os ignorantes – que a CR agasalhou o sistema acusatório e, por conseguinte, não recepcionou a estrutura que com ela era incompatível, ou seja, a inquisitória. Eis porque os tribunais já deveriam ter declarado a inconstitucionalidade de tudo o que fosse incompatível com a CR, mas não é tarefa simples. Os órgãos jurisdicionais apostam, sem dúvida, que o Congresso Nacional irá fazer a sua parte e, assim, legislar devidamente, no tempo adequado – algo que não acontece” (COUTINHO, 2017, p. 69).

Relativamente à conversão do flagrante em prisão preventiva (do suspeito ou acusado), o raciocínio a ser empregado é idêntico. Noutros termos, em havendo a existência de dois órgãos diversos para exercer as funções de acusar e julgar, àquele incumbido da primeira função compete adotar a iniciativa de postular a medida adequada às suas pretensões, seja qual for a sua natureza. Portanto, fica, já por força de tal (importantíssimo) argumento, sinteticamente justificada a necessidade de uma prévia manifestação positiva do acusador no sentido de ser convertida a prisão em flagrante em preventiva no caso concreto, vedada a decretação da constrição cautelar, ainda que por conversão, sem pedido expresso a respeito. Prossigamos, contudo, à análise das disposições infraconstitucionais pertinentes especificamente à conversão (Código de Processo Penal), a qual será feita na seção seguinte.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E OS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA

A prisão em flagrante pode ser definida como uma medida pré-cautelar revestida de evidente precariedade, esta decorrida da possibilidade legal de que venha a ser adotada pelas autoridades policiais ou até mesmo por particulares, e que somente explica-se pela brevidade de sua duração e pela necessária análise imediata acerca de sua legalidade e eventual manutenção pela conversão em prisão preventiva do suspeito (LOPES JUNIOR, 2011a, p. 37-38). Efetiva-se esta, todos sabemos, no momento em que ainda verifica-se uma situação de flagrância em qualquer de suas diversas hipóteses (Código de Processo Penal, art. 302). Perfectibilizado o correspondente auto, este é enviado ao juiz que, ao recebê-lo, deve, conforme o art. 310, II, do CPP, se for o caso, “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.”

A questão é: seria juridicamente possível – na linha dos precedentes citados na delimitação do problema e por meio de uma interpretação conforme a Constituição Federal e mesmo a partir

do que literalmente estabelece a legislação processual penal infraconstitucional – que faça isso por iniciativa própria, sem pedido expresso? A resposta deve provir de uma interpretação sistemática e lógica da legislação processual.

Para iniciar, entende-se imperioso atentar ao disposto no art. 282, § 2º, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011, segundo o qual “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. Não obstante a clareza e a objetividade do dispositivo já mostrarem-se suficientes para que venha-se a exigir a iniciativa da parte que acusa, ainda há o disposto no art. 311 do aludido diploma legal, o qual estabelece que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”.

Assim sendo, é elementar que o art. 310, II, deva ser interpretado em consonância com o que está previsto tanto no art. 282, § 2º, quanto no art. 311, acima transcritos. Desse modo, conclui-se que somente no curso do processo penal afigura-se viável ao magistrado, em tese – e isto para aqueles que quiserem seguir à risca a legislação infraconstitucional, desprezando os princípios e regras constitucionais ventilados no item anterior –, aplicar a cautelar por iniciativa própria, sem que esta esteja condicionada a uma “vontade” acusatória.

Retornando à análise do que dispõe o art. 310, II, importa perceber que no momento em que a autoridade judiciária recebe o auto de prisão em flagrante, está-se, ainda, em um momento pré-investigatório (ou, no máximo, no início de uma investigação), de forma que é evidentemente imprescindível a iniciativa da parte responsável por propor a ação penal no sentido de ser decretada a constrição cautelar. Note-se, pois, nesta linha de argumentação, que sequer tem-se a certeza, neste instante, de que a denúncia virá a ser ofertada, não sendo algo impossível, em tese, que sobrevenha um pedido de arquivamento por parte do Ministério Público.

Quanto a isto, é importante dizer que, ainda que parta-se da conformidade constitucional do disposto no art. 28 do Código de Processo Penal,⁶ a derradeira decisão sobre o destino do caso penal caberá ao acusador e a mais ninguém. Sendo assim, a este compete decidir se uma determinada ação penal em relação ao flagrado irá ou não ser proposta, o que induz à conclusão de que também as medidas acessórias, tais como as cautelares pessoais, devem ter sua concretização logicamente condicionada à iniciativa do acusador.⁷ Não se trata de mera formalidade, mas de buscar o desenvolvimento de um processo penal conforme as regras do jogo. Admitir a decretação da prisão preventiva de ofício é, em qualquer caso, violar o sistema acusatório implementado a partir da Constituição Federal, admitindo que o juiz possa sair do seu “lugar” para ocupar outro, exercendo função que efetivamente não lhe cabe no cenário do processo penal. Não pode.

Por todos estes argumentos, não se pode concordar com a posição atualmente adotada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que decorre da leitura isolada de um dispositivo sem considerar o sistema jurídico-processual em sua integralidade. É preciso mais. Lembre-se, na linha das bem lançadas ponderações feitas por Casara (2011), que o processo penal exige, sempre, o estrito respeito aos direitos fundamentais e ao devido processo legal. Deste modo, somente há uma legitimidade na punição da-

6 Art. 28: Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. A origem deste dispositivo está na fragilidade institucional do Ministério Público à época da elaboração do Código de Processo Penal, a qual não mais subsiste, o que retira o sentido da norma, que funciona indevidamente em desfavor do Promotor Natural. Neste, ponto, transcrevam-se as bem lançadas ponderações de Choukr: “A justificativa histórica para o art. 28 ter mantido a redação que ainda perdura é a fragilidade do Ministério Público à época em que o Código de Processo Penal foi concebido. Com efeito, basta lembrar que o Procurador-Geral da República, até a CR/88, era demissível ad nutum, o que tornava o órgão propício às manobras políticas. Assim, diante fragilidade estrutural da chefia do Ministério Público, em comparação com a sempre sólida posição do chefe do Poder Judiciário, ao poder estatuído em 1930 era mais conveniente destinar o comando definitivo do desfecho da investigação àquele e não a este último. Paradoxalmente, com o passar dos anos, mecanismo semelhante se transformou num dos grandes paradigmas do modelo acusatório no direito comparado, e a legislação brasileira, neste ponto, se amolda ao figurino acusatório” (CHOUKR, 2011, p. 118).

7 No mesmo sentido do texto manifesta-se Lopes Junior: “[...] homologando o auto de prisão em flagrante, deverá, sempre, enfrentar a necessidade ou não da prisão preventiva. Se necessária e cabível, poderá decretá-la (desde que tenha sido postulada sua decretação [...])” (LOPES JUNIOR, 2011b, p. 91).

queles que violam a lei se o Estado, no processo penal necessário àquela punição, não violar os seus próprios comandos legais. Em isto ocorrendo, finaliza, ele perde a superioridade ética que o distingue no Estado de Direito (CASARA, 2011, p. 550).

No entanto, na esteira dos precedentes citados inicialmente – os quais, dentre muitos outros que reproduzem-se por todos os lados, retratam uma postura que se avança para relativizar as invalidades que são verificadas durante a marcha processual⁸ –, a situação atual, imagina-se, tende a permanecer, salvante uma ruptura cultural a qual não se parece que irá ocorrer. Em outras palavras, entre um “eficientismo” que se presta ao alargamento da punição e um “garantismo” constitucional que condiciona a aplicação da lei penal – sem desprezar a necessária aplicação do Direito Penal – à estrita observância das garantias constitucionais, supõe-se que a nossa herança inquisitória de um passado não muito distante ainda impulsiona para a primeira opção.

4 TENDÊNCIAS LEGISLATIVAS ATUAIS

Ora em curso está uma ampla reforma processual penal. Na exposição de motivos do PLS nº156, de 2009, e do PL nº8.045, de 2010, projetos que pretendem instituir o novo Código de Processo Penal, há referência expressa à vedação da atividade instrutória ao juiz na fase de investigação, supostamente, para preservar ao máximo o seu distanciamento relativamente à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Há, ainda, referência ao peculiar tratamento constitucional conferido ao Ministério Público, a cujos membros foram concedi-

8 Não obstante a advertência feita, dentre outros, por Gloeckner, no sentido de que “[...] as nulidades relativas não se adaptam ao processo penal por uma razão suficientemente óbvia: o processo penal não permite o condicionamento da validade dos atos processuais a sanatórias capazes de tornar o ato defeituoso válido, como se existisse um metaprincípio a ornar toda a estrutura do processo penal: a economia processual. A dicotomia nulidades absolutas x nulidades relativas pode trazer contribuições até certo ponto valiosas quando os interesses vindicados no processo são de caráter disponível. No processo cível, se é possível renunciar-se – em alguns casos como aqueles em que se está falando de direitos patrimoniais – ao próprio direito objeto da lide, com muito mais propriedade que os atos devem ser revestidos de menor solenidade. Por seu turno, no processo penal, no qual inexistente lide e muito menos é possível admitir-se a flexibilização e renúncia a direitos fundamentais, a forma representa a concretização daqueles direitos de índole fundante da instrumentalidade constitucional do processo penal [...]” (GLOECKNER, 2013, p. 456-457).

das garantias próprias dos membros do Poder Judiciário. Assim, seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do Ministério Público, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo. A opção teria recaído não precisamente pela figura do “juiz inerte”, mas por um fortalecimento das funções de investigação e, assim, das respectivas autoridades, e pela atribuição de responsabilidade processual ao Ministério Público.

Apesar do conteúdo da exposição de motivos, cumpre perceber que em ambos os projetos prevê-se, com relação à iniciativa para adoção de medidas cautelares, que “no curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste Livro” (art. 525). No parágrafo único deste artigo consta que “durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz.” O art. 555, II, de ambos os projetos, por sua vez, prevê que “ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, deverá: [...] II – converter, fundamentadamente, a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus pressupostos legais; [...]”, apresentando, portanto, de modo preocupante, a idêntica omissão quanto à imprescindibilidade da expressa manifestação prévia do Ministério Público.

Assim, não se pode ser otimista – salvo erro de percepção ou alguma modificação legal prévia ao início da vigência do novo Código de Processo Penal, ora ignorando-se se e quando isto irá ocorrer – no sentido de que venha-se a adotar, a partir dos termos empregados no texto que poderá vir a entrar em vigor, um entendimento que se conforme ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal.

A tendência é, pois, a manutenção do atual posicionamento jurisprudencial dominante, em relação ao qual foram tecidas fortes críticas nos itens anteriores. Renove-se, aqui, a necessária ruptura cultural já mencionada, não sendo demais lembrar, nesta

linha, e em brevíssima síntese, ser decorrência inexorável de uma cultura acusatória a imposição ao julgador, de um papel de garante, sendo esta a sua fundamental importância constitucionalmente prevista⁹ e aquela parecendo, com efeito, estar na direção oposta do que se está a perceber no momento.

5 CONCLUSÃO

A partir das considerações feitas, conclui-se que, embora a resistência lastreada em um passado inquisitório, a Constituição Federal, superadas as variáveis que inspiraram a anterior e o próprio Código de Processo Penal, instituiu-se um verdadeiro sistema processual penal acusatório, de forma que as partes, atuando em polos contrapostos, litiguem sob a presidência de um juiz imparcial. A adoção de quaisquer medidas em desfavor do acusado, em consequência, somente pode concretizar-se caso haja postulação expressa do Ministério Público, independentemente da etapa persecutória que se esteja a percorrer.

Ainda para aqueles que admitem a decretação da prisão preventiva de ofício – algo que, conforme sustentado ao longo do texto, é evidentemente inconstitucional, porquanto violador do sistema acusatório e do próprio princípio da imparcialidade judicial –, mesmo assim esta possibilidade poderia ocorrer unicamente na fase processual, motivo pelo qual não poderia haver a conversão do flagrante em prisão preventiva, pois esta decisão é tomada previamente ao curso do eventual e sempre futuro processo penal.

Nada obstante as conclusões postas, a jurisprudência ainda pende para um “eficientismo” (ou utilitarismo processual), deixando à margem um processo penal com observância das ga-

9 Em um sistema verdadeiramente acusatório o Ministério Público ganha um lugar muito mais relevante do que aquele que lhe é reservado pelo inquisitório, muitas vezes secundário, deferindo-se a defesa, por sua vez, os necessários mecanismos para garantir a efetiva ampla defesa pessoal e técnica. Coutinho finaliza seu pensamento dizendo que “Não se trata – há de se entender – de pregar e impor um sistema processual em favor dos criminosos como, sem qualquer procedência, têm pregado os menos avisados, sempre adeptos à força, em geral à Lei e à Ordem, desde que seja contra os outro obviamente. O sistema acusatório não é e nunca foi sinônimo da impunidade, algo, por sinal, por que se reclama tanto do sistema atual. Trata-se – isso sim – de um sistema que realça o papel das partes – a começar por aquele do juiz – não só para compatibilizá-los com os ditames constitucionais, mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual” (COUTINHO, 2010, p. 15-16).

rantias constitucionais estabelecidas – como vistas nas decisões apontadas ao longo do texto, ainda que lançadas sem quaisquer argumentos juridicamente sólidos –, o que não se deverá modificar em momento próximo em face à permanência de uma cultura autoritária.

A percepção alicerçada nas razões delineadas sugerem que a situação não deverá restar modificada pela superveniente entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, caso mantidas as disposições legais pertinentes à matéria, que reproduzem normas atuais e que, então, supostamente sustentariam o entendimento atualmente dominante. A revisão da jurisprudência somente virá a ocorrer, supõe-se, caso os operadores submetam-se a uma mudança de paradigma, provocando uma radical ruptura cultural. Por ora, nada mais.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há função do juiz de garantias. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, Constituição e crítica**: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

BELEZA, Teresa Pizarro. Prisão preventiva e direitos do arguido. In: SIMON, Jan-Michel (Org.). **Que futuro para o Direito Processual Penal**: Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CASARA, Rubens. Eficientismo repressivo vs garantismo penal: onde fica a Constituição? In: BASTOS, Marcelo Lessa Bastos; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de (Orgs.). **Tributo à Afrânio Silva Jardim**: escritos e estudos. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado. In: _____; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. **O novo processo penal à luz da Constituição**: Análise Crítica do Projeto de Lei nº156/2009, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

_____. Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: 'jouissance'. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2017.

FERNANDES, Álvaro Roberto Antanavicius. O procedimento do júri no Brasil: proposta de um novo modelo conforme o sistema processual de partes. In: GONZÁLEZ, Leonel (Org.). **Desafiando a Inquisição**: ideias e propostas para a reforma processual no Brasil. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Americas, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**: Introdução à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPODIVM, 2013.

HASSEMER, Winfried. Processo Penal e direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). **Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Caloste Gulbenkian, 2010.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011a.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 2. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011b.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011c.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2010.

DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E NANOTECNOLOGIA: UM OLHAR PARA O FUTURO

Bernardo de Azevedo e Souza¹

¹ Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais (PUCRS). Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da OAB/RS. Diretor do Canal Ciências Criminais. Advogado, pesquisador, palestrante, empreendedor e entusiasta do futurismo. Diretor do Futuro Exponencial.

1 INTRODUÇÃO

John Boyd e Philip Zimbardo são dois estudiosos da psicologia do tempo que há mais de três décadas dedicam-se a compreender como as condições ambientais e o ritmo de vida de uma comunidade são capazes de influenciar seus pensamentos, sentimentos e comportamentos. As investigações conduzidas pelos autores durante este período foram publicadas na intrigante obra *O Paradoxo do Tempo* (BOYD; ZIMBARDO, 2009), atualmente esgotada no país.

De acordo com os autores, todos nós fracionamos o fluxo contínuo de nossas experiências em referenciais temporais, os quais nos auxiliam a dar ordem, coerência e significado a todos os acontecimentos. Todos os dias, utilizamos essas perspectivas temporais para codificar, armazenar e relembrar nossas vivências, formando opiniões e alinhando nossos objetivos, nossos anseios e nossas expectativas.

A perspectiva temporal é uma das influências mais poderosas nas ações, nos pensamentos e nos sentimentos humanos. Simultaneamente, esta é a menos compreendida ou valorizada. A maneira com que agimos e com a qual nos relacionamos com outras pessoas, o interesse que temos por determinados assuntos em detrimento de outros decorrem, em grande parte, da influência destes referenciais. Sendo assim, a perspectiva temporal desempenha um papel fundamental no modo como vivemos, esta molda nossas decisões e causa um profundo impacto na maneira como enxergamos o mundo, ocorrendo de forma inconsciente e automática, sem nos darmos conta.

Costumamos adotar um referencial específico e dele valer-se de modo excessivo durante nossas vidas. Algumas pessoas têm uma perspectiva orientada para o **passado**. Para elas, o presente é irrelevante, suas decisões são tomadas com amparo nas memórias e nas experiências. O foco é o que foi. Do mesmo modo, existem aquelas que preocupam-se apenas com a situação imediata, com o que os outros estão fazendo ou sentindo. Para estas pessoas, orientadas para o **presente**, as decisões são tomadas com base no que está ocorrendo naquele momento. O foco está no agora. Para

outros, ainda, o que importa é o **futuro**: o passado e o presente não são relevantes. As pessoas voltadas para o futuro buscam antecipar as consequências e analisar a relação custo-benefício. O foco é o que será.

Embora os níveis de imersão possam variar conforme a cultura, a classe social ou o nível de educação, os referenciais temporais apresentam tanto aspectos positivos quanto negativos. Pessoas guiadas pelo passado são propensas a honrar obrigações e responsabilidades, mas podem ser resistentes a mudanças; pessoas centradas no presente desfrutam melhor o momento, porém, por vezes, têm problemas com o planejamento de suas metas; e pessoas que vivem para o futuro alocam seu tempo com obrigações de longo prazo, no entanto, estas tendem a sacrificar as alegrias do presente e os pequenos prazeres que a vida proporciona.

O conceito de perspectiva temporal desenvolvido por Boyd e Zimbardo não se esgota, por óbvio, nesta rápida introdução. Os desdobramentos são muito mais amplos e complexos. O que busca-se aqui é introduzir esta concepção para possibilitar um novo olhar em relação aos avanços científicos – uma nova perspectiva sobre mudanças que as novas tecnologias estão promovendo em todas as esferas de nossas vidas.

Atualmente, a ciência progride com muita velocidade e importantes descobertas são verificadas diariamente em diferentes searas. Vivemos uma época de inúmeros avanços científicos e dentre eles encontra-se a nanotecnologia, a qual, apesar de pouco esclarecidas à sociedade de modo geral, vem adquirindo um espaço significativo. Em capas de revistas científicas e mesmo em conferências ao redor do globo já utiliza-se o bordão: o futuro é nano. Mas em que consiste exatamente a nanotecnologia?

2 COMPREENDENDO A NANOTECNOLOGIA

A maioria dos historiadores atribui ao físico Richard Feynman a criação do conceito de nanotecnologia. Em seu discurso intitulado *There's Plenty of Room in the Bottom* (1959), Feynman imaginou um mundo no qual as máquinas poderiam ser miniaturizadas. No futuro idealizado por ele, quantidades significativas

de informações poderiam ser codificadas em minúsculos espaços, pavimentando o caminho para inovações tecnológicas surpreendentes. Contudo, foi o livro *Engines of Creation: The Coming Era of Nanotechnology*, de 1986, de K. Eric Drexler que realmente colocou a ideia da nanotecnologia no mapa. O autor imaginou um futuro de nanorrobôs auto-replicantes – máquinas capazes de construir outras máquinas – no qual uma infinidade de dados encaixariam-se em um *chip* do tamanho de um cubo de açúcar.

A nanotecnologia² pode ser definida como o conjunto de técnicas multidisciplinares que permitem o domínio de partículas com dimensões extremamente pequenas. Falar em nanotecnologia é falar, essencialmente, na manipulação e controle de materiais no nível atômico e molecular. O manuseio da matéria opera-se na escala nanométrica.³ Com um microscópio de varredura eletrônica, cientistas são capazes de remanejar características de elementos minúsculos para criar novas funções e também novas propriedades.

Para compreender melhor como o procedimento ocorre, tomemos como exemplo o jogo de tabuleiro Scrabble. O objetivo deste jogo é movimentar determinadas peças e formar palavras interligadas e quem formar mais palavras, vence. Durante a partida, os jogadores têm total liberdade para realocar as letras e criar novas palavras, por exemplo, o termo AMOR pode tomar a forma de ROMA ou, ainda, após o acréscimo de uma nova letra, originar a palavra AROMA. Na seara da nanotecnologia, ocorre processo semelhante: cientistas criam novas características de partículas desde o seu nascedouro.

Para uma visão mais prática, pense na possibilidade de modificar moléculas para repelir a absorção de água, a fim de construir um tecido impermeável. Esta tecnologia é perfeitamente aplicável a sapatos, camisas ou calças (ULTRA, 2012), viabilizando ao beneficiário, por exemplo, caminhar na chuva sem molhar-se. Os

² Para fins deste texto, adotamos a expressão no singular, embora não se desconheça seu emprego no plural por alguns autores. Nesse sentido: “Note-se que não se trata de uma tecnologia única, mas um agrupamento multidisciplinar de física, química, engenharia biológica, materiais, aplicações e conceitos em que tamanho é a definição característica [...] Com isso, utilizar o termo no plural (“nanotecnologias”) expressa de maneira mais completa essa tecnologia” (HOHENDORF; COIMBRA; ENGELMANN, 2016, p. 153).

³ Um nanômetro equivale a um bilionésimo do metro (1×10^{-9}). É algo muito pequeno, a referência espacial poderia ser uma moeda de 10 centavo em relação ao planeta Terra.

desagradáveis respingos de comida na roupa, algo comum de ocorrer durante o almoço, não mais representariam uma ameaça se o prejudicado estivesse trajando uma camiseta nanotecnológica.

A nanotecnologia e a nanotecnociência estão trazendo consigo a possibilidade de uma verdadeira revolução em nossas vidas. Há pouco tempo falava-se em descobertas microscópicas; hoje, a discussão reside nas inovações geradas na escala nano. Com a finalidade de extrair a maior quantidade de benefícios, a ciência investiga patamares cada vez menores de estruturas naturais, fomentando curiosidades e desafios (WERMUTH, 2014, p. 8). O impacto estimado é tão grande que, segundo dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o mercado de produtos nanotecnológicos movimentará 1 trilhão de dólares até 2018. Longe de ser mera promessa futurística, a nanotecnologia está incorporada na rotina da sociedade contemporânea.

3 APLICAÇÕES DA NANOTECNOLOGIA

Os compostos em escala nanométrica estão presentes em diversos produtos usados diariamente pelas pessoas, como band-aids, aparelhos eletrônicos, medicamentos, alimentos, cremes dentais, bolas de tênis, cosméticos com filtro solar, preservativos masculinos, bebedouros e secadores de cabelo. As aplicações da nanotecnologia, principalmente em relação a nanorrobôs e nanomáquinas, são quase infinitas. O futurista Peter Diamandis (2016) elenca aquelas que, em sua visão, serão concretizadas nos próximos anos e que possuem o potencial de transformar o mundo como o conhecemos, por exemplo:

Tratamento de câncer: nanorrobôs e nanomáquinas injetáveis poderão acessar nossa corrente sanguínea para identificar e destruir células cancerosas com mais precisão e eficácia. Imagine quantos pacientes com câncer poderão ser curados e quantas vidas salvas com a utilização de nanotecnologia no futuro.

Materiais superfortes e ultrarresistentes: pesquisadores estão dedicando-se a estudar metamateriais, ou seja, materiais artificiais modificados para adquirir propriedades desejadas as

quais não existem em sua forma natural. Uma equipe da Caltech (BOURZAC, 2015) desenvolveu compostos em nanoescala extremamente leves e, ao mesmo tempo, ultrarresistentes. Imagine o emprego desta tecnologia em veículos, estes não destruiriam-se em colisões, reduzindo o número de mortes decorrentes de acidentes de trânsito em todo mundo. Imagine ainda a possibilidade de desenvolver estes materiais para residências, tornando-as aptas a suportar as adversidades da natureza sem desabar.

Esponjas oceânicas: um estudo publicado na revista IOP Publishing apresentou uma esponja de nanotubos de carbono capaz de absorver contaminantes de água, como fertilizantes, pesticidas e produtos farmacêuticos com muito mais eficiência do que as tecnologias anteriores. Imagine os impactos dessa tecnologia no futuro, sobretudo a possibilidade de utilizá-la em mares, rios e oceanos para promover um ambiente mais limpo para a fauna marinha.

Sensores de saúde: no futuro, nanorrobôs seriam capazes de monitorar nossa saúde, nosso sangue e nossos batimentos cardíacos. As nanomáquinas nos notificariam sempre que algo estivesse errado ou fora do controle. Seriam, ainda, capazes de detectar alimentos estragados, inflamações em nosso corpo e muito mais. Imagine ter uma vida mais longa e com mais saúde. Surpreendente, não é mesmo?

4 NANOTECNOLOGIA E DIREITO PENAL

Apesar das inúmeras contribuições da nanotecnologia, seu manuseio e aplicação fomenta muitas incertezas, sobretudo relacionadas aos riscos nocivos à saúde e ao meio ambiente. Ao mesmo tempo que aquela revoluciona a sociedade e introduz novos parâmetros, suas aplicações trazem consigo a preocupação sobre os riscos resultantes de sua utilização. Estudos apontam para a ameaça iminente de impactos ambientais e prejuízos aos seres humanos. Mesmo em nome do progresso humano, os riscos não podem ser ignorados e desprezados, pois podem transformar-se em danos efetivos àqueles que buscam inicialmente beneficiar-se.

Há todo um temor de que o ser humano não seja mais capaz de controlar aquilo que ele mesmo produziu, tornando-se vítima de efeitos imprevistos e indesejáveis. Ao gerar riscos inusitados, a formatação do universo nanotecnológico desafia o conhecimento científico a trabalhar em duas frentes: a criação do novo e a gestão do risco, em grande parte desconhecido, que esse novo provocará (ENGELMANN, 2015, p. 53). Este cenário agrava-se na sociedade do risco descrita por Beck (2002), a qual passa a ter que lidar com um novo ingrediente oriundo da nanotecnologia: “a produção de efeitos – negativos e positivos – em escala invisível e com as propriedades físico-químicas modificadas, um potencial de risco ainda maior” (HOHENDORFF, 2015, p. 20).

Nesse contexto de riscos, pouco debate-se sobre as aplicações militares da nanotecnologia. Nos últimos anos, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos recebeu milhões de dólares dos fundos da National Nanotechnology Initiative (NNI) para desenvolver pesquisas na área. Na seara militar, a nanotecnologia está sendo aplicada principalmente em chips de computador com tamanhos estruturais inferiores a 100 nanômetros. No entanto, existem outras tecnologias militares em fase de pesquisa e desenvolvimento que merecem atenção, afinal, seu desconhecimento poderá ocasionar graves consequências para o futuro da humanidade.

O físico experimental Jürgen Altmann (2015, p. 119-120) oferece exemplos de aplicações específicas das novas descobertas no âmbito militar, demonstrando ser possível construir armas cada vez mais letais. Em se tratando de veículos não tripulados, a nanotecnologia permitiria o aprimoramento de sensores e materiais empregados na sua confecção. Sem pilotos, aeronaves poderiam desempenhar curvas aéreas ainda mais estreitas e atirar mais rápido. Os drones utilizados pelo Governo dos Estados Unidos para atacar o Paquistão e o Afeganistão tornariam-se ainda mais lesivos. Novas modalidades de veículos aéreos mediriam centímetros ou mesmo milímetros, parecendo-se com insetos de potencial altamente nocivo.

A nanotecnologia seria apta a reduzir o peso das armas convencionais com a adoção de compósitos de nanofibras, sendo assim, as munições igualmente poderiam ser construídas livres de metais. Os nanomateriais fomentariam o desenvolvimento de

mísseis com drásticas reduções de tamanho, peso e custo, embora com velocidade de lançamento e força de impacto superiores. A precisão dos alvos seria igualmente aperfeiçoada. Microrrobôs poderiam ser usados para entrar dissimuladamente em um sistema militar e explodir uma pequena carga. De modo coletivo, assumiriam a forma de um enxame, bloqueando entradas de ar e liberando materiais abrasivos. As aplicações militares da nanotecnologia constituem um campo aberto a ser pesquisado.

A discussão, igualmente, revela-se imprescindível no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, diante da possibilidade de vislumbrar, no futuro, a nanotecnologia como forma de potencializar a internalização tanto da vigilância quanto da pena. Como hipóteses de aplicação da nanotecnologia, vislumbra-se a colocação de implantes imperceptíveis em apenados; o monitoramento, rastreamento e controle constante por nanorrobôs; o disparo de calmantes na corrente sanguínea de indivíduos “perigosos”; o emprego de nanoestruturas para tornar criminosos mais dóceis, e assim por diante (WERMUTH, 2014, p. 8).

Equivoca-se quem pensa que o Direito, e notadamente o Direito Penal, estão alheios à nanotecnologia. A Lei 12.654/2012, ao prever a coleta de material biológico para obtenção de perfil genético como forma de identificação criminal, introduziu o Direito Penal no universo nanotecnológico, iniciando um diálogo interdisciplinar entre estas áreas do conhecimento. Se a utilização do DNA⁴ para fins de investigação criminal já fomentava diversas problemáticas à época do advento da lei – como o caráter pessoal e sensível das informações e a violação de direitos fundamentais –, a revolução nanotech deve incitar ainda mais reflexões, pois concedeu a habilidade de manipular o próprio código genético.

O emprego de tecnologias em escala nano na seara da investigação e persecução criminal poderá resultar em toda espécie de intromissão na vida, privacidade e personalidade humana. Em prol da tão almejada “segurança”, seriam originadas graves violações a direitos fundamentais, conquistados a duras penas ao longo da história da humanidade. Até que ponto poderemos confiar no material genético recolhido no local do crime como elemento idôneo? O material coletado seria capaz de comprovar a

autoria do delito? Qual o nível de certeza quanto à titularidade, se este pode ser produto de alteração? Como questionar a prova de DNA, ainda vislumbrada por muitos como indiscutível e incontestável? Como realizar a coleta, rotulagem e transporte do material adequadamente? Temos, no Brasil, mecanismos que viabilizem tais procedimentos? A persecução criminal necessita ingressar no mundo da nanotecnologia?

O diálogo entre o Direito Penal e a nanotecnologia, como é possível observar, suscita mais perguntas do que respostas. A complexidade do debate é tamanha que delimitar as noções da nanotecnologia e os efeitos decorrentes de sua manipulação é uma árdua tarefa para os próprios cientistas. O que podemos esperar dos atores judiciais, que, cedo ou tarde, deparar-se-ão com problemas dessa natureza, sem ter os conhecimentos técnicos que demandam as imprevisíveis, complexas e sofisticadas nanotecnologias? O que o futuro reserva para o Direito Penal e Processual Penal?

A nanotecnologia está em nosso presente e estará em nosso futuro. O verdadeiro desafio é saber como utilizar de forma adequada as novas descobertas científicas, tendo a consciência de que suas aplicações podem ocasionar problemas ambientais, socioeconômicos, éticos e, fundamentalmente, relacionados às liberdades individuais. A discussão transcende, pois, o plano técnico-científico e diz respeito à coletividade, que se vê tanto diante da possibilidade de gozar benefícios quanto de sofrer malefícios (PINTO, 2007).

Tal qual um músico de orquestra, que coloca em xeque o êxito de toda a sinfonia mediante qualquer descompasso de notas, não podemos assumir uma postura egoísta e impensada em relação à nanotecnologia. Devemos, sim, destinar nossa preocupação aos desdobramentos da revolução invisível que se inicia.

5 UM OLHAR PARA O FUTURO

Pessoas que pautam-se no passado ou no presente talvez vislumbrem os aspectos referidos no presente texto como irrealis, futuristas ou distantes da realidade, em síntese, como desatinos

4 A cadeia de DNA tem entre 2,2 e 2,4 nanômetros de largura.

que não merecem preocupação. No entanto, nunca é demais recordar que a história registra convicções céticas semelhantes no passado, as quais mostraram-se absolutamente equivocadas ao longo dos séculos:

1830: “Viajar em alta velocidade sobre trilhos não é possível porque os passageiros, sem poder respirar, iriam morrer de asfixia” (Dionysius Lardner, escritor científico);

1876: “Este ‘telefone’ tem desvantagens demais para ser considerado um meio de comunicação, não tem valor algum para nós” (memorando interno da Western Union);

1895: “Máquinas voadoras mais pesadas que o ar são impossíveis” (Lord Kelvin, matemático e físico britânico);

1903: “O cavalo está aqui para ficar, mas o automóvel é apenas uma moda” (Horace Rackham, Presidente do Michigan Savings Bank);

1936: “Um foguete nunca será capaz de sair da atmosfera da Terra” (New York Times);

1977: “Não há razão alguma para alguém querer ter um computador em casa” (Ken Olsen, presidente da Digital Equipment Corporation).

Assumir uma postura impensada em relação à matéria, como o fizeram os autores das frases colacionadas, contribui apenas para que o cenário agrave-se. Com isso, não se está afirmando que os referenciais temporais voltados ao passado e presente sejam equivocados; busca-se sublinhar que é essencial, no contexto dos avanços científicos, que cada pessoa construa uma perspectiva balanceada para conseguir transitar entre orientações temporais e preparar-se para o novo, o diferente e desconhecido.

Fomos ensinados a pensar de forma linear, mas as revoluções tecnológicas atuais exigem uma nova ótica, pois evoluem em padrão diverso: o exponencial. A sociedade tecnocientífica na qual vivemos demanda uma perspectiva orientada para o futuro. A capacidade de projetar-se no amanhã – antecipando, realizando planos e organizando possibilidades vindouras – representa uma das mais incríveis características individuais.

O desafio imposto pela nanotecnologia requer novos olhares, anuncia conflitos que exigirão solução e demanda o estabelecimento de limites. O Direito, como ciência social e de impacto, precisa igualmente estar atento à essa (r)evolução, para que não

fique em descompasso com as transformações que ocorrem no mundo e nas demais áreas do conhecimento.

As ciências jurídicas devem buscar um novo espaço junto às demais disciplinas, especialmente no tocante à nanotecnologia. Estudiosos de diversos campos já debatem sobre a regulação de questões atinentes às ameaças que tais evoluções trazem à saúde humana e ao meio ambiente. E, enquanto todos os demais setores discutem a questão, o Direito esconde-se atrás da invisibilidade dos riscos.

Para que o Direito (Penal e Processual Penal) possa enfrentar o que vem adiante deverá, necessariamente, adotar duas medidas: perpassar outras áreas do saber, para melhor compreender as realidades viabilizadas pelas novas tecnologias nas suas complexidades; e permitir o ingresso de ideias oriundas de outras disciplinas. Somente dessa forma surge a possibilidade de construção do jurídico penal e processual penal em condições de aliar o desenvolvimento científico com o respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

O Direito precisa, em síntese, de uma perspectiva temporal orientada para o futuro. Cabe a todos nós – enquanto cidadãos, atores judiciais e membros da sociedade – direcionar nossas preocupações para a nanotecnologia e, acima de tudo, para as ameaças advindas de sua utilização. Afinal, como uma vez destacou o brilhante cosmólogo e astrônomo real britânico Martin Rees, “quando o que está em risco é nosso futuro, quem é capaz de decidir qual risco pode ser considerado aceitável?”

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidade. Barcelona: Paidós Ibérica, 2002.
- BOURZAC, Katherine. Nano-architecture: a Caltech scientist creates tiny lattices with enormous potential. **MIT Technology Review**, Cambridge, 27 fev. 2015.
- BOYD, John; ZIMBARDO; Philip. **O paradoxo do tempo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e a gestão transdisciplinar da inovação. In: _____.; WITTMANN, Cristian (Orgs.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.
- NEVES PINTO, Gérson. Nanovigilância: qual é o limite? **IHU Online**, São Leopoldo Unisinos, v. 7, n. 241, 29 out. 2007.
- HOHENDORF, Raquel Von; COIMBRA, Rodrigo; ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador. **Revista de Informação Legislativa**, v. 209, p. 151-172, 2016.
- HOHENDORFF, Raquel Von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no Direito: os aportes necessários da transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Orgs.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.
- ULTRA Tech International. The Official Ultra-Ever Dry Video - Superhydrophobic coating - Repels almost any liquid! **Youtube**, 12 nov. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/Q1fH95>>. Acesso em: 24 mar 2016.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; FORNASIER, Mateus de Oliveira. Direito Penal e novas tecnologias: um diálogo necessário. In: SALÃO DO CONHECIMENTO, 9., 2014, Ijuí. **Anais...** Ijuí: Unijuí, 2014. v. 1, p. 1-11.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: MITOS, DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA REALIDADE DO RIO GRANDE DO SUL

Bruno Seligman de Menezes¹
Humberto Ramos Zweibrücker²

-
- 1 Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal Empresarial (PUCRS). Professor de Direito Penal e Processo Penal (FADISMA/UNIFRA). Membro do IBCCRIM. Advogado Criminalista.
- 2 Acadêmico de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas que uma das principais novidades do processo penal brasileiro da atual década atende pelo nome de audiência de custódia. Instituída oficialmente pela Resolução nº. 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O surgimento desta remonta a iniciativas da Defensoria Pública da União, no estado do Amazonas, e do Ministério Público Federal, no estado do Ceará, as quais, por meio de Ações Cíveis Públicas, conseguiram que fosse instituído tão importante instituto.

O fundamento da audiência de custódia é por todos conhecido e reside na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vulgarmente conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, a qual, no artigo 7.5, determina que “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”. A partir de tal dispositivo, passou-se a compreender que o sistema cartorial, instituído pelo Código de Processo Penal, que determinava que a remessa do auto de prisão em flagrante fosse realizada no prazo de 24 horas, deveria ser substituída por outro mais moderno, o qual consolidasse o direito de o preso de, pessoalmente, ser apresentado ao juiz para decidir sobre sua segregação ou liberdade.

É desnecessário dizer que, a partir da regulamentação pelo CNJ, a qual teve ampla aceitação pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF 347), a comunidade jurídica agitou-se, dividindo-se entre favoráveis e contrários. Entre estes, previsões catastróficas de aumento de violência e impunidade; entre aqueles, expectativa de redução de abusos e prisões desnecessárias.

Passados pouco mais de ano e meio da regulamentação pelo CNJ, convém analisar os dados, a fim de pontuar se houve efetiva adesão do Estado do Rio Grande do Sul ao instituto e se, em certa medida, ele atendeu a alguns dos vaticínios de quando sua instituição.

2 O ATUAL PANORAMA DO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO NO BRASIL

A discussão sobre o encarceramento massivo no Brasil não é recente e, ainda que tímidas, algumas medidas foram adotadas no âmbito legislativo para tentar diminuir o cenário de superlotação carcerária. Tais medidas, entretanto, não encontram significativo amparo no âmbito judicial.

No ano de 2011, a mais recente reforma da matéria relacionada às prisões cautelares introduziu as medidas cautelares diversas da prisão no Capítulo V do Título IX do Código de Processo Penal (CPP). Com autodeclarado intuito de que a prisão somente fosse utilizada quando fracassadas as medidas cautelares (artigo 282, §4º), na prática as cautelares acabaram representando muito mais uma etapa posterior à prisão do que prévia a ela. A esse respeito, anota Giacomolli, que “um dos objetivos das medidas cautelares diversas da prisão preventiva é diminuir a ampla utilização, no Brasil, do recolhimento cautelar ao cárcere” (2013, p. 102). Entretanto, Lopes Jr. pontua que a deturpação das medidas cautelares é uma preocupação real, essas sendo ineficientes como redutoras de danos. Complementa, ainda, que a banalização do controle é um grande problema, pois o objetivo buscado com as medidas, o de reduzir as prisões cautelares, não foi alcançado, dando ensejo a um maior espaço de controle estatal sobre a liberdade dos indivíduos (LOPES JUNIOR, 2017, p. 155-156).

Vale dizer que prende-se tanto ou mais do que antes, com a diferença que aquele sujeito que, após a prisão, obteria liberdade provisória, agora terá uma medida cautelar adicional com que se preocupar. A realidade fática é que, em que pese a inclusão de medidas de política criminal a fim de evitar a política de encarceramento em massa no Brasil, um estudo realizado pelo CNJ, em 2014, constatou que 40% dos presos são cautelares (provisórios) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014). Não apenas não houve diminuição do percentual de presos cautelares, como, pelo contrário, percebeu-se um aumento, desde 2011, conforme o gráfico retirado do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Figura 1) (BRASIL, 2014).

Gráfico 3 - Evolução comparativa do número de pessoas no sistema prisional, número de vagas e presos provisórios

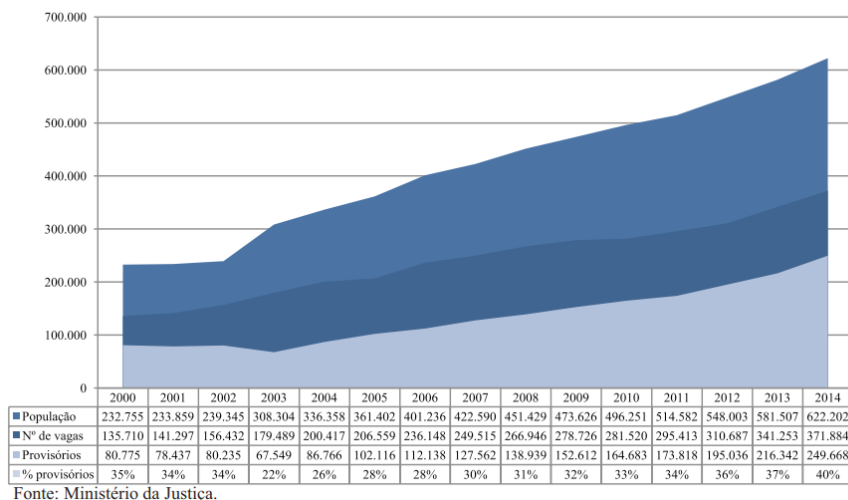


Figura 1 – Evolução comparativa do número de pessoas no sistema prisional, de vagas e de presos provisórios.

Fonte: BRASIL, 2014.

Neste sentido, Lopes Junior credita o aumento no número de presos cautelares à falha das mudanças legislativas, à falta de estudo prévio no impacto carcerário, assim como ao não acompanhamento da implementação efetiva de tais mudanças. Vale dizer que de nada adianta moderna legislação se não houver um efetivo acompanhamento e uma sensível transformação na cultura judiciária (inquisitorial-encarcerizadora dominante) (LOPES JUNIOR, 2017, p. 15).

Os últimos dados do Conselho Nacional de Justiça demonstraram que a soma total de presos, considerando não apenas os no sistema penitenciário, mas também os domiciliares, chegou a 711.463 detentos. O Brasil, com isto, já atinge a marca de 358 presos para cada 100 mil habitantes, posicionando-se como o terceiro país com a maior população carcerária do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos (2.228.424) e da China (1.701.344) em números absolutos. Ainda, o Brasil é considerado o 13º mais violento do mundo e, das 50 cidades mais violentas do planeta, 16 estão no nosso país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Diante do notório fracasso da Lei nº 12.403/2011, uma vez que a introdução das medidas cautelares diversas da prisão no Código

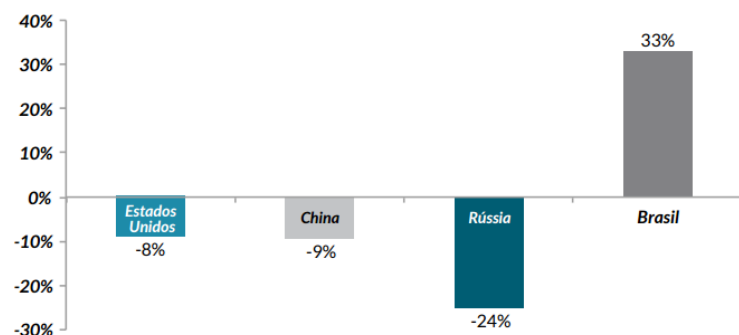
de Processo Penal não resolveu o grave problema da superlotação dos presídios brasileiros, a audiência de custódia apresenta-se como uma nova tentativa de evitar prisões desnecessárias.

3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO MECANISMO PARA DIMINUIÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA PROVISÓRIA: EM BUSCA DE UMA NOVA CULTURA PROCESSUAL PENAL

Como já dito, imerso na crise do sistema carcerário – por todos conhecido e devidamente apontado na ADPF 347 –, a audiência de custódia surgiu como principal alternativa ao encarceramento em massa. Sua finalidade é bastante simples, divisar os que necessitam permanecer presos daqueles que podem responder em liberdade.

A preocupação acerca do cenário carcerário justifica-se muito mais por seus números relativos do que pelos absolutos. Vale dizer, em um país de extensão continental como o Brasil, seria claro que o número de presos deveria ser elevado. O que não se esperava era que os números relativos assustassem tanto. Como pode-se ver na Figura 2, entre 2008 e 2014, o Brasil é o único, dentre os quatro países com maior população prisional do mundo, que registrou uma elevação na taxa de aprisionamento, no mesmo período, os demais países reduziram seu percentual (BRASIL, 2014).

Figura 3. Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014 nos 4 países com maior população prisional do mundo



* Comparação entre 2008 e 2013 (último dado disponível)

Fonte: elaboração própria, com dados do ICPS

Figura 2 – Variação de taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014 nos 4 países com maior população prisional do mundo.

Fonte: Elaborado pelos autores com dados do ICPS.

Segundo Paiva, a audiência de custódia apresenta-se exatamente em “contexto de conter o poder punitivo, de potencializar a função do processo penal – e da jurisdição – como instrumento de proteção dos direitos humanos e dos princípios processuais” (2017, p. 29). Andrade e Alflen consideram que só pelo fato do Brasil ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) há mais de vinte anos seria o suficiente para que a audiência de custódia estivesse em pleno funcionamento, sobretudo pela leitura dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 31-32).

Porém, foi necessária a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, para que, em fevereiro de 2015, dessem início a um projeto-piloto, com a finalidade de implementar no Brasil, administrativamente, o instituto, de forma experimental, no estado de São Paulo. Isso porque, segundo os autores, houve uma estagnação no Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011, o qual previa a pronta apresentação do preso em flagrante à autoridade judicial. Esta deu-se por causa de inúmeras manifestações tanto de apoio quanto de contrariedade, por instituições públicas e representativas da sociedade civil. Havia, nesse contexto, forte pressão das entidades de classe e representantes dos di-

reitos humanos e, diante da demora do Senado Federal pela sua aprovação, a Câmara dos Deputados apresentou duas Propostas de Emenda Constitucional e outros projetos de lei propondo a inserção da audiência de custódia no Brasil. O Poder Judiciário, por sua vez, ora era favorável à autoaplicabilidade dos tratados e convenções, ora entendia esses como desnecessários (ANDRADE; ALFLEN, 2016, p. 11-12).

Implementação do instituto à parte, convém definir os propósitos e limites da controvertida figura. Paiva (2017, p. 41) a define como sendo a condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que, respeitando o contraditório e a ampla defesa, verificará a legalidade e necessidade da prisão, além de atestar eventual caso de maus tratos ou tortura.

A base legal da audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, repousa, como já dito, nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, dos quais Brasil é signatário, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que foi aderida pelo Brasil em 1992. Também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a convenção prevê no item 5, do artigo 7º, que

[t]oda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (CADH, 1969).

Igualmente, encontra-se previsto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), internalizado por nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n.º 592/1992, no item 3 do artigo 9 que

[q]ualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade [...] (PIDCP, 1966).

Andrade e Alflen afirmam que, ainda que esta seja a lógica dos textos internacionais que a instituíram, nenhum deles estabe-

leceu um prazo certo e determinado para que tal apresentação se concretizasse. Ao contrário, todos eles usaram expressões de significado vago, relativos ao momento adequado para a apresentação (2016, p. 66). Nesse sentido, a Resolução nº 213, do CNJ, de 15/12/2015, em seu artigo 1º, preencheu tal lacuna ao definir o prazo de até 24 horas após a comunicação do flagrante para a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente.

Ressalta-se que entre as possíveis consequências da audiência de custódia estão o relaxamento de eventual prisão ilegal (artigo 310, inciso I, do CPP); a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (artigo 310, inciso III, do CPP); a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (artigos 310, inciso II, parte final e 319, do CPP); a conversão desta em prisão preventiva (artigo 310, inciso II, primeira parte, do CPP); a análise do cabimento da mediação penal; o encaminhamento de providências para apuração de eventual prática de maus tratos ou tortura no ato da prisão; e os encaminhamentos assistenciais.

Muito embora, aparentemente, o instituto somente socorra a concretização de Direitos Humanos, evitando prisões ilegais e desnecessárias, esse sofre crítica, especialmente vindas de um segmento mais conservador e punitivista das carreiras jurídicas. Recentemente, foi divulgado em blogs especializados um manifesto “contra o garantismo e a impunidade” firmado por mais de 150 membros do Ministério Público, dentre os quais, dois terços são pertencentes ao Parquet gaúcho. Em um de seus parágrafos, em meio a clichês e expressões sem qualquer rigor científico, pontuam que

Você pensa que eles se preocupam com sua vida, mas criaram uma audiência que resultou no aumento daqueles casos em que o marginal perigoso é imediatamente solto e faz outras vítimas nos dias seguintes. É O QUE ELES CHAMAM DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. (destaque do original) (PROMOTORES, 2017).

Por mais que essa estratégia de propaganda venha sendo utilizada por agentes públicos, ela não reflete, em nada, a realidade. A ONG HumanRightsWatch apresentou relatório de um estudo que demonstra que o programa piloto da audiência de custódia, realizado no Maranhão, está ajudando a reduzir o número

de presos provisórios, uma das principais causas da superlotação das prisões e do recrutamento de novos membros por facções criminosas. Nas palavras do relatório:

[e]m quase metade dos casos que fizeram parte do programa piloto conduzido no Estado que registrou os piores índices de violência em prisões dos últimos anos, os juízes decidiram que não cabia prisão provisória e determinaram a liberação dos detidos. Nos casos em que as decisões foram baseadas apenas nos documentos policiais, os juízes determinaram a liberação do detido em apenas 10 por cento dos casos, embora o direito internacional preveja que a prisão provisória deve ser último recurso, privilegiando a liberdade. (BRASIL, 2015).

Isso dá-se porque, segundo o CNJ, o juiz deve analisar se a prisão observou o princípio da legalidade, da necessidade e da adequação. Conforme o órgão,

[d]urante a audiência, o juiz analisará a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade e da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O juiz poderá avaliar também eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades. (CNJ, 2015).

De acordo com a ONG HumanRightsWatch, a tortura ainda consiste em um problema frequente a ser enfrentado no Brasil. Os abusos ocorrem nas primeiras 24 horas, quando o detido está sobre a custódia policial. A Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos, em 2014, recebeu 2.374 denúncias de torturas em prisões ou delegacias de polícia, um aumento de 25%, em relação à 2013 (BRASIL, 2015).

De acordo com Paiva (2015), a violência e a tortura passaram a ser aceita tanto pelos presos quanto pela sociedade em geral como algo inevitável e padrão, como se normal fosse, diante de tamanha impunidade dos agressores. Isso porque, no ordenamento atual, a oportunidade que o apenado tem de denunciar possíveis abusos sofridos se dá no momento de seu interrogatório, quando da instrução processual. Porém, devido ao tempo decorrido nesse ínterim, a comprovação da materialidade do delito de tortura resta, muitas vezes, prejudicada. O estabelecimento de audiências de custódia torna-se, dessa forma, uma das principais formas de

combate à tortura, a qual pode resultar no banimento da prática e na responsabilização dos agressores.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PRÁTICA E OS DADOS DO RIO GRANDE DO SUL: O FIM DO MITO DE UM TRIBUNAL DE VANGUARDA

Analisar a previsão legal do instituto, por certo, é muito mais seguro e confortável do que partir para os dados que o fundamentam. Para um trabalho ao presente se propôs, não se conseguiria ir atrás de dados primários que pudessem alcançar uma maior fidelidade sobre o tema. Por tal razão a análise a seguir valer-se-á de dados estatísticos mantidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Até junho de 2017, foram realizadas um total de 258.485 audiências de custódia, dentre essas, 115.497 (44,68%) resultaram em liberdade e 142.988 (55,32%) resultaram em prisão preventiva. Em 12.665 casos (4,90%) houve alegação de violência no ato de prisão e em 27.669 (10,7%) houve encaminhamento social/assistencial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Para melhor visualização, a Tabela 1 foi formulada a partir dos números coletados por Tribunais de Justiça de todos os estados brasileiros durante os respectivos períodos pelo CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017):

ESTADO	AUDIÊNCIAS	PERÍODO	PRISÃO PRE-VENTIVA	LIBERDADE PROVISÓRIA
AC	3.115	(14/09/2015 – 30/06/2017)	50,88%	49,12%
AL	1.819	(02/10/2015 – 30/06/2017)	52,45%	47,55%
AM	5.144	(07/08/2015 – 30/04/2017)	51,17%	48,83%
AP	2.933	(25/09/2015 – 30/06/2017)	42,14%	57,86%
BA	6.330	(28/08/2015 – 30/06/2017)	38,75%	61,25%
CE	11.210	(21/08/2015 – 28/06/2017)	59,43%	40,57%

DF	14.585	(14/10/2015 – 30/06/2017)	48,42%	51,58%
ES	14.959	(22/05/2015 – 17/06/2017)	53,79%	46,21%
GO	10.547	(10/08/2015 – 30/06/2017)	55,95%	44,05%
MA	4.327	(Out/2014 – 30/06/2017)	54,33%	45,67%
MG	19.031	(17/07/2015 – 30/06/2017)	52,24%	47,76%
MS	11.842	(05/10/2015 – 05/07/2017)	64,69%	35,31%
MT	5.927	(24/07/2015 – 30/06/2017)	43,72%	56,28%
PA	10.681	(25/09/2015 – 30/06/2017)	55,98%	44,02%
PB	6.027	(14/08/2015 – 30/06/2017)	55,68%	44,32%
PE	8.628	(14/08/2015 – 30/06/2017)	60,35%	39,65%
PI	2.886	(21/08/2015 – 30/06/2017)	55,44%	44,56%
PR	23.558	(31/07/2015 – 30/06/2017)	57,75%	42,25%
RJ	8.559	(18/09/2015 – 30/06/2017)	57,44%	42,56%
RN	3.270	(09/10/2015 – 30/06/2017)	52,26%	41,74%
RO	6.358	(14/09/2015 – 30/06/2017)	62,5%	37,5%
RR	2.303	(04/09/2015 – 30/06/2016)	51,98%	48,02%
RS	6.769	(30/07/2015 – 30/06/2017)	84,83%	15,17%
SC	4.651	(01/09/2015 – 30/06/2017)	49,62%	50,38%
SE	5.127	(02/10/2015 – 30/06/2017)	58,71%	41,29%
SP	56.682	(24/02/2015 – 30/06/2017)	53,94%	46,06%
TO	1.217	(10/08/2015 – 30/06/2017)	60,48%	39,52%

Os dados gerais evidenciam, desde já, que o temor de a audiência de custódia tornar-se um vetor de impunidade não se sustenta, na medida em que mais de 55% dos casos resultaram em prisão preventiva.

Com relação ao Rio Grande do Sul, os números são ainda mais assustadores. A começar pela baixíssima quantidade de audiências realizadas no período, o que evidencia a refratariedade da comunidade jurídica gaúcha ao instituto. Convém anotar que o estado, conforme o último levantamento, de 2016, tem pouco mais de 11 milhões de habitantes, sendo o quarto estado mais populoso, atrás de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Bahia e ligeiramente à frente do Paraná (DOU, 2016, p. 47-48).

Entretanto, mesmo com a quinta maior população do país, o Rio Grande do Sul é apenas o décimo-segundo em quantidade de audiências de custódia realizadas, com apenas 6.769. Exclusivamente a título de comparação, o Rio Grande do Sul fez menos da metade das audiências que fizeram o Espírito Santo e o Distrito Federal, décimo-quinto e vigésimo estados, respectivamente, em população.

Não obstante, mais importante do que o desinteresse em implementar a audiência de custódia, o Rio Grande do Sul afirma-se como o estado que mais converte prisões em flagrante em preventiva, com assustadores 84,83%. O segundo colocado é o estado do Mato Grosso do Sul, com 64,69%.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça, os estados que já implementaram a audiência de custódia verificaram que metade das prisões preventivas são desnecessárias e que esta redução pela metade trará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais, evitando-se, também, a construção de novos presídios (CNJ, 2016). Na contramão deste entendimento, o Rio Grande do Sul representa a vanguarda do atraso, multiplicando prisões e estigmatizando medidas de efetivação de direitos humanos.

De tudo, a regulamentação da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico é uma medida de extrema necessidade e evidente importância, na medida em que cumpre dupla finalidade: a de desafogar o atual sistema carcerário, evitando prisões ilegais feitas de maneira arbitrária ou desnecessária, e a de afinar o processo penal interno aos Tratados Internacionais, evitando a

prática da tortura decorrente da prisão e consolidando no Brasil o respeito a proteções internacionais a direitos humanos e garantias fundamentais.

5 CONCLUSÃO

Sendo assim, permite-se concluir que a audiência de custódia, em uma primeira análise, apresenta-se como uma medida imprescindível para diminuir o número de presos provisórios e controlar a nefasta política de encarceramento em massa que coloca em contato indivíduos que são réus primários e sem antecedentes criminais junto de presos condenados, muitas vezes pertencentes a facções criminosas.

Como segunda vantagem, tem-se o ajuste do processo penal brasileiro aos tratados internacionais. Pode-se afirmar que adotar a audiência de custódia reforça o compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos, efetivando o que, por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica dispõe em seu art. 7º, e para além dele, outros tratados. Dessa forma, há a adequação do ordenamento jurídico interno para cumprimento de obrigações internacionais, conforme exige o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), segundo o qual é dever dos Estados-partes a adoção disposições de direito interno compatíveis com as normas contidas no referido Tratado.

Consequentemente, renovam-se as credenciais do Brasil no cenário internacional, em razão da previsão da audiência de custódia não ser uma inovação em nosso ordenamento, haja visto que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos desde 1992.

Por fim, como terceira vantagem, a audiência de custódia inibe a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais, os quais violam os direitos fundamentais do cidadão. Durante o 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais (FONAPE), foram apresentados, pelo presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), à época, Ministro Ricardo Lewandowski, dados do primeiro ano da implementação da audiência de custódia. Estes revelam que, no primeiro ano de

funcionamento, foram registraram 2,7 mil denúncias de tortura e maus-tratos pelos presos, os quais ocorreram entre o momento da prisão e a apresentação do preso a uma autoridade judicial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Na contramão de tudo, o seguimento conservador e punitivista do cenário jurídico-judiciário nacional busca estigmatizar a audiência de custódia como sendo instrumento que aumentará a impunidade e, conseqüentemente, a violência urbana. Em sentido contrário, pode-se concluir que o temor ao mecanismo de controle de legalidade faz com que este núcleo, reacionário, acabe por entender que nulidades e violações a direitos fundamentais são meros entraves na obtenção de condenações criminais.

A par de toda a movimentação contrária, grande parte dela gestada no próprio Rio Grande do Sul, a reação é muito maior do que a necessidade de crítica, na medida em que o conservadorismo da sociedade gaúcha impregnou o Judiciário Estadual, colocando-se como o mais rigoroso do país, em matéria de prisões cautelares, não havendo razão para alarde. Em verdade, é mais do que imperativa a oxigenação da Corte Gaúcha neste tocante. Nunca é demais recordar da breve e profunda lição do Ministro Marco Aurélio Mello, que fala que no direito são os meios que justificam os fins, jamais o contrário (BRASIL, 2005).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Audiência de custódia. 03 ago. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de Custódia**. Brasília: STF, 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Dados Estatísticos/Mapa da Implantação. [201-]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. DOFC, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 mai. 2017.

BRASIL. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1. n. 167. 30 ago. 2016b. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=30/08/2016&jornal=1&pagina=48&totalArquivos=152>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 05 mai. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 02 mar. 2017.

BRASIL. Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. **DOFC**, 22 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-INFOPEN**, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº. 2206, de 07 ago. 2005. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, em 16 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Brasília, DF, 9 set. 2015.

BRASIL: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma. **Portal Humans Rights Watch**, 08 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/267868>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual: comentários à lei 12.403/2011**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Liberdades**, São Paulo: INBCCRIM, n. 17, set.-dez. 2014.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Audiência de Custódia aponta quase 3 mil casos de tortura, revela presidente. **Portal Conselho Nacional de Justiça**, 26 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>>. Acesso em: 09 nov. 2016.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária. **Portal Conselho Nacional de Justiça**, 05 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileir>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

MONTENEGRO, Manuel Carlos; VASCONCELLOS, Jorge. Audiência de custódia chega ao interior para reduzir população carcerária. **Portal Conselho Nacional de Justiça**, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/80541-audiencia-de-custodia-chega-ao-interior-para-reduzir-populacao-carceraria>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: RT, 2012.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PROMOTORES de Justiça lançam manifesto garantismo e “bandidolatria”. **Portal Justificando**, 03 ago. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/03/promotores-de-justica-lancam-manifesto-contra-garantismo-e-bandidolatria/>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

VASCONCELLOS, Jorge. Audiência de custódia é tema do 2º Fórum Nacional de Alternativas Penais. **Conselho Nacional de Justiça**, 22 jan. 2016. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/81384-audiencia-de-custodia-e-tema-do-2-forum-nacional-de-alternativas-penais>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

A REFORMA GLOBAL DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA REFUNDAÇÃO GARANTISTA?

Fauzi Hassan Choukr¹

¹ Pós doutor pela Universidade de Coimbra (2013) .
Doutor (1999) e Mestre (1994) em Processo Penal
pela Faculdade de Direito da Universidade de São
Paulo. Especializado em Direitos Humanos pela
Universidade de Oxford – New College (1996).
Especializado em Direito Processual Penal pela
Universidade Castilla La Mancha – Espanha (2007).
Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. São
Paulo. Brasil.

1 A CONTEXTUALIZAÇÃO DA REFORMA

Nascido em plena época de exceção ao Estado de Direito, sob a égide formal da Constituição de 1937, para atender “ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente” conforme afirma seu próprio preâmbulo, e sob influência do regime fascista italiano, o direito processual penal brasileiro conheceu, fora do Parlamento e pelas mãos práticas de Francisco Campos, sua reunificação legislativa com uma compreensão de democracia profundamente distinta da atual.

Do ponto de vista normativo significou a superação dos Códigos estaduais, fenômeno que teve seu nascedouro com a Constituição de 1891, possibilitando aos Estados-membros a competência legislativa em matéria de processo ao dispor, em seu artigo 34, § 23, entre as atribuições do Congresso, havia a de “legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”, abrindo-se assim, por exclusão, a legislação estadual.

Observadas a partir de um ponto de vista retrospectivo, tais leis não foram suficientes para consolidar uma cultura Republicana. A doutrina processual penal criticou o modelo adotado, enfatizando que “essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal” (MARQUES, 1998, p. 104).²

A pulverização cultural em um momento de reestruturação dos valores fundantes do Estado brasileiro claramente demonstrava que os ideais republicanos apenas estiveram presentes formalmente naquela quadra de nossa História, não sendo suficientes para evitar os reflexos autoritários já existentes e os que

2 Fragmentação que, na verdade, demonstrava muito mais a ausência de uma harmonia cultural mesmo no âmbito do direito positivo, pois Estados como São Paulo, Mato Grosso, Pará, Alagoas e Goiás jamais abandonaram o Código Imperial. Outros, por sua vez, criaram suas próprias legislações, como o pioneiro Rio Grande do Sul, pela Lei nº 24, de 15 de agosto de 1898, e, depois (por ordem alfabética), Amazonas (Lei nº 920, de 1º de outubro de 1917), Bahia (Lei nº 1.119, de 21 de agosto de 1915), Maranhão (Lei nº 507, de 22 de março de 1908), Minas Gerais (Decreto nº 7.259, de 14 de junho de 1926, Pernambuco (Lei nº 1.750, de 04 de junho de 1925), Rio de Janeiro (Lei nº 1.137, de 20 de dezembro de 1912) e Santa Catarina (Lei nº 1.526, de 14 de novembro de 1925).

ainda estavam por vir. Sendo assim, pode-se afirmar que o processo penal não foi um instrumento legal que causou preocupação quando das violências iniciais do Estado Novo (assim como não o seria ao longo do século que se seguiria), tornando a unificação promovida apenas mais dócil à administração desse aparato legal.

Porém, quando da superação do estado de exceção em 1985/1988, a reconstrução democrática imporia a necessária reconstitucionalização do país e, por consequência, uma nova ordem infraconstitucional em todas as áreas do Direito, particularmente no sistema penal e, dentro deste, na ordenação processual penal. Essa nova conformação não haveria, contudo, de limitar-se à adaptação da legislação frente à Constituição de 1988, mas também frente aos tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil.³ Do mesmo modo, e de maneira um tanto mais ampla, aquela limitaria-se pela observância, nos limites da margem nacional de apreciação⁴, das decisões dos tribunais internacionais, notadamente a Corte Interamericana de Direitos do Homem⁵.

No entanto, no direito brasileiro houve uma opção técnico-política pelas reformas segmentadas, cujas supostas virtudes são sobejamente suplantadas por suas deficiências estruturais⁶.

2 O MODELO EM (RE)CONSTRUÇÃO

A reconstrução do modelo⁷ processual penal brasileiro trilha caminhos distintos quando comparado àqueles observáveis no contexto geral da América Latina, em especial aos da América do Sul, e alguns europeus.

3 Cf. BARROSO, 2008; MAZZUOLI, 2009.

4 Cf. DELMAS-MARTY, 2004a.

5 Sobre a observância de forma vinculante das decisões das cortes internacionais ao direito interno, Cf. RAMOS, 2001; PIOVESAN, 2010.

6 Inúmeros trabalhos procuram demonstrar a incongruência entre o modelo constitucional e aquele proveniente do estado autoritário que gerou o código em vigor. Cf. CHOUKR, 1994; COUTINHO, 2001, p. 26-51; PRADO, 2006.

7 Observe-se que “o modelo deve...respeitar certas regras: de coerência lógica (critério de validade interna) e de adequação à realidade (validade externa). em outras palavras, a construção de um modelo supõe a elaboração de um esquema tão próximo quanto possível da realidade, sem deixar de obedecer a uma lei elementar de composição” (DELMAS-MARTY, 1992, p. 51).

Tais diferenças importam ao serem analisados fatores determinantes das reformas. Destaca-se os seguintes aspectos: (i) opção pelo método das reformas; (ii) participação da comunidade acadêmica; (iii) participação dos atores intervenientes no sistema penal; (iv) participação da sociedade civil; e, finalmente, (v) o modo de atuação do Parlamento e do Poder Executivo na condução dos movimentos reformistas.

Ademais, distancia-se substancialmente o Brasil do cenário reformista comparado por suas arcaicas concepções de oralidade – método fundamental para o processo acusatório – e de hipertrofia da atividade policial, as quais apresentam consequências profundas na dinâmica processual e, mais do que isto, no próprio modo cultural do processo penal.

Todas essas variáveis vêm construindo um cenário demasiado fragmentado devido à necessária adequação do modelo infraconstitucional às estruturas constitucionais e convencionais que orientam o processo penal, seja no aspecto normativo propriamente dito, seja no cultural.

2.1 A OPÇÃO POR REFORMAS PONTUAIS OU SETORIAIS

A metodologia das reformas processuais penais no Brasil é explicada a partir da divisão em “quatro perspectivas: a) pontual; b) setorial; c) parcial; d) global” (DOTTI, 1998) proposta por parte da doutrina. “A primeira modifica, suprime ou amplia determinados dispositivos, atendendo a interesses localizados quanto à natureza do bem jurídico afetado, aos meios ou modos de execução do ilícito e à resposta penal [...] A segunda, como a própria designação indica, afeta setores do Código como ocorreu com a Lei 6.416, de 24.05.1977” (DOTTI, 1998).

A parcial, não definida com exatidão no texto citado, é apenas exemplificada pela edição das Leis 7.209 de 1984 e 7.210, de 11.07.1984 e, por fim, as reformas globais são mencionadas pela mesma fonte de forma exemplificativa, com

a) com a outorga do Código Criminal do Império (1830), substituindo o direito das ordenações [...] b) com o Código Penal de 1890, que nasceu com a mudança da forma política do Estado (da Monarquia para a República)” e, por fim, “com o Código Penal do Estado Novo (1940) que teve como bases

fundantes o regime autoritário de Governo e paradigmas da Escola Técnico Jurídica que orientou o *Codice Penale* de 1930. (DOTTI, 1998).

Tal classificação parece inofensiva e suas premissas/consequências jurídico-políticas não são explicitadas no texto mencionado, tampouco aparecem de forma clara nos textos acadêmicos sobre o assunto.⁸ A realidade é que, por conta dessa visão, o atual Projeto de Lei oriundo do Senado da República⁹ configura a única tentativa, em 25 anos¹⁰, de reformar por completo o Código de Processo Penal e a primeira com esse perfil desde a reconstitucionalização de 1988. Trata-se de tarefa de inegável ineditismo republicano, pois, desde 1891, o país não conhece um Código de Processo Penal unificado como expressão da atividade parlamentar.¹¹

Desta forma, o Brasil coloca-se tardiamente na rota das reformas globais empreendidas pela imensa maioria dos países latino-americanos¹² que reconstruíram suas bases político-jurídicas no estado de direito¹³, bem como em relação a alguns países paradigmáticos para a cultura processual brasileira, como Itália e Portugal que, com maior ou menor velocidade, adaptaram por completo sua estrutura processual às bases constitucionais condizentes com a reforma política, assim como com os textos internacionais¹⁴ diretamente aplicáveis ao tema,¹⁵ buscando dar, assim, vida prática – e

8 Algumas das manifestações críticas a essa opção podem ser encontradas em COUTINHO, 2010.

9 Criada na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº(s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº(s) 11, 17 e 18, de 2008.

10 Para uma ampla visão das tentativas de reforma do CPP em termos parciais e globais, Cf. PASSOS, 2008.

11 Assim, descontando o anteprojeto incumbido a Hélio Tornaghi (1963), o qual jamais foi apresentado ao Parlamento, a última tentativa de reforma global do CPP ficou a cargo dos trabalhos de Frederico Marques e seu então anteprojeto criado por força do Decreto nº 61.239, de 25 de agosto de 1967. Posteriormente, por força da Portaria nº 32 de 1970 Frederico Marques, juntamente com Benjamim Moraes Filho e José Salgado Martins compuseram, sob a regência do primeiro, a Subcomissão Revisora do Anteprojeto de Código de Processo Penal.

12 Para uma ampla visão do cenário reformista na América Latina, Cf. AMBOS; CHOUKR, 2001.

13 Para uma análise crítica dos projetos reformistas, inclusive sobre a importância nesse processo dos integrantes das carreiras jurídicas e a crítica à posição brasileira, Cf. LANGER, 2007.

14 Cf. CHIAVARIO, 1993; CHIAVARIO, 1992.

15 Neste ponto a seguinte observação é válida: “el Derecho procesal penal de los países latinoamericanos, observado como conjunto, ingresó, a partir de la década del’80, en un período de reformas totales, que, para el lector europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo XIX. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Descrito sintéticamente, se puede decir que este proceso de reformas

não meramente retórica – à clássica concepção de ser o processo penal “o sismógrafo da constituição”¹⁶.

Seguimos relembando a lição trazida por Miranda Coutinho, quem afirma que

não há que se temer as eventuais deficiências do Parlamento e os jogos políticos, muitos menos fazendo de conta que eles não existem ou não têm importância porque não dizem respeito à questão. Por esta dimensão, é inescurecível discurso político aquele que avança contra a reforma global com a idéia da dificuldade de conseguir, no Parlamento, uma mudança de gênero. Mas nenhum mal há nisso, em se fazer um discurso político; muito pelo contrário. No atual estágio do direito, espaço não há para propostas neutras e alheias à ideologia. (COUTINHO, 2001a).

Poderíamos, singelamente, acrescentar que a aparente neutralidade é, em si, uma postura ideologizada e tendente à manutenção do status quo.

Para construir a opção de não reorganizar a ordem processual penal de maneira global é essencial compreender o papel dos atores do sistema penal nessa caminhada. O primeiro deles, devido a sua posição de observação e direcionamento do sistema, é a Academia.

2.2 A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE ACADÊMICA NO MOVIMENTO REFORMISTA

O envolvimento da comunidade acadêmica nos projetos de reforma pode ser visualizado de duas formas distintas: o primeiro ponto de vista é o do comprometimento de setores da intelectualidade processual penal com a formação dos projetos de lei. Nestes pode-se observar a forte presença da denominada Escola Processual de São Paulo¹⁷, influenciadora direta das reformas pontuais desde 1991. Nesse sentido, o engajamento intelectual é,

consiste en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios de los últimos ejemplos de la Inquisición – recibida con la conquista y la colonización del continente –, para sancionar, en más o en menos, leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en la materia durante el siglo XX” (MAIER; STRUENSEE, 2000, p. 17).

16 Expressão construída no direito comparado (ROXIN, 2003, p. 10, entre outros) a qual, recorrentemente, surge em determinados segmentos da doutrina nacional, ganhando, contemporaneamente, espaço na jurisprudência do STF (STF. HC 91386 / BA - Relator: Min. GILMAR MENDES. 19/02/2008)

17 A propósito da formação histórica dessa escola jurídica, Cf. MARQUES, 1977.

em certa medida, compreendido como instrumento para alcance de determinado grau de governabilidade do sistema penal com a edificação normativa de políticas criminais.¹⁸

Não há, neste plano, como fugir da questão de responsabilidade intelectual na formação de políticas de governo (não necessariamente de Estado), tema que, por sua dimensão, não pode ser aqui esgotado, senão meramente lembrado, porquanto implica em dilemas éticos e morais que merecem espaço adequado para reflexão.¹⁹

Do segundo ponto de vista, o da influência das ideias processuais penais, essa mesma Escola, a qual entende-se como

um grupo de autores que compartilham determinada visão sobre a função do direito, sobre os critérios de validade e as regras de interpretação de normas jurídicas e, finalmente, sobre os conteúdos que o direito deveria ter. Em outras palavras, cada escola jurídica oferece uma resposta diferente a três questões: “o que é”, “como funciona” e “como deveria ser configurado o direito. (SABADELL, 2002, p. 21).

consolida uma determinada visão de acusatoriedade do processo que ainda é dominante em largos setores da jurisprudência e da própria comunidade acadêmica. Esta visão autoriza a manutenção de poderes instrutórios do juiz, marco teórico rechaçado pontualmente na Comissão de Juristas²⁰ mas que, para além desse aspecto, não é capaz de conceber uma forma diferente da administração da justiça, com sua reorganização e capacitação próprias, as quais devem orientar um modelo refundado no marco da oralidade como método e da construção do caso penal em audiência.

18 “Política criminal, más que un concepto complejo, es también un concepto problemático. en sus modelos más avanzados la política criminal, como noción de género, es una totalidad más vasta y compleja de la especie ‘política penal’ en este nivel de elaboración la línea de distinción entre la política criminal y la política en sentido amplio (política social, económica ocupacional, urbanística etc.) pierde su pureza inicial” (BARATTA, 1999).

19 Para uma explicação do pensamento de Bobbio, que orienta parte do pensamento aqui desenvolvido e em outros trabalhos de nossa autoria em que o tema surge, Cf. BOTELHO, 2004.

20 PLS 156/09. “Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”. Na justificativa teórica do projeto tem-se que “Noutras palavras, afirma a responsabilidade do Ministério Público no que diz respeito à formação da prova e impede que o juiz se distancie do dever de imparcialidade. Em suma, no processo penal de tipo acusatório, os sujeitos processuais têm papéis mais bem definidos, sendo interdito ao juiz substituir o Ministério Público na função de acusar e de levantar provas que corroborem os fatos narrados na denúncia” (BRASIL, 2009).

A prevalência cultural dessa visão foi historicamente fruto da rarefação do debate na história da cultura processual penal no Brasil. Basta uma passada de olhos pela literatura convencional, a qual orienta a formação do operador do direito no ensino jurídico pátrio, para constatar a aridez da discussão e de seus reflexos no processo penal. Quando essa discussão existe, ela se passa no mais das vezes de uma maneira formal, com uma apresentação “esquemática” e contraposta, com a pobreza de linguagem que se instala-se e com os riscos de autoritarismo que isto implica, como recorda Eco (1998)²¹.

Caminha-se, no cenário brasileiro, da ausência de discussão de fundo sobre as implicações políticas da adoção de determinado modelo diretamente para o sincretismo, diante da aventada superação e envelhecimento da discussão. O resultado prático da produção de décadas desse ambiente acadêmico é que as discussões sobre a reforma assentaram-se exclusivamente em um dos aspectos possíveis da dicotomia inquisitivo-acusatório (o protagonismo judicial na produção probatória [COUTINHO, 2009]) e, nesse reducionismo fincou-se pé em posições que vão desde o escanteamento da inquisitividade como verdadeiro modelo processual (AROCA, 1997, p. 28-29) até aqueles que pretendem assimilar os modelos porque ambos possuem graus aceitáveis de “eficiência” (SCHWIKKARD, 2009). Quando não, aventou-se certa tendência no direito comparado, a qual considera esgotada a divisão rígida entre os dois modelos (DELMAS-MARTY, 2004b, passim) sem que, contudo, emergja uma posição sincrética ou, até mesmo, de construção de um novo modelo²² de forma clara.

Pensada a discussão exclusivamente sob a ótica da realidade pátria, malgrado vozes de peso tenham inclinado-se para a discussão do sincretismo (STRECK, 20019), não nos parece dispensável pontuar as respectivas construções históricas, assim como suas

21 “Todos os textos escolásticos fascistas baseavam-se em um léxico pobre e uma sintaxe elementar, com o fim de limitar os instrumentos para um raciocínio complexo e crítico” (ECO, 1998, p. 50).

22 Por razões cuja explicação ultrapassariam os limites do presente trabalho, descartamos como um “novo modelo” processual penal os mecanismos restaurativos que têm ganho certo destaque de aplicação para determinados “nichos” do direito penal material. Também não cabe aqui, pelas mesmas razões de limitação espacial do presente trabalho, discutir determinados mecanismos presentes no âmbito da denominada “justiça transicional” ou “de transição”. A análise concernente a esses mecanismos está reservada para a versão ampliada deste trabalho a ser oportunamente publicada.

diferenças estruturais, as consequências dessas diferenças na projeção da técnica jurídica e os inconciliáveis resultados práticos das opções (políticas) na vivificação do sistema penal.

No entanto, para além desse aspecto, é de destacar-se que a lei que se discute neste texto não é, como o foi na experiência do sempre festejado código italiano, fruto da Academia em sentido amplo. Lá, como apontado pela doutrina de peso,

a codificação de 1888 é um corpus normativo grandioso que se presta bem a revelar o eco ou a pronta recepção de linhas de política processual elaboradas pela doutrina jurídica. Contém a codificação, além disso, uma radical mudança de sistema que enseja a descoberta das raízes culturais das quais decorreu a superação do rito inquisitório. (AMODIO, 1999).

A Academia, pode-se concluir, não destacou na reforma o papel como verdadeiras escolhas políticas inerentes a determinado modelo processual. A carência de diálogo o qual pode-se dizer interno à Academia, somente perde em espaço quando verifica-se a completa ausência de participação da sociedade civil no ambiente reformista.

2.3 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NO PROCESSO DE REFORMA DO PROCESSO PENAL

A maneira como se deu a reconstrução democrática no Brasil, profundamente distinta de outras situações semelhantes no quadro geopolítico latino-americano, é condicionante direto da maneira de compreender o papel da sociedade civil na reconstrução das instituições jurídicas diretamente envolvidas com temas de segurança pública e, em particular, do sistema penal²³, não sendo possível identificar densidade participativa²⁴ com propostas articuladas e que tivessem um mínimo de coesão a partir dos pressupostos da reconstrução democrática no plano processual penal. A participação da sociedade civil nas reformas penais materiais

23 Para uma ampla visão desse relacionamento na sociedade brasileira, Cf. PINHEIRO, 1999.

24 Como aliás foi ponderado já no início da reconstrução democrática: VIGEVANI, 1989.

dá-se em um outro contexto, com conflitos mais aparentes de interesses e dos denominados bens jurídicos.²⁵

Como regra, a discussão das reformas processuais passa, entre nós, por uma atrofiada visão quanto ao alargamento ou diminuição de direitos “humanos” no processo, sendo que um processo fraco tenderia a ser altamente garantista, ao passo que um processo forte estaria diretamente ligado à diminuição daqueles postulados. Alimentando esse discurso, há a demonização dos direitos fundamentais como fruto direto de uma transição política carente de consolidação.

Em outros ambientes políticos, os quais viveram transição de estados autoritários para a democracia, que tem um perfil de superação do modelo anterior, profundamente distinto do brasileiro no que tange ao comprometimento mais efetivo de proteção dos direitos fundamentais, pode ser visualizada uma participação destacada da sociedade civil por intermédio de organizações não governamentais, até mesmo no árido cenário de reformas técnico-jurídicas como as do processo penal.²⁶

O enfraquecimento do discurso reformista pela ausência da sociedade civil nos debates tem como efeito direto o protagonismo estatal, mesmo quando o tema chegar ao Parlamento, espaço por excelência da ressonância das disputas sociais legítimas. Ausente a sociedade, contudo, resta o debate quase que sindical de ideias, mesmo que lamentações existam quanto à suposta perda de espaço de segmentos do Poder estatal estabelecido.

2.4 A PARTICIPAÇÃO DOS ATORES INTERVENIENTES NO SISTEMA PENAL E A REFORMA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

25 Para uma abordagem ampliada da discussão DELMAS-MARTY, 1991.

26 Observe-se, neste particular, a situação chilena assim descrita: “En la gestión, diseño y tramitación parlamentaria jugó un rol absolutamente clave la sociedad civil, rol que sólo comenzó a disminuir, mas no a desaparecer, durante la etapa de implementación. Ciertamente se trataba de una sociedad civil particular, pues los actores claves eran una ONG más o menos tradicional – la Corporación de Promoción Universitaria- y una Fundación ligada a un grupo periodístico -Paz Ciudadana-, ambas sin pretender representación o un rol agregativo de los intereses de la comunidad, pero con vocación de acercar el conocimiento académico a las decisiones públicas y con una cierta cercanía al mundo político y de toma de decisiones, ligada a la Concertación la primera y a la derecha la segunda. El que ambas trabajaran unidas garantizaba al fin y al cabo un buen nivel técnico y neutralidad política en sus productos” (VIANCOS, 2007, p. 69).

A colaboração formal dos intervenientes processuais penais²⁷ vem sendo esporadicamente noticiada, anotando-se que

A Associação dos Magistrados Brasileiros vem há tempos realizando reuniões de estudo de propostas visando à racionalização processual. Tais estudos levam em consideração a realidade prática do dia-a-dia do processo cível e criminal, tal como apresenta nos Fóruns, postas em segundo plano preocupações de construção abstrata e absolutamente banidas todas as dissensões jurídicas que não sejam marcadas por eminente conteúdo prático. (BENETI, 2001).

Tais ponderações diziam respeito às reformas incipientes na década de 1990, mas podem ser transpostas, sem grandes alterações, para o presente momento. A intervenção mencionada é, no mais das vezes, reativa a proposições nascidas, sobretudo, no âmbito do Poder Executivo, marcada pela apresentação de proposições de caráter pragmático e dificilmente tendentes à reestruturação substancial do modelo em curso.

2.5 PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO NO PROCESSO DE REFORMA DO PROCESSO PENAL

Após a reconstrução democrática, o papel predominante nas reformas processuais penais coube ao Poder Executivo, repetindo o que já havia sido presenciado até mesmo durante o regime militar de 1964/1985²⁸ e em tentativas de reformas anteriores a ele.²⁹

Este domínio do Poder Executivo no tratamento das reformas do sistema penal e, em particular, no ambiente processual penal não é novo e pode ser verificado com a simples constatação de não ter o país conhecido um código de processo penal unificado por iniciativa do Parlamento. Sendo essa a tônica desde o início das reformas pontuais durante o Império que desestruturaram o perfil liberal processual de 1832.

27 Podendo-se expandir, com as devidas variações corporativas, para as demais esferas da burocracia estatal diretamente ligadas ao sistema penal e de segurança pública.

28 Por exemplo, com o festejado anteprojeto Frederico Marques, oriundo do Decreto nº 61.239, de 25 de agosto de 1967 e o projeto de 1983 (PL 1655/1983) dele derivado, retirado do Congresso pelo próprio Poder Executivo em 17 de novembro de 1989.

29 Vide Decreto nº 51.005, de 20 de julho de 1961 e Decreto nº 1.490, de 8 de novembro de 1962, de responsabilidade de Poder Executivo editados com objetivo de impulsionar as reformas dos códigos então em vigor.

Naquela codificação havia forte participação popular (FLORY, 1981), a qual, compreendida nos limites conceituais para a época, era indicativa de um componente político liberal que não se coadunava com as necessidades de centralização do poder político que via-se ameaçado pelas conflagrações separatistas da década de 1830 e que levava o então poder central a dominar o Parlamento a fim de fazer passar as mudanças pontuais que iriam desconfigurar um determinado projeto de governabilidade no sistema penal de cariz liberal³⁰. Esses, na verdade, foram os principais eixos das mudanças pontuais de 1841 (e, na sequência, de 1871).

O efeito produzido por essas disposições não foi exatamente aquele esperado pelos liberais. Pois os juizes de paz e os jurados, dada a sua extração local, pautavam-se no exercício de suas funções, pelos costumes e pela sujeição aos poderosos locais. Por esse motivo, a oposição a uns e a outros tornou-se cada vez mais acirrada e o Código de Processo Criminal se tornaria objeto de intensos debates, que afinal resultariam, em 1841, em sua revisão. (DOLHNIKOFF, 2005, p. 93).

O papel do Legislativo como propulsor de reformas e responsável pela inédita busca de uma reforma global somente viria em um contexto muito específico e de rara repetição na história brasileira, o qual foi a edição dos denominados “pactos republicados” da primeira década deste século, no contexto dos quais nasceu a iniciativa da reformar-se globalmente, pelo Parlamento, os códigos de processo civil e penal. No mais, a participação do Poder Legislativo sempre foi pontual e sem uma conversão cultural do sistema.

3 PARA ALÉM DO DISCURSO REFORMISTA: A NECESSÁRIA REFUNDAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A oportunidade histórica que abriu-se com o PLS 156/2009 (atual PL 8045/2010 na Câmara dos Deputados) impõe que considere-se o atual momento como sendo o da construção de um novo

³⁰ No mesmo sentido, Cf. LOPES, 2000, *passim*.

paradigma processual penal e de sua cultura e não a reforma da (des)ordem anterior.

Trata-se, dessa forma, de romper com a mera constatação de “crise” do funcionamento da Justiça penal, mas, sim, de buscar-se um novo léxico que oriente a reconstrução do marco político-institucional. Assim, este momento apresenta-se, também no Brasil, como se passou no cenário comparado, como o momento de fundação. Há, pois, de ser construído um novo espaço político, jurídico e de saber com outros fundamentos de legitimação: a construção democrática no campo da política e a dimensão dos direitos fundamentais no campo jurídico e, nessas bases, a criação, também, de uma nova Academia.

Tomado sob esse prisma, os trabalhos considerados como reformistas, os quais encaramos como fundacionais podem – e devem – ser aprofundados com vistas a enfrentar as bases que geraram o atual CPP, rompendo definitivamente com aquilo que vimos denominando como estado de denegação substancial da Justiça penal, contexto no qual o processo penal não cumpre nem sua missão social nem sua tarefa jurídica, servindo, apenas, de exercício simbólico do poder estatal que, na literatura convencional denomina-se *jus puniendi*, locução que, em si mesma, é absolutamente incompatível com a complexidade política e técnica do processo penal contemporâneo.

Dessarte, a proposta política que teve seu início no Senado pode e deve ser encaminhada no atual estágio do processo legislativo de modo a não se contentar com alterações superficiais que, ao lado de boas concepções técnicas (como, v.g., o juiz de garantias na fase investigativa), venham a significar alicerces de continuísmos³¹.

Sem uma intransigente alteração na espinha dorsal da investigação criminal, da opção definitiva da oralidade como método no processo³², da funcionalidade legítima das cautelares e do exercício das vias impugnativas típicas de forma racional corre-se o risco de perder-se uma oportunidade que passará para a história

³¹ Como se dá, ainda no campo da investigação criminal, com o modelo investigativo como um todo, cuja forma de construção teórica e de operacionalização prática não se alterarão apenas porque previsto o sobredito juiz de garantias ou mesmo um marco mais bem definido da condição jurídica da pessoa suspeita, ponto também saudável no Projeto.

³² O que significa, por si só, um novo processo penal, uma nova cultura operacional e, sem dúvida, uma nova construção do saber institucionalizado.

como o momento de uma “nova” legislação, a qual, no entanto, terá vindo para que tudo tivesse permanecido como estava.

Mais ainda, da maneira como é conduzida e concretizada, os méritos da reforma ficam no meio do caminho entre boas intenções teóricas de conversão sistêmica para aderir à Constituição, textos internacionais e redações efetivas de normas que não rompem definitivamente com o ethos processual vigente. Há mais do mesmo apenas com uma roupagem mais atual.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Editora Método, 2001.

AMODIO, Enio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo código de processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 25, 1999.

AROCA, Juan Montero. **Principios del Proceso Penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 2, p. 89-114, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENETI, Sidnei Agostinho. Reforma do código de processo penal. **Revista de Julgados e Doutrina**: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 12, p. 15-25, out./dez. 2001.

BOTELHO, André. O poder ideológico: bobbio e os intelectuais. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 62, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n62/a06n62.pdf>>.

BRASIL. Decreto nº 1.490, de 8 de novembro de 1962. Altera e unifica os Decretos números 50.924, de 6 de julho de 1961, 51.005, de 20 de julho de 1961, e 917, de 26 de abril de 1962, que dispõe sobre a Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 nov. 1962.

BRASIL. Decreto nº 51.005, de 20 de julho de 1961. Dispõe sobre a Comissão de Estudos Legislativo do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1961.

BRASIL. Decreto nº 61.239, de 25 de agosto de 1967. Organiza a Comissão de Revisão e Coordenação dos Projetos de Códigos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 ago. 1967.

BRASIL. Senado Federal. Código de Processo Penal: Anteprojeto. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2011.

CHIAVARIO, Mario. Les mouvements de réforme du procès pénal et la protection des droits de l’homme en Italie. **Revue internationale de droit pénal**, v. 64, n. 3-4, p. 1193-1211, 1993.

CHIAVARIO, Mario. Le procès pénal en Italie. In: Delmas-Marty, Mireille (sous dir). **Procès pénal et droits de l’homme**. Vers une conscience européenne. Paris: PUF, 1992.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2., n. 8., p. 57-68. out./dez. 1994.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas a verdade, dúvida e certeza de Francesco Carnelutti. **Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 97-121, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 1, p. 26-51, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Legibus solutio: a sensação dos que são contra a reforma global do CPC. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 18, n. 210, p. 8-9, mai. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Les forces imaginantes du droit** - Le relatif et l'univers. Paris: Seuil, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e Movimentos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille. Pensée moderne et réformes pénales. In: PLANTY-BONJOUR, G.; LEGAIS, Raymond. (dir.). **L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale**. Paris: PUF, 1991.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Processos Penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

DOLHNIKOFF, Miriam. **O pacto imperial** – origens do federalismo no Brasil. Rio de Janeiro: Globo, 2005.

Dotti, René Ariel. A reforma do código penal (história, notas e documentos). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 24, 1998.

ECO, Umberto. **Cinco Escritos Morais**. São Paulo: Record, 1998.

FLORY, Thomas. **El Juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871**: control social y estabilidad política en el nuevo Estado. México: Fondo de cultura Económica, 1986.

LANGER, Máximo. **Revolución en el proceso penal latinoamericano**: difusión de ideas legales desde la periferia. Buenos Aires: Instituto de Estudios Comparados em Ciencia Penales y Sociales, 20 jul. 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MAIER, Julio B. J.; STRUENSEE, Eberhard. **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

MARQUES, José Frederico. O direito processual em São Paulo. São Paulo: Saraiva, 1977.

MAZZUOLI, Valerio De Oliveira. TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009.

PASSOS, Edilenice. **Código de processo penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores**. Brasília, DF: Senado Federal - Secretaria de Informação e Documentação; 2008.

PINHEIRO, Paulo Sérgio et al. (Orgs.). **Continuidade Autoritária e Reconstrução da Democracia**. São Paulo: USP, 1999. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down000.pdf>>.

PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 13, n. 25, p. 321-339, jan./jun. 2010.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos Humanos em Juízo**. 1. ed. v. 1. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica** – introdução a uma leitura externa do direito. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

SCHWIKKARD, Pamela Jane. Procedural models and fair trial rights. In: INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW, 2009, Toronto. **Proceedings...** Toronto, Canada, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Novo código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 183, p.117-139, jul./set. 2009.

VIANCOS Juan Enrique Vargas. Reforma Procesal Penal: Lecciones como Política Pública. In: **A 10 años de La Reforma Procesal Penal**: Los desafíos del nuevo sistema. Chile: Ministerio de Justicia, 2007.

VIGEVANI, Tullo. Movimentos sociais na transição Brasileira: a dificuldade de elaboração do projeto. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 17, p. 93-109, 1989.

QUESTÕES POLÍTICO- IDEOLÓGICAS SOBRE A INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL ESTATAL: LINHAS INICIAIS SOBRE A BUSCA DE UMA GENUÍNA VISÃO SOCIAL¹.

Gabriel Antinolfi Divan²

-
- ¹ O presente artigo traz algumas conclusões parciais das investigações conduzidas no Projeto de Pesquisa Estado de direito, sistemas de justiça e crítica: horizontes de uma 'nova política' junto ao Grupo de Pesquisa Dimensões do Poder e Relações Sociais, vinculado ao PPG/Direito – Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (RS).
- ² Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do PPG/Direito – Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (RS). Advogado. E-mail: divan.gabriel@gmail.com. Site: <http://gabrieldivan.com>.

RESUMO

O presente trabalho expõe duas teses basilares sobre a expansão e a própria justificação do exercício punitivo estatal. Primeiramente, este exhibe o ideário e a posição para que se pense uma atuação estatal-punitiva com fulcro na proporcionalidade e nos valores de um Estado Democrático Constitucional de Direito, gerando um punitivismo que não se percebe enquanto tal. Posteriormente, demonstra-se uma linha de raciocínio pautada nas premissas de um Estado Social, o qual pode também alavancar um punitivismo que, igualmente ao primeiro caso, pode ser facilmente cooptado pela lógica expansionista reacionária. A premissa básica do artigo é a de que há entre esses discursos um fio comum que passa ao largo de constatações como a da questão do Direito como mecanismo primordialmente existente para auxiliar na manutenção de um *status quo* classista e a inoperância de discursos aparentes para alterar esse padrão.

Palavras-chave: Direito processual penal. Estado democrático de direito. Garantismo penal. Política-crimal.

1 BREVE APANHADO INICIAL DE OBJETIVOS

É imperiosa – ainda que igualmente corriqueira e não adornada de ineditismo – a discussão sobre o fator preponderante em relação à expansão e/ou retração da malha do assim chamado sistema jurídico penal estatal (DIVAN, 2015, p. 60-65). A título do que esse ou esses movimentos devem pautar-se, basicamente, estão, nesse mister, discursos das mais variadas raízes ideológicas, político-criminais e doutrinárias, os quais mesclam-se e chocam-se para defender ora, por exemplo, posturas calcadas na noção liberal-política clássica de direitos negativos, ora posicionamentos que revisam ideários sociais de fortalecimento da *manus* estatal em prol dos valores coletivos ilustrados constitucionalmente ou mesmo legalmente.

Pensamos que o debate ainda segue atual, fortalecido e, além de tudo, necessário, uma vez que as matizes político-ideológicas que irradiam-se para as versões teórico-jurídicas e político-criminais (na prática) precisam ganhar tons mais coesos para que, inclusive, consiga-se potencializar corretamente a discussão. Dessa maneira, ainda que seja difícil filtrar de um modo simplista correntes ou blocos ideológicos puros e idealizados de linhas de pensamento e sua influência direta ou cartesiana nas filiações doutrinárias (e nas políticas atinentes), é preciso que ajuste-se algum tipo de norte cardeal e algum tipo de classificação – mesmo que primária ou até deficitária, sobretudo porque uma série de elementos díspares pode ser verificada na própria condução dos discursos e nas bases axiológicas e epistemológicas que orientam tanto as posturas e teses críticas como aquelas nas quais o pensamento conservador e mesmo reacionário procura guarida. Sendo assim, é de pouca ajuda procurar refúgio em divisões etéreas relativas ao espectro político em visão macro – e de pouca serventia pensar, por exemplo, o que seria uma política criminal típica de matrizes de esquerda ou direita (ainda que alguns elementos díspares possam considerar-se como sólidos refúgios de análise).

Procuraremos, em rápida síntese, expor considerações sobre a questão político-crimal atual no cenário brasileiro do ponto de vista dos discursos de crítica e justificação da intervenção penal

mais verticalizada, focando a análise em fatores exógenos ou gerais de intervenção. Para esse fim, o já referido conceito de sistema jurídico-penal é de grande valia, uma vez que se cada grande elo daquilo que assim consideramos como o dito sistema encaixado (a persecução penal em sentido amplo, a legislação penal-punitiva, as normas processuais e a disciplina da execução penal) contém verdadeiro conjunto conceitual singular, é possível, em nossa crença, em algum nível, que um discurso abstrato dê conta de falar sobre o todo sem incorrer em regras gerais universalizantes e falsárias. Dessarte, as teses ora levantadas procurarão dizer respeito a uma visão global do sistema em um primeiro momento.

No entanto, procurar-se-á dar alguma ênfase maior à questão das normas punitivas (direito penal) e das normas processuais, já que verificam-se, nesse aspecto, em nosso sentir, núcleos de análise que podem englobar os outros elos da cadeia – no caso da persecução penal, a qual é tanto (ostensiva/repressiva) pautada por normas penais e por sua incidência no seio social, quanto (polícia investigativa) por regras processuais de atuação/investigação. Do mesmo modo, a seara da execução penal é tanto tributária de regras punitivas no quesito dos vários modelos de cumprimento dos vários tipos de pena, quanto configura-se (inegável, ainda que não tecnicamente pacífico) como passível de transmutar-se por vezes em procedimento de estilo processual.

Além do mais, são as duas áreas de análise (direito processual e direito penal) nas quais verificam-se os maiores influxos referentes às tensões ideológicas políticas e político-criminais: os debates sobre a legitimidade ou não da expansão da *ratio* de atuação punitiva (abstrata, programática e interpretativa) de um lado, e a discussão sobre a legitimidade e a matriz de direitos e garantias individuais naquilo que isso conforma, ou afronta (para alguns), o eventual embate com a coletividade. Ou seja, influxos mais ou menos liberais-burgueses-individuais ou socialistas e coletivistas alternam papéis, ora buscando emancipação e fixação de liberdades, ora como instrumento de desequilíbrio e a postos para defesa de interesses obscuros e velados.

Nesse pano de fundo, uma discussão é proposta e considerações são trazidas sob a forma singela de indagações.

2 GARANTISMO E IDEOLOGIA: ATÉ ONDE A MATRIZ LIBERAL-BURGUESA É EMANCIPADORA, E ATÉ QUE PONTO ELA FOI SUPERADA?

Já não é mais tempo de puramente amalgamar sob o selo de teorias ou posturas jurídico-penais ‘críticas’ todo e qualquer discurso que sirva, em seu campo de análise, para a busca de diminuição ou contenção do poder punitivo. Sob um certo contexto, sim, até poder-se-ia batizar um campo global tipicamente crítico visto sem muito apuro em relação a outro igualmente identificado com (antagonicamente) a maximização de dito poder. Porém, se em algum momento foi possível fazer, no contexto brasileiro dos anos 1990 e na primeira metade da década passada, junções que agregavam-se em torno de uma espécie de discurso penal-crítico integrado, hoje, talvez, a noção peque pela amorfia e acomodação desconfortável de posturas e conceitos.

Alguns pilares desse discurso integrado eram corriqueiramente aglutinados em torno de uma *bricolage* de elementos que tomavam (como na ideia ou tática levantada já há muito em Chies [2002]) maneirismos de um garantismo tópico (como estratégia) para aproximar-se de um abolicionismo utópico (como meta ótima), ou, ao menos (o garantismo conscientizado e crítico) como ponte para que se passasse a algum estágio estratégico diverso de gestão penal, abrindo senda para a informalização e diminuição da usura estatal em relação aos conflitos interpartes. Nesse ínterim, importava menos o encaixe forçoso de algumas posturas político-criminais e ideológicas (tal como a assunção irrestrita por muitos de argumentos de deslegitimação do sistema penal como um todo – de ordem abolicionista típica, como pedra de toque de uma atuação visando aportes de direito penal mínimo e a salvaguarda de garantias processuais como bônus diante do revés exposto), do que a utilização assistemática desses conceitos como ferramenta de combate.

Conforme já fora muito abordado, o garantismo penal e sua recepção domesticada, pontuada por elementos de uma criminologia crítica marginal e mais tributária ao caráter idealizado do abolicionismo, pagou, em terras brasileiras, um caro preço por

aglutinar tanto as apostas críticas como o contraponto reacionário: a demonização do discurso garantista possuiu, por muito tempo, os dois gumes de verificar no garantismo penal tanto uma espécie errônea de supassumo da postura político-criminal crítica, quanto potencializou nessa postura uma autoanálise que a fez supor-se a única crítica potente e verossímil. Juntamente, trouxe a farsa ou ardil de querer-se fulminar a postura garantista, atribuindo seu relativo sucesso acadêmico como símbolo de ocupação do *mainstream*, como se as teorias conservadoras e mesmo antigarantistas tivessem tido alguma vez seu posto cativo na prática cotidiana e na mentalidade padrão dos operadores jurídicos ameaçado.

Se é possível classificar o antigarantismo declarado com alguma facilidade dentre um espectro de pensamento reacionário (ao serem vistos discursos relativos a garantias fundamentais e à racionalização do uso da máquina punitiva como entraves à consolidação da expansão penal sectária e seu combate digno dos empresários morais, demagógicos e populistas), a eventual classificação do garantismo não foge de ambiguidades e ambivalências interessantes.

Aparadas suas arestas e valorizada uma parte antes obscura nas leituras criminológicas pátrias do discurso de Ferrajoli, por exemplo, o teor da tese garantista pode, inclusive, ser adaptado sem muitos entraves para uma digressão e uma postura político-criminais inteiramente diversas daquela anteriormente mencionada. Aquela pode, também, ser transformada de estratégia tópica crítica em reles conformismo formalista, configurando imediata legitimação jurídica a um sistema inteiramente criticável, partindo-se da ideia de que essa legitimidade brota e destina-se exclusivamente ao respeito às regras pré-estabelecidas e vantagens imutáveis que os posicionamentos processuais conferem, especialmente ao réu.

Do uso de conceitos limitadores para chegar-se rapidamente a uma ideologia insípida que fica disponível inclusive para sua viragem expansionista (garantismo 'social' ou de 'dupla-face' ou 'integral' – a delinear jocosamente uma leitura 'parcial' para fazer menos uma reflexão crítica do que uma antítese), nada se espera senão que seja alvo da denúncia do sofisma político. No entanto, o que preocupa é a ancoragem de algumas posturas críticas na cren-

ça ou posição relativa a essa visão jurídico-política como ponta de lança de caráter emancipatório e libertário.

Não se nega o caráter importante e, inclusive, necessário do ideário liberal-burguês na construção de todo um mote de padrões constitucionais e legais que impõem deveres negativos ao influxo estatal e seu braço punitivo – versão mais bruta do gênero. As constituições e os sistemas organizados em torno desse parâmetro primam pelo fortalecimento dos direitos individuais de um modo sensível e fundamental em outras eras e ainda nessa quadra histórica (chamadas constituições de caráter liberal, à moda estadunidense, por exemplo, em Sanchís [1997, p. 114]).

No entanto, é interessante tensionar o modelo o qual, geralmente em sentido retórico, vem aliado não raramente a discursos de modificação social e, também não raramente, a um pensamento dito de esquerda: a ideia do século passado (sobretudo em relação a países nos quais ditaduras militares voltadas a um totalitarismo direitista tiveram experiências golpistas de exercício de governo), de que os arbítrios conservadores no poder redundam em tiranias que sempre valem-se do poder punitivo como ferro intimidatório é verdadeira em maior parte. Entretanto, ela parece sempre disposta a anular o prosseguimento do debate valendo-se de uma curiosa retórica ameaçadora sobre a inviabilidade de outros modelos diversos de postura e do que seria legítimo defender topicamente ou não, estabelecendo uma espécie de alerta para uma *anomia* (sociedade/estado 'selvagem') ou uma sistematização (sociedade/estado disciplinar) que, ameaçadoras, parecem vindouras e iminentes (FERRAJOLI, 1995, p. 338; STRECK; BONATTO, 2008).

Essa é uma postura que em certo momento teve seu casuísmo como inegável protagonista (no sentido positivo, louvável), mas que, em momentos de reflexão, mal disfarça o fato de que o garantismo penal enquanto defesa liberal-individualista, como meio/plano de defesa generalizada da coletividade (coletividade de indivíduos e proteção de cada um desses), não é nada mais do que mais um dos desdobramentos de um padrão-ideário burguês de confiabilidade, calculabilidade e garantia/segurança jurídica apaziguadora. Talvez não seja um modelo efetivamente pervertido por uma tendência ao formalismo e uma sonora indiferença ao

dado político-crítico e ideológico que alimenta uma oposição ao poder punitivo, talvez seja um modelo programado para ser justamente isso, dada sua forja filosófica.

Diante desse fator, não há como negar que esse pode ser um instrumento basicamente cooptável para engessar o discurso político-criminal que queira eventualmente forçar o caráter tópico da vez para próximo dos objetivos utópicos. O fato de que o garantismo penal passou a ser palatável para esferas de argumento punitivistas e ao mesmo tempo perdeu posto na vanguarda da crítica reside justamente nas vantagens individualistas (manipuláveis) dele ser escudo ou barreira em um amplo leque casuístico e no tom amargamente inofensivo dele para ir além e mostrar-se não como pacote jurídico-teórico acabado e sim como instrumento de uma luta e uma assunção político-criminal crítica em devir.

Vejamos: como muito bem especulou Sarlet (2004, p. 63), há uma ligação intrínseca entre uma postura invariavelmente garantista e a própria e básica constatação de defesa da proporcionalidade enquanto princípio e/ou núcleo central da própria aplicação e elaboração jurídicas. Considera-se não apenas o apego formal e o repúdio aparente à ideia de proporção ou equidade, mas também o apelo político em relação de contrariedade à própria vileza que a aplicação e a elaboração excessiva do direito ocasionam, visto que esta é uma ferramenta de democracia substancial, na visão de Ferrajoli (1995, p. 864-866).

Não obstante, é preciso que pondere-se acerca da origem dessa necessidade ou ânsia de estabilização ou equidade. Cremos que ela é menos um ímpeto axiológico e constitucionalizado e, na prática, é muito mais um fator de segurança jurídica que também finca raiz em parâmetros liberais-burgueses. Desse modo, um garantismo genuíno esgota forças ao postar-se como veio, político de combate (e se desacopla ou exhibe falhas de compatibilização com discursos mais críticos de ordem criminológica, por exemplo). Seu potencial de preenchimento ideológico parece calar em última instância, ou falar menos, do que sua raiz iluminista clássica e sua árvore genealógica ideológica, que paga tributo a todo um parâmetro de confiabilidade no sistema para gerar segurança jurídica (ainda que o garantismo penal do século XX paute-se – e muito, a partir de Ferrajoli – por primeiramente exhibir-se como um discurso

crítico da própria lei e, tenha notoriedade, por ser a fórmula para inclusive questionar o antigo binômio vigência-validade).

Uma visão constitucionalista (tal como em Sarlet [2004, p. 65]) que atinja a discussão sob o ponto de vista da equidade e da proporcionalidade (axiologicamente focalizadas) não encontra problemas para pleitear a existência da chamada “dupla face” do princípio em questão – e permitir que alguns argumentos aglutinem politicamente tanto movimentos repressivistas reacionários (como o *zero tolerance*) e discursos de cunho abolicionista (e Sarlet aduz, literalmente, como muitos, que uma busca de minimalismo radicalizado como a pauta abolicionista não é conteúdo genuinamente garantista [2008, p. 161]) . Tecnicamente, afinal, não há equívoco aqui, são duas formas de afronta tanto à proporcionalidade etérea quanto ao próprio cerne do garantismo, residente na manutenção de um *corpus* legislativo e principiológico que, estabilizado jurídico-politicamente, permite o fluir da vida contratual, não esquecendo que a mitologia contratual (contrato social) é inclusive geradora da noção de Estado mais convencionalmente aceita – e que deságua no próprio *garantismo* em última análise. A sanha dita revolucionária dos reformadores iluministas gerou tanto o Beccaria fundador da política criminal crítica moderna (CARVALHO, 2014, p. 143) quanto o Beccaria confiante no juiz *bouche de loi*, não esqueçamos.

A constatação de que o paradigma jurídico moderno exhibe-se como que calcado na troca mercantil burguesa – ou sendo praticamente uma sublimação dessa – atinge seu ponto mais contundente em Pachukanis. Ou, como refere Abal, ao apresentar inédita tradução em língua portuguesa de um fundamental ensaio do autor:

O estudo tradicional do direito e do Estado parte de diversas noções pouco questionadas. Vários autores remontam a existência de uma ordem jurídica (direito) até mesmo às sociedades primitivas e buscam desvincular o fenômeno jurídico do Estado. O Estado, por sua vez, também é explicado mediante teorias contratualistas e justificativas que retiram o seu caráter de classe. Os escritos de Pachukanis, ao retomar o método e as ideias marxistas, conduzem a um rompimento com estas noções tradicionais e trazem à tona fundamentos críticos em relação à própria base do direito e do Estado e a forma como estes fenômenos devem ser compreendidos. (PACHUKANIS, 2016, p. 3).

Para o jurista que arriscou uma teorização jurídica dignamente marxista que nem o próprio Karl Marx alinhavou com perfeição, o poder da lei nada mais significa do que algum grau de mecanismo encobridor do domínio de classe enraizado na lógica do Estado moderno, fundamentado não somente em noções liberal-burguesas vertidas dos ideais iluministas de um modo geral, mas representado pelo cerne da noção do poder da burguesia ou mesmo pelo interesse direto dela. A contundência da proposta é notável, uma vez que costuma aceitar-se um espectro ou grau de influência ideológica apoiado no liberalismo revolucionário pré-1789 e no *leitmotiv* mercantil burguês a imantar o direito moderno, mas não especificamente o uso desse próprio campo jurídico como títere em prol de interesses literais de classe.

É nesse momento que elaboramos ligeira crítica a conclusões que fincam premissa na dita superação da matriz liberal-burguesa (individualista). Sob a ótica de que deve-se abandonar a visualização da atuação estatal sob a específica roupagem do Estado Liberal, e da primazia de direitos (individuais) de ordem negativa, fomos convidados por Streck e outros juristas de escol a partir para uma nova visualização que levaria em conta a evolução da formatação do Estado Liberal para o Estado Democrático Constitucional de Direito e um aprimoramento democrático de matizes já pautadas na versão de um Estado Social. Nesse aspecto, estaria sanada, já, a decadente “contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e Indivíduo” (STRECK, 2005, p. 175) e careceriam de abandono os “compromissos e inexoráveis consequências no campo da formulação e aplicação das leis” (STRECK, 2005, p. 175) deles decorrentes diretamente.

Ou seja, uma ideia que, focada tanto em uma nova premissa de refletir sobre as funções do estado e sobre uma nova qualidade ou função de seu intervencionismo apontava para um Estado que não deveria mais sofrer necessariamente a ingerência primordial de liberdades negativas (tipicamente liberais), vez que, agora, se postava como um interventor benigno e não inimigo, mas aliado dos direitos fundamentais. Os graus de intervencionismo precisariam ser equilibrados (como na visão de Carvalho [1992]) entre os caracteres negativo e ‘positivo’ de justiça social, o que implica em um salto rumo às questões substanciais relativas à mesma e, as-

sim, a um fortalecimento do caráter compromissório, material e de eficácia constitucional para não apenas garantir negativamente, mas também para ingerência (ou atuação).

Muitos tacharam a ideia de ser veículo vulgar para um antigarantismo (visto que ao afastar a demonização apriorística da intervenção estatal, estariam legitimando-a novamente em vários graus ou esferas, inclusive a penal) e incorreram em equívoco. Primeiramente, nem toda a tese nessa linha de raciocínio pauta-se pelo ranço ou pela afronta reacionária ao potencial crítico que o garantismo tem ou teve (e a propositura de Carvalho, já citada, é um exemplo de compromisso constitucional técnico bem embasado da proposta). Ademais, uma postura garantista tal como a exposta por Ferrajoli, em nosso ver, coaduna-se em larga escala com um anseio de proporcionalidade de dupla-face ou de dito ‘garantismo integral’ (ainda que o ideário político-criminal de uma grande parcela de defensores do garantismo no Brasil das últimas décadas seja justamente pautado mais no interesse da *bricolage* de teses ou ferramentas para o encolhimento da intervenção penal do que no aspecto formalista e de filiação doutrinária da premissa e seu conjunto). Seria, de fato, ingênuo (ou tendencioso) querer retirar ênfase de uma parte da teoria para usá-la como argumento de autoridade retórico em relação aos próprios *highlights* que aquela apresenta em contrário – em uma tentativa de minar os interlocutores usando um autor contra ele próprio. Entretanto, é fato que algumas interpretações sérias das ideias de Ferrajoli, por exemplo, abrem esse flanco, que (lamentavelmente, pode-se dizer) não pode simplesmente ser grifado como apócrifo.

Costuma-se referir Ferrajoli (1995, p. 861) a partir de proposições gerais sobre a amplitude de sua própria concepção de garantismo e da ideia de que nela própria residiria a ancoragem para que a defesa da tese e a justificação para que esta mude de foco, relativamente, para os bens jurídicos constitucionalmente reconhecidos e/ou dotados de dignidade (Cf. DOLCINI; MARI-NUCCI, 1994). Dessarte, o garantismo abarcaria também ações propositivas do Estado e de seus órgãos e poderes constituídos para um intervencionismo implementador na mesma medida na qual, comumente, é vista maior ênfase ou acoplagem com a racionalização (e minimização) dessas atuações. Desse modo, a base de

sustentação seria a maximização de todos direitos e bens jurídicos constitucionalmente dignos e relevantes e o lastro de equiparação entre abstenções e obrigações de atuação (CARBONELL, 2005, p. 182).

Em realidade, é um tanto óbvio que a teoria garantista em Ferrajoli nunca deixou de expor, ou jamais coibiu, a ideia de que a janela de direitos fundamentais a ser protegida (de alguma forma) pelo Estado é muito maior do que apenas o conjunto de garantias eminentemente individuais: os direitos fundamentais operam, segundo o próprio Ferrajoli (1993, p. 506; 2004, p. 265-282) tanto como fonte de invalidações como de legitimações. Muito embora Ferrajoli não torne exclusiva ou maior a necessidade de proteção penal desses direitos, nem assuma que em relação a essa proteção os predicados de garantias individuais que expõe anteriormente são anulados – o que seria absurdo – é de constatar-se que é possível a discussão em termos de proteção via intervencionismo penal/punitivo sem que isso configure-se sempre uma reviravolta ideológica nas próprias premissas garantistas.

A questão é que há um visível elemento equivocado aqui e ele reside justamente na ideia de que existe uma superação do liberal-individualismo no instante em que é amplamente assumido um constitucionalismo marcado por ser uma cruz de elementos de ordem social e diretiva para o implemento e a defesa de um modelo humanista e aliado dos direitos fundamentais cuja intervenção é sempre pautada na defesa dos valores e princípios visando o bem coletivo. Como comenta Pachukanis,

Assim como o Estado, o direito é inseparavelmente amarrado à divisão da sociedade em classes. Todo direito é o direito da classe dominante. A base do direito é a formulação e consolidação da relação entre meios de produção, devido ao qual em uma sociedade exploradora uma parte do povo pode se apropriar do trabalho gratuito de outra. (PACHUKANIS 2016, p. 14-15).

A ideia de que um direito de frente constitucional democrática e seu cerne de valores e programações atinentes simplesmente merece maior crédito por ter inclusive superado o individualismo e, assim, alterado o teor final de sua verticalidade e de seu intervencionismo, é falsária no instante em que o próprio direito

precisa ser visto como um aparelho já cooptado, em certo sentido. Uma vez que as relações classistas de poder (efetivo) e produção não sofreram alteração em última análise, e que o intervencionismo estatal, independentemente do modo que se apresente, segue servindo na prática aos mesmos interesses e ordens do dia, questionar a atuação Estatal e o caráter do(s) seu(s) verticalismo(s) segue tarefa incólume, a qual nos abre outra possibilidade de crítica que será abordada, infra, em mais uma questão.

3 CRÍTICA E ‘ESTADO DEMOCRÁTICO’: ATÉ ONDE UMA VISÃO PODE ARVORAR-SE VERDADEIRAMENTE SOCIAL/COLETIVA?

A crítica ao padrão liberal-burguês (individualista) que enfoca liberdades negativas e é corolário de um paradigma garantista tem vários tons. Além do mais, aquela reforça a reflexão inicial de que há esterilidade em procurar-se definir com clareza e exaustividade o que seriam políticas criminais tipicamente de ideário de esquerda ou direita. A dita superação da visão dicotômica entre Estado e indivíduo pode conduzir a exageros em alguns casos e a aporias em outros. Um exemplo é a confiança que Jardim (2002, p. 41-43; 2011, p. 43-57) deposita na atuação ministerial no ofício da acusação em ação pública (no sistema brasileiro) como representante legítimo dos interesses sociais e na pesada crítica que faz sempre acarretar diminuição de ingerência estatal/ministerial com leniência ou deficiência de atuação.

Ao focalizar, por exemplo, na própria necessidade de evolução dialética entre uma rudimentar acusação criminal exclusivamente privada (no Direito Romano) e uma lógica inquisitorial medieval, e ao registrar fé no Estado como gestor da defesa social, o autor propõe que haveria o efetivo cumprimento e resguardo de direitos individuais (e sociais) no formato da persecução penal pelo órgão designado. Em sua visão (JARDIM, 2002, p. 61), se consagra-se o tradicional estandarte teórico de que o Estado consegue impor sua condição de terceiro imparcial/racional com melhor capacitação e, assim, pacifica o conflito sem dar vazão a motes de ódio ou vingança pela parte vencida. Por isso, em seu

sentir, qualquer tese que vise arredar o poder estatal/ministerial milita em favor de um (neo)liberalismo de baixo caráter, o qual visa combater o Estado (e assim, a sociedade como um todo) ao invés de democratizar sua necessária atuação (JARDIM, 2011, p. 5).

Sem retirar argúcia de muitas constatações similares e, logicamente, sem procurar fazer terra arrasada de um conjunto de ideias fruto de tese sólida e robusta, percebemos que existem pelo menos três problemas visíveis nesse tipo de argumentação:

- O primeiro problema é de ordem processual. Acreditamos que já passou o tempo de assumirmos que a absorção estatal dos conflitos juridicamente relevantes é, sim, portadora de entraves, alvo merecedor de críticas e detentora de problemas em si. Glorificar a atuação estatal de forma catastrofista contradiz, e muito, os próprios intuitos de emancipação da sociedade (que pode dar passos largos na direção de procurar gerir o máximo possível de seus interesses, inclusive jurídico-penais – Cf. CHRISTIE, 1977; ACHUTTI, 2014 – sem que isso signifique caos e desproporção, mas sim modulação e aprendizado);
- A segunda hipótese é mais uma indagação quanto ao fato de que costuma-se verificar muito mais abuso e atuações draconianas patentes por parte de alguns órgãos ministeriais do que o forte compromisso de resguardar interesses coletivos ou de promover algum equilíbrio entre garantias positivas e liberdades negativas. Na prática, muitas vezes agente de expansão e desequilíbrio, o Ministério Público de atuação criminal, no Brasil, comprou e/ou compra um embate com as posturas ditas garantistas – em alguns casos não de forma individualizada, ideologicamente passível a cada membro/órgão, mas de forma quase institucional, promovendo um antagonismo pueril entre combate à criminalidade e/ou redução de garantias e enrijecimento de interpretações constitucionais *versus* um corpo de garantias que eram/são vistas como obstáculos perniciosos meramente conjecturados em favor de criminosos;
- E a última suposição é a de que a ideia cume aqui exposta, a qual reside na própria constatação que por vezes

ideários de esquerda e direita ou ideários mais socialistas ou individualistas, (defensores de garantias negativas ou de imposições positivas) e toda a ordem de antagonismos similares não percebem (ou sublimam) o fato de que estão enfrentando-se pela possibilidade de considerarem-se a versão correta de uma defesa de interesses sociais coletivos mais legítimos, e o estão fazendo sem questionar a própria estrutura e o cerne ideológico do Estado.

Como já expunha Pachukanis (em dois momentos distintos de sua evolução de pensamento), não pode haver crença em um aparato jurídico como um tipo de forma pura que não seja, ao fim e ao cabo, uma tentativa furtiva ou uma ingênua prestação de serviço à manutenção de esquemas de perpetuação de estamentos sociais e, flagrantemente, dominação de classe. O perigo reside em desconhecer ou ignorar o fato de que “se quisermos esclarecer as raízes de uma determinada ideologia, devemos buscar as relações reais que ela exprime” (1988, p. 95). Cabe, ao mesmo autor, a distinção clara entre dois momentos (ou movimentos) sobre a teoria do Direito.

O primeiro é a visualização de como o discurso legitimado do direito liberal-burguês-individualista suplantou o *ancien régime* e abriu mão do potencial verdadeiramente revolucionário do seu discurso ao desatrelá-lo do cerne filosófico de um direito natural para, convenientemente, mercantilizar suas relações via positivismo, em busca do já referido binômio estabilidade/confiabilidade, sendo o direito como uma plataforma cristalizada de ambiente jurídico comum, codificado, inarredável uma vez que coligado, assim, às liberdades últimas do homem e sua liberdade primeva nessa linha de raciocínio – aquela que o permite contratar (PACHUKANIS, 1988, p. 99). O segundo momento é uma crítica não especialmente ao Direito liberal-individualista (burguês) e sua tese-sustentáculo, mas à própria ideia de visão do Direito como algo emancipador enquanto o mesmo seguir escamoteando sua essência de mecanismo que não interfere no domínio classista evidente. O Direito, todo ele, é *direito* da classe dominante (2016, p. 14-17).

O que se vê são discursos que, muitas vezes, pecam simplesmente por exercer a lógica da inversão pura e simples de papéis ou justificativas de base para que, como em um passe de mágica, a efetividade real de seus mecanismos inverta-se. A tese de que temos um aparato jurídico que, fundado constitucionalmente, é – ou passou a ser – aliado dos direitos fundamentais reside na mesma mitologia (ou com ela guarda marcante similitude) da época dos primórdios revolucionários comunistas na Rússia, onde vigorava a crença de considerar-se que bastava inverter o senhorio do Direito (do Capital para a ditadura do proletariado) para que se invertesse também seu serviço (MASCARO, 2002, p. 138).

A ideia de que as inversões seguem possíveis em uma possibilidade de giro automático não procura envolver-se com a constatação mais profunda que versa sobre as possibilidades (ou impossibilidades) de o Direito ganhar algum uso verdadeiramente inverso, díspar, ‘revolucionário’ se mantido seu estamento padronizado de aparelho. Ou, como sustenta Pachukanis (2016, p. 18), em três vértices: toda a lei (como a conhecemos) é emanada das classes dominantes, assim como as relações de propriedade que ocupam lugar chave na caracterização de uma ordem ou corpo legal. Ainda, o aparelho coercitivo do qual necessita o Direito e o Estado não pode estar desligado dessas fontes essenciais ou primárias.

Tanto uma ideia de conjunto de regras que espelham um mínimo democrático básico, o qual foi constitucionalizado, como o epíteto das garantias negativas do cidadão frente ao uso coercitivo dos dispositivos estatais, em larga escala (um possível resumo estrutural para o *garantismo penal*), quanto a ideia-padrão de um Estado contemporaneamente aliado dos direitos fundamentais (e não mais apenas o abusador a ser implacavelmente fiscalizado) parecem passar ao largo dessa constatação. Isso leva à ponderação de que tanto uma como outra matriz de pensamento parecem confortáveis frente ao fato de que, especulativamente, nunca houve, em última análise, após o triunfo do liberal-individualismo, um Estado juridicamente alinhado em uma ou outra posição, usando o poder coercitivo e punitivo para um ou outro tipo de provimento, caracterizado essencialmente como aliado ou inimigo dos direitos fundamentais. Houve, sim, e há um Estado (e consequentemente

um Direito) que pode dirigir esforços e mecanismos com várias finalidades e justificações imediatas, mas que não tem como livrar-se ou emancipar-se da pecha de estar coligado à manutenção do esquema primordial de classes sem ao menos considerar a hipótese de estar assim formatado.

Há um enfrentamento de discursos (punitivistas, garantistas, punitivistas ‘esclarecidos’ ou atrelados à dignidade constitucional da defesa de certos bens jurídicos e de matrizes tanto de direita como de esquerda) que deliberadamente deixam de abordar essa problemática que nunca é assumidamente conveniente para alguns e é lamentavelmente um entrave ideológico, para outros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS – O QUE AVANÇAR NA CRÍTICA SEM RECUAR DE FATO?

Diante de tudo o que fora brevemente exposto, é possível fazermos uma pequena separata de aportes que servem como reflexões finais e propositivas:

Primeiro, incorre em equívoco quem advoga a tese da ‘superção’ do Estado Liberal e da desnecessidade de considerar as garantias negativas: a dita superação da lógica liberal-individualista-burguesa, com a neutralização do esquema de contradição entre estado (e seus poderes) e indivíduo (e suas garantias) é virtual, não real. Seguimos vivendo em um panorama no qual a intrusão e o desrespeito sistemático às garantias constitucionais mais básicas e patentes de natureza jurídico-penal causam estrago medido – em última análise – em contagem de vidas humanas.

Passar, teoricamente, à constatação de que não é mais necessário pautar-se pela lógica do garantismo relativo aos direitos negativos dos indivíduos frente ao Estado e ao poder punitivo, nessa seara, é inquestionavelmente uma opção idealizada que não condiz com o estágio brutal no qual ainda encontram-se essas violações.

O próprio elogio inicial que Marx e Engels fazem à burguesia (ou o desenho dessa), salientando seu papel revolucionário em cruciais momentos históricos (MARX; ENGELS, 1998, p. 12; BER-

MAN, 2001, p. 121) encontra eco no elogio inicial de Pachukanis à ordem jurídica burguesa (NAVES, 1996, p. 39). Em algum momento no qual a necessidade da existência de seus preceitos basilares, ou mesmo da necessidade de sua própria existência como um todo, não for suplantado, o esquema liberal-individualista burguês precisa ser utilizado enquanto plataforma. A crença na superação pura e simples de dito esquema não pode partir de constatações hipotéticas que ignoram a realidade ao acreditar que, em relação a algumas camadas sociais e situações, não sejam ainda necessários os antiquados preceitos de uma própria 'revolução burguesa' e seu rol de pilares e garantias (negativas).

Segundo, incorre, também em equívoco, quem parte de uma visão 'esclarecida' e prevê um uso benéfico e social do braço punitivo. Marx polemizou fortemente a questão comumente assentida dos Direitos Humanos nessa discussão no instante em que estabeleceu que a concepção de 'liberdade' tipicamente individualista-burguesa nada mais é do que um esteio egoísta e muito mais individualizante do que agregador, vez em que é uma liberdade que franqueia o caminho não para o acolhimento e enrijecimento dos laços sociais, mas para a defesa de um estado monadal do homem contra e/ou frente aos demais (MARX, 2010, p. 48-49; WOLKMER, 2004, p. 24), inclusive, em termos que permitem uma digressão filosófica e política, de forma geral, a qual não temos espaço nem suficiência para ora desenvolver.

É possível constatar, inclusive com Lyra Filho (1983, p. 82-92), que os Direitos Humanos não são criticados por Marx mais por sua essência do que por mostrarem-se historicamente contingenciais e por terem sido, naquele instante, uma coincidência histórica em relação ao enfrentamento burguês do absolutismo despótico. Ali forjou-se a visão triunfante e conhecida desse ideário que não necessariamente precisa ser atrelado invariavelmente a toda lógica e mecânica burguesa de pensamento. Assim, a crítica marxista é pertinente, tanto por não ser uma crítica à liberdade e aos ditos direitos, essencialmente, quanto por denunciar que a ideia liberal-burguesa não é necessariamente o nascedouro e o desaguadouro final desses direitos, como alguns querem crer.

Porém, e isso se pode brevemente esboçar, derivar a constatação de que os conceitos liberais-individualistas da(s) liberdade(s),

por estarem (inegavelmente) ou passarem a estar atrelados a essa corrente filosófico-política liberal (e suas variações), merecem uma crítica frontal como se tudo que advém de seu cerne fosse impróprio, é igualmente uma especulação teórica temerária.

Crer em um punitivismo 'esclarecido' a partir da visão política (e político-criminal) sedizente de esquerda, lastreado na ideia de um espectro mesquinamente individualista das garantias (jurídico-penais) calcadas na proteção negativa contra o arbítrio estatal é pernicioso por vários motivos. Aquele incita uma falsa noção de que o punitivismo é vertente social emancipadora, uma vez que preconiza o coletivo (bens jurídicos a serem 'defendidos') ante o individual (um garantismo sempre visto pelo aspecto malévolo e egoísta de oposição entre ilegitimidade individual querendo burlar as regras em prol da coletividade). Além disso, há a revitalização de uma crença que jamais foi outra coisa senão palco e ferramenta para maior abuso e controle assentados na maquinaria punitiva (vide o protótipo de uso do discurso marxista decalcado de todo e qualquer resquício de seu possível viés humanista pelas ditaduras comunistas – tal como o estalinismo – ao longo do século XX [WOLKMER, 2004, p. 17]).

Diante da não-concretização dos avanços genuinamente marxistas que rumavam para o colapso do capitalismo e para a tendência de implantação do socialismo como ponte para o próprio desmantelamento estatal (como fim ótimo do ideário comunista genuíno), acreditar que não é necessário algum tipo de recuo, balanço ou mesmo reflexão sobre o papel das garantias fundamentais (ou do(s) conceito(s) de liberdade(s) de inspiração individualista/burguesa), por fidelidade à crítica marxista tomada anacronicamente, parece caminho incorreto.

Vários tipos de ingenuidade convergem: a ideia de que é possível denegrir o vulto das garantias individuais (ou de um garantismo penal negativo) sob a marca da caducidade desse conceito liberal-burguês frente a uma atuação punitiva 'benéfica' que visa romper a lógica egoísta da mônada e defender o social (seja pelo viés da duplicidade da proporcionalidade constitucional, pelo viés puramente punitivista e reacionário tributário da 'lei' e da 'ordem' ou por um socialismo redivivo que ancora-se em um vaticínio do século XIX) é tão pobre e cooptável quanto a ideia de que o garan-

tismo penal (enquanto liberal-individualismo) é o máximo atingível de discurso 'crítico' legítimo.

Criamos, assim, uma ponte para nossa terceira e última conclusão/constatação: Enquanto não houver a assunção ideológica da matriz jurídica do Estado, o desequilíbrio encoberto seguirá vigorando – ou, de como não basta a defesa do adágio sobre as “regras do jogo”:

Não há como pensar na disparidade entre um debate que considera a oposição entre uma efetivação maior de um punitivismo (assim, dito com todas as letras, ainda que considerado na versão não reacionária, mas ‘esclarecida’ e socialmente engajada e anti-conservadora/reacionária) e/ou a de um conjunto de garantias jurídico-penais sem que leve-se em consideração que a verdadeira mácula do sistema é não ter artifícios para perceber-se enquanto instrumento de manutenção de um status quo específico.

As propostas de efetivação mais ampla de garantias de nascedouro liberal-individualista ou a proposta de suplantar da visão de Estado Liberal para um Estado Democrático Constitucional de Direito (pela via de nuances de um Estado Social) carregam em si uma ordem de antinomias, pautas e inversões de foco que pecam pela manutenção do grande fulcro que jamais é invertido, em realidade, e não tem como ser diante de um panorama de estagnação frente à propositura efetivamente radical de revolução contínua (ou, ainda, permanente).

Se, por um lado, o ideal social passa a ser cooptado pela mais simples artilharia punitivista de padrão reacionário no instante em que alimenta o inchaço da malha punitiva e seu rol de justificações, o ideal garantista precisa corrigir seu rumo, de forma a coligar-se mais à raiz (revolucionária – em todos os sentidos) dos termos originais de Direitos Humanos e ficar menos preso a modelos formalistas que basicamente preocupam-se de modo frenético com a observância das ditas ‘regras do jogo’.

Talvez, assumir de vez a antiga, porém honrosa, proposta de um abolicionismo utópico, diante da(s) tópica(s) da práxis cotidiana possa (voltar a) servir de norte para um esvaziamento do garantismo enquanto proposta eminentemente liberal: desacoplar, enfim, a ideia de que há um verdadeiro pacote ou conjunto inarredável que une com exclusividade o liberal-individualismo às garantias

negativas em âmbito jurídico-penal, como se a adesão ou crítica a um não pudesse ser feita sem atingir outras ou aderir à elas.

Se há uma defesa (e um ataque) unicamente possível e necessária enquanto ordem do dia, é aquela que deve ser feita em relação a outro alvo: uma vez que não se pode ver cristalizada a noção de direitos humanos a apenas um espectro político, nem congelar seu teor efetivamente transformador e emancipador em um ponto arbitrado e conveniente. A guerra declarada ao discurso conservador dos empresários morais e seus esquemas misantropos de ausência de tolerância(s) deve coligar-se à guerra declarada a todo e qualquer ideário que exclusivamente esvazie ou performe palidez à lógica garantista, tornando-a um exercício generalizante teórico que não está, de forma alguma, preocupado com a alteração efetiva do mundo nem com a justiça enquanto valor em si.

Como bem salienta Mascaro,

O individualismo do nosso tempo é o egoísmo da responsabilidade no mero limite individual pela justiça e é a consciência de um justo capitalista que trata todos pelos mesmos mínimos formais, olvidando da desigualdade social cada vez mais abjeta (...) A defesa da justiça como defesa da humanidade genérica, do homem genérico e não do homem concreto (desprovido do acesso efetivo à distribuição das necessidades) é a defesa filosófica mais bem acabada que os tempos reacionários e liberais conseguem empreender. Esses direitos genéricos do homem escondem a realidade cindida da opressão do capital, que faz com que haja aqueles para os quais direitos se efetivam, e aqueles para os quais a existência é da opressão. (MASCARO, 2002, p. 129-131).

Dessa forma, parece-nos que o verdadeiro inimigo na berlinda (ou, por vezes, na trincheira) não é outro senão qualquer discurso, de qualquer matriz, que trabalhe com figuras etéreas, formais, teóricas e generalizantes para justificar a expansão jurídico-penal dos poderes estatais ou que não constate nem a forma como a justiça se efetiva perante o homem concreto (ou como ela não se efetiva) nem a matriz permanente que o modelo de Estado cuja vigência impera faz perpetuar.

O que parece insuportável é seguir alternando entre conjuntos de teorias e práticas que distribuem desigualdades como se a não exclusividade perante o recebimento de uma injustiça (ou o le-

gado apenas parcialmente injusto) fosse um motivo de celebração ou alívio perante a possibilidade de uma hipotética distribuição exclusiva daquelas.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: Contribuições para um novo modelo da administração de conflitos no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERMAN, Marshall. **Aventuras no Marxismo**. Trad. Sônia Moreira. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: _____; UGARTE, Pedro Salazar (Orgs.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da lei n. 11.343/2006)**. 7. ed. Rev., atu. e amp. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível ter-se o abolicionismo como meta admitindo-se o garantismo como estratégia? **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 5. 125-154, 2002.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. **British Journal of Criminology, Delinquency and Deviant Social Behavior**, Oxford, v. 17, n. 1, 1977.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha de bens jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 4, Fascículo 2, abr./jun. 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional In: FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología Jurídica y Garantismo**. Mexico: ITAM, 2004.

_____. Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione. In: GIANFORMAGGIO, Letizia. **Le ragioni del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli**. Torino: Giappichelli Editore, 1993, p. 459-520.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública. Princípio da Obrigatoriedade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. **Karl, meu amigo: diálogos com Marx sobre o Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor e Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. 1983.

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Trad. Maria Lúcia Como. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Trad. Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito**. Dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Nos extremos do Direito: Schmitt e Pachukanis. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 57, 2002.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e Direito: um estudo sobre Pachukanis**. 1996. 214 f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1996.

PACHUKANIS, Evgeny B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

_____. A Teoria Marxista do Estado e do Direito. **Izquierdas**, Santiago, n. 30, 2016. Disponível em: <<http://www.izquierdas.cl/images/pdf/2016/n30/12.TraducaoPachukanis.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. México: Editorial Fontamara, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição de Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de

insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 47, ano 12, p. 60-122, 2004.

_____. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias de proibição de excesso e insuficiência em matéria penal. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 109, ano XXXV, p. 138-161, 2008.

STRECK, Lênio Luiz; BONATTO, Tatiana. O senhor das Moscas e o fim da inocência. In TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatuta**. Ensaio Críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 113-124.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (unvermassverbot) ou de como não há blindagem contra penas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 97, Ano XXXII, p. 171-202, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. Marx, A Questão Judaica e os Direitos Humanos. **Sequência**. n. 48. Florianópolis: UFSC, jul./2004.

O DEBATE ENTRE LUIGI FERRAJOLI E OS ABOLICIONISTAS: ENTRE A SEDUÇÃO PELO DISCURSO DO MEDO E AS PRÁTICAS LIBERTÁRIAS

Gustavo Noronha de Ávila¹

¹ Doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas do Unicesumar. Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Artigo previamente publicado na Revista Jurídica do Unicesumar.

RESUMO

O garantismo penal de Ferrajoli tem conquistado, desde o início do século, inúmeros adeptos entre os juristas brasileiros. De base neocontratualista, esta tendência político-criminal tem como objetivo racionalizar o poder punitivo. Diferencia-se das perspectivas minimalistas clássicas por possuir um acento pessimista, tendente ao abuso, quanto ao exercício do direito penal. Tal ceticismo, porém, não significa que há a possibilidade de superação das fundações do aparato repressivo do Estado. Neste artigo, problematizamos as críticas de Ferrajoli aos fluxos abolicionistas, apontamos percursos libertários e chamamos a atenção para os limites da teoria, reconhecidos pelo próprio italiano, mas ignorados por boa parte de seus seguidores. Argumentamos, ao fim, como o garantismo penal constitui, ele próprio, uma teoria irrealizável, com suas vinculações com a metafísica e a necessidade de repensamento da punição a partir daquilo que a desnuda, ou seja, a dor.

Palavras-chave: Garantismo penal. Luigi Ferrajoli. Abolicionismo penal. Política criminal.

ABSTRACT

The criminal garantism theory, by Luigi Ferrajoli has won since the beginning of the century, numerous fans among Brazilian jurists. There is, undoubtedly, a neocontractualist basis on this political and criminal tendency, which aims to rationalize the punitive power. It differs from the classic minimalist prospects as it has a pessimistic accent on the criminal law exercise, understanding that it may lead to abuses. Such skepticism, however, does not mean the possibility of overcoming the foundations of the repressive apparatus of the state. In this article, we question the critical Ferrajoli the abolitionists flows. We point libertarian pathways and we draw attention to the limits of the theory, recognized by the Italian himself, but ignored by most of his followers. We argue how the criminal garantism is, itself an impossible theory, its links with metaphysics and the need to rethink the punishment from its real meaning: pain.

Keywords: Criminal garantism theory; Luigi Ferrajoli; penal abolitionism; criminal politics.

RESUMEN: La teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli ha ganado desde el comienzo del siglo, numerosos adeptos entre juristas brasileños. Hay, sin duda, una base neocontratualista en esta tendencia político-criminal, cuyo objetivo es racionalizar el poder punitivo. Se diferencia de las perspectivas minimalistas clásicas como ha acento pesimista sobre el ejercicio del derecho penal, con la comprensión de que puede dar lugar a abusos. Ese escepticismo, sin embargo, no significa la posibilidad de superar los cimientos del aparato represivo del Estado. En este artículo, cuestionamos los rumbos críticos de Ferrajoli a los abolicionistas. Señalamos las vías libertarias y llamamos la atención sobre los límites de la teoría garantista, reconocidos por el propio italiano, pero ignorado por la mayoría de sus seguidores. Discutimos cómo el garantismo penal es, en sí mismo una utopía, sus vínculos con la metafísica y la necesidad de repensar el castigo desde su significado real: el dolor.

Palabras clave: teoría de; garantismo Penal; Luigi Ferrajoli; abolicionismo penal; política criminal.

1 INTRODUÇÃO

Falar em Sistema Penal é falar em fracassos. Não apenas no insucesso profilático da violência institucionalizada, como também pelas panaceias redutoras de complexidades. Existe certo consenso entre os autores de diversas vertentes das ciências criminais (desde as dogmáticas até as criminológicas) sobre as finalidades não cumpridas da pena.

Desde muito, Foucault² formulou importante hipótese acerca da permanência do fenômeno punitivo frente a seu aparente fracasso: em verdade, sua “falência” também é seu sucesso. Justamente, é a ausência de insurreições, explicou em suas obras mais tardias, que revela a incorporação do desejo punitivo pelo corpo social, redundando em uma violência impensada e automática.

Dentre as escolas de cunho crítico, têm sido formuladas possibilidades de respostas frente ao fracasso. Ao transe coletivo que sustenta e anseia por penas, duas correntes possuem especial relevância por sua potência: o garantismo penal e os abolicionismos.

As ponderações de Luigi Ferrajoli sobre os fluxos abolicionistas nem sempre foram objeto de atenção pelas perspectivas criminológicas críticas contemporâneas: em quais pontos tocam-se e em quais aspectos afastam o seu garantismo penal e as perspectivas deslegitimadoras dos abolicionismos?

Prentendemos, nessas linhas, estabelecer um debate entre Luigi Ferrajoli e autores identificados com os fluxos abolicionistas (Christie, Hulsman e Mathiesen), apontando aproximações e diferenciações desde as categorias e fundações de ambas as correntes. A partir da ruptura entre políticas criminais, reconhecidamente, de médio alcance, discutir-se-á a impossibilidade de quantificar o sofrimento e o quanto a imposição de dor representa não apenas o sintoma de uma violência naturalizada, como também torna-se o próprio sustentáculo de um sistema dolorido.

2 Cf. FOUCAULT, 2004; FOUCAULT, 2013.

2 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

Ferrajoli esclarece que a ampliação do significado de “garantias” (em um momento anterior utilizada para fazer referência a direitos fundamentais) deu-se no terreno do direito penal. Mais concretamente, a expressão “garantismo”, no seu estrito sentido de “garantismo penal”, surgiu na cultura jurídica italiana de esquerda, durante a segunda metade dos anos 1970, como resposta teórica à legislação e aos julgamentos de emergência que reduziam o já débil sistema de garantias processuais (FERRAJOLI, 2010, p. 61).

Precisamente, nesse contexto, surge o chamado “garantismo penal”, originalmente concebido de forma mais ampla do que direito constitucional³. Considerado como um dos precursores da doutrina, Luigi Ferrajoli desenvolveu a teoria, principalmente em seu “Direito e Razão”⁴, obra de inspiração contratualista, mas que se fazia necessária diante dos movimentos de política criminal da época. Essas políticas tendiam à expansão punitiva, tanto na Itália quanto na Espanha, ameaçando os princípios de um direito penal da ilustração que não havia chegado a desenvolver-se completamente e, portanto, podia ser usado mais por suas promessas do que propriamente por suas realizações (ANITUA, 2008, p. 726).

A epistemologia garantista é um produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais está fundado o garantismo clássico – a estrita liberdade, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o juízo oral e o contraditório, a presunção de inocência – em grande parte, são frutos de uma tradição jurídica iluminista e liberal (FERRAJOLI, 2009, p. 33). É possível dizer, então, que, dentre os principais objetivos da doutrina, estão o máximo grau de racionalidade e

3 Nas palavras de Ferrajoli, “É formal, antes de tudo, o conceito de ‘paradigma constitucional’ ou ‘garantista’. Como já acenamos, tal paradigma equivale, sob o plano teórico, ao sistema dos limites e dos vínculos substanciais, quaisquer que sejam, impostos a todos os poderes públicos por normas de grau superior àquelas produzidas pelo seu exercício” (FERRAJOLI, 2012, p. 27). Este caráter também é ressaltado em SOUZA, 2012, p. VII-XIII; FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012.

4 Em *Principia Iuris*, Ferrajoli desenvolve sua teoria para além (mas incluindo) do enfoque penal. Com enfoque na teoria do direito e na democracia, realiza desenvolvimento mais detalhado dos postulados iluministas/contratualistas e sua aplicação para os dias de hoje. Ferrajoli se utiliza, além da argumentação derivada dos postulados iluministas presente em *Direito e Razão*, de complexas fórmulas matemáticas para tentar comprovar a força da prova e sua valoração interpretativa (2011a, p. 29; p. 320).

confiabilidade do juízo e, para tanto, a limitação do poder punitivo e a tutela da pessoa contra arbitrariedades, as quais não se realizaram no passado e nunca realizar-se-ão plenamente (FERRAJOLI, 2009, p. 34-38).

De acordo com Ferrajoli, devemos falar, ao invés da imposição de um dos modelos (garantismo e autoritarismo), em graus de garantismo dos sistemas penais (FERRAJOLI, 2009, p. 43). Os graus são considerados mais fortes quanto mais estiverem presentes os axiomas do chamado “sistema garantista”. Esses axiomas (e os seus princípios limitadores correlatos) seriam os que seguem: 1) Nulla poena sine crimine (princípio da retributividade ou da sucessividade da pena face ao delito); 2) Nullum crimen sine lege (princípio da legalidade); 3) Nulla lex (poenalis) sine necessitate (princípio da necessidade ou da economia do direito penal); 4) Nulla necessitas sine iniuria (princípio da lesividade ou da ofensividade da ação); 5) Nulla iniuria sine actione (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação); 6) Nulla actio sine culpa (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal); 7) Nulla culpa sine iudicio (princípio da jurisdicionalidade); 8) Nullum iudicium sine accusatione (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação); 9) Nulla accusatio sine probatione (princípio da carga da prova ou da verificação); e 10) Nulla probatio sine defensione (princípio do contraditório, ou da defesa, ou da refutação) (FERRAJOLI, 2009, p. 93)⁵.

Tais critérios/princípios definidores são de concepção notadamente minimalista de direito penal. Existe, portanto, uma relação não só entre o direito penal mínimo e o garantismo, mas também entre o direito penal mínimo, a efetividade e a legitimação do sistema penal. No âmbito de proteção penal, devem ser tutelados apenas os bens primários e os direitos fundamentais, de modo a assegurar a eficácia da jurisdição frente às formas cada vez mais poderosas e ameaçadoras da criminalidade organizada (FERRAJOLI, 2010b, p. 69).

Garantismo e direito penal mínimo⁶ são, assim, termos sinônimos que designam um modelo teórico e normativo de direito

penal capaz de minimizar a violência da intervenção punitiva – tanto na previsão legal dos delitos como na sua comprovação ao longo do processo penal – submetendo-a a estritos limites impostos para tutelar os direitos do indivíduo (FERRAJOLI, 2010, p. 193).

A definição dos chamados graus serve justamente para evitar a vinculação a um sistema estritamente positivista. Ferrajoli é consciente dos problemas do garantismo: elaborar tais técnicas em plano teórico, fazê-las vinculantes no plano normativo e assegurar sua efetividade no plano prático (FERRAJOLI, 2010, p. 193; FERRAJOLI, 2009, p. 70). O autor estabelece, ainda, três acepções de garantismo penal.

A primeira designa o modelo normativo de Direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito Penal, o modelo da “estrita legalidade” do sistema garantista (SG), próprio do Estado de Direito. Este, no plano epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político, atua como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade; e, no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos pelo poder punitivo do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. Em consequência, é garantista todo sistema penal que ajusta-se normativamente a tal modelo, satisfazendo-o de maneira efetiva (FERRAJOLI, 2010, p. 852).

Ao tratar-se de um modelo limite, é preciso falar, mais do que de sistemas garantistas ou antigarantistas, sobre os graus de garantismos e, ademais, distinguir sempre entre o modelo constitucional e o funcionamento efetivo do sistema. Sendo assim, Ferrajoli afirma que o grau de garantismo do sistema penal italiano é decididamente alto, entretanto, se atendesse aos seus princípios constitucionais, aquele desceria a níveis baixíssimos, caso levadas em consideração as suas práticas efetivas, possivelmente como no Brasil (2009, p. 852).

circunstâncias, e materializado em dois aspectos: um paradigma metateórico de justificação do direito penal e um paradigma teórico e normativo do direito penal” (FERRAJOLI, 2011b, p. 348). Ainda, deixa mais claro que, efetivamente, seu minimalismo possui tom justificacionista, como é possível ver no trecho a seguir: “Como paradigma metateórico, ‘direito penal mínimo’ designa uma doutrina que justifica o direito penal se e somente se é possível a realização dos fins enunciado, ou seja, não apenas a prevenção ou ao menos também a prevenção e a minimização dos castigos arbitrários; resumindo, se e somente se é um instrumento de minimização da violência e da arbitrariedade que ocorreriam caso ele não existisse” (FERRAJOLI, 2011b, p. 348).

5 Os axiomas são novamente mencionados na obra mais recente do autor: FERRAJOLI, 2011b, p. 351.

6 Em *Principia Iuris* Ferrajoli segue trabalhando neste sentido: “Entendo o direito penal mínimo, de acordo com a máxima de Beccaria de que a pena deve ser a mínima possível de acordo com as

Em uma segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” de categorias distintas, não somente entre si, mas também da “existência” ou “vigências” das normas. Nesse sentido, a palavra “garantismo” expressa uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” do “dever-ser” no Direito e, inclusive, propõe, como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendenciosamente garantistas) e práticas operativas (tendencialmente antigarantista), interpretando-a mediante a antinomia – dentro de certos limites, fisiológica e, fora destes, patológica – que subsiste entre validade (e inefetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas (FERRAJOLI, 2009, p. 852).

Finalmente, ainda, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado o ônus da justificação externa, conforme aos bens e aos interesses, cuja tutela e garantia constitui precisamente a finalidade de ambos. Nesse último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica de separação entre direito e moral, validade e justiça e pontos de vista internos e externos na valoração do ordenamento, isto é, entre “ser” e “dever-ser” do Direito, sendo equivalentes à assunção de um ponto de vista unicamente externo, aos fins da legitimação e deslegitimação ético-política do Direito e do Estado (FERRAJOLI, 2009, p. 853).

Admitindo que o Direito Penal precisa ser reduzido e os efeitos danosos do cárcere imediatamente minimizados, Ferrajoli formula algumas propostas de cunho político-criminal. A primeira delas é pela limitação do tempo máximo de reclusão em 10 anos (FERRAJOLI, 2009, p. 414-416). Em suas palavras:

O cárcere é [...] uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extra-legal e extra-judicial ao menos em parte, lesiva à dignidade das pessoas, penosa e inútilmente aflitiva. Por isso, resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração⁷. (FERRAJOLI, 2009, p. 413).

7 A questão carcerária também é trazida em *Principia Iuris*: “Ante a gravidade da atual crise, compromete de maneira radical a legitimidade do direito e da jurisdição penal, a meu juízo, a única resposta racional é a refundação do sistema punitivo em seu conjunto, dirigida a restaurar sua eficiência e garantias de acordo com o modelo normativo que tem se chamado de direito penal mínimo.

Um programa reformador semelhante deveria orientar-se a restaurar o papel do direito penal como instrumento danoso, somente utilizável como extrema ratio e dirigido à minimização da violência tan-

Além disso, o fenômeno do “decisionismo judicial”, o qual desvincula o magistrado de critérios claros e racionais no momento de julgar, deveria ser a justificativa para a abolição da prisão preventiva, apesar das dificuldades inerentes reconhecidas pelo autor (FERRAJOLI, 2009, p. 560). Ainda, a imposição de penas de cunho pecuniário deveriam ser absolutamente afastadas, não apenas por violarem o caráter subsidiário do Direito, como também permitirem desigualdades na tutela protetiva da liberdade⁸ (FERRAJOLI, 2009, p. 416-417).

De acordo com Ferrajoli, seria possível hoje realizar um salto civilizatório e retirar a pena de reclusão do seu papel central e, se não a abolirmos, ao menos reduziríamos drasticamente a sua duração e transformá-la em sanção excepcional. Esta estaria limitada a ofensas mais graves contra direitos fundamentais (como a vida, a integridade pessoal e similares), as únicas que justificariam a privação da liberdade pessoal, que também é um direito fundamental garantido (FERRAJOLI, 2010, p. 203).

Ainda assim, Ferrajoli segue admitindo a possibilidade de justificação racional da pena. O “princípio da paz” seria o justificador de todo o direito penal, no seguinte sentido trabalha sua necessidade: “para alcançar a exclusão da força e, portanto, da violência, a não ser quando o uso dessa força esteja juridicamente previsto e regulado como alternativa a maior violência que se

to dos delitos como das penas e a tutela dos bens e dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Orientado, pois, de um lado, a uma drástica despenalização e radical descarcerização do sistema penal; de outro, a procurar seu retorno à função de defesa frente às ofensas mais graves a tais bens e direitos. Se trata de um programa diametralmente oposto às políticas predominantes hoje que, como se viu, tem provocado a dupla expansão patológica da demanda inflacionária da legislação penal e do uso crescente do cárcere em relação à pobreza. E cabe delinear-lo, de forma sumária, com três ordens de indicações, relativas aos três momentos naqueles que se articula a intervenção penal, ou seja, o delito, a pena e o processo”. (FERRAJOLI, 2011, p. 366; 368).

8 O autor ressalta a necessária relação de complementariedade entre garantismo penal e social, no seguinte sentido: “Novamente se revela, no terreno do direito penal, a complementariedade e a convergência já assinalada entre garantismo liberal e garantismo social; entre garantias dos direitos de imunidade – à segurança dos potenciais prejudicados pelos delitos e ao justo processo dos potencialmente criminalizados – e garantias dos direitos sociais, entre segurança penal e segurança social. Precisamente, a causa principal da “delinquência por necessidade” está na ausência de garantias sociais de emprego e de subsistência. Por isso a prevenção deste tipo de delinquência requer políticas sociais ao invés de políticas penais, políticas de inclusão ao invés de exclusão. Exige o desenvolvimento de efetivas garantias de trabalho, educação, a previsão social e, mas genericamente, uma política dirigida a ‘destruir’ o que Marx camou de ‘raízes antisociais do crime’ e a ‘dar a cada um o lastro social necessário para exteriorizar de um modo digno a sua vida’. Uma política social capaz de tratar dos ‘antisociais lugares de nascimento do delito’ é também a política penal mais eficaz em matéria de segurança.” (FERRAJOLI, 2011b, p. 365).

produziria se não existisse” (FERRAJOLI, 2011a, p. 838). Será considerada violação da paz,

[...] obviamente, a guerra, como será da mesma forma a utilização de violência na prática de crimes, em definitivo, estará violada quando houver punição arbitrária do inocente. Aqui está o ponto de interdependência entre a paz e o modelo garantista do direito penal mínimo, estatal e internacional, que chamo de paradigma precisamente porque garante a minimização da violência na sociedade – tanto a violência das agressões como a violência das reações informais frente as mesmas – são unívocos e o mesmo que o paradigma da paz.

Assim, constitui a única alternativa à guerra e à violência em geral do mais forte. O princípio possui uma dupla dimensão, tem repercussão em um sentido negativo (como expectativa do não uso da força) e por aquilo que afirma (enquanto expectativa de um uso regulado da força como sanção a um ilícito): porque também a impunidade da violência arbitrária, por ausência ou violação da expectativa de sanção ou, pior ainda, a punição do inocente indicam não só a violência injustificada como a quebra do direito e o regresso à lei do mais forte e à lógica selvagem da guerra⁹. (FERRAJOLI, 2011a, p. 838).

Por outro lado, é necessário entender que as teses defendidas pelo minimalismo garantista são simplesmente critérios a serviço da (re)legitimação do poder punitivo (BATISTA, 2011, p. 110). O cumprimento de quesitos específicos ainda não excluiria o maior problema apontado pelos críticos de Ferrajoli quanto ao sistema punitivo: a inflação inútil de dor¹⁰. Mesmo que o autor teça duras críticas ao cárcere enquanto tecnologia moderna de privação de dignidade, ainda considera que uma possível abolição da pena privativa de liberdade não pode significar o afastamento do sistema penal como um todo:

admitindo que, algum dia, em uma hipotética e improvável sociedade perfeita, deixe de ter sentido os delitos e as vin-

ganças, a pena deverá ser preservada, como medida sancionadora mínima e exclusiva, para o único caso de que o delito provocar alguma reação de caráter aflictivo. (FERRAJOLI, 2009, p. 413).

Assim, considera-se que Ferrajoli “duelava com as ampliações do poder punitivo e com a teoria crítica. Sua obra não produziu uma teoria deslegitimante da pena. Seu garantismo critica a expansão, mas justifica o sistema penal” (BATISTA, 2011, p. 27). Além disso, tem-se percebido a limitação do discurso garantista em transcender o dever-ser. Desta forma, seus efeitos concretos têm tido dificuldades para realizar eco na prática.

A tendência contratualista de Ferrajoli, fundada em um medo das condutas criminosas (princípio da paz), exclui qualquer possibilidade de discussão do crime para além dos estritos limites impostos pelo Estado, como ver-se-á a seguir.

3 CRÍTICA DE FERRAJOLI AOS ABOLICIONISMOS E CONTRACRÍTICA DO RELEGITIMADOR DISCURSO CONTRATUALISTA

Ferrajoli considera como abolicionistas somente aquelas doutrinas axiológicas que impugnam como ilegítimo o direito penal, já que não admitem moralmente nenhum fim possível a justificar os sofrimentos que dele decorram, nem consideram vantajosa a abolição da pena por meio de sua substituição por meios pedagógicos ou por instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social (FERRAJOLI, 2009, p. 248).

O autor diferencia, ainda, abolicionistas, substitucionistas e reformadores. São somente substitucionistas, aquelas doutrinas criminológicas, por vezes libertárias e humanitárias em sua intenção, mas, convergentes na prática do correccionalismo positivista, as quais, amparadas pelo programa da “abolição da pena”, propõe, em realidade, a substituição da forma penal (reação punitiva) por “tratamentos” pedagógicos ou terapêuticos de tipo informal, contudo, sempre institucional e coercitivo e não meramente social. Por fim, são simplesmente reformadoras as doutrinas penais que propugnam a redução da esfera de intervenção penal ou, por ou-

⁹ No segundo volume de *Principia Iuris*, Ferrajoli deixa claro que o direito penal é a única alternativa à guerra, vejamos: “O direito penal resulta assim definido e justificado como alternativa à guerra, ou seja, como minimização da violência e da arbitrariedade, tanto das ofensas constitutivas do delito, como das reações informais e excessivas que se produziram diante da falta desta previsão. Para impedir que os cidadãos recorressem à violência. Por isso defino o direito penal mínimo como a lei do mais débil, frente a lei do mais forte que reagiria em sua ausência; a que garanta ao sujeito mais fraco, que no momento do delito é a parte ofendida, e no momento do processo é o acusado, e no momento da execução penal é o preso.” (FERRAJOLI, 2011a, p. 348).

¹⁰ Cf. CHRISTIE, 1988.

tro lado, a abolição em favor de sanções penais menos aflictivas (FERRAJOLI, 2009, p. 248).

Ferrajoli reconhece que toda a estrutura epistemológica do modelo garantista penal tem como inegável defeito corresponder a um modelo limite, revestido de idealismo **“porque, de fato, nunca se realizou nem nunca será realizável”** (FERRAJOLI, 2009, p. 38, grifo nosso). Mesmo considerando e reconhecendo os inerentes problemas ao modelo do garantismo, o autor visa afastar a possibilidade de confusão de sua teoria com um caráter absolutamente deslegitimador ou abolicionista¹¹.

Ainda assim, ele trabalha o problema da justificação da penal, ou seja, a ideia de uma comunidade política qualquer exercitar violência programada sobre um de seus membros, problema que considera um dos mais antigos da filosofia do Direito. Em que basear-se-á este poder, chamado, por vezes, de “pretensão punitiva” ou “direito de punir”? Existem, e, se sim, quais são as razões que fazem “justo”, “justificado” ou “aceitável moral e/ou politicamente” que a violência ilegal representada pelo delito seja respondida com essa segunda violência legal, colocada em prática por meio da pena? E, ainda, como se justifica o exercício de uma violência organizada emana de uma coletividade e dirigida contra apenas uma pessoa? Este problema colocou em segundo plano outras duas questões de justificação externas relativas a “se” e “por quê” do direito penal: “se e por que proibir”, é uma questão antecedente aos “se e por que castigar” e “se e por que julgar”, é uma questão consequente das outras duas (FERRAJOLI, 2009, p. 247).

Às três questões, historicamente, tem se dado duas respostas: uma positiva e outra negativa. As positivas são dadas por doutrinas chamadas justificacionistas, pois justificam os custos do direito penal com fins, razões ou funções morais socialmente irrenunciáveis. As respostas negativas são, por outro lado, oferecidas pelas chamadas doutrinas abolicionistas, as quais não reconhecem justificação alguma ao direito penal e propõe a sua eliminação, até porque atacam a raiz de seu fundamento éticopolítico. Estas consideram as vantagens proporcionadas por ele inferiores ao custo da tripla constrição que é produzida: a limitação da liberdade de ação de seus cumpridores, o submetimento ao juízo de todos

aqueles que se suspeita que sejam descumpridores e o castigo de tantos quantos se julgue que são (FERRAJOLI, 2009, p. 248).

A defesa realizada por Ferrajoli vai exatamente no sentido do excerto abaixo:

Pessoalmente, por exemplo, sustentarei neste livro a necessidade de reduzir e, num horizonte, de abolir as penas privativas de liberdade na medida em que excessiva e inutilmente aflictivas e em muitos aspectos danosas, assim como limitar os tipos penais de forma a dar cumprimento a um programa de direito penal mínimo.

No entanto, defenderei, ao mesmo tempo, em contrariedade às hipóteses abolicionistas propriamente ditas e às substitucionistas, a forma jurídica da pena como técnica institucional de minimização da reação violenta à desviação não socialmente tolerada e como garantia do imputado frente às arbitrariedades, os excessos, os erros ligados aos sistemas não jurídicos de controle social. (FERRAJOLI, 2009, p. 248-249).

Ferrajoli afirma que abolicionistas, como Hulsman e Christie, propõem a tese do abolicionismo anarquista do século XIX, oscilando na prefiguração de alternativas ao direito penal. Estas constituem formas de regulamentação e delimitação da violência punitiva entre improváveis projetos de comunidades baseadas na solidariedade e fraternidade, “vagos” objetivos de “reprovação social” dos conflitos entre ofensores e partes odendidas e métodos primitivos de composição patrimonial das ofensas, lembrando as antigas formas do “preço e do sangue” (FERRAJOLI, 2009, p. 252). As garantias configuram-se como fontes de justificação do direito penal, como alternativa à anarquia que pode reger as reações entre a ofensa e a retribuição em uma possível ausência do direito penal (FERRAJOLI, 2010, p. 194).

Em verdade, os abolicionismos defendidos pelos autores citados possuem diferentes fundamentações. Em Hulsman, a ideia de comunidade existe justamente para evitar a anulação do outro no momento de julgar (HULSMAN, 1999, p. 100). O autor não trabalha intermitentemente com a categoria de indivíduo, algo indispensável a Ferrajoli, por esse motivo há a dificuldade de enxergar algo para além das garantias, indissociáveis em seu adjetivo moderno, individuais (HULSMAN, 1999, p.100)¹². Christie

11 Neste sentido, Cf. SOUZA, 2012, p. VII-XIII; XI-XII.

12 Cf. CHRISTIE, 2007.

tem em comum com Hulsman a ideia de um comunitarismo, então, ainda que considere-se minimalista, vai muito além da proposta de Ferrajoli, como se viu, ao propor a redução radical do sistema penal. Equivoca-se o autor italiano ao chamar Christie de anarquista, pois este, inclusive, trabalha com a concepção de multi-instituições (CHRISTIE, 2011, p. 45). Portanto, não é possível confundir a descentralização do Estado com um anarquismo.

Ferrajoli, apesar da forte crítica ao abolicionismo, admite e consegue reconhecer pontos fortes nesses fluxos. O autor afirma que **“desgraçadamente, as perspectivas abolicionistas demonstradas são utópicas em parte”** (FERRAJOLI, 2009, p. 341, grifo nosso). A implantação das ideias deslegitimadoras não constituem somente exercício intelectual colocado como argumento contrário, a fim de satisfazer a carga da justificação do direito penal. A acusação frequente aos pensadores vinculados às teorias abolicionistas é o caráter “utópico” atribuível à sua realização (já visualizado em Ferrajoli).

Anitua sugere que os autores vinculados às teorias abolicionistas possuíam em comum (especialmente, Hulsman e Mathiesen) um natural desejo de resolução dos ‘problemas sociais’. Nesse sentido, é possível deslegitimar a imputação realizada a estes teóricos de pleitearem ‘utopias’ e desvalorizar os que sofrem ou não levar em consideração a realidade dos ‘crimes’. Hulsman estava especialmente atento ao sofrimento humano (necessário lembrar que, quando criança, foi submetido às violências dos campos de concentração nazistas), ele acreditava na abolição do sistema penal como apenas um passo para evitar esse sofrimento em vários indivíduos, um avanço que poderia permitir a aproximação à realidade social sem “utopias negadoras”, rótulo que caberia bem “aos que acham possível conciliar um sistema penal liberal e humanista ao mesmo tempo” (ANITUA, p. 10, 1998).

Mathiesen (2015) propõe a tarefa de desvelar as contradições do sistema penal e de encarar os desafios, descobrindo novas possibilidades, como a construção de sociedades alternativas – portanto, fala-se de transições constantes, nunca terminadas, com objetivos imediatos visando outros objetivos maiores. Ainda que realizando pequenas mudanças, o relevante é não perder de vista que o abolicionismo é um constante movimento, porque sempre

há mais a ser abolido (GUILHERME, 2015, p. 75). Nesse sentido, não podem ser consideradas enquanto tópicas, pois apenas fazem sentido enquanto fluxos.

Por outro lado, o otimismo gerado pela leitura minimalista, certamente (historicamente) muito mais familiar à tradição jurídica, não é compartilhado pelo próprio Ferrajoli. Em edições mais recentes de “Direito e Razão” é deixado bastante claro que o garantismo constitui, ele próprio, uma utopia:

[...] sendo a utopia um elemento integrante da noção de valor no sentido em que é próprio dos valores o fato de não ser nunca perfeitamente realizável ou de uma vez por todas e de admitir sempre uma satisfação somente imperfeita, ou seja, parcial, relativa e contingente. (FERRAJOLI, 2009, p. 866).

Não é o ideal, mas, o menos mal possível (ANITUA, 2008, p. 736). A única justificação racional que pode oferecer o direito penal, em detrimento às hipóteses abolicionistas, é que permita-se reduzir, ou seja, minimizar a quantidade e a intensidade da violência na sociedade: não só a violência decorrente dos delitos, como também a das reações frente a estes. As doutrinas abolicionistas têm, sem dúvida, um mérito nesse particular: o de reverter sobre o direito penal a carga de sua justificação.

O direito penal se justifica se, e somente se, além de prevenir os delitos – algo que também os sistemas policiais desregrados e de justiça privada podem fazer – puder minimizar a violência das reações ante aos delitos. Se, e somente se, em consequência, puder ser instrumento de defesa e garantia de todos, não somente da maioria não desviante, mas também, da minoria desviante. Se, em síntese, for capaz de realizar, como direito penal mínimo, um duplo objetivo: não somente a prevenção e a minimização de criminalidade, como ainda a prevenção das reações informais frente aos delitos e à diminuição das penas (FERRAJOLI, 2009, p. 194).

Considerando esse utilitarismo desmedido, o paradigma do direito penal mínimo estabelece a justificação do direito penal no seu papel de lei do mais fraco como alternativa à lei do mais forte que regeria em sua ausência. Passetti considera que falta aos garantistas “coragem para enfrentar o nosso Tempo Histórico” (2012, p. 67-68) e ainda:

Dizem, como Raul Zaffaroni, que os libertários se apropriaram das propostas abolicionistas de Louk Hulsman e que estas não possuem conexões com os anarquismos. Não se deve repensar a prática do inclassificável Louk, nem pedir licença a um pensador generoso e demolidor como Hulsman. Contudo, outros, como Luigi Ferrajoli, situam o abolicionismo num campo utópico, para isolá-lo em nome da sua doutrina do garantismo reprisada por parágrafos e páginas de seus intermináveis livros.

Nos dois casos, estamos diante do vício e da virtude de escritores que pelejam pela palavra vencedora, a institucionalização da verdade da justiça, do direito universal e do tribunal. Estes estudiosos produzem calhamaços morais que agilizam ou engripam a interminável máquina da reforma dos reformadores que deve estar sempre alimentada. Eles ampliam argumentos, geralmente humanistas, para multiplicar maneiras de punir com maior ou menor rigor o corpo e as atitudes, estabelecendo variados governos das condutas. Propiciam por meio do 'debate livre' em encontros universitários, seminários de especialistas, programas de televisão e aulas acasalamentos entre conservadores e progressistas – supostos extremos políticos, quando são apenas partes constitutivas do pluralismo uniforme e constante no regime de punições aplicado democraticamente. (PASSETTI, 2012, p. 67-68).

No abolicionismo, ao contrário dos movimentos da "lei e ordem" e do "direito penal mínimo", não há maniqueísmos (BATISTA, 2011, p. 108). No entanto, o abolicionismo é amplo e pode ser amplo o suficiente, na deslegitimação mais profunda da pena, inclusive para adotar "diferentes estratégias políticas e jurídicas: no liberalismo, no marxismo, no anarquismo, mas também na criminologia crítica e no garantismo" (BATISTA, 2011, p. 111). O autor ainda afirma que "quem percorreu esse caminho crítico, fatalmente, será um abolicionista" (2011, p. 111). Ademais, não é possível ignorar que, de certo modo, um abolicionismo já existe¹³, isto porque a regra é o fato de as condutas não serem criminalizadas, não o contrário (recorde-se aqui o impressionante quadro de cifra oculta no tocante ao crime de homicídio).

As utopias não são falácias, muitas delas foram a semente de projetos sociais que se realizaram. O drástico quadro hobbesiano que se imagina como única consequência possível de nossa socie-

dade punitivista arrasa com qualquer possibilidade abolicionista e com ela se leva todo tipo de questionamento a atual realidade, estruturada sobre a base da relação simbólica culpa-castigo (CIAFARDINI; BONDANZA, 1989, p. 3). Karam faz conclamação a repensarmos nossas estruturas punitivas/culpabilizantes: "Sejamos, pois, realistas e não aceitemos o existente. Assim como a escravidão foi abolida, algum dia, não importa quando, a humanidade conquistará também a abolição do sistema penal" (2009, p. 49).

O que se quer não é simplesmente indicar o caminho rumo ao(s) abolicionismo(s) e minimalismo(s), mas, sim, negar aquelas teorias que, em seu âmago, apresentam uma pretensão de relegitimar o sistema penal como um todo (o garantismo penal de Ferrajoli que propõe-se como fim). É o momento de transcender o "bipolarismo" entre um e outro e entender a opção pelo minimalismo de conteúdo abolicionista (defendidos especialmente por Christie) como forma de negar as políticas-criminais de conteúdo notadamente punitivista¹⁴ (ANDRADE, 2006, p. 177).

Portanto, entre as duas utopias, a priori, deve-se preferir aquela que propicia uma maior quantidade de diminuição de dor e sofrimento inúteis. Nesse sentido, o abolicionismo e o minimalismo, que o tenha, enquanto horizonte factível, surgem como políticas a serem perseguidas, para além das teorias que continuam a legitimar um sistema desigual e de resultados tímidos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nosso país, há um quadro de revigoração de discursos punitivos, existentes desde tempos imemoriais. Não é novidade. Talvez o fato "novo" seja justamente a dificuldade de lidar com

13 Cf. HULSMAN; CELIS, 1999.

14 E ainda: "É possível, por essa via, ressignificar os minimalismos; apontar fronteiras móveis onde parece edificar-se muros. E ainda que não seja possível fundamentá-la, é possível enunciar aqui, por essa via, a seguinte tese: Enquanto o minimalismo teórico crítico tem se dialetizado com o abolicionismo, o minimalismo pragmático reformista tem se dialetizado com o eficientismo e o relegitimado, paradoxalmente, a expansão do sistema penal. E isto significa que os diferentes minimalismos (teóricos e reformistas) são pendulares, apresentando diferentes potencialidades de apropriação, pela razão abolicionista ou pela razão eficientista; para fins transformadores ou conservadores. Daí resultam combinatórias, pares explicitados ou silenciados" (ANDRADE, 2006, p. 178).

perspectivas deslegitimadoras. Nos parece, em última análise, que teorias legitimadoras do sistema penal (caso do garantismo de Ferrajoli) precisam ser repensadas de acordo com seu alcance e perspectiva de efetividade. Trabalharmos com graus de garantismo significa um desejável afastamento de uma perspectiva totalizadora, como se fosse realmente possível efetivar todos os axiomas garantistas construídos historicamente.

Segundo Andrade, apenas podemos admitir a perspectiva garantista que não seja prisioneira de sua própria legitimação contratualista, sendo esta a mencionada diferença entre o garantismo-prisioneiro e o estratégico.

Em regra, percebemos a busca de medidas de redução de danos. Estas estão, normalmente, vinculadas à medidas despenalizadoras (como penas alternativas), cujo alcance está justamente limitado ao revigoramento de penas, as quais, mesmo brandas, acabam por significar o aumento dos tentáculos estatais nas liberdades individuais.

Discutir alternativas ao sistema penal não pode significar, portanto, o afastamento da discussão acerca do seu próprio alicerce, passando a existir, desse modo, a necessidade de identificar-se perspectivas que possam propiciar meios viáveis de redução dos processos de criminalização a níveis drásticos. A redução de danos proposta pelo garantismo penal é insuficiente, pois ela pressupõe o sistema e sua atuação prévia. É necessário (re)pensar a atuação anterior e os processos de criminalização primária.

É importante ressaltar o caráter utópico conferido ao garantismo pelo próprio Ferrajoli, dificilmente trabalhado pelos autores filiados a esta perspectiva teórica. Por mais que desloque-se a discussão aos graus de garantismo, não é possível perder de vista que deve-se lutar, sim, pela mínima inflição deliberada de dor. Nesse contexto, ainda que reconheça-se a importância da perspectiva minimalista-garantista (estratégica), especialmente em contextos nebulosos e cujos horizontes apontam para o recrudescimento de políticas criminais, é possível sustentar a máxima redução do sistema penal a partir de sua atuação (muitas vezes) irracional pela desproporcionalidade e discutível utilidade de seus meios.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 29, n. 57, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/14956>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

ANDRADE, Vera Regina. Minimalismos, abolucionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BATISTA, Vera. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CHRISTIE, Nils. **Beyond Loneliness and Institutions**. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007.

CHRISTIE, Nils. **Los limites del dolor**. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

CHRISTIE, Nils. **Uma quantidade razoável de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CIAFARDINI, Mariano Alberto; BONDANZA, Mirta Lílían. Prólogo. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto; BONDANZA, Mirta Lílían (Orgs.). **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 3-4.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo** – um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. 2. ed. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón** – Teoría del garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo** – uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris** – Teoría del derecho y de la democracia. v. 1. Tradução de Andrés Perfecto-Ibañez. Madrid: Trotta, 2011a.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris** – Teoría del derecho y de la democracia. v. 2. Tradução de Andrés Perfecto-Ibañez. Madrid: Trotta, 2011b.

FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. 25. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Société punitive**. Seuil/Gallimard: Paris, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 29. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

GUILHERME, Vera M.; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Abolicionismos penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HULSMAN, Louk. Entrevista à Nilo Batista. **Discursos Sediciosos**, Rio de Janeiro, n. 5-6, p. 10, 1998.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAITANO, Grégori Elias. **Por uma criminologia do encontro** – um ensaio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition revisited**. Londres: Routledge, 2015.

PASSETTI, Edson. Louk Hulsman e o Abolicionismo libertário. In: KOSOVSKI, Ester; BATISTA, Nilo (Orgs.). **Tributo a Louk Hulsman**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 67-79.

SCAPINI, Marco Antônio de Abreu. **Criminologia & Desconstrução** – um ensaio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SOUZA, Alexandre Araújo. Prefácio. In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo** – uma discussão sobre direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. VIIIXIII.

INVESTIGACIONES INTERNAS DE LA PERSONA JURÍDICA: DERECHOS FUNDAMENTALES Y VALOR PROBATORIO

Jordi Nieva Fenol¹

1 Catedrático de Derecho Procesal Universitat de Barcelona

RESUMEN

Las investigaciones internas de la persona jurídica, por su falta de imparcialidad, no pueden equipararse con una investigación judicial o fiscal en un proceso penal, lo que pone en entredicho su supuesto valor probatorio. Se subraya, además, el imprescindible respeto por los derechos fundamentales que debe existir en la ejecución de las mismas. Se destaca cómo condiciona todo este estudio la inexistencia del perjury estadounidense en Derecho español.

ABSTRACT

Internal investigations in Corporate Social Responsibility cannot be equivalent to investigations conducted by a public prosecutor because of its lack of impartiality. As a result, they can hardly be considered as real evidence in a judicial process. However, human rights must always be respected in internal investigations. The author also highlights how the study of internal investigations is influenced by the "perjury" from the US Law, nonexistent in Spanish Law on the accused's side.

1 INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, al hilo sobre todo –aunque no exclusivamente– de la introducción en las legislaciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha abierto un estudio acerca de los programas de compliance, es decir, de control y prevención de delitos dentro de las empresas, precisamente para eludir tal responsabilidad, o al menos conseguir aminorarla.

Sin pretender abordar en este trabajo toda esta temática², me centraré en la cuestión de las investigaciones internas, es decir, en los esfuerzos de indagación que hace la propia empresa entre sus estructuras y empleados para averiguar la posible comisión de delitos³. Dejaré al margen, por tener entidad propia, la cuestión de los delatores⁴.

Antes, sin embargo, un pequeño apunte de reflexión previa sobre la razón por la que se ha introducido en los ordenamientos la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵. La cuestión es que se ha roto en varios países el histórico *societas delinquere non potest*⁶ que había introducido Paul Johann Anselm VON FEUERBACH en el art. 49 del Código penal de Baviera de 1813, y que

- 2 Cuya literatura es muy abundante, en España y en el extranjero. Por citar solamente alguno de los últimos títulos sobre la materia: GIMENO BEVIÁ, *El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor 2014, p. 229. VILLEGAS GARCÍA, "Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal) 154/2016, de 29 de febrero", *Diario La Ley*, n. 8721, 14-3-2016. GÓMEZ-JARA DÍEZ, "El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora", *Diario La Ley*, n. 8724, 17-3-2016. DEL ROSAL BLASCO, "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs núms. 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", *Diario La Ley*, n. 8732, 1-4-2016. GÓMEZ TOMILLO, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín", *Diario La Ley*, n. 8747, 22-4-2016. OSUNA MARTÍNEZ-BOVÉ, "Estatuto procesal de la persona jurídica investigada", *Diario La Ley*, n. 8754, 4-5-2016.
- 3 Sobre sus variedades, vid. MONTIEL, Juan Pablo, "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XL, 2013, 1, pp. 260 y ss.
- 4 RAGUÉS VALLÉS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Barcelona 2013. GARCÍA MORENO, Beatriz, "Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública", en: AAVV (dir. Nieto y Maroto), *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Cuenca 2014, pp. 43 y ss.
- 5 Frecuente en esta materia. También lo hacía la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, pp. 2-3. Vid. asimismo GUTIÉRREZ PÉREZ, "La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado", *Diario La Ley*, n. 8707, 22-2-2016.
- 6 Vid. RUGGIERO, Rosa Anna, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia", *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*, 2015, p. 463.

había remachado SAVIGNY⁷ afirmando que cualquier delito que se pudiera atribuir a la persona jurídica, en realidad era imputable a sus integrantes. Al parecer, se trató de acabar con las imputaciones grupales de las épocas medievales de la *inquisitio generalis*⁸. Poco podían imaginar aquellos juristas la revolución que sobrevendría en esta materia a mediados–finales del siglo XX⁹, y en Europa ya en el siglo XXI principalmente.

Pero poco sabemos de las razones de esta revolución, pese a tener todos los datos a nuestra disposición, lo que no deja de resultar curioso. Unos piensan que de lo que se trató en EEUU –origen de la revolución citada– es de marcar negativamente el nombre de algunas empresas, a fin de evitar que tras la comisión de delitos por algunos de sus miembros, vinieran otras personas físicas que aprovechando la cobertura del nombre comercial, reprodujeran la misma acción delictiva¹⁰. Otros creen que se intentó controlar a través de las Fiscalías a algunas empresas importantes que resultaban claves para la economía del país, ejerciendo de este modo un control público sobre la actividad empresarial ajeno al liberalismo¹¹.

Otros autores piensan que se trata simplemente de facilitar las investigaciones de las fiscalías, haciendo que las empresas se involucren en el proceso de búsqueda de indicios del delito, de muy difícil acceso para un organismo público¹², para lo que resultaría un especial acicate la responsabilidad corporativa –Corporate Social Responsibility–, siendo insuficiente la responsabilidad individual tradicional, aunque de rebote ello supondría que las empresas quedarían sometidas a autorregulación y por tanto exentas de control

externo, lo que seguiría una línea claramente neoliberal¹³. Otros han escrito que se intentó simplemente hacer más limpia la actividad empresarial, previniendo la comisión de delitos, entre ellos los que atacan al medio ambiente o a los consumidores, haciendo que la actividad empresarial fuera más ética en su conjunto¹⁴.

Algunos opusieron a esto último que este tipo de responsabilidad, paradójicamente, existe para favorecer que las empresas puedan realizar simplemente un “lavado de cara” falsario ante sus clientes, tratando en el fondo de eludir el cumplimiento de las leyes que les obligan a observar comportamientos éticos. Desde una perspectiva más moderada, pero en un sentido parecido, lo que pretenderían las empresas con los programas de compliance es reducir su posible responsabilidad de todo tipo, evidenciando que adoptaron en su momento –eficaces– medidas de prevención. Y, por último, hay mentideros en los que se afirma claramente que lo único que se pretendió con la introducción de la responsabilidad penal corporativa fue dotar de un fuerte incremento de trabajo e ingresos económicos a los despachos de abogados especializados en Derecho mercantil y Derecho penal, a través de las auditorías y los programas de compliance.

Es posible que todo obedezca a una mezcla de varios factores sobrevenidos, unos bienintencionados y otros no tanto, y de ahí la borrosa imagen que se dibuja tras el conocimiento de lo explicado en el párrafo anterior. Sea como fuere, al margen del debate de si para el mantenimiento de la ética societaria es necesaria realmente una responsabilidad penal de este tipo, complejísima de articular desde el punto de vista teórico e incluso práctico¹⁵, lo cierto es que la misma existe y obliga a las empresas a una vigilancia que aboca a una investigación interna que puede llegar a ser constante, con ocasión o en prevención de un proceso penal. Veamos, pues, sus características y límites.

7 *System des heutigen römischen Rechts*, II, pp. 310 y ss.

8 Sobre estas peculiares inquisiciones, vid. NIEVA FENOLL, “El “último” proceso inquisitivo español (el proceso penal de la Novísima Recopilación)”, en *Jurisdicción y proceso*, Madrid 2009, pp. 163 y ss.

9 Vid. BOWEN, Howard Rothmann, *Social responsibilities of the businessman*, New York 1953.

10 Vid. ONFRAY VIVANCO, Arturo Felipe, “Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho* (Chile), 2, n° 1. agosto 2001, pp. 153 y ss.

11 Vid. sobre el tema RUGGIERO, Rosa Anna, “Non prosecution agreements e criminalità d’impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico”, *Diritto Penale Contemporaneo*, 12-10-2015, pp. 2 y ss. http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1444213846RUGGIERO_2015a.pdf

12 Vid. En toda esta materia el excelente trabajo de NEIRA PENA, Ana María, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, *Derecho y Proceso Penal*, 37, enero-marzo 2015, p. 54. También MOOSMAYER, “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, en Arroyo Zapatero / Nieto Martín, *El Derecho penal económico en la era compliance*, Valencia 2011, pp. 137 y ss.

13 Vid. NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 55.

14 A ello apuntó en 2001 el Libro verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas (COM/2001/0366 final). Vid. también MURPHY, Diana E., “The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics”, *Iowa Law Review*, 87 (2002), pp. 697 y ss.

15 A título de ejemplo, basta leer la STS 221/2016, 16-3-2016, FD 5.

2 INSTRUMENTOS MÁS COMUNES DE INVESTIGACIÓN INTERNA

Las herramientas que suelen utilizar las empresas en este ámbito son fundamentalmente tres: las auditorías contables, el interrogatorio de los empleados y el seguimiento/observación de los mismos y sus comunicaciones.

Las auditorías contables son las más difundidas en la práctica empresarial. Cada cierto tiempo las empresas más importantes realizan alguna, aunque en no pocas ocasiones han sido llevadas a cabo, no para descubrir delitos, sino para encubrirlos y engañar a los accionistas de la empresa¹⁶. Es célebre el escándalo Enron (2001), que contó con la cooperación necesaria de la entonces prestigiosa auditora Arthur Andersen¹⁷. También tuvo repercusión el caso Bankia (2012), que había venido precedido de auditorías a las que algunos de los imputados en ese caso atribuyeron responsabilidad, que está por dilucidar todavía. En 2015 estalló el escándalo FIFA, organismo que había contado con prestigiosas auditorías que habrían pasado por alto la corrupción de los dirigentes del organismo. El tema también está pendiente de ser esclarecido¹⁸.

En todo caso, de lo anterior queda claro que aunque las auditorías sean encargadas a reputadas empresas en la materia, lo cierto es que de forma completamente objetiva no puede decirse jamás que alguien pagado directamente por la empresa auditada sea un tercero imparcial, que es justamente lo que necesitamos en materia judicial. Es posible que estas auditorías ofrezcan confianza a los socios o accionistas de las empresas, pero desde el punto de vista jurídico no se la pueden ofrecer a un juez. Dicho de otro modo, los datos recabados por las mismas, y sobre todo sus conclusiones, no pueden ser tomadas en cuenta como aquellas que

obtiene una Fiscalía o un Juzgado de instrucción, por la sencilla razón de que en materia judicial se exige imparcialidad en esas pesquisas. Y la imparcialidad, como recuerda la doctrina y la jurisprudencia supone una falta de implicación, real y apariencial, tanto en el objeto de lo investigado como respecto de los sujetos involucrados¹⁹. Por más esfuerzos de transparencia, calidad y buen hacer que realice la entidad investigadora, ni lo uno ni lo otro concurre en una firma auditora, a no ser que, al menos, no sea contratada por la propia empresa auditada.

El interrogatorio de empleados es un instrumento ciertamente peculiar, pero necesario²⁰. Si un jefe quiere saber de su empresa, lo que tiene que hacer es hablar con sus empleados. Podemos llamarlo interrogatorio o conversación cordial, pero esa toma de contacto es inevitable y, por demás, imprescindible.

El problema con estos interrogatorios, como veremos después, son sus garantías, y nuevamente la imparcialidad del interrogador. Es absurdo pensar que dicho interrogador, si está relacionado con la empresa, va a prestar imparcialmente datos de ese interrogatorio al proceso penal. Pero más allá de eso existe el problema, que se analizará después, de las amenazas laborales²¹ que se ciernen sobre el empleado interrogado, y que pueden hacer, naturalmente, que sus respuestas no sean espontáneas. Por otra parte, no existe el más mínimo control sobre la forma del interrogatorio –en términos de psicología del testimonio²²– ni sobre sus límites. En estas condiciones, la precariedad de la información obtenida es patente, y su utilidad para el proceso poco menos que despreciable.

Pero llegamos al tercer instrumento: los seguimientos a los empleados. Los mismos pueden consistir en observaciones personales de sus movimientos dentro de la empresa. Para ello pueden disponerse cámaras o micrófonos en las estancias de la misma, o bien

16 Vid. NEIRA PENA, "Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales", cit. p. 67.

17 Sobre el tema, RUGGIERO, "Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico", cit. pp. 6 y ss.

18 Vid. SALADO, Daniel, "La corrupción pone en duda la figura de las auditoras", en La Marea: <http://www.lamarea.com/2015/04/11/la-corrupcion-pone-en-duda-la-figura-de-las-auditoras/> (11-4-2015). Vid. también en Expansión: "Las auditoras dependerán menos de sus grandes clientes para evitar más escándalos como Pescanova o Gowex": <http://www.lamarea.com/2015/04/11/la-corrupcion-pone-en-duda-la-figura-de-las-auditoras/> (3-8-2014).

19 RUIZ VADILLO, Enrique, *La independencia y la imparcialidad de los jueces en la Constitución Española*, La Ley, 1996, Tomo VI, p. 1641. Vid. también las interesantes reflexiones sobre el concepto de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "De la independencia, a la imparcialidad", en *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid 2015, pp. 211 y ss.

20 Sobre este tema, NEIRA PENA, "Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales", cit. p. 64,

21 NEIRA PENA, "Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales", cit. p. 69.

22 IBABE EROSTARBE, Izaskun, *Psicología del testimonio*, Donostia 2000, p. 47. MANZANERO, Antonio L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, p. 141.

puede intentarse la intervención de sus comunicaciones a través de correo –de cualquier tipo, mientras sea corporativo–, teléfono, etc.

En este punto se abren dos opciones. La de aquellos que consideran que todos esos seguimientos son legítimos, toda vez que lo único que hacen es reproducir a mayor escala lo que cualquier empresario podría hacer sin demasiada dificultad en una empresa pequeña de dos o tres trabajadores, y aquellos otros que opinan que someter a un trabajador a esos seguimientos supone instalar una especie de Gran Hermano en la empresa, al estilo del descrito en la novela 1984, anulando el derecho fundamental a la intimidad y su derivado secreto de las comunicaciones. En todo caso, afectándose realmente a la intimidad, los seguimientos son ilícitos a efectos judiciales si no han venido precedidos de una orden judicial que justifique la afectación del derecho. Aunque más allá de ello, el debate es todavía más profundo acerca de los límites de la privacidad, que dependen en muy buena medida de qué considera la sociedad en cada momento que supone sentirse libre, con todos los peligros que supone contar con un asidero tan sumamente variable de ese derecho fundamental.

Como se ve, los tres mecanismos encierran riesgos evidentes, sin entrar todavía en consideraciones tan profundas como las que se abordarán en los próximos epígrafes. Ello podría poner muy en entredicho la eficiencia y eficacia de las investigaciones internas, al margen de su probable opacidad. Sin embargo, prescindamos de momento de todos esos inconvenientes y procedamos como si no existieran, dando provisionalmente por supuesto que las investigaciones internas empresariales son legítimas.

3 “DUDA RAZONABLE” PARA INICIAR LA INVESTIGACIÓN

Algunos autores, intentando llevar a cabo una especie de “judicialización” de las investigaciones internas, exigen que para que éstas puedan comenzar, igual que ocurre con la instrucción, sea necesaria la existencia de una sospecha que no resulte manifies-

tamente falsa (art. 269 LECrim), lo que hace preciso que al menos exista algún indicio medianamente racional de responsabilidad²³.

La utilización del concepto de “duda razonable” para referirse a esa sospecha inicial es completamente inadecuado. La “duda razonable” es, en el mejor de los casos, un estándar de prueba²⁴ que señala que cuando dicha duda es excluida –más allá de toda duda razonable– es posible condenar, descartando así la presunción de inocencia. Pero no es algo que legitime empezar una investigación. El concepto está históricamente²⁵ basado en la certeza moral del Derecho canónico²⁶, y se relaciona invariablemente con el momento del juicio²⁷, y no con el inicio de las investigaciones, para las que basta que concurra un indicio, obviamente racional, porque si no, no sería epistémicamente un indicio, sino un simple rumor o conjetura imaginativa.

Sin embargo, no parece que sea ni siquiera necesario entrar en la anterior discusión. Aunque parte de la doctrina se esfuerza en distinguir entre el mecanismo reactivo ante una sospecha, por una parte, y los instrumentos para la observancia de una ética empresarial por otra, lo cierto es que ambos mundos confluyen, sobre todo si se tiene presente uno de los mecanismos más utilizados para obtener esos indicios, más allá de las medidas de investigación mencionadas en el anterior epígrafe: las denuncias anónimas o confidenciales –existen de ambos tipos– de los trabajadores de la empresa. Ese canal de denuncias existe porque la empresa quiere mantener una ética en su funcionamiento interno, y a la vez pueden propiciar las investigaciones internas²⁸.

23 Vid. al respecto GIMENO BEVIÁ, *El proceso penal de las personas jurídicas*, cit. p. 229. NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 63.

24 Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en: AAVV, (García Amado coord.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Granada 2014, pp. 109 y ss. FERRER BELTRÁN, Jordi, “Los estándares de prueba en el proceso penal español”, <http://www.uv.es/cefd/15/ferrer.pdf>.

25 WHITMAN, James Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London 2005. pp. 187 y ss.

26 LLOBELL TUSET, Joaquín, “La certeza morale nel processo canonico matrimoniale”, *Il Diritto Ecclesiastico*, 109/1, 1998, p. 771. ALISTE SANTOS, “Relevancia del concepto canónico de “certeza moral”, cit. pp. 667-668, y del mismo autor, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit. pp. 309 y ss.

27 NIEVA FENOLL, *La duda en el proceso penal*, Madrid 2013, pp. 160 y ss.

28 Nuevamente, RAGUÉS VALLÉS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Barcelona 2013. GARCÍA MORENO, Beatriz, “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración pública”, cit. pp. 43 y ss.

Lo anterior ayuda a entender cómo se puede poner en marcha una investigación interna. En realidad, si disfruta de un programa completo de compliance, lo lógico es que se ponga en marcha con la propia puesta en funcionamiento de la empresa. Es decir, que la vigilancia de la limpieza de las conductas sea algo cotidiano y no excepcional. Sin duda, de descubrirse indicios de delito, la investigación se focalizará con más intensidad en la comprobación de dichos indicios y en el descubrimiento de otros hechos relacionados con el mismo delito. Pero la investigación será más o menos la misma. Es algo parecido a lo que ocurre con la policía²⁹. Normalmente supervisa el cumplimiento del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos, pero aumenta su actividad y esfuerzos cuando descubre concretamente un hecho ilícito.

En consecuencia, la labor investigadora de la empresa es mucho más parecida a la labor policial que a la judicial, por lo que los intentos de equiparar el inicio de la instrucción del proceso penal con el inicio de una investigación interna no son demasiado acertados en el fondo. Reténgase bien esta conclusión, puesto que no solamente va a facilitar la comprensión de la materia que será abordada en los próximos epígrafes, sino que se verá debidamente confirmada por el contenido de los mismos.

Por último, la denuncia es simplemente eso: una denuncia. No tiene valor probatorio alguno si no es posible identificar a su autor, y puede servir simplemente como pista para poder construir la sospecha que inicia las actuaciones investigadoras internas. Pero no es nada más ni debiera ser nada más. Igual que con las denuncias anónimas en la realidad no empresarial, se prestan a ser un campo abierto para desprestigiar a otras personas, que además en el ámbito empresarial es más probable que se produzcan de manera coordinada. Por ello, la labor de comprobación interna de las mismas es esencial, cuidando siempre de que no trasciendan. Ahora bien, raramente podrán ser llevadas a un proceso bajo ningún concepto, a riesgo de que se conviertan en esos instrumentos difamatorios que creen una verdad artificiosa sólo con esos testimonios anónimos. Para proceder a una sanción, obviamente, tiene que existir algo más que dimes y diretes.

²⁹ Así lo apunta NEIRA PENA, "Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales", cit. pp. 51, 56.

4 AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Justo en este punto radica el grueso de las consideraciones doctrinales sobre la materia³⁰, así como las mayores dudas jurisprudenciales. Se ha despachado la cuestión demasiadas veces con postulados generales, tales como que "las personas jurídicas no tienen derecho al silencio"³¹, o bien, de modo ciertamente sorprendente, que una cosa sería el valor del interrogatorio empresarial del trabajador para el proceso laboral y otra para el proceso penal... como si la observancia de derechos fundamentales hubiera de depender del ámbito del ordenamiento en el que nos situemos. También se ha hablado del derecho a la intimidad en la empresa, de la supuesta inexistencia del mismo en ese ámbito y hasta de la posibilidad de intervención de las comunicaciones de los trabajadores, siempre y cuando se utilicen para la comunicación instrumentos de la propia empresa y previo aviso al trabajador de que así va a ser. Por último, se ha referido la doctrina a los derechos de asistencia letrada y a la presunción de inocencia.

Vaya por delante que todos esos derechos no tienen una aplicación exclusiva a un reo en el proceso penal. Desde luego no lo tiene el derecho a la intimidad, como es evidente. Pero ni siquiera el derecho a guardar silencio, aunque sea un fruto evidente de pasadas épocas de torturas³² —que tratan de evitarse—, tiene un acomodo exclusivo en el ámbito penal, toda vez que, permítaseme el parangón, no es otra cosa que derecho al silencio lo que tiene un sujeto cuando se le pregunta por aspectos de su vida privada. Ni siquiera la presunción de inocencia despliega sus efectos solamente en el proceso penal. Es cierto que siempre tiene que ver con un delito, lógicamente, pero para que sea eficaz la protección del derecho fundamental tiene que alcanzar a fases previas y pos-

³⁰ Por todos, GIMENO BEVIÁ, *El proceso penal de las personas jurídicas*, cit. pp. 236 y ss.

³¹ O lo tienen de forma muy limitada. Vid. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Torino 2015, p. 152.

³² Lo explica MERKEL, Laura, *Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio*, Justicia 2016, en prensa, citando los precedentes de Derecho inglés del siglo XVII. Vid. WIGMORE, "The privilege against self incrimination: its history", *Harv. L. Rev.*, 15, 1901-1902. p. 601, WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. VIII, p. 284. LANGBEING, "The historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law", *Michigan L. Rev.*, 1994, p. 1047.

teriores al proceso, es decir, cuando todavía no se ha iniciado y lo único que existe es el atávico prejuicio social de culpabilidad, así como cuando ya se ha concluido con absolución y, pese a ello, persiste tenazmente el citado prejuicio³³.

En consecuencia estos derechos, todos ellos, también deben tener vigencia en el ámbito de la empresa, sin que se pueda configurar la misma como una especie de mundo aparte del real³⁴. Veamos en qué medida, tratando la cuestión derecho por derecho.

a. Derecho al silencio y a aportar pruebas contra sí mismo.

Comencemos con el más problemático de todos, porque tiene dos frentes: ¿tiene la empresa derecho al silencio? ¿Tiene el trabajador derecho al silencio cuando es interrogado por la empresa?³⁵

En cuanto a la primera vertiente, teniendo en cuenta que el derecho al silencio tiene como origen –ya se indicó– la evitación de torturas que presionen al reo para que preste una confesión, parece que dicho derecho no puede asistir a una persona jurídica o, dicho de otro modo, a quien declare por ella como su representante.

Sin embargo, no hay que orillar un punto que es esencial. No puede olvidarse el indicado origen del derecho al silencio, ciertamente, pero tampoco puede dejarse de lado que los derechos evolucionan, como cualquier otra institución jurídica, y lo peor que le puede pasar a un derecho, precisamente, es separarse de la realidad de su tiempo, porque acabará siendo vulnerado.

Siguiendo esta línea de pensamiento, es preciso hacer notar también que el derecho al silencio es un mecanismo más que favorece la defensa del reo. No se trata del único, ni mucho menos, puesto que al reo se le concede cierta ventaja –sobre todo con la presunción de inocencia– teniendo en cuenta su débil posición en el proceso penal frente al poder del Estado creada por el prejuicio social de culpabilidad³⁶, que también está vigente cuando se trata

de una empresa, especialmente si ha existido una campaña periódica que ha ido poniendo en el disparadero a dicha empresa.

Ante esa eventualidad, quien representa a la empresa es posible que decida hacer uso del silencio, lo cual tiene todo el sentido. Considerada la situación en un consejo de administración, teniendo en cuenta el desconocimiento que puede tener dicho consejo de las actuaciones delictivas de algunas personas físicas de la empresa, la más prudente es la decisión de guardar silencio como tal empresa, precisamente, esperando que otras pruebas puedan servir mejor a su defensa.

No hay nada que sea ilegítimo en lo anterior. Probablemente lo que puede conferir esa imagen de ilegitimidad es la comparación con las cargas –o incluso obligaciones– procesales en el derecho estadounidense. Por ejemplo, en dicho derecho, el reo no puede mentir, cosa que puede hacer perfectamente en Derecho continental sin ninguna consecuencia, como parte de su derecho a la defensa. Este hecho provoca una perplejidad mutua a los juristas de ambos mundos, pero que se resuelve en una manera diferente de ver las cosas. En EEUU tiene mucha importancia el juramento³⁷, por la consecuencia del perjury³⁸ y el contempt of court que tiene en caso de quebrantarlo. Y sin embargo en Derecho europeo, en general, el reo no está obligado en absoluto a prestar juramento, lo cual quiere decir que una falsa declaración está desprovista de toda sanción jurídica.

Es por ello por lo que en EEUU se espera colaboración de la empresa³⁹, porque se le exige que hable, para lo que no sólo no es contraproducente imputarla, sino que sirve de acicate para que lo haga eficazmente, dejando al margen otros estímulos. Si entre nosotros tiene plena vigencia el nemo tenetur se ipse accusare, es precisamente para no obligar a quien se presume inocente a que destroce obligatoriamente su defensa. Ello, en EEUU, equivale poco menos que a mentir, por lo que esa colaboración sí se exige, aunque con una eficacia más dudosa que la que puede pensarse en un principio.

33 Lo explico más extensamente en NIEVA FENOLL, *La duda*, cit. pp. 89 y ss.

34 Lo indica con meridiana claridad NIETO MARTÍN, "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación la lucha por la información en el proceso penal", *Diario La Ley*, n. 8120, 2013: "No es posible asentar un Código basado en valores éticos si en las investigaciones internas se afectan garantías básicas del Estado de derecho como los derechos de defensa o el derecho a no auto-incriminarse."

35 Sobre el tema, MONTIEL, "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", cit. pp. 270 y ss.

36 NIEVA FENOLL, *La duda*, cit. p. 76.

37 SPEHL, Stephan / GRUETZNER, Thomas, *Corporate Internal Investigations –Overview of 13 jurisdictions–*, Baden-Baden 2013, p. 70.

38 18 U.S. Code § 1621 - Perjury generally. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1621>

39 Vid. NEIRA PENA, "Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales", cit. p. 54

Por ello, el derecho al silencio y a no aportar pruebas contra uno mismo no son sino complementos que favorecen la presunción de inocencia y que, por cierto, previenen a las autoridades de toda suerte de coacción para conseguir información, lo que debería hacer reflexionar muchísimo en torno a las llamadas –de modo absolutamente vejatorio⁴⁰– “zanahorias procesales”, que en no pocas ocasiones encubren directamente coacciones de la Fiscalía, como sucedió, en el fondo, en el caso Watergate, aunque tales coacciones se disfracen como “acuerdos”⁴¹.

Con esta lectura, además, entiendo que se resuelve el problema principal de la responsabilidad penal corporativa, que lanza a la empresa al banquillo de los acusados con unas más que precarias oportunidades de defensa. También se evitan, de ese modo, inteligentes pero complejos subterfugios como el de aprovechar la dispensa de declaración del testigo-empleado de la empresa⁴², si la declaración le perjudica personalmente, para hacer efectivo el derecho al silencio, vía que, no obstante, puede y debe ser utilizada en tanto en cuanto se siga poniendo ilegítimamente en cuestión el derecho al silencio de cualquier imputado, en este caso de la empresa.

Ahora bien, todo lo anterior depende de que la persona jurídica goce efectivamente del derecho a la presunción de inocencia. ¿Realmente goza de tal derecho?

b. Derecho a la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia existe al menos desde el siglo III⁴³ para prevenir el prejuicio social de culpabilidad en los jueces con respecto a cualquier reo que se sienta en el banquillo. Se trata de garantizar, con el respeto a este derecho, la imparcialidad judicial. De lo contrario el juez, esclavo del citado prejuicio social, tendría una posición claramente más proclive a la acusación que a la absolución, como ha solido ser históricamente habitual y, de hecho, se favorece por la propia configuración del proceso penal como una sucesión de acontecimientos que, en realidad, parecen orientados

40 Creo que no es necesario explicar por qué la expresión es profundamente ofensiva.

41 Cfr. NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 57.

42 Que me sugirió por correo electrónico la Profesora Rosa Anna RUGGIERO, de la Università degli Studi della Tuscia – Viterbo.

43 Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescipit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari.*”

a confirmar acriticamente las conclusiones de un órgano investigador que, por pura lógica, no puede respetar la presunción de inocencia en la ejecución de su labor: la policía. Aunque pueda resultar sorprendente, si la policía estuviera forzada legalmente a ver inocentes, no podría cumplir de ningún modo con su tarea, porque nunca identificaría a ningún sospechoso⁴⁴.

Si se sienta a una empresa en el banquillo, es evidente que el prejuicio social contra este particular reo también existe, especialmente, por cierto, si la empresa es relevante y ha tenido difusión periodística su supuesta actividad delictiva. Por ello, debe gozar también de la presunción de inocencia porque, de lo contrario, su condena puede ser prácticamente segura.

Este derecho, como el anterior, no es de exclusiva titularidad de una persona física⁴⁵. La imparcialidad no conoce distinción entre personas físicas y jurídicas, como se hace evidente en cualquier proceso civil. Por ello, no es inimaginable que no pueda surgir animadversión contra una empresa, o que pueda aparecer incluso previamente al proceso. Imagínese, por ejemplo, un club de fútbol. En consecuencia, debe ser respetada la presunción de inocencia, por lo que la empresa sólo podrá ser condenada en un proceso si dicha presunción consigue ser destruida a través de la valoración de la prueba. Personalmente no entiendo que el estándar del “más allá de toda duda razonable” obligue a un juez a tener más demostrado que en otras ocasiones la existencia de un hecho delictivo⁴⁶. Pero para aquellos que sí lo creen, que son la mayoría, imagínese lo que supondría ver cómo un reo –la empresa– pudiera ser condenado sin el cumplimiento de ese estándar. Si así fuera, temblarían, para ellos, los cimientos de todo el proceso penal.

Aunque de hecho ya tiemblan si se pretende suprimir la que, a mi juicio, es la idea base de ese estándar y la clave de bóveda del proceso penal, de todo el proceso penal dirigido contra cualquiera: la presunción de inocencia.

c. Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad se ejerce también en la empresa, es decir, en el puesto de trabajo. Es evidente que las conversaciones

44 Vid. NIEVA FENOLL, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, *InDret* 1/2016, pp. 8 y ss.

45 Así lo reconoce la STS 154/2016, 29-2-2016, FD 8; STS 514/2015, 2-9-2015.

46 Más extensamente en NIEVA FENOLL, *La duda*, cit. pp. 160 y ss.

que un empleado puede tener con sus compañeros sobre su vida privada pertenecen sin duda a esa esfera de expectativa razonable –legítima– de privacidad, como dijo el Tribunal Supremo de los EEUU hace ya años⁴⁷. Y dado que sería manifiestamente inhumano no poder tener esas conversaciones en la empresa donde el empleado trabaja, la intimidad también existe en el ámbito laboral. Imagínese lo que sería una empresa en la que sus trabajadores actuaran simplemente como máquinas.

Ello impide claramente que puedan instalarse dispositivos de seguimiento en las instalaciones de la empresa. Una cosa es disponer cámaras de seguridad para prevenir que la empresa sufra entradas ilegítimas de sujetos terceros a la empresa, y otra muy distinta es cablear las instalaciones de la empresa colocando micrófonos o cámaras en todas partes. En la medida en que impiden el disfrute del derecho a la intimidad, prohíben también de facto el libre desarrollo de la personalidad, lo que es del todo inaceptable⁴⁸. Esas cámaras o micrófonos sólo pueden disponerse en dependencias en las que, de no instalarse, pudieran tener lugar gravísimos abusos de la integridad psíquica o física de terceros, como pueden ser las comisarías de policía. Pero son absolutamente inadmisibles en una empresa habitual, salvo que el juez decidiera disponerlas⁴⁹ para investigar la comisión de un delito repugnante que se aprovecha precisamente del ilegítimo disfrute del derecho a la intimidad: el acoso laboral o, mucho peor, el acoso sexual en el trabajo.

En otro caso, esas cámaras instaladas por la propia empresa captarán actos íntimos de manera ilegítima, que además corren el riesgo de ser indebidamente tergiversados por el empresario en su beneficio, para atribuir, por ejemplo, responsabilidad a un trabajador que no la tiene.

Ni que decir tiene que, igual que le sucede a la policía, cualquier dato captado ilegítimamente de ese modo no puede tener el más mínimo valor probatorio en un proceso penal ni en ningún otro proceso, como veremos enseguida, salvo para demostrar la ilegitimidad de la intromisión de la empresa.

47 Katz v. U.S., 389, 347 (1967), Smith v. Maryland 442, US 735 (1979).

48 Cfr. MONTIEL, "Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa", cit. p. 262 y ss.

49 Era la línea de la STS 528/2014, 16-6-2014, FD 1.

d. Derecho al secreto de las comunicaciones.

De lo indicado en el epígrafe anterior podría colegirse que la empresa no puede intervenir de ningún modo las comunicaciones del empleado. Y sin embargo no es exactamente así. Lo que interesa preservar es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en este caso a través de la intimidad. Para ello hay que observar cuál es la concreta situación actual en la que casi todos vivimos.

Hoy en día todo el mundo tiene un teléfono móvil, y una o varias direcciones privadas de correo. Ello quiere decir que no necesitamos en absoluto vivir nuestra privacidad a través de las herramientas de comunicación suministradas por la empresa. Sí que hubo un tiempo en que las personas solamente disfrutaban del correo de la empresa, o no se podían comunicar fácilmente por teléfono sino a través de llamadas o de mensajes cortos que, por cierto, se pagaban. Pero ahora nada de eso es así, y de hecho esa situación duró relativamente poco, mirada con perspectiva.

Actualmente todo el mundo tiene aplicaciones de mensajería en su teléfono que garantizan la intimidad, o accede a redes sociales configurando debidamente su privacidad, por lo que las oportunidades de comunicarse con otros empleados de la empresa, o con terceros, son infinitas, y de ellas no tiene por qué tener conocimiento alguno la compañía. De hecho, es profundamente estúpido utilizar los canales de comunicación de la empresa para contactar con otras personas de la esfera privada.

A partir de ahí, es perfectamente legítimo que la empresa decida intervenir dichos canales, advirtiéndolo debidamente para la mejor información del empleado⁵⁰, porque de ese modo se está procediendo a una normal supervisión de las tareas de los trabajadores, sin más, y sin impedirse que estos tengan realmente derecho a la intimidad a través de los canales privados antes cita-

50 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en STEDH B rbulescu c. Rumanía, 12-1-2016 (n. 61496/08) ni siquiera considera necesario ese aviso previo si, efectivamente, se utiliza un ordenador de la empresa y se abre una cuenta privada, en este caso de Yahoo Messenger, para fines personales alejados de los laborales para los que fue concebida. En mi opinión, como se desprende del texto principal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se excedió un tanto en su apreciación –vid. voto particular de Pinto de Albuquerque–, sobre todo teniendo en cuenta que los hechos enjuiciados databan de 2007, cuando esas posibilidades de correspondencia privada a las que he aludido eran bastante más restringidas que en la actualidad –apenas existían teléfonos móviles con acceso a datos–, lo que hacía muy habitual que los trabajadores utilizaran las cuentas de la empresa para usos personales, todo hay que decirlo, en la enorme mayoría de las ocasiones sin perjuicio alguno para la compañía.

dos. Es decir, la frontera es la vulneración o incluso anulación del derecho a la intimidad. Si ello no sucede, ningún inconveniente debe tener la posibilidad de intervención citada⁵¹.

En consecuencia, es correcta la jurisprudencia que permite el acceso a tales medios en el marco de una investigación interna, con más razón si la empresa advierte de ello. No es lo mismo que abrir una taquilla, con respecto a la que la empresa ya ofrece al trabajador la oportunidad de cerrar y, por tanto, de disfrutar de la intimidad en ese ámbito. El caso de las comunicaciones, subrayo que en la actualidad, es totalmente distinto por las razones apuntadas.

e. Derecho a la asistencia letrada.

Sorprende bastante que se haya podido dudar del derecho a la asistencia letrada de la empresa, como tal persona jurídica. Si se la pone en la posición, no ya de reo, sino de simple parte en el proceso, en cualquiera de ellos –civil, administrativo, laboral–, no es solamente que tenga ese derecho, sino que en la mayoría de los casos tiene la obligación de comparecer acompañada de letrado. Por tanto, no debe presentar dudas que su derecho de defensa se vea completado con esta garantía.

Al contrario, el representante debe comparecer acompañado de abogado para poder ejercer debidamente su defensa. Lo que no es posible es otorgar a una persona jurídica la complicadísima posición de reo para a renglón seguido quitarle todas las garantías de la defensa, postura que es la que se viene combatiendo en este estudio desde el principio. Lo contrario supone jugar al ventajismo, obteniendo por la puerta de atrás una información privilegiada actuando como una especie de inquisidor general ante un reo que no goza de ninguna garantía. Atrás quedaron, por fortuna, esos tiempos, y no pueden reeditarse ahora al hilo de la posibilidad de imputación de un nuevo reo: la persona jurídica.

5 VALOR PROBATORIO DE LAS INVESTIGACIONES INTERNAS

Al margen del respeto de derechos fundamentales que se ha examinado en los anteriores epígrafes, la doctrina⁵² se ha ocupado todavía poco de un penúltimo punto que resulta esencial: el valor probatorio del resultado de las investigaciones internas.

La situación es la siguiente. La empresa habrá realizado una investigación de la que se derivará un informe con una serie de datos. Esos datos pueden haber surgido de una auditoría cotidiana, o bien reactiva a consecuencia precisamente de la necesidad de averiguación de un hecho delictivo.

En el fondo, la situación es prácticamente la misma. Hay que tener muy presente que la empresa no es cualquier ente investigador. Es el reo, al que se le pide que actúe como si fuera una especie de policía de sí mismo⁵³. Compréndase que la situación es ciertamente paradójica⁵⁴.

Desde luego, la información que se aporte no es más que información de parte, que puede haber vulnerado derechos fundamentales⁵⁵, que vendrá convenientemente filtrada por el propio reo por más “zanahorias” que pongan los fiscales o los jueces de instrucción, dependiendo del sistema. Incluso cuando la fiscalía nombre un auditor u observador externo que supervise o incluso realice materialmente estas labores de investigación, las posibilidades de la empresa de ocultar información son enormes, por lo que aquello que se descubra va a ser casi siempre ciertamente comprometido, en el sentido de que difícilmente sabremos si se trata de toda la información. Desde luego, no se puede comparar esta investigación con una entrada y registro sorpresiva en la sede de la empresa incautándose de la documentación que se pueda obtener. Por más difícil que sea –o parezca– el acceso a esa infor-

51 Todo se centra en la “expectativa de privacidad” de que habla NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación la lucha por la información en el proceso penal”, cit.

52 MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, cit. pp. 251 y ss.

53 MONTIEL, “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, cit. p. 253.

54 Lo destacan, entre otros, NIETO MARTÍN, “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n. 8120, 2013. GIMENO BEVIÁ, *El proceso penal de las personas jurídicas*, cit. p. 228.

55 NEIRA PENA, “Sherlock Holmes en el centro de trabajo: las investigaciones internas empresariales”, cit. p. 72.

mación, se puede conseguir si se realizan las pesquisas necesarias, pero siempre desde un punto de control externo a la empresa.

Por tanto, esa información no es más que evidencia que será analizada en el proceso, pero sin que desde luego pueda tener ningún valor privilegiado –lo impide la libre valoración de la prueba–, ni tampoco pudiendo adquirir un valor de facto importante para el juez, más allá del que, una vez atendido todo el acervo probatorio, pueda atribuirle el juez motivándolo debidamente.

En consecuencia, el valor de lo obtenido es similar al que deberían tener habitualmente las pesquisas policiales: muy escaso, habida cuenta de las tremendas oportunidades de manipulación, especialmente en este supuesto. En el caso de la policía, la posible –e inaceptable– manipulación, a duras penas controlada por la efímera teoría de la “cadena de custodia”, normalmente será contraria a reo. Pero en el caso de la empresa, la manipulación lógicamente estará enfocada en sentido contrario. La policía no deja de ser una herramienta de una parte del proceso –habitualmente la acusación–, igual que la empresa, que es parte de por sí. De hecho, con respecto a esta última deben aumentar decididamente las suspicacias, toda vez que, como se ha dicho, se trata directamente del reo.

6 LA FALSA PROBLEMÁTICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Se ha planteado también una todavía más extraña problemática en torno a si vulnera la carga de la prueba el hecho de que la empresa se vea obligada a aportar pruebas para obtener su exculpación, derivadas sobre todo de lo dispuesto en el art. 31 quarter del Código Penal⁵⁶.

Lo que dispone el citado precepto es simplemente la posibilidad de obtener una atenuante por colaborar con la investigación, en términos un tanto sorprendentes, ciertamente –¿confesión?–, pero que no son diversos de los que ya se expresan para las personas físicas en el art. 21.4 C.P..

⁵⁶ Reflexionaba sobre ello también la Circular 1/2016, p. 57. También entra en este tema, aunque de manera bastante provisional que desvela el intenso debate existente, la STS 221/2016, 16-3-2016, FD 5.

Aun suponiendo que la carga de la prueba exista en el proceso penal –que desde luego a mi parecer no existe⁵⁷–, no es que se le exija a la empresa que aporte pruebas contra sí misma para obtener una atenuación. Lo que se le ofrece es que ayude a esclarecer los hechos, lo que puede servir, y servirá, para culpabilizar a otras personas físicas y exculpar, si es posible, a la empresa, o atenuar su responsabilidad. Eso mismo haría la empresa aunque no existiera el art. 31 quater.

Diferente por completo es si este ofrecimiento/exigencia contraviene el derecho a no aportar pruebas contra uno mismo. Sobre esa cuestión ya me pronuncié en sentido positivo. El afán por obtener información, así como el plagio del modelo anglosajón, condicionado por la figura del juramento, es posible que haya llevado las cosas a un extremo que no sea racional del todo. Me remito a lo ya indicado en líneas anteriores.

⁵⁷ Vid. NIEVA FENOLL, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, cit. pp. 10 y ss.

AS NULIDADES PROCESSUAIS NO TRIBUNAL POPULAR: ONDE ESTÁ O ARGUMENTO DE AUTORIDADE?

Leonardo Sagrillo Santiago¹

¹ Professor das disciplinas de Processo Penal e Criminologia do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Professor de Direito e Processo Penal da Faculdade Antonio Meneghetti (AMF). Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pós-graduado em Ciência Criminais pela Faculdade Anhanguera - UNIDERP (2013). Graduado em Direito pelo UNIFRA (2011). Conselheiro da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM). Presidente da Comissão do Advogado Criminalista na OAB/RS, Subseção Santa Maria. Membro do Escritório Leonardo Santiago Roger de Castro, Advocacia Penal Empresarial. Advogado Criminalista.

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri, indiscutivelmente, é uma instituição polêmica, quer seja por sua forma de julgamento ou pela democratização da decisão judicial. Isso se dá porque, por uma determinação Constitucional, quando o crime for doloso contra a vida, o Poder Judiciário confere ao cidadão o poder de decidir. Sendo assim, inúmeras discussões decorrem acerca do “justo”, do quanto a decisão poderá estar desassociada das fontes jurídicas, da capacidade do jurado filtrar determinadas situações que acontecem ao longo do julgamento, da pronúncia e do *in dubio pro societate* (?), dentre outras celeumas. Por compreender essa particularidade na qual insere-se o procedimento, a legislação tratou de determinar algumas proibições, cujas suas não observâncias acarretariam nulidade processual. Dessa forma, surgem os artigos 478 e 479 do Código de Processo Penal (CPP), dos quais proibições e peculiaridades estarão explanadas no decorrer do artigo.

O presente trabalho, dessa forma, visa compreender onde está, efetivamente, o argumento de autoridade e de que forma ele apresenta-se durante os debates no transcorrer do julgamento popular. Argumenta-se que não seria possível a lei prever as hipóteses que ensejariam a nulidade processual, dada a complexidade dos julgamentos. Para dirimir esse imbróglio, o presente artigo será desenvolvido em 4 seções. Na segunda, analisar-se-á como está previsto o procedimento do julgamento popular e suas particularidades, oportunidade em por meio da qual buscar-se-á evidenciar a construção dos atos processuais até a decisão dos jurados. Na terceira estudar-se-á as questões atinentes às nulidades processuais, mormente a crise conceitual decorrente do tema, e àquelas que ocorrem durante o julgamento popular. Mais do que isso, buscar-se-á demonstrar de que forma o argumento de autoridade por vezes é utilizado no julgamento popular, passando despercebido pelo simples fato de não se enquadrar nas hipóteses em que a lei prevê como nulidade.

Justifica-se o presente trabalho pela relevância democrática, mormente quanto à relativização que se dá aos preceitos e diretrizes existentes quando o assunto são as nulidades processuais. Além disso, a abordagem que realizar-se-á está atrelada ao

Tribunal do Júri, do qual surge o problema central, ou seja: a necessidade de uma (re)leitura adequada do que consiste ou não prejuízo durante os debates no Tribunal Popular, principalmente ao tratar-se de um argumento de autoridade.

Dessa forma, o presente trabalho tentará expor um problema atual e, ao mesmo tempo, antigo, pois as agruras e a disparidade de armas que recalcitram no plenário do júri são, há muito tempo, denunciadas pelos que lá militam. Por tudo isso, almeja-se a necessidade de levar o júri a sério, mostrando que é possível a construção de decisões judiciais coerentes a partir de juízes não togados.

2 O PROCESSO PENAL E O TRIBUNAL DO JÚRI: O PROCEDIMENTO E AS PECULIARIDADES DA PREPARAÇÃO DE UM JULGAMENTO POPULAR

Debater o processo penal a partir de um viés garantista requer uma resistência peculiar em tempos de protagonismo judicial, populismo penal e redes sociais virtuais. Mais ainda ao buscar-se perquirir aspectos que norteiam o Tribunal Popular, isso porque o Júri Popular é a única ocasião na qual o Poder Judiciário abre as portas e entrega a toga e a decisão para as pessoas da comunidade.

Tal ato possui inúmeras implicações. Para evitar uma pesquisa pretensiosa que demandaria dias de debates e uma legítima imersão no assunto², o que buscar-se-á é contar o que vem acontecendo do âmago do Tribunal Popular, sobretudo quanto às nulidades processuais não contempladas pelo já defasado rol insculpido no art. 564 do Código de Processo Penal. Para tanto, necessário se faz compreender o Júri e as facetas dessa instituição prevista na Constituição como *clausula pétrea*.

² Isso porque não se desconhece, registre-se, que há polêmicas que permeiam o Tribunal do Júri, existindo, inclusive, quem defenda sua extinção do Sistema Processual, com base nas mais variadas justificativas e críticas. Sua reformulação também é objeto de estudo e debates. No entanto, uma questão é bastante importante de delimitar, sobretudo a fim de compreender algumas incongruências do Tribunal Popular: a desigualdade entre o jurado e o acusado. Sobre o assunto, pontual é a lição de Rangel que ensina que “No júri, os iguais não julgam os iguais, basta verificar a firmação do Conselho de Sentença: em regra, funcionários públicos e profissionais liberais. E os réus? Pobres. Normalmente, traficantes de drogas e, excepcionalmente, um de nós” (2013, p. 592).

O júri³ foi instituído no Brasil no ano de 1822⁴, sendo que atualmente encontra-se inserido na Constituição Federal no capítulo destinado às garantias individuais⁵. A competência para julgamento de crimes doloso contra vida por jurados pressupõe um procedimento bifásico⁶, com procedimento especial previsto nos artigos 406 ao 497 do CPP, sempre pautado pela plenitude de defesa. A primeira fase desse procedimento bifásico, chamado de *iudicium accusationis*, inicia com a denúncia oferecida pelo Ministério Público e encerra com a decisão de pronúncia e sua devida preclusão. O procedimento é semelhante ao rito comum ordinário, com algumas alterações, desenvolvendo-se com o escopo de viabilizar que o magistrado possa decidir entre a pronúncia, impronúncia, desclassificação e a absolvição sumária.

Cabe esclarecer que durante o transcorrer do procedimento o magistrado poderá decidir inúmeras questões relativas à essa primeira fase. A decretação de prisão preventiva ou sua revogação, a quebra de sigilo bancário, as interceptações telefônicas, dentre outras, serão decididas e trarão consigo uma carga decisória.

A questão que importa para o desenvolvimento da presente pesquisa, está justamente na segunda fase do referido procedi-

mento, oportunidade durante a qual o magistrado competente terá proferido uma decisão de pronúncia, tendo já ocorrida a devida preclusão. A fase *indictum causae* terá início com a intimação acerca das situações previstas no art. 422 do CPP⁷, preparando-se, assim, o julgamento de plenário.

Até três dias úteis antes do julgamento as partes poderão fazer juntadas de documentos que serão objeto de debate durante o julgamento popular, sob pena de nulidade, por expressa determinação legal do art. 479 do CPP⁸. Isso porque a outra parte deve ter ciência do que será utilizado, evitando-se assim surpresas e, conseqüentemente, uma nulidade processual.

Para compreender o que será proposto a seguir, foi preciso entender o caminho necessário até a decisão de pronúncia. Isso quer dizer que, até a decisão de pronúncia, um procedimento foi observado, no qual é possível vislumbrar decisões jurídicas e posturas do julgador. A fim de perquirir de que forma essas decisões poderão influenciar no *decisum* do jurado é que se propõe a terceira seção.

3 ONDE ESTÁ O ARGUMENTO DE AUTORIDADE? O SISTEMA DE NULIDADES DEFASADO E A (IN)COERÊNCIA NO TRIBUNAL POPULAR

A compreensão de como está proposto o procedimento no Código de Processo Penal permite a abrangência da formalidade que o ato processual resguardar. Essa é a razão, portanto, da exposição realizada na seção segunda deste, sobretudo pela peculiaridade do procedimento e suas facetas para a construção da decisão judicial.

3 Há divergências doutrinárias quanto à origem do Tribunal do Povo. Távora e Alencar relatam que “A origem do tribunal do júri é visualizada tanto na Grécia como em Roma, havendo quem veja um fundamento divino para a legitimidade desse órgão. Sob essa inspiração, o julgamento de Jesus Cristo, malgrado desprovido das garantias mínimas de defesa, é lembrado como um processo com características que se assemelham ao júri. De lado as controvérsias sobre a origem, a maior parte da doutrina indica como raiz do tribunal do júri a Magna Carta da Inglaterra, de 1215, bem como seu antecedente mais recente, a Revolução Francesa de 1789” (TÁVORA, 2016, p. 1217).

4 Ensina Marques que “No Brasil, o Júri aparece em 18 de junho de 1822, instituído pelo Príncipe Regente para julgamento dos crimes de opinião ou de imprensa. A primeira reunião teria acontecido em 25 de junho de 1825, para o julgamento do crime de injúrias impressas [...] A partir da Independência do Brasil, o júri foi fortalecido na Constituição outorgada de 1824, tendo sido incluído no Capítulo Poder Judiciário” (2009. p. 22-23).

5 Determina a Constituição Federal no art. 5, XXXVIII: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” (BRASIL, 1988).

6 Sobre o assunto, ensina Lima que “Mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 11.689/08, já se dizia que o procedimento do júri era bifásico ou escalonado, porquanto estruturado em duas fases distintas: a primeira denominada *iudicium accusationis* ou sumário de culpa, tinha início com o oferecimento da peça acusatória e perdurava até a preclusão da decisão de pronúncia. A segunda fase, chamada de *indictum causae*, ia do oferecimento do libelo acusatório – hoje suprimido – e se estendia até o julgamento em plenário. Com a entrada em vigor da lei 11.689/08, foi mantida a estrutura bifásica do procedimento do júri. Em face da extinção do libelo acusatório e da contrariedade ao libelo, o início da segunda fase passa a ocorrer com a preparação do processo para julgamento em plenário (CPP, art. 422), oportunidade em que as partes são intimadas para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligências” (LIMA, 2015, p. 1321).

7 Dispõe o artigo 422 do CPP que “ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligências” (BRASIL, 1941).

8 Reza o artigo 479 do CPP que: Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte (BRASIL, 1941).

É necessário apontar, desde logo, que o CPP destinou o Título I do Livro III para tratar das nulidades processuais. Nos artigos que abordam o tema, portanto, pode-se interpretar princípios que balizam a concepção de um ato nulo e suas implicações. No entanto, o que percebe-se acerca do tema é uma confusão conceitual ancorada na pretensão de validar atos inválidos com o intuito de dar agilidade aos atos processuais e encerrar, de maneira célere, os procedimentos que abarrotam as comarcas.

O ponto nevrálgico no que concerne às nulidades processuais passa por analisar o prejuízo⁹. Desse modo, é possível concluir que um ato que não observou a lei não é capaz de produzir efeitos jurídicos válidos. Isso decorre da adoção do sistema da instrumentalidade das formas, segundo o qual “as irregularidades devem ser distinguidas conforme sua gravidade, não se declarando nulidade do ato se sua finalidade foi atingida e se não houve prejuízo para as partes” (LIMA, 2015, p. 1572).

A partir dessa concepção, mas sobretudo pela forma que o artigo 563 do CPP expõe, somente será possível interpretar que um determinado ato em desconformidade com a lei gerou nulidade processual se demonstrado o prejuízo. Há uma complexidade que permeia essa determinação legal, justamente pelo fato de, por vezes, não ser possível, na esteira do processo penal, vislumbrar o efetivo prejuízo. Por isso Lopes Júnior afirma que há indiscutível imprecisão acerca do que seja “prejuízo”¹⁰. É imperioso, assim, destacar que a concepção de prejuízo estará atrelada ao ato processual, não sendo capaz de elencar um rol taxativo, prevendo atos defeituosos e, dessa forma, limitando a ocorrência de outras nulidades.

Tanto é assim que o artigo 564 do CPP é bastante criticado, sobretudo por essa tentativa frustrada de elencar em seus incisos

as hipóteses de nulidades. Nessa esteira, portanto, Lopes Junior preleciona que:

Pensamos que o art. 564 é, atualmente, imprestável para qualquer tentativa de definição precisa em termos de invalidade processual, além de incorrer no erro de pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas. Como muito, serve de iniciativo a apontar atos que merecem uma atenção maior em relação ao risco de defeitos. A jurisprudência muda constantemente de humor nessa matéria, sendo extremamente arriscado definir, a priori, os casos de nulidade absoluta e relativa a partir da estrutura do CPP. (2017, p. 934).

Partindo dessa acertada conclusão e levando em consideração a necessidade de interpretação do ato e de suas implicações, quer seja sua invalidade a partir da presença de um prejuízo ou da mera irregularidade, não há possibilidade da lei prever todo e qualquer ato nulo em um extenso rol de nulidades. Nisso consiste a complexidade do direito, dos atos processuais e do próprio caminho do processo penal: o fato em si demonstrará a necessidade de reconhecimento da invalidade processual.

A questão reveste-se de uma maior polêmica quando o objeto de estudo são as nulidades processuais que podem ocorrer durante o julgamento pelo Júri. Por ser um julgamento por jurados, a questão fica ainda mais delicada porque o jurado¹¹ não está dotado da devida capacidade técnica capaz de estabelecer um filtro ou delimitar os argumentos que devem ou não ser levados em consideração.

Tanto é assim, que muito discute-se acerca do assento das partes no plenário, quais peças podem ou não ser utilizadas pelas partes. Toda essa proteção está atrelada ao fato do julgamento ser feito pelo povo, sendo sequer possível, então, delimitar qual argumento foi capaz de convencer o julgador. Essa peculiaridade é tão importante que há determinação legal existente no Caderno Processual Penal que determina a existência de algumas invalidades. É o caso, portanto, das nulidades presentes nos artigos 478 e 479 do CPP. Rezam os artigos que:

9 Explica Dezem que “o princípio do prejuízo vem previsto no art. 563 do CPP. Nenhuma ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Advém da fórmula francesa *pas de nullité sans grief*” (2016, p. 959). Igualmente, ensina Badaró que “toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não inoccorrência de prejuízo, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido” (2016, p. 795).

10 Lopes Junior preleciona que “além da imprecisão em torno do que seja ‘prejuízo’, há um agravamento no trato da questão no momento em que se exige que a parte prejudicada (geralmente a defesa, por evidente) faça prova dele. Como se faz essa prova? Ou, ainda, o que se entende por prejuízo? Somente a partir disso é que passamos para a dimensão mais problemática como demonstrá-lo?” (2017, p. 938).

11 Segundo Marques, “derivado do latim *juratus*, o vocábulo *jurado* significa aquele afirmado com juramento, já que o cidadão convocado pelo Presidente do Tribunal do Júri somente estará investido da condição de membro do conselho de sentença após o juramento” (2009, p. 101).

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Os dispositivos em questão são de grande importância na construção da decisão judicial proveniente dos jurados, pois não permite que um argumento seja sustentado pela simples posição de autoridade que faz a proposição, relegando ao segundo plano as razões e o que de fato lhe sustenta¹². Assim surge o argumento de autoridade, quando o interlocutor “dispensa validade argumentativa, pois não fundamenta sua afirmação em bases racionais ou argumentos, mas sim em autoridades” (LIMA, 2016, p. 1206). A proteção dispensada pelo dispositivo é de especial importância. Na lição de Marques, “a leitura ou a referência a essas decisões, não raro, tinha o escopo de impressionar o jurado, criando a falsa ideia de que a admissão da acusação, por si só, constituiria um elemento indiciário da culpabilidade” (MARQUES, 2009, p. 136).

No entanto, apesar do Código determinar hipóteses de nulidades próprias para o julgamento pelo Tribunal Popular, o artigo engessou os pressupostos de reconhecimento da nulidade. Em que pese, o artigo telado observa a necessidade de proteger a decisão de todo e qualquer argumento de autoridade, vinculando tal argumento somente “à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação”.

12 Sobre o assunto, Lima ensina que o “Argumento de autoridade é uma falácia lógica que apela para a palavra de um alguma autoridade a fim de validar o argumento. Este raciocínio é absurdo, visto que a conclusão baseia-se exclusivamente na credibilidade do autor da proposição e não nas razões que ele tenha apresentado para sustentá-la. De uso pragmático, o argumento de autoridade é usado como dispositivo de estratégia de redução de complexidade, economizando tempo e esforço para a demonstração de uma verdade” (LIMA, 2016, p. 1206).

Do mesmo modo, Badaró preleciona que “A regra do art. 478, que não encontra correspondente na sistemática anterior, consubstancia-se em importante instrumento para evitar que argumentos não necessariamente corretos, mas com fortíssimo poder de persuasão, principalmente perante os juízes leigos, possam levar a um resultado injusto” (2016, p. 706-707).

Embora o sistema jurídico não permita que as partes utilizem argumentos de autoridade, ele apenas rechaça as hipóteses em que estão presentes na decisão de pronúncia, deixando ao talante das partes que utilizem-se de demais peças processuais revestidas da mesma invalidade. Isto acontece, por exemplo, com a utilização do relatório do delegado de polícia ou decretações de prisões cautelares ao longo do procedimento, que possuem a mesma capacidade de, a partir de uma falácia, convencer os juízes leigos. Quer-se demonstrar, com isso, que a utilização do argumento de autoridade como forma de convencimento do Tribunal Popular pode acarretar em nulidade processual, mas que essa nulidade é fruto da utilização do argumento. Se não se pode, em direito, determinar uma resposta pronta sem análise do fato, não se deve, pelo mesmo motivo, restringir o reconhecimento de uma invalidade à decisão de pronúncia, convalidando o uso para demais decisões ou atos processuais.

Sobre o assunto, aliás, adverte Lima que o rol do artigo 478 do CPP não é taxativo, explicando exemplificativamente que “na hipótese de a leitura do decreto de prisão preventiva ser levado a efeito com o objetivo de extrair uma presunção de culpa, haverá indevida influência do julgando dos jurados, acarretando a nulidade de eventual veredicto condenatório” (LIMA, 2016, p. 1206).

O Tribunal de Justiça Gaúcho já enfrentou a questão em mais de uma oportunidade. No entanto, infelizmente, a questão parece não o efetivo cuidado que merece, conforme ementa abaixo transcrita, a título de exemplificação, mas representando inúmeras outras decisões¹³.

13 A título exemplificativo, cabe registrar algumas decisões em sentido semelhante: Apelação Crime Nº 70070929575, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 07/12/2016. A matéria, aliás, já foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça, assim decidindo na ocasião: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, §2º, INCISOS II E IV. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PEDIDO DE PROIBIÇÃO DE LEITURA DE TRECHOS DA DECISÃO QUE INFLUENCIEM O ÂNIMO DOS JURADOS. IMPOSSIBILIDADE. ART 478 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. [...] III - Nos termos do art. 478 e seus incisos, do CPP, durante os debates é vedado às partes, sob pena de nulidade, fazer referências à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado, ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. IV - Desta forma, não merece guarida o pedido de proibição de leitura de alguns trechos da decisão que decretou a prisão

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO FUNDAMENTADO NO ART. 593, INCISO III, ALÍENAS "A" E "D", DO CPP. NULIDADES POSTERIORES À PRONÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DESCABIMENTO. DECISÃO CONFIRMADA. (...). 4. Quanto à al da decisão que decretou a prisão preventiva nos debates, assim como das decisões que mantiveram a segregação, impende destacar que o art. 478 do Código de Processo Penal não veda tal proceder. O referido dispositivo legal apenas obsta que as partes façam referência à pronúncia, às decisões subsequentes que julgaram admissível a acusação, à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade, bem como ao silêncio do réu ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, utilizados em seu prejuízo. 5. Se a versão que sustenta o veredicto encontra respaldo em vertente de prova, não há como admitir tenha sido a decisão dos Jurados contrária à prova dos autos, porquanto de acordo com versão constante do processo. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Crime Nº 70063319594, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 29/07/2015).

Nessa perspectiva, o que se evidencia é uma absoluta incompreensão do problema central que decorre do argumento de autoridade. Como se constatou, em outras decisões ao longo do procedimento, também há manifestações judiciais nas quais existe uma relativa carga decisória que, ao fim e ao cabo, pode influenciar se expostas aos jurados.

Por essas razões, sobretudo por entender não ser possível reduzir a complexidade que decorre do procedimento judicial, é que se vislumbra a necessidade de uma releitura acerca das nulidades que permeiam o julgamento popular. Em especial, há que observar-se o argumento de autoridade e como, falaciosamente, este vem escondido nos discursos levados aos jurados, a fim de preservar a coerência, de modo que a decisão judicial seja construída a partir de argumentos neutros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As nulidades processuais, da forma como são expostas, demonstram uma nítida redução de complexidade. A presença de um rol, evidenciando uma possível subsunção, como se fosse possível engessar as inúmeras possibilidades nas quais o não cumprimento de determinado ato pudesse resultar em um prejuízo, já demonstra o problema existente no CPP, mesmo com a pequena reforma de 2008.

Quando o assunto é o Tribunal do Júri, o assunto ganha contornos ainda mais preocupantes, sobretudo pela complexidade que existe na decisão do jurado, já que esta não vem acompanhada de fundamentação, sendo nem mesmo possível compreender qual o argumento que resultou no voto dado pelo jurado. Disso decorre uma série de contornos e cuidados necessários, sempre com a finalidade de proteger a decisão que será construída. Tanto é assim que, com a reforma de 2008, surge a impossibilidade de fazer-se menção à decisão de pronúncia como argumento de autoridade, por exemplo. No entanto, o que pretendeu-se demonstrar é que o argumento de autoridade, por vezes, é utilizado, mas decorrente de outras decisões presentes no transcorrer do procedimento.

Partindo de um olhar crítico, mas sobretudo buscando evidenciar um problema já percebido pelos que atuam no plenário do júri, o presente trabalho tencionou fomentar a releitura acerca do argumento de autoridade, mormente quanto às decisões não inculpidas no art. 478, I, do CPP. A tarefa não é tão simples quanto parece, tendo em vista as decisões jurisprudenciais que deixam de reconhecer a nulidade em razão da ausência de previsão legal.

Diante disso, objetivou-se explicar de qual maneira o ato processual defeituoso deve ser analisado faticamente, sempre com a finalidade de resguardar a decisão judicial, principalmente no Tribunal Popular. Para tanto, enfrentou-se a maneira reducionista inculpada no CPP e a frágil fundamentação despendida pelos Tribunais quando do enfrentamento do tema.

Tem-se, pois, que a questão requer um olhar que ultrapasse a mera subsunção, perquirindo sobre questões atreladas ao argumento de autoridade e visando evidenciar as mazelas e injustiças que podem decorrer de uma arguição falaciosa.

preventiva, ao argumento de que poderiam influenciar os jurados, uma vez que tal pedido carece de fundamentação legal. Recurso ordinário desprovido. (RHC 46595/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 02/10/2014).

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 07 ago. 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Jader. **Tribunal do Júri**: considerações críticas à Lei 11.689/08 de acordo com as Lei 11.690/08 e 11.719/08. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DAS CENTRAIS DE ALTERNATIVAS PENAIAS E A SUA ADEQUADA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

Mateus Marques¹

¹ Doutorando em Direito pela Universidad de Salamanca. Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal Econômico e Empresarial pela Universidad de Castilla-La Mancha. Professor pesquisador do Departamento de Direito Penal da Universidad de Castilla-La Mancha. Professor de Processo Penal. Advogado,

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE

Em uma tendência de revisar o sistema denominado de Justiça Penal Clássica, abandona-se as ideias de repressão e castigo do delinquente, orientando-se desde a prevenção do delito, a promoção de medidas de substituição de penas privativas de liberdade, a reinserção social dos delinquentes e a ajuda às vítimas, surgindo, deste modo, as chamadas medidas alternativas.

Essa necessidade de buscar vias alternativas à privação de liberdade como pena apoia ainda mais a tese sobre a necessária criação de substitutivos ou medidas diversas à prisão, uma vez que, de acordo com Vilar (1988, p. 174), “se representa mal para o apenado a pena privativa de liberdade, mais ainda deve qualificar-se como mal maior a prisão provisória, porquanto, ao aplicar dita medida ao sujeito imputado, ainda não tenha sido condenado mediante sentença”.

Neste sentido, e sobre as medidas cautelares, leciona Giacomolli que

“não são medidas substitutivas da prisão preventiva, mas alternativas ao encarceramento (prisão preventiva), embora não percam o seu caráter de cautelaridade e nem o de constrangimento do suspeito, imputado ou acusado da prática de uma infração criminal. Ocupam, portanto, uma posição intermediária entre a liberdade provisória e a prisão preventiva”. (2013, p. 99).

Há tempos fazia-se necessário que o sistema cautelar processual penal Brasileiro fosse alterado a fim de que o magistrado pudesse, no momento da decretação de uma prisão cautelar, ter a opção de verificar a necessidade, adequação e proporcionalidade, fugindo do antigo e ultrapassado binômio prisão/liberdade. Sendo assim, ao considerar o caso concreto, aquele tem como forma de opção a decretação de outras medidas que fossem suficientes e alternativas ao cárcere.

Para Teresa Armenta Deu,

[...] no processo penal, a título de exemplo, se reconhece que, junto ao risco de fuga, as medidas cautelares pessoais também podem servir – sobretudo nos casos de medida limitadora de liberdade – a outros fins, como assegurar a presença do imputado a efeitos de prova e evitar a suspensão do processo, ou prevenir a prática de outros delitos; fins estes que dificilmente se encaixam dentro da ideia de contrariar um *periculum in mora* concebido. (DEU, 2012, p. 165, tradução nossa).

Portanto, com o advento da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, introduziu-se em nosso sistema jurídico-criminal, de forma inovadora, uma série de medidas consideradas alternativas, diversas do recolhimento ao cárcere por meio da prisão preventiva, caso estivesse presente a exigência cautelar, podendo ser decretadas independentemente ou mesmo de forma isolada ou cumulativa com outra medida cautelar.

2 DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS AO CÁRCERE E SUA PREVISÃO LEGAL NOS ARTIGOS 319 E 320 DO CPP

É nítido que a inovação legislativa que inseriu um rol de nove medidas cautelares alternativas, presentes no artigo 319 do CPP, dá ao magistrado a possibilidade de acabar com binômio prisão/liberdade. Sob este aspecto, o magistrado, ao deferir a liberdade provisória ao imputado, poderá inserir uma ou mais medidas cautelares, dependendo do caso concreto.

O rol taxativo apresentado na redação do artigo 319 do CPP apresenta como medidas cautelares:

I- comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
II- proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
III- proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
IV- proibição de ausentar-se da Comarca quando a

permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V- recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI- suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII- internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII- fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e IX- monitoração eletrônica.

Embora ausente do rol apresentado pelo artigo 319 do CPP, a Lei nº 12.403/2011 foi a última medida cautelar alternativa ao cárcere, a qual trata sobre a proibição do investigado/acusado de ausentar-se do país mediante entrega de seu passaporte está inserida no art. 320 do CPP.² De acordo com Badaró, “é a menos severa das medidas alternativas à prisão. Isso porque, o grau de restrição à liberdade de locomoção será diminuto” (2011, p. 261).

Tal inovação, trazida pelo advento da Lei nº 12.403/2011, trata-se de medida que tem como principal finalidade impedir a fuga e assegurar a aplicação da lei penal, imputando ao sujeito a proibição de ausentar do país – e não só da Comarca, como prevê a medida cautelar prevista no art. 319, IV do CPP. Aquela determina que deverão ser comunicadas as autoridades de polícia de fronteiras (Polícia Federal) e ocorrer o recolhimento do passaporte no prazo de 24 horas.

Tem sido de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, analisando o HC 307.370/RS, que em virtude de o acusado já ter residido em outro país, poderia evadir-se do distrito da culpa e tornar falha a aplicação da lei penal, de tal sorte que se concede

2 Substancialmente, o novo dispositivo não encontrava correspondência no CPP, que não continha qualquer disciplina sobre a proibição cautelar do investigado ou acusado se ausentar do país. A regra anteriormente prevista no mesmo dispositivo tinha por objetivo tema diverso, sobre o cumprimento do mandado de prisão, no caso de prisão civil. A redação originária do art. 320 era: “A prisão decretada na jurisdição cível será executada pela autoridade policial a quem forem remetidos os respectivos mandados”.

a ordem de habeas corpus mediante entrega de tal documento.³ Conforme sustenta Oliveira,

essa é uma medida que poderá trazer transtornos àqueles que, no desenvolvimento de suas regulares atividades, tenham que se ausentar do país com mais frequência. No entanto, ela somente se justificará quando o presente o fundado receio de fuga e sempre como alternativa à prisão preventiva. (2014, p. 518-519).

Importante problemática insere-se neste contexto, pois, considerando o Mercosul, não se exige passaporte de pessoas de nacionalidade dos seus países integrantes. O acusado, querendo, de forma exemplificativa, pode sair para o Uruguai pelo Sul do país, por via terrestre, na qual não há controle algum, e pode tentar a obtenção de novo passaporte junto à respectiva embaixada. Assim, e para que haja maior eficácia na medida cautelar imposta ao sujeito, é necessário que o magistrado determine a proibição de expedição de novo passaporte para todas as autoridades diplomáticas envolvidas.

Portanto, é medida cautelar que, se investigarmos a nível constitucional, será de duvidosa constitucionalidade por ferir o princípio da isonomia de todos perante a lei.

3 DAS MEDIDAS CAUTELARES INSERIDAS EM LEGISLAÇÕES PENAIS ESPECIAIS

Embora ausentes daquelas destacadas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal, existem outras espécies de medidas alternativas ao encarceramento inseridas pontualmente em outras legislações. Nesse sentido, é importante destacar o cuidado legislativo no sentido de proteger situações emergenciais em algumas Leis Penais Especiais.

Para tanto, destacamos como medidas cautelares alternativas ao cárcere as seguintes situações: a) Artigo 294 do Código Brasileiro de Trânsito, que possibilita ao magistrado

3 Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 307.370/RS. Sexta Turma. Julgado em 21.05.2015.

em qualquer fase da investigação ou da ação penal, havendo necessidade para garantia da ordem pública, como medida cautelar, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou ainda mediante representação da autoridade policial, decretar, em decisão motivada, a suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção.

b) Artigo 22 da Lei nº 11.340/2006, também denominada de Lei Maria da Penha, em relação às medidas protetivas de urgência, assegura que

constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I- suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II- afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III- proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV- restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V- prestação de alimentos provisionais ou provisórios;

c) Em relação a Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, merece especial atenção a medida cautelar prevista no artigo 56, §1º, quando refere que “tratando-se de condutas tipificadas como infração do disposto nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o juiz, ao receber a denúncia, poderá decretar o afastamento cautelar do denunciado de suas atividades, se for funcionário público, comunicando ao órgão respectivo”; e d) Conforme a Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/1992, a qual prevê a possibilidade de afastamento cautelar do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, caso a medida faça-se necessária para a instrução criminal.

Portanto, mesmo que o rol de medidas cautelares alternativas presentes nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal seja taxativo, é imprescindível averiguar na legislação especial am-

paro legal para buscar maior eficácia do processo criminal, sem que seja necessário recorrer à medida extrema da prisão cautelar.

4 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A COMPREENSÃO DA REAL ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP

Quando houver requerimento da defesa ou mesmo do Ministério Público durante a solenidade de audiência de custódia o magistrado, ao decidir pelo deferimento da liberdade provisória vinculada a aplicação das medidas cautelares adversas ao cárcere, previstas no artigo 319 do CPP, deverá fundamentadamente proferir sua decisão, analisando, para tanto, os critérios de necessidade e adequação de tal medida presentes no artigo 312 do CPP.

Nesse sentido, a aplicação da liberdade provisória vinculada à submissão de medidas alternativas ao cárcere devem passar por uma releitura constitucional a partir da noção reformulada de segurança jurídica, a fim de adequarem-se à sua justificação teleológica constitucional, no sentido da importância das violências visíveis e invisíveis que acarreta.

Portanto, em relação à real adequação para aplicação das medidas cautelares alternativas, é importante destacar que uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado. Ademais, podemos considerar que uma medida é inadequada quando sua aplicação não contribui em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido (CHOUKR, 2011, p. 42).

Para Serrano,

a adequação quanto a aplicação de medidas cautelares exige que as ingerências facilitem a obtenção do êxito perseguido em virtude de sua adequação qualitativa, quantitativa e de seu âmbito subjetivo de aplicação. Esclarece a distinção, definindo que a adequação qualitativa requer que, para alcançar o fim perseguido, as medidas adotadas devam ser idôneas por sua própria natureza, enquanto a adequação quantitativa refere-se à duração e à intensidade da restrição em relação

à finalidade. Já em relação ao âmbito subjetivo de aplicação, requer que a medida fique restrita à pessoa do processado, vedando a extensão indevida de sua aplicação. (SERRANO, 1990, p. 160).

Assim, deve-se verificar se a medida cautelar é adequada para os fins imediatos e mediatos (geral e especial) da persecução criminal, ou seja, se ela contribuiu de forma adequada para esses fins.

Em relação à necessidade, também denominada de menor ingerência possível, importa analisar se a intervenção estatal é imprescindível, verificando concretamente se para a obtenção dos fins almejados não seria possível adotar outro meio menos oneroso para a pessoa submetida. Em termos práticos, releva acrescentar outros elementos visando propiciar uma análise concreta da efetiva necessidade da medida estatal restritiva e, com isso, verificar se seria possível adotar outro meio igualmente eficaz e menos oneroso, tomando por parâmetro, a exigibilidade material (menor limitação dos direitos fundamentais), exigibilidade espacial (limitação do âmbito de intervenção), exigibilidade temporal (limitação do tempo de duração da medida) e exigibilidade pessoal (restrita à pessoa submetida à restrição) (CANOTILHO, 2003, p. 270). É importante destacar que, além de ser adequada ou idônea para atingir o fim esperado, a medida deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa.

Trata-se de uma escolha comparativa entre duas ou mais opções disponíveis, igualmente idôneas, para atingir o objetivo ao qual propõe-se a providência cautelar, cumprindo ao magistrado, portanto, identificar e escolher qual delas representa a menor lesão ao direito à liberdade do investigado ou acusado sem prejuízo do resultado concreto e da efetividade da iniciativa (CRUZ, 2006, p. 98).

Vilar (1988, p. 198-199) comenta sobre a importância acerca da necessidade de partir-se do princípio da proporcionalidade para estudo. A autora ainda discorre sobre a aplicação de medidas alternativas às medidas cautelares pessoais do processo penal, levando-se em conta que a submissão de um sujeito à prisão pro-

visória supõe uma clara violação dos mais elementares critérios de justiça⁴ e humanidade.

5 DA ESTIPULAÇÃO DE PRAZOS PARA CUMPRIMENTO E REAVALIAÇÃO DA MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE ACORDO COM O PROTOCOLO I DA RESOLUÇÃO 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ

Assim como ocorre na prisão preventiva, não há um prazo limite para o término das medidas cautelares alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Apesar de não haver regra para delimitar o período durante o qual alguém estará submetido à tal situação, o atendimento da finalidade acautelatória poderá, desde pronto, vir delimitado no momento de sua decretação. A situação fica a critério do magistrado, o qual deve avaliar, por meio dos critérios de necessidade e adequação, se há possibilidade de revogação de tais medidas ou sua substituição por outra que seja mais conveniente (GIACOMOLLI, 2013, p. 113).

Nesse sentido, não é possível ao magistrado estipular prazo de duração das medidas alternativas, conforme refere o Protocolo I da referida Resolução, muito embora aquele tenha o dever de reanalisar e, se for o caso, substituí-las (artigo 282, §5º do CPP), a qualquer momento, diante de requerimento do Ministério Público ou mesmo da Defesa, caso as medidas imputadas ao sujeito são sejam suficientes e proporcionais ao caso concreto, pois quando não mais subsistir necessidade na sua manutenção, estas deverão ser alteradas por outras menos rigorosas ou, ainda, revogadas.

4 A autoria é partidária de dar voto de confiança aos órgãos jurisdicionais, que são quem, com seu juízo de razoabilidade ou como queira chamar, princípio da proporcionalidade, discricionariedade judicial, arbítrio judicial, etc., irá determinar qual medida será mais adequada para assegurar os fins do processo penal e impedir que se chegue a uma situação de injustiça (VILAR, 1988, p. 198-199).

6 DO ACOMPANHAMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PELAS CENTRAIS INTEGRADAS DE ALTERNATIVAS PENAIS

Consta no §1º da Resolução 213 do CNJ que, ao indivíduo que for concedida liberdade provisória com a aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere na solenidade de audiência de custódia, será acompanhado pelas Centrais Integradas de Alternativas Penais, serviço o qual ficará a cargo do Poder Executivo (muito provavelmente pelo Órgão responsável pelos Serviços Penitenciários de cada Estado), e que deverá, por meio de equipes multidisciplinares, realizar o encaminhamento do indivíduo aos programas de saúde ou de políticas sociais disponibilizados pelo Poder Público (SUS e SUAS) definidos na audiência de custódia, informando regularmente sobre seus resultados e acompanhamento ao juízo competente.

Entre os programas de atendimento que o Estado deverá fornecer e aos quais o indivíduo poderá estar submetido, destacamos aqueles que entendemos mais frequentes, como monitoração eletrônica, tratamento psiquiátrico, violência doméstica, uso de drogas, etc. Assim, ficaram estabelecidas na Resolução 213 do CNJ algumas obrigações estatais no sentido de garantir maior efetividade, as quais passaremos a observar.

6.1 DO ENCAMINHAMENTO DO FLAGRADO À REDE DE POLÍTICAS PÚBLICAS E PROTEÇÃO SOCIAL COM O ACOMPANHAMENTO DAS CENTRAIS DE ALTERNATIVAS PENAIS

Após o deferimento da liberdade provisória, caberá ao magistrado encaminhar o flagrado para atendimento da equipe multidisciplinar junto as Centrais de Alternativas Penais. A necessidade de acompanhamento será identificada e, dependendo de cada caso, o flagrado poder ser encaminhado para os programas sociais vinculados às Centrais, sendo informado sobre a importância de sua participação, muito embora esta não seja obrigatória.

6.2 DO DIREITO À ATENÇÃO MÉDICA E PSICOSSOCIAL APÓS AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Cabe ao magistrado, encerrada a audiência de custódia e comprovada sua necessidade, encaminhar o indivíduo à atenção médica e psicossocial necessária ao caso. Entende-se que esse tipo de situação dependerá necessariamente da instalação das Centrais Integradas de Alternativas Penais para que as equipes multidisciplinares possam, após o recebimento da solicitação judicial, realizar o devido encaminhamento.

6.3 SOBRE A APLICAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA.

A presente Resolução refere que o magistrado não poderá determinar a aplicação de medida cautelar alternativa visando tratamento ou internação do flagrado caso seja constatado que este apresenta quadro de transtorno mental ou dependência química ou, ainda, que não se enquadra nas previsões legais dos artigos 319, inciso VII, do CPP, e no 4º da Lei 10.216, de 6 de abril de 2001.

É importante destacar que não há qualquer referência no artigo 319 do CPP quanto à inaplicabilidade da medida cautelar prevista em seu inciso VII, podendo, desde logo, ser utilizada inclusive no caso de transtorno mental ou dependência química, pois essa medida alternativa tem por objetivo estabelecer uma espécie de “medida de segurança cautelar” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 887). Esta especifica que deve-se atentar para os casos nos quais o crime foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa por agente inimputável ou semi-imputável, com exclusiva finalidade de evitar o risco de (uma possível) reiteração criminosa.

Sobre a medida cautelar prevista no artigo 319, VII do CPP, sustenta Rangel que

trata-se de medida que visa resguardar a ordem pública e a paz e a tranquilidade social que deve existir no seio da sociedade, pois se o acusado comete um crime mediante violência ou grave ameaça de forma reiterada, ou seja, mais de uma vez, sendo semi ou inimputável é claro que há uma ameaça séria ao modo de viver da sociedade, exigindo por parte do estado uma postura mais severa, retirando logo o acusado

de circulação, mas colocando-o em hospital adequado e apropriado ao seu tratamento. (RANGEL, 2014, p. 916).

Considerando a urgência em que se destaca a presente cautelar alternativa, por vezes não sendo possível assegurar a realização dos exames de insanidade de forma adequada, o qual pode ser realizado muitas vezes sem quaisquer condições, deve-se ter muito cuidado para que não seja instituída a situação de “louco temporário” (LOPES JUNIOR, 2014, p. 887), havendo, após, em exame mais criterioso e definitivo que faça diagnóstico diferente.

Sobre este aspecto, não basta como critério a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade, deve-se exigir uma indicação clara e objetiva da necessidade de internação pelos técnicos, os quais devem levar em consideração, por exemplo, se o crime foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, colocando-se, assim, diante da perigosa e conturbada relação⁵ entre o direito penal e a medicina.

Nesse sentido, cria-se com a medida alternativa do art. 319, VII do CPP, diante da urgência da medida cautelar, a possibilidade de um laudo de constatação provisória da inimputabilidade, apto a ensejar a internação provisória. Cabe salientar que esta possibilidade não está descrita na lei, mas não se pode hesitar que em determinados casos uma situação de urgência conduza a este cenário.

No que tange à internação do sujeito, a lei não esclarece em que tipo de local ficará o sujeito, de tal sorte que é necessário fazer uma analogia com o Código Penal, o qual refere que a internação ocorrerá em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, na falta deste, em outro estabelecimento adequado, quando o delito for apenas de reclusão. Em casos nos quais a pena cominada for de detenção, poderá o imputado ser submetido a tratamento ambulatorial.

Já em relação ao artigo 4º da Lei nº 10.216/2001, não há qualquer referência sobre eventual internação para tratamento de transtorno mental ou, ainda, dependência química, de tal sorte que apresenta certa confusão na sua formulação, a qual entendemos pela sua inconstitucionalidade.

⁵ Segundo o autor, “Duas ciências moles, sem dureza de outras ciências. Portanto, duas ciências sujeitas ao erro e com limites muito claros de apreciação de certas questões, especialmente da inimputabilidade e da semi-imputabilidade” (WEDY, 2013, p. 149).

6.4 A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA COMO MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO ARTIGO 319, IX, DO CPP

O monitoramento eletrônico, importante alteração advinda com a Lei nº 12.403/11, é uma das cautelares alternativas previstas no artigo 319 do CPP. Deste modo, quando sob acusação criminal, o sujeito passa a ser controlado pelo Estado. O controle sobre o sujeito vai desde o comparecimento aos atos processuais até o recolhimento ao cárcere, passando pelas formas de compromisso na liberdade provisória e na fiança. Porém, devido aos avanços tecnológicos, o monitoramento, além de situar o próprio processo na virtualidade, também interfere na forma de controle e na restrição da liberdade de ir e vir.

Em relação à utilização da monitoração eletrônica, acrescenta Badaró que

como o legislador nada estabeleceu quanto ao escopo da medida, ela poderá, em tese, cumprir tanto a finalidade de cautela instrumental, quanto a de cautela final, segundo a regra geral do inc. I do art. 282 do CPP. Todavia, concretamente, o monitoramento eletrônico poderá ser utilizado, com maior eficiência, para assegurar a aplicação da lei penal, como uma forma mais branda e, quiçá, mais eficaz – dependendo da natureza do equipamento –, que a prisão preventiva. (BADARÓ, 2011, p. 265).

Dentre as inovações trazidas com o advento da Lei das Cautelares, o monitoramento eletrônico é aquele que permite que o Estado exerça maior controle e, deste modo, maior fiscalização do monitorado, o qual, mesmo não estando recolhido ao cárcere, pode, por meio de dispositivos acoplados ou inseridos em seu corpo, ser localizado, satisfazendo-se, assim, a exigência de cautelaridade no caso de eventual risco de fuga e também de uma (im) possível violação à garantia da aplicação da lei penal.

6.5 DA REAVALIAÇÃO PERIÓDICA DA MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

Conforme referido anteriormente, o magistrado poderá a qualquer momento rever a necessidade e adequação da aplicação da medida alternativa, este não sendo privilégio exclusivo da

monitoração eletrônica, pois caso aquele entenda que as medidas impostas na audiência de custódia não são mais necessárias ou suficientes, poderá realizar sua revogação, ou mesmo imputar ao flagrado outras medidas que entender satisfatória.

Além disso, verifica-se que a avaliação referida no artigo 10 desta Resolução fica condicionada ao efetivo encaminhamento de relatórios gerados pelas Centrais Integradas de Alternativas Penais, responsáveis pela fiscalização no cumprimento das medidas, ao magistrado responsável pela ação penal.

6.6 DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO PARA PRESOS POR CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA E POR CRIMES QUE ENVOLVAM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Inicialmente constata-se certa dissonância entre a Resolução 213 do CNJ e o artigo 319, inciso IX da Lei nº 12.403/2011, tendo em vista que, via de regra, caberá medida alternativa para os crimes cuja a pena máxima não ultrapasse 4 anos, desde que existam *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

Ocorre que, com a redação do §2º da referida Resolução, entendeu-se por aplicar exclusivamente o monitoramento eletrônico a pessoas presas em flagrante delito por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, condenadas por outro crime doloso com sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como a pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, ou, ainda, quando não couber outra medida menos gravosa.

Nesse sentido, observa-se que a Lei 12.403/2011 regula e estabelece quais são e quando será admitida a utilização de medidas cautelares alternativas ao cárcere. Porém, a Resolução 213 do CNJ estabelece critérios completamente diferentes daqueles descritos na citada legislação, de tal sorte que com a possibilidade de aplicação de duas normas jurídicas válidas nos deparamos com uma antinomia.

Entende-se que essa antinomia deve ser resolvida atendendo o critério (hierárquico, cronológico e da especialidade) central

de tal situação, de modo que a utilização de um critério hierárquico nota-se que se deve aplicar o disposto na Lei 12.403/2011.

6.7 DO SIGILO DAS INFORMAÇÕES COLETADAS DURANTE A MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

Determinado o procedimento de monitoração eletrônica ao flagrado, a Central de Alternativas Penais ficará encarregada de realizar tanto o monitoramento quanto o acompanhamento e encaminhamento de relatórios ao juiz competente.

Ainda, é importante salientar que, em respeito ao segredo das informações adquiridas, é inviolável o sigilo de toda e qualquer informação obtida por meio da monitoração eletrônica. O mesmo ocorre em relação a sua divulgação, salvo nos casos nos quais há autorização judicial para sua disponibilização, em respeito a regra contida no artigo 5º, XII da Constituição Federal.

7 CONCLUSÕES

Com a finalidade de garantir uma maior efetividade ao procedimento da audiência de custódia o Conselho Nacional de Justiça criou a Resolução 213. O seu objetivo central é auxiliar na prática dos procedimentos judiciais, informando de que maneira o magistrado conduzirá a sistemática ocorrida em audiência. Sendo assim, a criação das chamadas Centrais de Alternativas Penais buscam organizar os resultados das audiências de custódia no sentido de dar encaminhamento a demandas consideradas “externas” ao âmbito processual, garantindo, desse modo, que haja efetivo cumprimento das questões determinadas em audiência.

Por fim, espera-se que o Poder Judiciário e o Poder Executivo possam, de forma conjunta, garantir a efetividade da Resolução 213, principalmente no tange a criação e o aparelhamento das centrais de alternativas penais, garantindo seu funcionamento e sua comunicação direta, assegurando, desta forma, a eficácia do procedimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Orgs.). **Audiência de Custódia:** da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia:** comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Medidas cautelares no processo penal:** prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 abr. 2001.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito

no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Rodrigo. **Prisão e Medidas Cautelares.** A individualização da Medida Cautelar no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Medidas cautelares e prisão processual:** Comentários à Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar:** dramas, princípios e alternativas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de derecho procesal penal.** Madrid: Marcial Pons, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere.** Madri: Marcial Pons, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Mateus. Artigos 9º e 10º. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Orgs.). **Audiência de Custódia:** comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

MARQUES, Mateus. **Perspectiva Crítica das Cautelares “Alternativas” ao Cárcere após o advento da Lei nº 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARQUES, Mateus. Sobre a implantação da Audiência de Custódia e a proteção de direitos fundamentais no âmbito do sistema multinível. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo (Orgs.). **Audiência de Custódia:** da boa intenção à boa técnica. Porto Alegre: FMP, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

SERRANO, Nicolas Gonzáles-Cuéllar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

VILAR, Silvia Barona. **Prisión provisional y medidas alternativas**. Barcelona: Bosch, 1988.

WEDY, Miguel Tedesco. **Eficiência e prisões cautelares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA

Mauro Fonseca Andrade¹

¹ Doutor em direito processual penal pela Universidade de Barcelona, Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

RESUMO

A tensão existente entre o *ius libertatis* do réu e o *ius puniendi* do Estado faz com que verifique-se uma crise perene do direito processual penal. Na atualidade, a justificativa mais encontrada para a reforma do processo penal de matriz continental é a incorporação da democracia às práticas até aqui conhecidas, alterando, assim, a significação de diversos institutos a ele incorporados. O presente estudo destina-se, portanto, à análise das proposições mais conhecidas para o atingimento daquele fim.

Palavras-Chave: Processo penal. Democracia. Constituição. Cidadania. Jurisdição.

1 INTRODUÇÃO

Nestes mais de 25 anos de vigência da Constituição Federal, o processo penal brasileiro vem sofrendo profundas e significativas mudanças, umas derivadas da redefinição (doutrinária e jurisprudencial) de antigos institutos, outras decorrentes de reformas legislativas. Quanto a estas, sem contar aquelas pequenas alterações pontuais, nos últimos 5 anos tivemos duas grandes reformas em nosso Código de Processo Penal (doravante, CPP) – a lembrar, a reforma atinente à prova e aos procedimentos (2008), e a que incidiu sobre prisões, liberdade provisória e cautelares pessoais diversas da prisão (2011). Nesse meio tempo, houve espaço para a apresentação de um projeto de código inteiramente novo (2009), o qual ainda encontra-se em tramitação junto ao Congresso Nacional.

Ao longo de todo esse período, foi possível identificar alguns movimentos de ordem doutrinária que pretenderam rediscutir completamente as bases do processo penal brasileiro, ainda que a origem daqueles estivesse centrada ou inspirada na doutrina de autores estrangeiros. Nesse particular, sem dificuldades, identificamos o garantismo penal, o constitucionalismo e, agora, a bandeira da democracia ou do Estado Democrático de Direito.

Embora o garantismo penal não tenha surgido com o italiano Luigi Ferrajoli, é inegável que essa expressão foi a ele associada em todo o Brasil, com a aderência incontestada a todas as ideias que o autor deu a conhecer em sua obra. Foi a partir de então que a palavra garantismo ou garantista passou a frequentar nove em cada dez publicações sobre processo penal, sendo considerados livros e artigos. Ser garantista passou a significar ser democrata, liberal e inteligente; já, quem não compartilhava as ideias manifestadas por seus adeptos no Brasil, era considerado autoritário, retrógrado e defasado no estudo e trato do direito processual penal.

A empolgação foi grande em meios acadêmicos bem conhecidos, a ponto de, ainda hoje, possuírem uma marca indelével de vinculação a esse movimento. Contudo, essa empolgação não demorou a mostrar seu lado mais escuro, pois, invocando o selo do garantismo, cada autor passou a escrever o que bem entendia

sobre processo penal, regra geral, para sustentar que os pilares daquela teoria haviam sido corrompidos com certas práticas/normas/entendimentos presentes em nosso país.

A tal ponto chegou a subversão à teoria do garantismo penal que, ninguém menos que seu maior difusor – Luigi Ferrajoli –, foi convidado pelo Ministério Público brasileiro para vir ao país esclarecer em que realmente consistia sua doutrina, pois, entre o que lia-se em sua obra e o que via-se em quase todos os escritos aqui publicados, havia uma larga diferença. Resultado disso: ninguém menos que o próprio Luigi Ferrajoli teve que dizer, em alto e bom tom, que o que atribuíam à sua obra e às suas ideias, por ele nunca foi afirmado.

Pronto! As expressões garantista e garantismo estavam com seus dias contados no Brasil, em razão de já não provocarem todo o impacto e discriminação de antes. Na verdade, o feitiço virou contra o feitiço. Já não interessava mais, a autores conhecidos, estarem vinculados a tais expressões, pois a associação aos desmentidos de Ferrajoli poderia comprometer o sucesso das ideias que professavam. Foi então que várias obras deixaram de utilizar aquelas expressões em suas capas para aderirem ao rótulo do constitucionalismo. Ou seja, tal ou qual autor não era mais garantista; agora ele havia passado a ser constitucionalista, pois era mais fácil vincular-se a um rótulo que não poderia ser desmentido por ninguém, a exemplo do que ocorreu com o garantismo penal.

Na prática, pouco ou nada mudou. As ideias defendidas antes do desmentido de Ferrajoli continuaram as mesmas depois disso. Se retirássemos a capa do livro que dizia garantismo ou garantista para nela inserir a nova capa – que passou a vincular-se ao constitucionalismo –, sequer perceberíamos a diferença. O que mudou, na verdade, foi o prestígio daquele autor junto a setores acadêmicos bem definidos em nosso país.

Um novo rótulo surgia, mas seu tempo de vida duraria pouco, pois outro, de muito maior impacto, foi apresentado pela mesma linha acadêmica: o argumento de defesa da democracia em sede processual ou, mais propriamente, do Estado Democrático de Direito.

Hoje, essa é a expressão da vez para justificar readequações legislativas e jurisprudenciais. Entretanto, o impacto provocado

contra quem não concorda com as proposições desse novo movimento doutrinário é muito mais grave, sendo apontado não mais como retrógrado ou defasado no estudo do processo penal; agora, o opositor a esse movimento seria um verdadeiro inimigo do país e da nação por não concordar com o que por seus seguidores é difundido. A democracia e a sustentabilidade do Estado é que estariam em jogo.

Nossa intenção, portanto, é analisar as proposições desse movimento, e a correção, ou não, de seus postulados teóricos.

2 O RESSUCITAR DE UM ANTIGO CONFRONTO: PROCESSO PENAL VERSUS DEMOCRACIA

Há cerca de 80 anos, James Goldschmidt fez uma interessante relação entre a política processual de um país e sua política estatal em geral. Foi nessa ocasião que ele comparou a estrutura do processo a um termômetro, que mediria a intensidade dos elementos corporativos ou autoritários presentes no estatuto maior de uma nação (1935, p. 67). Em outras palavras, o processo penal foi definido como um reflexo necessário do viés ideológico presente em uma constituição: para aquela com perfil autoritário, o processo penal seria autoritário; para aquela com perfil democrático, o processo penal seria mais liberal e democrático.

Buscando auxiliar a identificação do que seria um processo penal autoritário ou democrático, aquele autor indicou alguns princípios de política criminal claramente antagônicos entre si, derivados de uma ou outra corrente ideológica. Entretanto, o recado que havia sido dado era que a constituição deveria pautar as diretrizes do processo penal, e não o inverso. Ou seja, a estruturação do processo penal jamais poderia colocar em risco a linha autoritária ou democrática estabelecida no marco referencial maior de um país, sob pena de uma nítida inversão da hierarquia normativa.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, deu-se início a uma verdadeira filtragem da legislação processual brasileira, a fim de retirar de nossa processualística toda norma ou prática que viesse a ferir não só as garantias e direitos fundamentais, mas também a titularidade da ação penal em mãos do Ministério

Público. Exemplos disso foram a interpretação pela inconstitucionalidade dos procedimentos judicialiformes e a necessidade de reformas legislativas que invertessem a lógica originária do Código de Processo Penal, em especial, relativamente à figura do sujeito passivo da persecução penal.

Superada uma primeira onda de adequação da estrutura processual penal à Constituição Federal, uma segunda onda faz-se notar na atualidade, mas fazendo uso de uma base argumentativa diversa daquela. Essa reestruturação passaria não pelo choque evidente entre disposições legais e constitucionais, mas pelo discurso voltado à necessidade de adequar nosso processo penal a certas teorias embasadas em propostas doutrinárias nascidas no exterior. A mais recente vertente dessa segunda onda é a que propõe levar a democracia ao processo penal, ou, mais especificamente, adequá-lo ao Estado Democrático de Direito.

Em termos mais singelos, essa proposição apresenta a estrutura do processo penal brasileiro como uma verdadeira vilã, frente à leitura que alguns fazem do que é ser democrático ou do que está ajustado ao Estado Democrático de Direito. O objetivo de vários autores que desfraldaram essa bandeira é ver implantados ou rechaçados certos institutos ou práticas que, na sua visão, seriam decorrência lógica ou estariam em conflito com a opção democrática eleita pela Constituição Federal. Com isso, deixou-se de lado a invocação a uma teoria por demais saturada (a teoria do garantismo penal), bem como evitou-se falar em constitucionalismo, para não se dar a ideia de que o que se estava a pregar decorria claramente da Constituição Federal.

Agora, a base de sustentação desse movimento está calçada em algo muito mais abstrato, pois a estratégia está focada na adesão a um discurso (ou argumento) e, principalmente, na notoriedade de quem o sustenta. A tal ponto chega essa situação que, na prática, absolutamente todas as fases da persecução penal estão sendo alvo dessa nova leitura do processo penal brasileiro, e com um recado subliminar endereçado a quem venha a dissentir de tais posições: a própria estrutura da sociedade estará em risco, caso não se siga aquilo que seria um dos sustentáculos da democracia ou do Estado Democrático de Direito.

A estratégia não é nova; ao contrário, ela é bem conhecida por quem tem noções mínimas da história do processo. A invocação da proteção à democracia, utilizada como argumento para simplesmente convencer os julgadores sobre como deveriam decidir, era uma tática processual muito utilizada na Idade Antiga, especificamente nos direitos ateniense e romano. Ao menos, essa é a realidade que a literatura daquela época nos permitiu conhecer.

Representando a realidade de Atenas, Aristófanes, em sua comédia *Pluto* – ou, *A Riqueza* –, apresenta um sicofanta² que, como pretexto para acusar a um terceiro, invoca a corrupção à democracia para levá-lo perante um tribunal, tentando lá obter sua condenação (1999, p. 66). Como bem explica Ramalho, naquela época, “cada um chamava democracia àquilo que mais lhe convinha. E aos que pensavam de modo diferente acusava-os de conspirarem contra a democracia” (1999, p. 89-90).

Em outra comédia (*Os Acarnienses*), Aristófanes volta a fazer referência à invocação da democracia como um argumento de oratória, podendo ela significar o que o autor do discurso pretendesse que ela significasse (2000, p. 74-75), não passando, portanto, de um mero recurso retórico voltado ao convencimento do ouvinte pouco treinado nas questões que envolvessem o Direito. A finalidade era alertá-lo – sobretudo, intimidá-lo – que seu modo de vida poderia ruir caso não acolhesse o que o orador estava a pregar.

Representando a realidade romana, não há como não se lembrar das lições deixadas por ninguém menos que Marco Túlio Cícero. Em suas *Catilinárias* (2000, p. 70), o maior orador romano invoca uma alegada incongruência entre os comportamentos e as opiniões apresentadas por pessoas de relevo em seu meio social, e o fato de elas mesmas intitulem-se democratas, já que, na visão do orador, tais comportamentos e opiniões não seriam compatíveis com a sua concepção de democracia. Em outros termos, é possível verificar um claro conflito entre o que um ou outro sujeito pensava sobre o que a democracia fosse ou comportasse, sendo

2 Sicofanta era uma espécie de acusador profissional, que adquiriu má fama no direito ateniense, em razão de cobrar valores não só para acusar alguém, mas também para não acusar a uma determinada pessoa. Com isso, muitos sicofantas fizeram fortuna através da extorsão a cidadãos que pretendiam alcançar cargos públicos pelo voto popular, mas que não poderiam estar envolvidos em fatos desabonadores à sua boa imagem.

essa diferença de opiniões levada aos tribunais como argumento voltado ao convencimento dos julgadores.

Com esse breve resgate histórico, pretendemos chamar atenção à referência à democracia ou ao Estado Democrático de Direito – como delineadores de comportamentos e práticas sociais, políticas ou jurídicas. Aquela não é nenhuma novidade, pois já foi utilizada para justificar qualquer coisa que atentasse contra os interesses de quem arrogava-se na condição de ser seu guardião. Tal prática está ressurgindo – ou sendo ressuscitada – por setores da doutrina processualista penal que pretendem ver vingar aquelas mesmas teses que, sob o argumento do garantismo ou constitucionalismo, não tiveram sucesso até hoje. Há, em muitos casos, aquela simples troca de capa à qual fizemos referência anteriormente, mas com o diferencial de que, caso não sejam aceitos os postulados pretendidos, não haveria uma simples desvinculação a uma teoria. Agora, o susto que pretende-se dar é bem maior, pois a ameaça também apresentaria proporções superiores: haveria um risco em ver ruir nosso estilo de vida – já que estaríamos dando margem à volta de um Estado diverso do Democrático e de Direito –, caso não acatemos o que os doutos nos dizem.

O que nos parece necessário, portanto, é realizar a averiguação sobre o que é dito em nome daquela preservação, e se as inovações ou rechaços sustentam-se após um aprofundamento nos argumentos apresentados por seus defensores. Será com a realização desse processo de filtragem que identificaremos aquelas proposições que apresentam algum grau de procedência, e aquelas que não passam de um intento melancólico de resgate de proposições já rechaçadas por suas incorreções argumentativas originais.

3 SISTEMA DE PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: UMA PROPOSIÇÃO NADA AUTÊNTICA

Tradicionalmente, a doutrina – nacional e estrangeira – classifica os sistemas processuais penais em acusatório, inquisitivo e misto, a partir de certos elementos que neles se fazem presentes.

A identificação, portanto, de quais elementos seriam estes é o cerne da questão, residindo nesta o motivo de uma discussão doutrinária que remonta ao século XIX, na conhecida divergência que Mittermaier travou com Carmignani (1997, p. 42-45).

Somente após séculos de idas e vindas em práticas processuais é que foi possível identificar que uma estrutura processual poderia ser classificada em uma daquelas três formas citadas, embora houvesse certo dissenso – em muito, motivado pela ausência de um estudo mais profundo – sobre o reconhecimento do sistema misto como um sistema processual penal autônomo. Independentemente disso, a observação a esses sistemas permitiu-nos constatar que a opção por um ou outro sempre importou na definição de três critérios de política criminal, a saber: a) o grau de eficiência de sua repressão criminal; b) o grau de imparcialidade atribuído aos juízes criminais; e c) o grau de tecnicidade de sua persecução penal (ANDRADE, 2013, p. 450). Por tais motivos, a partir do início do século XX, foi possível observar uma verdadeira guerra pela apropriação da palavra acusatório, a fim de vinculá-la ao sistema de processo penal de uma determinada nação, ainda que a realidade na qual essa palavra fosse posta, em nada se ajustasse aos verdadeiros requisitos os quais um sistema de processo deveria apresentar para ser considerado acusatório.

Por certo, essa divergência também verificou-se na doutrina brasileira, onde há, como mínimo, quatro proposições abordando nossa realidade. Há quem diga que nosso sistema seja o acusatório, o inquisitivo, o misto e, até mesmo, quem pregue que não temos um sistema processual definido (ANDRADE, 2013, p. 461-473). Em razão disso, chama nossa atenção a proposição de Lopes Jr., quando, recentemente, passou a pregar o abandono da nomenclatura tradicional para que adotemos o que denomina de sistema processual penal democrático (2013a, p. 5-6).

Segundo o autor, haveria um “completo abandono dessa discussão (sistemas processuais) na doutrina estrangeira, pois superadas as premissas que a fundam” (LOPES JUNIOR, 2013a, p. 5). O que deveria ocorrer, segundo ele, é a construção de um sistema de processo penal que giraria em torno de um elemento unificador denominado princípio da democraticidade. Este princípio seria o responsável pela estruturação do sistema processual penal demo-

crático, abarcando o princípio do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre as partes, do afastamento do juiz-ator e da imparcialidade do juiz. Em razão disso, não haveria mais espaço para a atuação ex officio judicis na fase probatória e no decreto de prisão cautelar, bem como, para as condenações criminais frente a eventual pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público (LOPES JUNIOR, 2013a, p. 6).

De início, essa é a terceira opinião diferente, em curto espaço de tempo, manifestada pelo autor, em relação ao que ele entende ser a correta configuração dos sistemas processuais penais³. Essa singela observação nos permite constatar que, de sua parte, há certa insegurança no trato do tema envolvendo os sistemas processuais penais e a identificação dos elementos encarregados de sua definição. Quiçá, revisando a historiografia de suas publicações, essa insegurança se justifique pela ausência de um estudo mínimo sobre o que seja um sistema, o que seja um sistema de processo penal, e a análise das fontes primárias relacionadas a cada um deles.

Feita essa breve – mas necessária – observação, é bem verdade que, anteriormente à proposição desse autor, a doutrina já havia apontado o erro em dar por superados os sistemas acusatório e inquisitivo, sem que, como mínimo, fossem delimitados seus conceitos, a partir de um estudo embasado em fontes seguras e sérias (MARQUES, 2013, p. 16-17). No entanto, em nome do conhecido amor ao debate, passemos à análise dos argumentos justificadores do sistema processual penal democrático.

De acordo com a Filosofia do Direito, todo sistema jurídico, para que possa assim ser considerado, deve estar composto por duas ordens de elementos: uns que sempre devem estar presentes em um sistema, pois são encarregados de determinar sua existência e identificação como sistema autônomo; e outros que destinam-se simplesmente a dar mobilidade ao sistema, razão pela qual podem estar ausentes em certas configurações de um siste-

3 Em um primeiro momento, a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo foi entendida a partir da separação das funções de acusar e julgar. Em 2005, esse critério foi abandonado, passando Lopes Junior a aderir à gestão da prova, expressamente citando os nomes de Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Franco Cordero como referenciais dessa teoria (2005, p. 71, nota 8). Por fim, em 2013, Lopes Jr. rechaçou o sistema acusatório como o mais adequado, e propõe o sistema processual penal democrático (2013a, p. 5-6).

ma jurídico já identificado. Se essa regra aplica-se aos sistemas jurídicos, por certo que ela também se aplicar-se-á aos sistemas processuais penais, considerados subsistemas daqueles.

O que importa, portanto, é saber identificar quais elementos são encarregados de fazer com que um sistema exista, e quais são encarregados de permitir seu funcionamento ou mobilidade. Em suma, a grande tarefa é identificar quais são os elementos que nunca devem mudar em um sistema processual penal, e quais são os elementos que poderão estar ausentes nele, sem que haja a perda da sua identidade. Embora a doutrina apresente os mais diversos nomes para chegar a essa mesma ideia, de nossa parte, utilizaremos a designação elementos fixos e elementos variáveis.

Pois bem; a configuração do sistema processual penal democrático está centrada na existência de certos princípios, na adoção de uma linha delimitadora da postura judicial e na invocação de doutrina estrangeira. Quanto aos princípios, estes diriam respeito ao contraditório, à igualdade e à ampla defesa. Entretanto, uma análise meramente superficial sobre eles já demonstra a incorreção do postulado. De início, a presença daqueles, ao longo da persecução penal brasileira, é imposta por mandamento constitucional, não importando, assim, se nosso Estado é Democrático e de Direito, ou não. Não podemos negar que essa pode ser uma afirmação antipática aos olhos e ouvidos de hoje, mas não nos parece ético trilhar o caminho comum da seletividade argumentativa, somente utilizando os argumentos que nos interessam e escondendo aqueles que nos prejudicam na sustentação de nossa proposição.

Goste-se, ou não, a Constituição Federal de 1967 previa expressamente o princípio da igualdade (artigo 150, § 1º), da ampla defesa (artigo 150, § 15) e do contraditório (artigo 150, § 16). Quando da Emenda Constitucional de 1969, esses mesmos princípios nela foram mantidos, alterando-se somente o artigo em que estavam previstos (artigo 153). Como resultado disso, tais princípios deveriam ter plena incidência sobre todo e qualquer processo penal em vigor no país, justamente no período em que a democracia dele estava afastada. E, de fato, na fase processual, todos eles estavam presentes – mas com a configuração da época⁴ –, já que

4 Discussão diversa diz respeito ao conteúdo que cada um desses princípios tinha àquela época. Nesse sentido, há que lembrar-se que somente agora o contraditório foi levado às medidas cautelares pes-

as mazelas existentes no sistema de persecução penal daquele período atingiam, basicamente, a fase de investigação e as questões de ordem política.

Em sequência, por tratarem-se de institutos previstos constitucionalmente, acreditamos que todos eles já deveriam haver feito parte da configuração de um daqueles conceitos anteriores já sustentados e abandonados pelo autor proponente desse novo sistema. Do contrário, passa-se a impressão que só agora foram eles identificados como elementos que deveriam estar presentes em um sistema processual penal, seja lá o nome que se queira dar a ele.

Por outro lado, tais elementos – o contraditório, a igualdade e a ampla defesa – não são de aplicabilidade absoluta no processo penal, pois admitem a possibilidade de serem dele afastados mediante a apresentação de uma justificativa que o legislador ou julgador considerarem plausível. No que diz respeito ao princípio do contraditório, nosso CPP prevê sua exclusão da análise judicial das medidas cautelares pessoais em razão da urgência da medida pleiteada e do risco de ineficácia da medida, caso seja oportunizada a manifestação por parte de contra quem essa medida é formulada. Nesse sentido, é clara a previsão do § 3º do artigo 282 do CPP⁵, cujo teor é referendado por ninguém menos que o próprio autor em análise (LOPES JUNIOR, 2013b, p. 794). Outro exemplo dessa exclusão do contraditório é apontado por Cavallari (1961, p. 736), quem refere-se à possibilidade de retirada do réu da sala de audiência. Segundo esse autor, a ausência do acusado, quando da realização da audiência de instrução e julgamento, seria uma exceção autorizada à plena incidência do princípio do contraditório, desde que a conduta do réu esteja a comprometer o normal andamento daquele ato.

Bem sabemos que a crítica que pode haver em relação a essas duas exclusões é que a primeira seria circunstancial, ao passo

que a segunda seria compensada pela manutenção da presença do defensor na sala de audiência, ambas não afetando, assim, a atividade propriamente voltada ao rebate das questões de fundo discutidas no processo. Todavia, o que importa, à hora de pretender-se configurar o princípio do contraditório como elemento fixo do sistema processual penal democrático, é que esse princípio jamais pode ser afastado da configuração do sistema – sendo, portanto, seu elemento fixo. Mais que isso, essa inafastabilidade deve ocorrer não só no direito brasileiro, mas também, em toda e qualquer legislação processual penal dos países ocidentais, justamente por estarmos tratando de um sistema de processo, e não de um modelo aplicado a um determinado país.

Mesmo assim, uma última situação deixa patente a fragilidade do contraditório como elemento que jamais poderá ser afastado do sistema proposto. Referimo-nos à condenação fruto de negociação de pena entre o sujeito passivo da persecução penal e o Ministério Público, submetida à análise formal do Poder Judiciário. Ao ser realizada a negociação ainda na fase de investigação do processo penal propriamente dito ainda não se pode falar, visto não haver ocorrido qualquer provocação judicial que motivasse a sua instauração. Logo, claramente excluída a existência de partes nessa fase da persecução penal, este constitui um fator determinante para a igual exclusão do princípio do contraditório. Não nos esqueçamos da tradicional definição do princípio do contraditório, calcada no brocardo *audiatur et altera parte*, ou seja, ouça-se a outra parte. Portanto, em não havendo parte que haja provocado a intervenção judicial, o reflexo imediato é que não há o fato gerador para a incidência daquele princípio.

Por certo, tal negociação de pena não existe em nosso país, razão pela qual poderia se dizer que essa não é uma realidade que nos afeta e, portanto, não serviria para rechaçar a proposta do sistema processual penal democrático. Contudo, é necessário que não percamos o foco que estamos a tratar de um sistema de processo, e não de um modelo de processo. A diferença parece sutil, mas não o é. O sistema de processo é algo universal, aplicado a qualquer realidade nacional que o aceite. Já, no que diz respeito ao modelo, em regra, ele diz respeito a um sistema processual que contém elementos variáveis adequados à cultura jurídica de um

soais, ainda que postuladas anteriormente à instauração do processo de conhecimento. Da mesma forma, lembremo-nos da ampla defesa, que passou a comportar a necessidade de presença do defensor do sujeito passivo da persecução penal em certos atos da fase de investigação ou ao longo de todos os atos da fase processual.

5 CPP, artigo 282, § 3º. Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.

país. A título de exemplo, citemos o próprio sistema processual penal democrático. Não há indicativo de que o princípio da oralidade seja seu integrante, o que permitirá ao Brasil adotá-lo com a presença desse princípio, ao passo que outro país possa vir a incorporar tal sistema com a presença do princípio da escritura. O sistema será o mesmo, mas o modelo será distinto.

Feito esse breve esclarecimento, o que temos, então, é que, sob o viés do sistema processual penal democrático, o princípio do contraditório deveria impedir toda e qualquer negociação de pena, tornando-a inconstitucional em todos os países democráticos que dela façam uso. Entretanto, a negociação de pena é um instituto que vem sendo utilizado há décadas pelos Estados Unidos da América do Norte, pela Espanha e pela Itália, países que possuem tradição democrática muito superior à existente no Brasil, e sem apresentar qualquer mácula à constituição desses países, muito mais evoluídas, diga-se de passagem, que a nossa.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, vemos que a isonomia pregada pela doutrina – não só brasileira – é uma igualdade de mão única, em vez de uma igualdade de mão dupla. Melhor explicando, quando se fala da incidência desse princípio no processo penal, o que prega-se é que a defesa deve ter as mesmas armas (oportunidades, possibilidades, meios ou instrumentos) que a acusação para poder fazer valer sua pretensão em juízo. No entanto, quando alguém se atreve a questionar a existência de certas armas que só a defesa tem à sua disposição, rapidamente aparece o argumento do princípio favor rei para justificar as situações mais estapafúrdias possíveis. Exemplos disso são a proibição incondicional de revisão criminal pro societate, os embargos infringentes somente admitidos em favor do réu e a possibilidade de utilização de prova ilícita pela defesa⁶. Esta última, embora

não admitida de forma plena, até se faz justificar em determinadas situações; entretanto, quanto aos dois primeiros institutos, a infringência à igualdade de partes é manifesta. Sendo assim, o processo penal brasileiro admite o afastamento do princípio da igualdade em determinadas situações que venham a beneficiar exclusivamente o réu, o que retira a possibilidade de esse princípio ser considerado um elemento estruturador do sistema processual penal democrático.

Por fim, no que diz respeito à ampla defesa, embora possa haver pouco dissenso doutrinário em torno de seu real significado, ficaremos com a definição apresentada por Lopes Jr., pois é a partir dela que o autor a erige à condição de elemento formador ou estruturante de seu sistema processual penal democrático. Pois bem; a ampla defesa é por ele denominada de direito de defesa, e, nessa condição, é dividida em defesa técnica e defesa pessoal: a primeira, exercida por profissionais com habilitação específica para tanto; a segunda, exercida diretamente pelo próprio sujeito passivo da persecução penal (LOPES JUNIOR, 2013b, p. 233-252).

tura, dentre os quais se destacava ninguém menos que Voltaire, em sua vasta obra filosófico-literária. Assim, há uma clara vinculação entre a tortura e prova ilícita, já que o que conhecemos como ilicitude da prova surgiu a partir do entendimento de que certas práticas, voltadas à obtenção de informações úteis ao processo, não podem ser obtidas a qualquer preço. No entanto, ninguém menos que o maior proponente da exclusão da tortura do processo – comparada, hoje em dia, com a prova ilícita – admitia sua utilização em duas situações muito pontuais, a saber: a) em crimes de morte que tivessem o Rei como vítima, em razão de desestruturarem o reino como um todo, e podendo trazer ruína a toda uma sociedade (VOLTAIRE, 2001, 98); e b) em crimes de morte que tivessem os pais de família ou da pátria como vítimas (VOLTAIRE, 2002, p. 150). Repetimos para não haver dúvida: não estamos defendendo a tortura. Entretanto, não podemos fechar os olhos para o fato de que, em sua origem, o movimento que redundou na criação do instituto da prova ilícita admitia, como mínimo, duas hipóteses nas quais poderia haver uma atitude mais invasiva, por parte do que hoje entendemos por Estado, para a descoberta dos responsáveis pela prática de certos crimes que mais em risco colocam os valores ou sustentação de uma sociedade. A título de exemplo, sem grandes problemas podemos comparar os crimes praticados contra o Rei, como sendo todas aquelas infrações penais voltadas a desestabilizar as bases de sustentação de um país, tal como ocorre com os crimes de terrorismo, tráfico de drogas, tráfico de armas e criminalidade organizada. Já, quanto aos crimes que afetam os “pais de família”, seriam aqueles que podem atingir diretamente a base familiar, aqui podendo ser inseridos os crimes de homicídio, sequestro, violência sexual e tráfico de drogas. Por certo que não desconhecemos o fato de que, o grande problema em admitir-se a possibilidade de o Estado produzir prova ilícita em situações como estas, reside na exata identificação dos limites a essa prática. Contudo, não podemos fugir, como mínimo, à reflexão, pois, ninguém menos que um dos criadores da limitação do poder investigatório do Estado, deixou claro que a proteção aos direitos humanos na fase probatória não poderia ser considerada ilimitada, a fim de não se permitir a impunidade, pois ela também colocaria em risco a sobrevivência da sociedade. Em suma, é a própria Filosofia do Direito quem nos oferece elementos para questionar o caráter absoluto como é defendida hoje a proibição da prova ilícita em favor do Estado.

6 Seria desnecessário dizer que nossa intenção não é permitir que o Estado possa fazer uso de toda e qualquer prova ilícita contra o réu. No entanto, a fase em que se encontra nossa doutrina – ou parte dela, que coloca ou retira dos escritos dos autores de base o que bem lhe interessa para construir as conclusões que pretende vender – faz com que, em caráter prévio, já façamos esse alerta. Dito isso, ao falar-se em prova ilícita, é importante fazer referência ao momento no qual essa noção surgiu, que foi no período da Ilustração, também conhecido como Movimento Iluminista, influenciador direto da Revolução Francesa. Um dos pilares desse movimento era a extinção do sistema inquisitivo, em razão dos abusos praticados, que redundavam em irremediáveis erros judiciais à hora de julgar. Um dos abusos mais combatidos, frequentemente apontado pelos Iluministas, era a prática da tortura para a obtenção de provas, seja quando exercida contra a pessoa acusada, seja quando exercida contra um terceiro, que, no mais das vezes, era uma testemunha. Diversos foram os autores combatendo a tor-

Em relação à defesa pessoal, eventualmente ela pode vir a ser excluída do processo, ao menos em uma de suas formas de exercício. Referimo-nos à presença física do próprio acusado na sala de audiência, em razão de ele poder ser obrigado a dela se retirar por ordem judicial, seja em virtude do comportamento que ele venha a apresentar ou da preservação de algum outro valor (por exemplo, segurança de testemunhas ou para evitar-se o constrangimento da própria vítima).

Já, em relação à defesa técnica, ela estaria vinculada aos princípios do contraditório, da igualdade e da imparcialidade do juiz. Todavia, o que nos interessa é saber se essa defesa técnica deve estar presente ao longo de toda persecução penal, ou se dela pode estar ausente, ainda que momentaneamente. A resposta a essa questão é dada por ninguém menos que a Convenção Americana dos Direitos Humanos, referida por aquele próprio autor. Embora o Brasil haja tornado obrigatória a defesa técnica (artigo 261 do CPP e artigo 5º, inciso LXXIV, da CF), a Convenção Americana dos Direitos Humanos (artigo 8.2) a considera facultativa, pois não exclui a possibilidade de o próprio acusado exercer pessoalmente sua defesa. Mais que uma faculdade, é um direito seu poder defender-se pessoalmente, direito este reconhecido, de igual forma, pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 6º, 3, letra c).

Como estamos a tratar da ampla defesa como um requisito para a configuração do tal sistema processual penal democrático, sua presença deveria dar-se de modo ininterrupto, fator que permitiria sua configuração como um elemento fixo ou estruturante de um sistema processual penal qualquer. Essa é a lição dada pela Filosofia do Direito, encarregada do estudo, da definição e da composição dos sistemas, sejam eles jurídicos ou não. Não obstante, a ampla defesa não apresenta essa particularidade, em razão das restrições que apresenta. Além do mais, estamos tratando da composição de um sistema de processo penal, o que nos impede de propor a configuração desse sistema a partir da realidade normativa de um país em específico.

Com isso, o que pretendemos deixar claro é que não se pode confundir a obrigatoriedade da defesa técnica em nosso país com a obrigatoriedade da defesa técnica para o sistema proposto. No

Brasil, essa obrigatoriedade pode ser entendida como reserva de mercado por parte de uma determinada classe de profissionais, obrigatoriedade que choca-se frontalmente com normas internacionais endereçadas a preservar os interesses humanos de quem se vê investigado ou processado, em lugar de preservar interesses meramente corporativos.

Outra ordem de elemento que, segundo Lopes Jr., integraria seu sistema processual penal democrático, seria a proibição da figura do juiz-ator, materializada em três formas de atuação: a) a necessidade de sua passividade na fase probatória; b) a impossibilidade de decreto de medidas cautelares de ofício; e c) o dever de acolhimento do pedido de absolvição, quando apresentado pelo acusador público. No que diz respeito à primeira proibição, aquele autor segue partidário da teoria da gestão da prova, cuja finalidade é definir um sistema como acusatório ou inquisitivo, a partir da postura judicial na fase de produção de prova: caso o juiz possa participar ativamente nessa fase, o sistema seria inquisitivo; caso ele deva manter-se inerte todo o tempo, o sistema seria acusatório.

Como veremos em outro tópico, a teoria da gestão da prova aportou em nosso país em 1993, mas não teve qualquer sucesso inicial, passando a ser mais fortemente difundida no meio doutrinário somente a partir de 2005. No entanto, o que importa referir, neste primeiro momento, é que ela não passa de uma teoria artificial, construída a partir da invocação de uma suposta lição dada por um autor estrangeiro que nunca disse o que, no Brasil, atribuem a ele. Em suma, essa teoria nada tem de democrática, e, muito menos, tem o potencial de ser configuradora de algum sistema processual penal. Ao contrário, sua intenção é retirar o caráter público do processo penal, tornando-o uma contenda que envolve interesses meramente privados, pois é a isso que leva a proibição de o juiz sequer perguntar em audiência, ficando seu convencimento restrito às intenções das partes quando o processo chega à sua fase probatória.

No que diz respeito à segunda proibição, atinente às cautelares de ofício, o argumento diz menos do que deveria. Não pregamos, aqui, que o juiz deva decretar medidas cautelares ex officio ao longo de toda a persecução penal. Na nossa forma de

ver, o magistrado deve estar impedido de ordenar, sem provocação de terceiros, toda e qualquer medida na fase de investigação, a menos, é claro, que ele seja o condutor dessa mesma investigação⁷. Ou seja, desde que a investigação criminal seja presidida pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, a imposição judicial de medidas cautelares somente poderá ocorrer mediante provocação de um terceiro. Já, na fase judicial, por ser o juiz o presidente do processo, não haveria qualquer obstáculo à imposição dessas cautelares, já que o conhecimento sobre a necessidade de sua imposição não é fruto da quebra da imparcialidade do julgador, decorrendo, isso sim, do material informativo que lhe é levado pelas partes e, eventualmente, pela vítima e testemunhas.

A omissão argumentativa à qual fizemos referência reside no fato daquela proibição somente estar endereçada às cautelares que venham a ferir os interesses do próprio sujeito passivo da persecução penal. Dito de outra forma, em nenhum momento é referido que essa impossibilidade também deva atingir aquelas cautelares que venham a beneficiar o investigado ou o acusado. Nesse sentido, é fácil lembrar a própria substituição do encarceramento preventivo por outra medida cautelar diversa da prisão.

O argumento comumente apresentado para justificar essa substituição de ofício é o *ius libertatis* do investigado ou acusado, mas este direito está vinculado não só à possibilidade de ocorrer essa substituição, senão também à satisfação dos requisitos próprios para que ela venha a ocorrer. Em outros termos, a substituição de uma medida cautelar pessoal privativa da liberdade por outra diversa da prisão só pode ocorrer no momento em que não há mais motivos para que aquela privação se justifique, o que nos conduz, então, à necessária vinculação do juiz ao princípio da legalidade. A diferença é que, se for para beneficiar o sujeito passivo, a obediência à legalidade deve ocorrer de ofício, ao passo que, se for para beneficiar a sociedade, esta mesma legalidade só será observada se provocada por um terceiro.

7 Não nos esqueçamos que o Brasil, ainda que em situações pontuais, admite a existência do juizado de instrução (no qual o juiz exerce o papel de investigador), cujo melhor exemplo está previsto no artigo 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979).

Deparamo-nos, portanto, com a mais pura falácia na tentativa de configuração da proibição das medidas cautelares ex officio, como elemento determinante para a existência do sistema processual penal democrático. A tal democraticidade pretendida com essa inércia judicial somente atinge um sujeito específico envolvido na persecução penal, sobrando ao seu adversário ter que submeter-se a um juiz com a mais plena liberdade para conceder qualquer medida cautelar sem a provocação prévia do sujeito passivo da persecução penal ou do seu defensor.

Já, no que diz respeito ao dever de o juiz acolher eventual pedido de absolvição apresentado pelo acusador público, historicamente, Lopes Jr. sempre o vinculou à necessidade de preservação do objeto do processo (2002, p. 39), com obrigatório atrelamento ao sistema acusatório (2013b, p. 1096). Logo, o que temos é um suposto elemento do sistema acusatório sendo repaginado para passar a figurar como elemento de outro sistema de aderência obrigatória pelos operadores do direito, em razão de sua democraticidade fundante.

Além da clara maquiagem realizada, a falha no argumento apresentado está calcada no trato do processo penal a partir dos mesmos pressupostos do processo civil. Em outras palavras, para quem prega que os institutos do processo civil não podem ser simplesmente adaptados ao processo penal, tal erro pode ser considerado – até mesmo – grosseiro.

Há toda uma controvérsia ligada à definição do objeto do processo penal. Para alguns autores, ele deve ser entendido tal como no processo civil, ou seja, caracterizado pela existência e manutenção do pedido constante na ação que motivou a instauração do processo judicial. Em sentido diverso, outra linha de autores defende que o objeto do processo penal diz respeito não ao pedido, mas ao fato imputado ao sujeito passivo. Quanto à primeira linha de autores, ela segue a mesma lógica do processo civil, ou seja, se há um pedido, há algo sobre o qual o processo deva versar. E, em razão de o processo civil tratar predominantemente de interesses privados, a retirada do pedido importaria na retirada da própria ação, pois não haveria qualquer pretensão sobre a qual o juiz deveria debruçar-se à hora de julgar.

Especificamente no que respeita ao processo penal, bem se sabe que a perda do objeto do processo, nesses moldes, simplesmente não poderia ocorrer, visto que não é dado ao Ministério Público retirar ou desistir da ação penal oferecida. Não por outro motivo, recentemente, as Cortes Superiores da Argentina mantiveram a possibilidade de o juiz condenar o réu frente ao pedido de absolvição do acusador público, invocando, como razões de decidir, justamente o fato de a ação penal de caráter público estar regida pelo princípio da indisponibilidade (MARTÍNEZ, 2003), tal como ocorre em nosso país.

Quanto à segunda linha de autores, a vinculação do objeto do processo ao fato imputado torna ainda mais clara a impossibilidade de perda daquele, quando do eventual pedido de absolvição apresentado pelo acusador público. Caso fosse verdadeira essa vinculação, ao Ministério Público, em termos práticos, incumbiria definir se o fato existiu, ou não, embora toda a prova existente no processo indicasse em sentido diverso. Ter-se-ia, em uma situação como essa, o aproveitamento da expressão teoria do domínio do fato, mas adaptada comicadamente para a esfera processual: o domínio do fato passaria a caber ao acusador. Mas não é só.

Advogar – essa parece ser a melhor palavra –, no meio doutrinário, pela perda do objeto do processo, sendo ele definido como o fato narrado na ação penal, significa rechaçar um princípio que sempre foi de difícil aceitação no processo penal, o qual levou décadas para ser não somente admitido no Brasil, mas também inserido em seu CPP. Referimo-nos ao princípio da identidade física do juiz. De acordo com esse princípio, o juiz encarregado do julgamento deve ser aquele que presidiu a fase probatória, sendo assim por um motivo simples: ninguém teria, melhor do que ele, convicção formada sobre o tema levado a julgamento, em razão do contato direto com todas as informações presentes nos depoimentos prestados. Há, portanto, uma preocupação muito grande com a qualidade desse julgamento, e essa qualidade está vinculada à forma como se dá a construção de sua convicção.

Como consequência lógica disso, temos que a decisão do juiz está vinculada à prova apresentada, e não ao entendimento que as partes tiveram ou quiseram ter dessa prova. Em outros termos, se o juiz devesse estar vinculado ao pedido de alguém, então

não haveria qualquer motivo para pretender-se que houvesse todo um cuidado na formação da convicção judicial, o que se dá com o princípio citado. Em suma, vincular o juiz ao pedido final nos processos envolvendo fatos de natureza penal que atinjam o interesse público significa desvincular o julgador de tudo aquilo que ele próprio presenciou na fase probatória⁸. Independentemente de entender-se o objeto do processo como pedido de condenação ou como o fato descrito na peça acusatória, o certo é que, em havendo pedido de absolvição por parte do Ministério Público, não está o juiz obrigado a acatá-lo, muito menos sob o argumento da tal democraticidade. Quiçá a melhor demonstração disso encontra-se nos julgamentos do Tribunal do Júri.

Apontado como o instituto mais democrático do direito continental, invariavelmente ocorre a divergência de posicionamento entre a tese acusatória e a decisão dos jurados, exatamente na dissonância entre o pedido de absolvição daquele, e a posição condenatória destes. Por tal motivo, é razoável dizer que o Tribunal do Júri seria um instituto, com essa configuração, antidemocrático? Claro que não! Sobretudo porque, ao final dos debates – ou ao final da fase probatória, nos processos em que o julgamento cabe ao juiz togado –, a única coisa que deve ser feita por quem tem a incumbência de julgar é julgar. E, ao fazer isso, como poderia ele ser considerado um acusador? Assim, o fato de o juiz condenar sem o pedido correspondente apresentado pelo acusador

⁸ Nem se diga, como se costuma ver por aí, que, além do argumento da perda do objeto do processo penal, o juiz se tornaria um inquisidor, pois perderia sua imparcialidade, caso viesse a condenar o réu frente a um pedido de absolvição do acusador público. Processo inquisitivo e ditadura estão frequentemente vinculados, embora, na atualidade, seja possível encontrar países democráticos adotando modelos processuais sem a presença de um acusador (ANDRADE, 2013, p. 340-353). Além do mais, invocar o argumento de vinculação ou infringência sistêmica para que o julgador se veja obrigado a acolher a posição final do acusador público – em caso de desistência da ação ou absolvição do réu –, configurar-se-ia em grave erro histórico por nós já noticiado (2013, p. 273-277), embora, aparentemente, o proponente do sistema processual penal democrático não dê qualquer importância à forma como os institutos processuais penais foram construídos. Nas palavras daquele autor, “O problema é que estamos no século XXI e a complexidade das sociedades contemporâneas exige um constante ajuste e adaptação do Direito e do Processo. Esse é um dos maiores erros de algum setor da doutrina, que, arraigada em conceitos do século XVIII (e até antes ...), não percebe a superação do discurso empregado” (2013a, p. 5). No entanto, seu pensamento peca em confundir discurso com apresentação de dados objetivos: um discurso está voltado à captação do convencimento de alguém, embora possa alcançar seu resultado sem qualquer comprovação do que está a dizer ao seu avaliador; já, a apresentação de dados objetivos está voltada à comprovação do que se argumenta. Por outro lado, dito autor não esclarece ao seu público leitor sobre os verdadeiros motivos desse ajuste e adaptação do Direito e do Processo, já que, se o ajuste e adaptação não se justificam por motivos de ordem técnica, por certo que outros devem motivá-los.

público, longe está de, sequer, arranhar o Estado Democrático de Direito ou a democracia em sede processual.

Superada a análise dos elementos apresentados como formadores do sistema processual penal democrático, outra afirmação feita por Lopes Jr. merece conferência, em razão de haver sido apresentada como sustentáculo de sua proposição. Referimo-nos ao abandono da atenção doutrinária internacional aos sistemas processuais penais conhecidos.

A doutrina de base apresentada por esse autor é a de Rui Cunha Martins, professor da Universidade de Coimbra, cujo texto esteve voltado às discussões e realidade presentes no processo penal brasileiro (2013). O que fica patente, quando da sua leitura, é que a proposição dele está voltada ao abandono dos sistemas inquisitivo e misto, e à superação do sistema acusatório. Ou seja, não basta que um sistema seja acusatório; ele deve ser mais que isso, embora aquele autor não o defina claramente, para que saibamos a partir de quais premissas ele parte. Para que essa superação concretize-se, sustenta aquele autor que deveria haver a adesão ao critério da democraticidade pelo sistema processual penal em questão, sendo esse o seu princípio unificador.

O que seria essa democraticidade, Martins não diz claramente, mas uma expressão aparece muito viva em seu discurso: gestão da prova (2013, p. 73). Em outros termos, o que o autor português propõe é um sistema que ele batiza com o nome de modelo democrático, a partir da adoção, como eixo central, da teoria da gestão da prova, amplamente difundida no Brasil⁹.

Assim posta a questão, bem se sabe que a proposição pelo abandono dos sistemas processuais penais tradicionais não é nenhuma novidade no cenário internacional, já tendo sido sugerida por Aroca no final do século passado (1992, p. 777). As bases de sua argumentação estavam voltadas à criação de um sistema processual penal estruturado a partir de dois princípios reitores, sendo eles o princípio acusatório e o princípio do contraditório. Ao fim e ao cabo, embora negasse a possibilidade de manutenção do sistema acusatório, o que esse autor fez foi pregar a criação

⁹ Textualmente, diz ele: "Em bom rigor, o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só 'princípio unificador': a democraticidade; tal como só pode conceber um e só um modelo sistêmico: o modelo democrático" (MARTINS, 2013, p. 73).

exatamente desse sistema processual penal a partir de elementos que historicamente foram vinculados a ele, mas que, na sua visão, estariam ausentes na configuração do processo penal de seu país.

Além disso, a própria doutrina internacional tratou de não levar a sério a proposição de Aroca, por entender ser indispensável a manutenção da classificação dos sistemas processuais penais daquelas três formas conhecidas. Mais que isso, a doutrina internacional vem se esforçando pelo rechaço ao sistema inquisitivo, e pela necessidade de adoção do sistema acusatório, fazendo-o até os dias de hoje (FENOLL, 2012, p. 18)¹⁰, o que torna constrangedoramente equivocada a afirmação de Lopes Jr., quando este diz que "chama a atenção o completo abandono dessa discussão (sistemas processuais) na doutrina estrangeira" (2013, p. 6).

Voltando, pois, à análise da proposição de Martins, não há como esconder o fato de que o que deixa esse autor de dizer, é que a Constituição de seu país, já no artigo 2º, afirma que a "República Portuguesa é um Estado de direito democrático", e no artigo 32, alínea 5, daquela mesma Carta, há o apontamento de que "O processo criminal tem estrutura acusatória". Em outros termos, apesar de todo o imbróglio argumentativo apresentado pelo autor, o Estado Democrático de Direito onde ele mesmo vive optou pela adoção do sistema acusatório, mas sem o viés privatista pregado pela teoria da gestão da prova. Ou seja, negavelmente há uma relação histórica – embora não obrigatória – entre Estado Democrático de Direito e sistema acusatório (opção constitucionalmente feita por Portugal), mas não há qualquer relação de obrigatoriedade entre Estado Democrático de Direito e inércia judicial na fase probatória, tendo sido essa a escolha feita por ninguém menos que o povo português.

No final das contas, o que temos na doutrina de base utilizada para a sustentação do sistema processual penal democrático é a simples indicação da inércia judicial na fase probatória como sendo o princípio unificador do modelo democrático de sistema

¹⁰ Na opinião de Jordi Nieva Fenoll, professor Catedrático da Universitat de Barcelona, e uma das maiores autoridades em direito processual penal da Espanha, "hay que reconocer un hecho evidente: ningún sistema es perfecto. No obstante, parece existir consenso en que el sistema inquisitivo es rechazable, y desde luego intolerable por la falta de imparcialidad que supone. Pues bien, siendo ello así, hay que arbitrar un sistema que no tenga nada que ver con él, es decir, el sistema acusatorio" (FENOLL, 2012, p. 18, grifo nosso).

processual penal. Entretanto, esta deixa de referir que a teoria da gestão da prova prega exatamente a diferenciação do sistema acusatório e inquisitivo, a partir do papel a ser exercido pelo juiz na fase probatória. O que se quer, portanto, é passar a ideia que a inércia probatória judicial seria um instituto democrático, e que, em razão disso, sua presença se faz obrigatória em todos os processos de natureza criminal.

Chegamos, então, ao momento de fazer um resgate de tudo o que se tratou até aqui, em relação à proposição do sistema processual penal democrático. Em um resumo mais que apertado, todos os elementos apresentados por Lopes Jr. sempre estiveram vinculados ao seu entendimento sobre o que deveria conter o sistema acusatório por ele idealizado. Logo, não há nenhuma inovação na proposição atinente a um quarto modelo de sistema processual penal, se observarmos o que este autor sempre lecionou. E, deixe-se bem claro, boa parte daqueles elementos está voltada à privatização do processo penal, pois esta destina-se a preservar unicamente os interesses do próprio réu, retirando o caráter público que deve permear o processo penal. Por tais razões, não há nada de sistema processual penal democrático em seu discurso. O que há, em realidade, é a proposição de um sistema processual penal defensivo disfarçado com o manto da democraticidade, por ser tal expressão mais simpática aos olhos dos incautos.

4 DO PAPEL DO JUIZ NA FASE DE INVESTIGAÇÃO

Houve um tempo em que o foco das atenções dos juristas foi a figura do Ministério Público, especialmente no que diz respeito à vinculação, ou não, de seus membros ao princípio da imparcialidade e à possibilidade de ele próprio realizar sua investigação criminal. Não que tais discussões tenham esvaziado-se por completo nos dias de hoje, mas, recentemente, o centro das atenções foi deslocado, em grande parte, para outro sujeito da persecução penal: o juiz criminal.

Entre os escritos que encontramos abordando a figura do juiz criminal, é possível notar não somente uma intenção de de-

limitar sua atuação e poderes, mas também – e principalmente – seu papel, seja lá qual for a fase em que a persecutio criminis se encontre. Ademais, por certo que é possível encontrar quem invoque a preservação da democracia e do Estado Democrático de Direito como argumento para justificar essa limitação, dentre outros argumentos.

Nossa intenção, portanto, é fazer uma análise sobre duas das proposições de redefinição do papel a ser exercido pelo juiz na fase de investigação criminal sob aquele pressuposto argumentativo.

4.1 O JUIZ COMO CONDUTOR DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Quando das discussões prévias para a confecção do atual CPP, o debate mais intenso se deu em relação à definição de qual autoridade deveria ser a responsável pela condução da investigação criminal no Brasil. Tão forte foi esse debate, que Francisco Campos – na época, Ministro da Justiça – entendeu por bem fazer referência, na Exposição de Motivos do código de 1941, às razões pelas quais a investigação policial foi mantida na legislação processual penal brasileira, em detrimento da pretendida investigação judicial¹¹.

Em razão dessa opção legislativa, criou-se a cultura de que, no Brasil, não havia nenhum caso de investigação criminal judicial, também chamada de juizado de instrução. Nesse sentido, encontramos autores (DA COSTA, 1997, p. 177; GRINOVER, 1997, p. 59)

11 “Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

“O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juzizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso hinterland, vários dias de viagem. Seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução”.

e julgados de Tribunais Superiores¹² afirmando não haver juizado de instrução no país.

Em que pese a respeitabilidade dos nomes que sustentam essa posição, o que se pode dizer é que o país não adotou o juizado de instrução como regra, já que essa foi endereçada à polícia judiciária. Em realidade, há casos esparsos de investigação criminal conduzida por integrantes do Poder Judiciário, sendo aquela constante na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (doravante, LOMAN) o seu exemplo mais patente¹³.

Vários são os problemas verificados e críticas apresentadas a esse modelo de investigação, seja no Brasil ou fora dele. Não por outro motivo, ele vem perdendo cada vez mais prestígio no cenário internacional, em razão de um movimento iniciado na Alemanha, na década de 1970, quando houve a substituição do juizado de instrução pela investigação criminal do Ministério Público (ANDRADE, 2006, p. 70-71).

Dentre os argumentos contrários ao juizado de instrução no Brasil, e que dizem respeito ao objeto de nossa abordagem no presente texto, encontramos a posição sustentada por Araújo. Segundo o autor, a vinculação intrínseca entre o juizado de instrução e o sistema inquisitivo importaria no ferimento ao sistema acusatório previsto na Constituição Federal de 1988. Como consequência, a manutenção daquela investigação judicial estaria “borrando as linhas de separação entre jurisdição e administração e demonstrando assim ser inconciliável com a ordem democrática atualmente vigente” (ARAÚJO, 2013, p. 90).

Embora a premissa utilizada por esse autor seja amplamente adotada pelos Tribunais Superiores – ou seja, que nossa Constituição Federal adotou o sistema acusatório –, em realidade, o que ela simplesmente fez foi afastar a incidência do sistema inquisitivo. Com isso, há espaço para a presença, inclusive, do sistema misto, tal como verifica-se no caso da investigação criminal judicial¹⁴.

12 Vários são os julgados fazendo referência à não acolhida do juizado de instrução pelo direito brasileiro. Por todos: STF, HC 92.893/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 02/10/2008.

13 Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, artigo 33, parágrafo único. Quando, no curso da investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

14 É justamente por essa razão que há anos pregamos a necessidade de definição expressa do sistema acusatório como sistema de processo pena adotado pelo Brasil, seja na Constituição Federal, seja no

Note-se que todas as garantias constantes em nossa Carta Maior também estão presentes na Constituição da Espanha, na qual o juizado de instrução figura, ainda hoje, como modelo de investigação criminal prevalente. Não por outro motivo, a doutrina espanhola admite a possibilidade de o juizado de instrução – que, embora fortemente influenciado, não se confunde com o sistema inquisitivo – permanecer em vigor, desde que submetido a determinadas condições (FENOLL, 2012, p. 18). Por isso, não há que se falar em inconstitucionalidade do juizado de instrução, o que é comprovado por meio de diversos julgados do próprio Supremo Tribunal Federal que, ao abordar situações envolvendo a investigação criminal judicial autorizada pela Loman, jamais vislumbrou qualquer ferimento à atual Constituição Federal¹⁵.

Outro argumento que atingiria não somente a investigação criminal judicial presente na LOMAN, mas o juizado de instrução como um todo, seria a ausência de contraditório nesse modelo de investigação, tornando-o, sob esse ponto de vista, “incompatível com o Estado de Direito democrático” (FISCHER, 2001, p. 27). Entretanto, a presença do contraditório – derivada do reconhecimento internacional de que tal investigação tinha natureza processual – foi, justamente, um dos motivos pelos quais o juizado de instrução foi sendo, paulatinamente, extinto nos países influenciados pelo direito continental. Em termos práticos, a duplicidade na realização de certos atos – primeiramente praticados na fase de investigação e, depois, obrigatoriamente repetidos na fase posterior ao ajuizamento da acusação – tornava esse modelo de investigação lento demais e, por consequência, ineficaz (CASTILLO, 1998, p. 43). Isso fez com que houvesse a necessidade de sua substituição por um modelo de investigação de natureza administrativa, dispensando, assim, a incidência daquele princípio.

Se há quem afirme que haveria ferimento à democracia ou ao Estado Democrático de Direito com a existência do juizado de instrução no país, também há quem use essas mesmas expressões

Código de Processo Penal (ANDRADE, 2008, p. 113-131; ANDRADE, 2013, p. 437-478). Acolhendo nossa proposição, o Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, em seu artigo 4º, disciplinou que: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código [...]”.

15 STF, HC nº 88.280/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 15-08-2006, DJ 08-09-2006, p. 43. STF, RHC/RN nº 84.903, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 16-11-2004, DJ 04-02-2205, p. 27. STF, HC/RS nº 77.355, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, julgado em 01-09-1998, DJ 02-02-2001, p. 74.

para justificar a extinção do inquérito policial, com sua substituição pela investigação criminal judicial. De um lado, encontramos Pellegrino, que afirma que os juristas que defendem essa substituição “amam e praticam a democracia, servindo-a e defendendo-a” (1979, p. 463). De outro, temos o resgate histórico apresentado por Lazzarini, que afirmar que se o inquérito policial serviu à Era Vargas, não mais se faz necessário na atualidade, marcada por outra concepção política (1986, p. 86).

O que claramente verifica-se com a invocação da democracia ou do Estado Democrático de Direito para a implantação ou rechaço ao juizado de instrução é o manejo de um simples recurso retórico à hora de aqueles segmentos doutrinários utilizarem expressões que possam causar impacto no meio acadêmico, deixando, para um segundo plano, o que realmente interessa, ou seja, a análise técnica sobre o instituto em questão.

Se esse cuidado fosse tomado em primeiro plano, facilmente veria-se que o principal problema no juizado de instrução está relacionado à perda da imparcialidade do juiz investigador, em razão de ele poder determinar a instauração da investigação de ofício e a condução desta sem provocação de terceiros (FENOLL, 2001, p. 44, 106-109). Todo o restante não passa de fantasia argumentativa.

4.2 A PROPOSIÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS

A lógica atual do CPP não cria qualquer tipo de embaraço para que o juiz que atuou na fase de investigação – não sendo ele, por certo, o próprio investigador – venha também a atuar na fase processual. Ao contrário, a legislação processual penal brasileira estimula que o juiz com algum tipo de atuação na fase primária da persecução penal esteja vinculado também à sua fase secundária. Dois exemplos bem demonstram esse estímulo: primeiro, o instituto da prevenção; segundo, o prévio conhecimento de quem será o juiz do futuro processo de conhecimento, a fim de que ele seja, já na fase de investigação, o magistrado competente para a análise do pedido de interceptação telefônica.

Pois bem; essa possibilidade ou obrigatoriedade de o juiz da fase de investigação ser o mesmo da posterior fase processual vem sendo vista com maus olhos por determinado segmento de

nossa doutrina, sob o argumento de perda da imparcialidade do magistrado. Sustenta-se, assim, que, se o juiz houver tomado contato com a fase de investigação, estará ele impedido de vir a atuar também no processo de conhecimento, em razão de uma alegada contaminação que conduziria, em última análise, à mácula dos postulados e garantias que sustentam todo Estado Democrático de Direito (MAYA, 2008, p. 4301; MAYA, 2009, p. 6; GIACOMOLLI, 2012, p. 9-10)¹⁶.

Aliados a esse argumento, outros tantos iguais foram apresentados pela doutrina nacional, o que levou o Senado Federal a aderir à opinião de que deveria haver uma separação entre os magistrados com atuação na fase de investigação e os incumbidos do julgamento do processo criminal. Foi assim que a figura do juiz das garantias aportou no Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009, tendo sido apontado, inclusive, como “Peça-chave do modelo acusatório em construção” (SILVEIRA, 2009, p. 90).

O que muito sentimos falta, no entanto, nesse processo de incorporação do juiz das garantias à realidade processual penal

16 Sem sombra de dúvidas, Giacomolli é o que se mostra mais radical em relação à necessidade de implantação do juiz das garantias no direito brasileiro, além de também ser o que mais se utiliza de recursos retóricos para demonizar quem dele pensa diferente. Ao invés de se utilizar de argumentos puramente técnicos e sérios, este autor prefere seguir o caminho eticamente reprovável de querer assustar seu público leitor ou, então, denegrir a imagem e capacidade intelectual de quem dele pensa de forma diversa. No seu texto, encontramos as seguintes afirmações: “Bastou enunciar o intento de ser introduzido no Brasil o juiz das garantias para que vozes roucas acordassem de uma longa letargia medieval, saudosas do ferro e fogo, para que, ideologicamente, denegríssem o instituto, pela simples nomenclatura. Quiçá a estratégia democrática e cidadã fosse a da eleição de outro nome silenciador e apaziguador desses espasmos histéricos” (2012, p. 10). E segue seu rol de elogios, dizendo que “Pseudo argumentos (?), forjados na superfície do senso comum, envoltos em um fantasioso reducionismo utilitário, barram o juiz das garantias em esquemas orçamentários e carência de magistrados. Um déficit cognitivo e/ou intelectual pode ser atribuído aos que não divisam a valorização da prestação jurisdicional, a possibilidade da existência de mais de um juiz na mesma Comarca (e a demanda processual assim reclama), a integração de Comarcas vizinhas e a necessidade de um plantão judiciário efetivo. Os detratores do sistema democrático implantam seus olhos ao reverso e miram os passos dados, caminhando de costas, navegando num tempo morto (mas lutam para continuar velando, sem enterros), sem divisar o porvir, a revolução tecnológica do presente (digitalização, assinatura eletrônica, videoconferência)” (idem, p. 10). É uma lástima encontrar escritos desse nível na doutrina brasileira, até porque, na condição de magistrado de segundo grau, esse autor poderia, já agora, determinar – de ofício – a nulidade de todos os processos em que o juiz da fase de julgamento houvesse sido o mesmo a atuar na fase de investigação, já que sua lógica parte do pressuposto da quebra da imparcialidade do juiz, algo que não depende de alteração legislativa para poder ser garantida ou reconhecida. Não o faz, no entanto, por algum motivo. É por isso que tais escritos se prestam simplesmente a ratificar o que afirmamos nas linhas iniciais desse estudo, ou seja, a utilização de retórica como justificativa para reformas em nossa legislação e, como veremos a seguir, que conduzem a um distanciamento cada vez maior da qualidade da doutrina nacional, se comparada com os estudos realizados em outros países.

brasileira, foi a ausência de cuidado à hora de o legislador aderir aos argumentos doutrinários apresentados. Em outros termos, não houve a preocupação em saber-se se tudo o que foi referido por determinado segmento doutrinário estava corroborado pelas fontes invocadas como sustentáculo de suas proposições.

Embora o próprio Senado Federal – ao apresentar duas emendas legislativas – haja reconhecido os problemas de ordem logística e orçamentária que a implantação do juiz das garantias poderia provocar aos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação, o cerne da questão não envolveu aspectos estruturais decorrentes de sua criação. Em realidade, o centro de toda discussão estava voltado à necessidade, ou não, dessa separação de funções; ou seja, se, de fato, há a tal contaminação judicial, provocadora da perda da imparcialidade do magistrado e, por consequência, do risco ao Estado Democrático de Direito.

Se o legislador nacional houvesse buscado os motivos pelos quais certos países determinaram essa separação de funções entre juizes da fase de investigação e da fase processual, saberia que os pressupostos para o decreto de diversas medidas cautelares – de ordem pessoal, patrimonial ou probatória – estão vinculados à presença de certos elementos muito próximos àqueles também necessários para a obtenção de um juízo condenatório. Em outros termos, ao passo que, no Brasil, as medidas cautelares exigem, como requisitos costumeiros, a prova da materialidade, indícios de autoria e necessidade da medida postulada, em outros países há a exigência de fortes indícios da prática de crime doloso, fundada suspeita de autoria ou graves indícios de culpa.

Todas essas situações estão presentes em países como Portugal, Itália e aqueles influenciados pelo Código de Processo Penal Modelo para Ibero-América. Por essa razão, aquelas são motivadoras, nestes países, da separação de funções as quais estamos a abordar, sob o fundamento de que o juiz já haveria se convencido sobre a futura culpabilidade do investigado, em virtude dos requisitos exigidos para o deferimento das cautelares postuladas (ANDRADE, 2011, p. 46-56). Enfim, a concessão de cautelares pressuporia um pré-julgamento por parte do juiz.

Não por outro motivo, não há necessidade de ocorrer essa separação de funções quando os pressupostos para a concessão

de cautelares na fase de investigação não exigem um aprofundamento judicial em relação aos elementos de prova existente. Um bom exemplo disso é a legislação da Alemanha, jamais lembrada – por motivos óbvios – pelos defensores do juiz das garantias, justamente porque os pressupostos para a concessão daquelas medidas são os mesmos do direito brasileiro. É por isso que a jurisprudência e doutrina internacionais apontam a ausência de qualquer mácula à imparcialidade do juiz – pelo simples fato de ele atuar, em relação a um mesmo fato, na fase de sua investigação e na fase processual –, desde que os pressupostos para a concessão de eventuais cautelares não exijam um aprofundamento no exame do mérito.

No que diz respeito à jurisprudência internacional, ninguém menos que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH) há décadas vem mantendo esse entendimento. Nesse sentido, o julgamento que pautou essa posição foi o Caso Hauschildt vs. Dinamarca (1989), a partir do qual restaram afastados, por completo, todos os argumentos apresentados pela doutrina brasileira (ANDRADE, 2011, p. 24-28). Pela profundidade dos argumentos sustentados, e pelo fato de haver servido de paradigma a outros tantos julgados subsequentes naquela mesma Corte, ninguém menos que a Organização das Nações Unidas erigiu o Caso Hauschildt vs. Dinamarca à condição de paradigma para identificar-se quando um juiz poderá ser considerado impedido de atuar na fase processual, após também haver atuado na fase de investigação (UNITED NATIONS, 1997).

Já, no que diz respeito à doutrina internacional, encontramos a lição de autores da Alemanha, Itália e Espanha que, em última análise, demonstram o erro crasso em que incidem os autores brasileiros ao pregarem o impedimento que afetaria o juiz da fase de investigação, a partir do argumento da contaminação decorrente do seu contato com a fase primária da persecução penal¹⁷.

17 Representando a doutrina alemã, encontramos Roxin, quando afirma que “Las manifestaciones oficiales del juez en el procedimiento preliminar sólo justifican su exclusión cuando ha hecho afirmaciones relevantes para la cuestión fáctica y de culpabilidad. [...] Otras causas de exclusión no están previstas en la StPO; p. ej., una actuación como juez de la investigación no impide la participación posterior en el juicio oral (BGHSt 9, 233)” (ROXIN, 2000, p. 42, grifos nossos). Quanto à doutrina italiana, temos as palavras de Carola Moretti, ao dizer que “il mero cumulo di funzioni non sia di per sé sufficiente per il sospetto che quest’ultimo sia prevenuto trovi giustificazione oggettiva e concreta. In particolare, si afferma che sussiste un rischio di effettivo condizionamento del giudice solo qualora l’ambito della

Enfim, nada há para sustentar a necessidade da implantação da figura do juiz das garantias em solo brasileiro, muito menos sob a invocação da perda da imparcialidade do julgador, com a pretensa colocação em risco do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, as causas motivadoras de impedimento judicial, presentes no CPP brasileiro, estão de acordo não somente com aquelas presentes em países da primeira linha no trato do processo penal mundial (como é o caso da Alemanha), mas também são corroboradas e similarmente adotadas por tribunais e organismos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos em sede processual.

5 DO PAPEL DO JUIZ NA FASE PROBATÓRIA

Vários são os argumentos voltados à composição de um processo penal adequado à democracia ou ao Estado Democrático de Direito. Contudo, dentre todos eles, o que aparece com mais frequência é a invocação da teoria da gestão da prova, à hora de classificar-se um modelo de persecução como ajustado, ou não, àqueles valores¹⁸. Por isso, de modo a demonstrar a incorreção de mais esse argumento, é necessário que voltemos à análise de origem e desenvolvimento da teoria da gestão da prova, embora já a tenhamos feito – com muito maior profundidade – em outra oportunidade (ANDRADE, 2010, p. 141-200).

Em uma síntese mais que apertada, a teoria da gestão da prova prega que a definição de um sistema como acusatório ou in-

quisitivo passa, necessariamente, pela identificação do papel que o juiz irá exercer na fase probatória. Assim, caso a legislação de um país permita que o juiz tenha uma postura ativa na fase probatória – fazendo perguntas ou suprindo a omissão das partes à hora de apresentarem algum elemento informativo que o auxilie na formação de seu convencimento –, tal sistema será considerado inquisitivo. Em sentido contrário, caso o juiz esteja impedido de exercer qualquer atividade probatória nessa fase, o sistema será definido como acusatório.

Essa teoria aportou no Brasil em 1993, pelas mãos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no Seminário Nacional sobre o Uso do Direito Alternativo (COUTINHO, 1993, p. 38). Inúmeros foram os escritos apresentados por esse autor posteriormente naquele ano, depurando os próprios argumentos que apresentou como sustentáculos daquela teoria. Contudo, seus pilares sempre foram o conceito de sistema formulado por Emmanuel Kant e o perfil do juiz inquisidor apresentado por Franco Cordero.

No que diz respeito a Kant, embora ele defina sistema como “a unidade de conhecimentos diversos sob uma mesma ideia”, na qual há “partes que sejam essenciais e determinadas a priori segundo um princípio definido pelo fim” (2001, p. 657-658), Coutinho simplesmente afasta a integralidade desse conceito, passando a sustentar – mas invocando a conceituação de Kant – que somente um elemento serve para definir um sistema. Mais que isso, o autor sustenta que esse elemento, no que diz respeito aos sistemas processuais penais, está centrado no papel do juiz na fase probatória ou, em termos mais singelos, na gestão da prova.

Não bastasse essa mutação conveniente no conceito apresentado por um dos autores que ele utiliza como base, Coutinho também faz, por assim dizer, uma releitura da lição que ele mesmo invoca de Franco Cordero, autor italiano conhecido por sua forma direta e ácida na apresentação de suas opiniões.

Em uma de suas obras, Cordero fez uma interessante relação entre o juiz inquisidor e quadros mentais paranoicos (1986, p. 51), o que bastou para Coutinho desenvolver a ideia de que, se o juiz inquisidor é paranoico contra o réu, e se somente o juiz inquisidor poderia – sustenta equivocadamente o autor brasileiro – produzir prova de ofício, então, por consequência, se o juiz produzir pro-

cognizione precedente sia il medesimo della decisione del merito: eventualità questa che, come si è detto, appare sostanzialmente connaturata alla pronuncia di una misura cautelare” (MORETTI, 1996, p. 1104-1108, grifos nossos). Por fim, representando a doutrina espanhola, encontramos a lição de Joaquín González Casso, quando, ao analisar o julgado relativo ao Caso Hauschildt, foi taxativo ao dizer que “La Comisión europea entendió que el mero dato de que los jueces previamente ordenen la prisión no afecta a su imparcialidad. En este análisis está de acuerdo el Tribunal, pues las bases sobre las que el Juez acuerda la prórroga de la prisión y la incomunicación no son las mismas que las que va a utilizar para juzgar” (CASSO, 2004, p. 20, grifos nossos). E finaliza este autor, afirmando que “La conclusión no puede ser más clara si la llevamos a nuestro sistema procesal. La adopción o prórroga de medidas cautelares por el Juez o Tribunal destinado a juzgar no supone ‘per se’ la violación del derecho al juez imparcial, siempre que se fundamente en razones extrañas al fondo del asunto (riesgo de fuga, gravedad de la imputación formulada por la acusación, etc)” (CASSO, 2004, p. 21).

18 Vinculando a teoria da gestão da prova à preservação dos valores democráticos ou do Estado Democrático de Direito, encontramos: ROSA, 2013, p. 87; MARTINS, 2013, p. 73; LOPES JR., 2013a, p. 6; STRECK, 2011, p. 155; MARQUES, 2009, p. 149; CARVALHO, 2002, p. 42.

va de ofício, ele será inquisidor e paranoico contra o réu. Assim, foi construída a teoria da gestão da prova. Entretanto, se formos fidedignos às palavras e à posição histórica sustentada por Cordero, veremos que esse autor jamais – repetimos, para que não haja dúvida, jamais – sustentou essa posição. Ao contrário. Em trabalho publicado em 1964, Cordero expôs que a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitivo estaria centrada na presença de uma acusação no primeiro sistema, e somente na atuação de ofício no segundo sistema (p. 138). Ou seja, sob essa perspectiva, jamais poderia tal conceituação sustentar a teoria da gestão da prova, justamente por ser um método de diferenciação sistemática duramente criticado por defensores daquela teoria.

Por outro lado, a leitura da própria obra invocada por Coutinho aponta para uma conclusão diametralmente oposta à sustentada por ele. Textualmente, o autor italiano diz que “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma svillupa quadri mentali paranoidei” (CORDERO, 1986, p. 51). Em outros termos, para que haja uma vinculação do juiz ao sistema inquisitivo e aos tais quadros mentais paranoicos, é necessário que esse mesmo juiz atue sozinho – não somente na coleta de provas – e nunca exposto ao contraditório. Ainda, essa não é uma posição isolada daquele autor italiano, pois seu compatriota, Luigi Ferrajoli, comparte integralmente dessa mesma conceituação (FERRAJOLI, 2001, p. 565)¹⁹. Em síntese, não deve haver qualquer participação das partes ao longo de sua atuação, o que simplesmente não ocorre no direito brasileiro, italiano ou de outro qualquer país influenciado pelo direito continental.

Para fechar com chave de ouro, os defensores da teoria da gestão da prova constrangedoramente omitiram-se ao não exporem a verdadeira posição de Franco Cordero sobre o papel do juiz na fase probatória. Já sob a vigência do atual CPP italiano, disse ele, em obra citada por diversos autores nacionais – mas só na parte que lhes interessa – que o processo penal de seu país adota

19 Para que não haja dúvidas quanto à posição desse autor, sua reprodução se faz mais que necessária. Disse ele: “llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa” (FERRAJOLI, 2001, p. 565, grifo nosso).

o sistema acusatório (2000, p. 101)²⁰, e que os poderes instrutórios concedidos ao juiz são necessários (2000, p. 602)²¹.

Enfim, a teoria da gestão da prova, como teoria, simplesmente não existe. Os autores que a invocam para diferenciar o sistema acusatório do sistema inquisitivo, ou para vinculá-la à democracia processual ou ao Estado Democrático de Direito, fazem-no a partir de pressupostos completamente falsos, pois a doutrina de base utilizada em sua montagem jamais pregou o que a ela se atribui. Por isso, parafraseando ao próprio Coutinho, podemos dizer que quem propõe a necessária vinculação de um sistema processual penal a partir de premissas não sólidas, está atuando, isso sim, em prol de interesses antidemocráticos (2002, p. 142)²².

6 O QUE É, AFINAL, UM PROCESSO DEMOCRÁTICO?

Até o presente momento, o que fizemos foi analisar argumentos mais corriqueiros, os quais apontam certos elementos ou características como integrantes obrigatórias de um processo de natureza democrática ou vinculado ao Estado Democrático de Direito. Entretanto, no mais das vezes, as vinculações feitas jamais abordaram o que seria um processo democrático, para que nele devesse ser inserido tal ou qual elemento. Surge, portanto, a necessidade de fazer-se uma análise, ainda que breve, sobre esse instituto.

20 Nas suas palavras, “lo stile accusatorio italiano appare diverso sotto aspetti importanti: azione obbligatoria nonché irretrattabile, proscioglimento extra petita (art. 129), supplenza istruttoria ex officio (art. 506 sg.)”. E complementa, para o desespero de muitos: “Erano varianti necessarie” (CORDERO, 2000, p. 101).

21 “Il potete istruttorio del giudice sopravvive inalcuni contesti (...). Sono un residuo necessario questi poteri d'intervento diretto, coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irretrattabile; processo a oggetto indisponibile e non sarebbe più, almeno de facto, se a chi giudica fosse negato ogni accesso alla prova. Gli artt. 507 e 603 risolvono l'equazione” (CORDERO, 2000, p. 602, grifo nosso).

22 Textualmente, disse ele: “No atual estágio do direito, espaço não há para propostas neutrais e alheias às ideologias. Com isso, todavia, desloca-se o eixo do argumento, passando a ser, antes de tudo, uma opção política o modelo de reforma. E aí é preciso ter confiança na força qualitativa e técnica dos juristas, capazes (por que não?) de armar, desde premissas sólidas, uma estrutura que não se consiga mexer, quanto à substância, por interesses antidemocráticos” (COUTINHO, 2002, p. 142, grifos nossos).

Invertendo a ordem indicada, quiçá a definição de um processo penal adequado aos postulados de um Estado Democrático de Direito se constitua em tarefa mais fácil, embora não seja pouca a controvérsia existente sobre o assunto. Seremos, nesse ponto, confessadamente utilitaristas – até pelas dimensões que este estudo comporta –, pois ninguém menos que nossa própria Constituição, em seu preâmbulo, deixa claro quais os valores e direitos que o Estado Brasileiro se comprometeu a assegurar²³. Nela, os direitos individuais não são superiores aos direitos sociais, e o direito à liberdade deve ser conjugado com o direito à segurança.

Fixando-nos, portanto, estritamente à redação dada pela Constituição Federal (1988), qualquer proposta de privatização do processo penal – com o afastamento ou engessamento do juiz dos seus rumos ou atos – fere de morte o direito da sociedade brasileira à segurança, já que o rumo que o processo poderá tomar dependeria exclusivamente das ações ou omissões das partes, sem qualquer controle judicial sobre elas. Isso não quer dizer, por óbvio, que o juiz deva ser o centro do processo, pois essa seria uma leitura reducionista do que até aqui expusemos. Deverá ele, isso sim, atuar de forma integrada às partes, tal como no processo civil, no qual se fala em colaboração das partes para com o juiz, ao invés do arcaico afastamento deste em relação à controvérsia que lhe é apresentada. Aliás, não é outra a visão que se tem da democracia, quando ela é inserida no contexto processual.

Embora uma das concepções mais antigas dadas à democracia seja não somente a participação cidadã na construção dos destinos de sua sociedade, mas também a necessidade de respeito às normas validamente estabelecidas (ARISTÓFANES, 2011, p. 49), Motta e Hommerding bem demonstram que, em nível processual, a melhor noção de democraticidade está centrada no aspecto colaborativo, ao invés de estar no aspecto excludente. Em estudo voltado à definição do que seria um processo democrático, aqueles autores são claros ao afirmar que “o estabelecimento de focos

23 Diz a Constituição Federal (1988), em seu Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

de centralidade (seja nas partes, seja no juiz) não se adapta ao perfil democrático dos Estados da alta modernidade” (MOTTA; HOMMERDING, 2013, p. 201)²⁴.

Essa noção de processo democrático, construída a partir dos verdadeiros pensadores nessa temática – como Habermas (1997) e Dworkin (2006) –, deixa claro o erro essencial em que incide a doutrina brasileira, ao propor uma formatação privatista para o processo penal de nosso país. O que deve haver, em realidade, é a incidência de um valor que faz muita falta nas proposições daquele ramo doutrinário: referimo-nos à busca do equilíbrio, que pauta a sobrevivência de qualquer sociedade que tem a liberdade como pressuposto, conforme já dito por Marco Túlio Cíceron em ensinamento atemporal (2000, p. 111-112), mas que sempre é olvidado quando os interesses a serem preservados não são os daquela²⁵.

7 PROPOSIÇÕES ESQUECIDAS

Já nos encaminhamos para a finalização deste ensaio sobre processo penal e democracia, e o que até aqui fizemos foi, basicamente, realizar uma filtragem do que encontramos sobre o tema na doutrina, e o que realmente poderia apresentar algum vínculo entre aqueles dois institutos. É bem verdade que absolutamente nada ficou de pé, em razão das falhas argumentativas que apon-tamos. Entretanto, também é verdade que a preocupação dos autores esteve centrada nas figuras do juiz e do sujeito passivo da perseguição penal, passando completamente em branco qualquer abordagem que tivesse o acusador estatal como objeto de sua atenção.

24 Acolhendo a posição de Nunes (2008), aqueles autores assim o definem: “processo democrático não é um instrumento formal que viabiliza a aplicação do direito com rapidez máxima, mas sim, uma estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões e a inafastabilidade do controle jurisdicional” (MOTTA; HOMMERDING, 2013, p. 202).

25 “Recordad lo que he dicho al principio: que la república no puede conservar su estabilidad a no ser que se dé en ella un equilibrio de derecho, deber y poder, de suerte que los magistrados tengan la suficiente potestad, el consejo de los hombres principales tenga la suficiente autoridad, y el pueblo tenga la suficiente libertad” (CÍCERON, 2000, p. 111-112).

Pois bem; em uma brevíssima retrospectiva histórica, a criação de um acusador estatal foi motivada pela verificação da necessidade de alguém iniciar ou dar seguimento a processos envolvendo fatos de natureza grave os quais poderiam colocar em risco a segurança pública de uma sociedade ante a omissão de quem detinha a legitimidade ativa decorrente de sua condição de vítima. Melhor explicando, a literatura ateniense e romana da Idade Antiga nos permite saber que, não raras vezes, as vítimas de fatos considerados ilícitos – hoje configurados como infrações penais – eram ameaçadas por seus agressores, com a finalidade de não ajuizarem suas ações ou delas desistirem, quando os processos já se encontravam em andamento. Com isso, a ausência de resposta do poder central às transgressões daquela época fazia com que a sensação de impunidade aumentasse e com que não houvesse qualquer obstáculo à reiteração daquelas condutas ilícitas ante a certeza da ausência de punição.

Foi preciso, então, criar uma figura que tivesse reconhecida sua legitimidade acusatória para certos ilícitos penais que poderiam colocar em jogo a estabilidade daquela sociedade, mas que também recebesse proteção do poder central – já que, de Estado, ainda não podemos falar – para que ela não fosse intimidada pelo agressor, tal como ocorria com os cidadãos comuns daquela época. Eis, então, o embrião do que conhecemos hoje como Ministério Público.

Esse rápido resgate histórico serve unicamente para demonstrar que o acusador público, em última análise, destina-se a substituir a vítima ou a sociedade no encabeçamento da persecução penal, para que não se repitam as perseguições as quais, na Idade Antiga, verificaram-se contra os particulares que atreveram-se a acusar seus agressores. Assim, a presença de um acusador público destina-se a proteger a vítima, em lugar de excluí-la por completo da persecução penal, tal como pretende Rosa (2013, p. 76). No entanto, essa proteção deve ser efetiva, sob pena de o acusador público transformar-se em somente mais um meio para chegar-se à impunidade, caso este não atue voltado à concretização dos interesses da vítima e da sociedade, a quem se propôs a substituir na persecução penal.

É aqui que surge a necessidade de participação da sociedade como fiscal do Ministério Público, em resposta ao conhecido questionamento de Décimo Júnio Juvenal: “Quis custodiet ipsos custodes?”, ou, “Quem fiscaliza o fiscal?” (2001, p. 132). Em última análise, o incremento na participação da sociedade nos destinos do processo penal representaria o resgate da verdadeira significação da palavra democracia, a ser nele inserida: *demos* = povo; *kratos* = poder.

Aplicado esse pressuposto aos dias de hoje, plenamente justificados estão dois mecanismos de controle da inércia do Ministério Público, quais sejam, o assistente de acusação e a ação penal privada subsidiária da pública. Mais que isso, pensamos que esses mecanismos devem ser aprimorados e ampliados.

No que diz respeito ao assistente de acusação, não vemos justificativa plausível alguma para a limitação de sua atuação no processo penal, seja na configuração de sua legitimidade para habilitação²⁶, seja na sua atuação endoprocessual. Já no que diz respeito à ação penal privada subsidiária da pública, apesar de sua tradição mais que milenar, o direito brasileiro permite a existência de uma grave lacuna em sua aplicabilidade, visto que, após o término do prazo de seis meses para o seu ajuizamento, absolutamente nenhum instrumento processual de controle segue existindo para superar a inércia acusatória do Ministério Público. Com isso, a solução passaria por uma, dentre duas hipóteses possíveis: ou não se fixa prazo para o ajuizamento daquela ação penal privada, ou, após a superação destes seis meses, qualquer cidadão deveria passar a também poder ajuizá-la.

Partindo-se, portanto, do pressuposto de que a democracia concede direitos e garantias não só ao sujeito passivo da persecução penal, vemos que, como mínimo, uma proposição foi esquecida pela doutrina processualista: a criação ou fortalecimento de instrumentos voltados à proteção da vítima e da sociedade, de modo que a impunidade e a insegurança não se façam presentes pela inércia daquele ente governamental criado justamente para que

26 De se referir que a legislação brasileira vem avançando na ampliação da legitimidade para a habilitação à assistência de acusação, fugindo do restrito quadro do artigo 268 CPP. Basta lembrarmos as previsões contidas no artigo 530-H do CPP, no artigo 80 da Lei nº 8.078/90 e no § único do artigo 26 da Lei nº 7.492/1986.

isso não ocorra. Em outros termos, acreditamos ser necessário o fortalecimento dos mecanismos de controle sobre o Ministério Público no processo penal a fim de que sua titularidade da ação penal não se converta na titularidade da inação penal.

8 CONCLUSÃO

Desde a conhecida comparação feita por Carnelutti entre o processo penal e Cinderela (1950, p. 1-8), não há como negar que o direito processo penal, como disciplina e ramo do conhecimento, apresentou um grande avanço no estudo dos institutos que lhe são próprios. Todavia, a perfeita delimitação dos papéis de seus atores parciais, colocados em meio à tensão existente entre o *ius libertatis* e o *ius puniendi*, faz com que, não raras vezes, os operadores desse ramo do direito, quando atuantes na esfera acadêmica, percam a noção dos limites entre o que pode ser classificado como academia e o que pode ser classificado como doutrina advocatícia.

É nesse contexto que várias bandeiras foram levantadas como motivadoras de reformas em nossa legislação processual penal, dentre as quais notabilizaram-se as teorias do garantismo penal, do constitucionalismo e, mais recentemente, da preservação do Estado Democrático de Direito ou do atingimento da democraticidade no processo penal.

Os argumentos apresentados por um grupo significativo de autores – para que, nas suas visões, haja uma perfeita adequação entre processo penal e democracia – não passam de uma reprodução de teorias e proposições anteriormente sustentadas sob o manto do garantismo ou constitucionalismo, as quais já foram devidamente rechaçadas ao seu tempo. Estamos diante, portanto, de mais do mesmo, mas sob a invocação de outro rótulo.

A democracia, quando aplicada em âmbito processual penal, tem o condão de tornar mais evidente a interação que deve haver entre o juiz e os sujeitos parciais da persecução penal, sem que, com isso, haja uma quebra ou mácula na imparcialidade do julgador. Esse é o erro essencial em que incide a linha doutrinária que procura restringir a atuação judicial, cujos postulados levam

à óbvia privatização do processo penal, pois seu destino estaria nas mãos das partes. A preocupação dessa vertente acadêmica, portanto, é exclusivamente com a preservação do *ius libertatis* do sujeito passivo da persecução penal.

Caso também houvesse uma preocupação com o aperfeiçoamento do *ius puniendi*, fácil seria a constatação de suas deficiências, em especial, a fragilidade na qual encontra-se a vítima e a sociedade ante à falta de atuação de quem foi, em última análise, criado para bem representá-las na persecução penal. A ausência de mecanismos de controle sobre a atuação do Ministério Público faz com que se corra o risco de ele tornar-se um verdadeiro ditador da inação em âmbito penal, o que somente será evitável com a ampliação da atuação da vítima ou sociedade, levando, assim, a verdadeira democracia para o seio do processo penal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. Curitiba: Juruá, 2011.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 61, p. 113-131, 2008.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da Gestão da Prova: um confronto consigo mesma. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 10, n. 18, p. 141-200, 2010.
- ARISTÓFANES. **La Asamblea de las Mujeres**. Madrid: Ediciones Clásicas, 2011.
- ARISTÓFANES. Los Acarnienses. In: **Comedias**. Coleção Los clásicos de Grecia y Roma. Madrid: Gredos, 2000. V. 20.
- ARISTÓFANES. **Pluto (A Riqueza)**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

AROCA, Juan Montero. El Principio Acusatorio: Un intento de aclaración conceptual. **Revista Justicia**, Barcelona, n. 4, p. 775-789, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 jun. 1986.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

CARNELUTTI, Francesco. **Questioni sul Processo Penale**. 2. ed. Bologna: Cesare Zuffi, 1950.

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o discurso das reformas processuais penais. In: ANDRADE, Vera Regina P. de. (Org.). **Verso e Reverso do Controle Penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 33-52.

CAVALLARI, Vincenzo. Contraddittorio [Principio del] [Diritto Processuale Penale]. In: **Enciclopedia del Diritto**. t. IX. Varese (Italia): Giuffrè, 1961. p. 728-738.

CASSO, Joaquín González. **Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga)**. Madrid: Dykinson, 2004.

CICERÓN, Marco Tulio. **Catilinarias**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

CICERÓN, Marco Tulio. **Sobre la República**. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. v. 45. Madrid: Gredos, 2000.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

CORDERO, Franco. **Linee di un Processo Accusatorio**. Milano: JUS, 1964.

CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito Policial e a Investigação dos Fatos que Antecede a Ação Penal no Ordenamento Jurídico Instaurado pela Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 19, p. 171-178, jul./set. 1997.

COUTINHO, Jacinto José de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: **Direito Alternativo**: seminário nacional sobre o uso do direito alternativo. Rio de Janeiro: ADV, jun/1993.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo e Golpe de Cena: Um Problema às Reformas Processuais. In: WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 139-147.

DWORKIN, Ronald. **O direito de liberdade**: uma leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FENOLL, Jordi Nieva. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Edisofer, 2012.

FENOLL, Jordi Nieva. **La Incoación de Oficio de la Instrucción Penal**. Barcelona: J.M.Bosch, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. **Teoría del Garantismo Penal**. 5. ed. Madrid: Trotta, 2001.

FISCHER, Félix. Juizado de Instrução. Vantagens e inconvenientes. Exame de Alternativas Ajustadas à Realidade Brasileira. **Cadernos do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, DF, v. 18, p. 25-30, 2001.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Legislação Brasileira em Face do Crime Organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 20, p. 59-69, out./dez. 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

JUVENAL. PERSIO. **Sátiras**. Madrid: Gredos, 2001.

LAZZARINI, Álvaro. Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça. In: _____. et al. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 3-94.

LOPES JUNIOR, Aury. (Re)Discutindo o Objeto do Processo com Jaime Guasp e James Goldschmidt. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 39, p. 103-124, jul./set. 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 21, n. 251, p. 5-6, out./2013a.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Inquisitório versus Acusatório: não vamos superar a dualidade sem demarcá-la. **Boletim Informativo IBRASPP**, Porto Alegre, ano 03, n. 04, p. 15-17, 2013.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MARTÍNEZ, Santiago. **La Acusación como Presupuesto Procesal y Alegato Absolutorio del Ministerio Público Fiscal**. Observaciones sobre una cuestión recurrente. Buenos Aires: FJD Editor, 2003.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**. The Brazilian Lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAYA, André Machado. A Prevenção como Regra de Exclusão da Competência no Processo Penal: uma (re)leitura necessária a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e da Corte Constitucional da Espanha. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2008, Brasília. **Anais...** Brasília, 2008. p. 4289-4308.

MAYA, André Machado. O Juiz das Garantias no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, ano 17, n. 204, p. 6-7, nov. 2009.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 2. imp. Campinas: Bookseller, 1997.

MORETTI, Carola. L'Imparzialità del Giudice tra la Cautela e il Merito. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, ano 51, n. 4, p. 1084-1108, ott./dic. 1996.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 73, p. 183-206, jan./abr. 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Penal Democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

PANTALEÓN, Juan Miguel Castillo. **El Juzgado de Instrucción**. Santo Domingo: Fundación Institucionalidad y Justicia, 1998.

PELLEGRINO, Laércio. Substituição do Inquérito pelo Juizado de Instrução. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 68, v. 527, p. 462-466, set. 1979.

RAMALHO, Américo da Costa. Notas. In: ARISTÓFANES. **Pluto** (A Riqueza). Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 83-93.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O Livre Convencimento e sua Incompatibilidade com o Dever de Accountability Hermenêutica: o sistema acusatório e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, ano 11, n. 19, p. 151-184, 2011.

UNITED NATIONS. **Human Rights and Pre-Trial Detention**. A Handbook of International Standards Relating to Pre-Trial Detention Professional Training series nº 3. New York, Genebra: 1997.

VOLTAIRE. Comentario sobre el Libro «De los Delitos y de las Penas» por un Abogado de Provincias. In: BECCARIA, Cesare. **De los Delitos y de las Penas. Con el Comentario de Voltaire**. Madrid: Alianza, 2002.

VOLTAIRE. **O Preço da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

A PRIMARIEDADE E A AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES: FUNDAMENTOS PARA DEMONSTRAR A INADEQUAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

Paulo Augusto Oliveira Irion¹

¹ Mestre em Direitos Fundamentais. Especialista em Ciências Criminais. Professor na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e Prática de Sentença Criminal em cursos de Pós-Graduação. Juiz de Direito no 2º Juizado da 1ª. Vara de Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre (RS).

“Sabe-se, desde muito, apesar de algum ranger de dentes, que a prisão antes do tempo devido – sentença transitada em julgado – é medida de espetacular exceção no sistema, logo não pode ser banalizada, pena da exceção transformar-se em regra”²

1 INTRODUÇÃO

Segundo as últimas estatísticas divulgadas pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), com base em dados de junho de 2016, 40% das pessoas aprisionadas no Brasil são presos cautelares (provisórios, preventivos) (BRASIL, 2017). Para um país que assegura em sua Constituição Federal³, dentre os direitos fundamentais, a não culpabilidade prévia, isso deve ser considerado como demasiado, evidenciando a má utilização da prisão cautelar que, em muito casos, é usada como uma punição antecipada.

Dentre esses presos sem condenação – os quais, segundo a inteligência e clareza de nossa Carta Magna, são inocentes – há muitos que são de primeiro ingresso, aqueles para quem a prisão surge pela primeira vez, situação nova para quem tinha, até o momento do aprisionamento, sua folha de antecedentes imaculada. Somente a título de exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul, segundo dados da Superintendência dos Serviços Penitenciário (SUSEPE), o índice de retornos das pessoas presas, em dezembro de 2017, era de aproximadamente 71%, o que evidencia que cerca de 29% das pessoas presas são as que têm seu primeiro ingresso no sistema prisional. Destaca-se que não se está trazendo dados de taxa de reincidência, mas sim referentes ao reingresso no sistema prisional por parte de pessoas que já haviam ingressado anteriormente.

Dentro desse contexto, é necessário lembrar que em todo o território nacional, salvo raras exceções, as unidades prisionais são

comandadas por facções criminais, as quais passam a proteger e até mesmo prestar assistência aos presos, fazendo com que a filiação à determinada facção torne-se compulsória. A facção fornece ao preso aquilo que o estado não alcança, descumprindo com sua obrigação. Isto, no entanto, tem um preço, o qual consiste no aprimoramento da carreira criminoso da pessoa presa. Sendo assim, deve-se tomar cuidado em relação ao aprisionamento de pessoas em um primeiro ingresso, as quais serão cooptadas por uma das facções, fazendo com que essas tenham que, futuramente, pagar a dívida que tem com a facção, a qual é paga com o cometimento de novos crimes.

Diante desse triste quadro do sistema prisional, foi selecionado o tema da (Des)Proporcionalidade na Prisão Cautelar, para trazer algumas reflexões, em especial ao tratar-se de indiciado ou acusado primário e sem antecedentes criminais, com o escopo de evitar a sua contaminação dentro do sistema prisional. Tais casos inserem-se em um contexto maior da nova sistemática da imposição das medidas cautelares de caráter pessoal, com ênfase na necessidade de diminuição da utilização da prisão cautelar.

Nesta esteira, inicia-se o presente trabalho, traçando-se um quadro da atual sistemática das medidas cautelares de natureza pessoal no Processo Penal Brasileiro a partir das alterações trazidas pela lei nº. 12.403/11. A seguir, o Princípio da Proporcionalidade será abordado com o objetivo de colocá-lo, agora com supedâneo legal, como requisito das medidas cautelares no Processo Penal, com destaque à prisão cautelar.

Em pontos distintos, abordar-se-á os subprincípios do Princípio da Proporcionalidade na imposição da Prisão Cautelar, examinando-se, primeiro, a (des)necessidade de sua imposição, em seguida, a sua (in)adequação e, por último, o cuidado com a proibição do excesso na sua imposição. Por fim, para a abordagem principal do tema proposto, será feito o exame da condição do indiciado ou acusado ser primário e sem antecedentes, condições pessoais estas que podem tornar inadequada a imposição da medida cautelar.

2 HCs 70037107455 e 70037107729, 5ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 07/07/2010.

3 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

2 MEDIDAS CAUTELARES DE NATUREZA PESSOAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A ATUAL SISTEMÁTICA

A lei n. 12.403, de 05 de maio de 2011, com vigência a partir de 04 de julho de 2011, trouxe inúmeras inovações sobre o tema da prisão cautelar, mas, em destaque, resultou em alternativas à prisão cautelar no Direito Processual Penal. Então, sem se alongar em comentários, procurar-se-á apontar as inovações dessa reforma legal.

O rol de medidas alternativas à prisão cautelar encontra-se elencado no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP), determinando que a prisão preventiva passe a ter um caráter secundário, sempre condicionado à comprovação da necessidade e adequação da medida. O artigo 282 do CPP afirma que na imposição de qualquer medida cautelar no Processo Penal deverão servir como balizadores os critérios da necessidade e adequação. Dois dos subprincípios que compõem o Princípio da Proporcionalidade ganham especial destaque com a nova legislação, passando este a ter previsão legal.

Buscou-se, com a alteração legislativa, diminuir o número de prisões cautelares, já que, segundo os dados do DEPEN, de junho de 2016, o Brasil tinha 726.712 pessoas privadas de liberdade, sendo que em torno de 40% dessas eram presos provisórios, isto é, sem condenação. Não há como se acobertar-se diante destes números, a prisão cautelar tem sido utilizada, inúmeras vezes, de forma equivocada, contrariando Carvalho, quem ensinou que “a prisão antes do tempo devido – sentença transitada em julgado – é medida de espetacular exceção no sistema” (2008).⁴

Agora, com objetivos didáticos, condensa-se, por itens, aquilo que entende-se como mais relevante na alteração legislativa ocorrida em 2011.

2.1 APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

O § 1º, do artigo 282, do CPP, prevê a possibilidade de as medidas cautelares serem aplicadas tanto de forma isolada, como de forma cumulativa, devendo ter como ferramenta de escolha a necessidade e adequação da(s) medida(s) imposta(s).

2.2 A (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DE OFÍCIO PELO JUIZ

O § 2º, do art. 282, permite a decisão de ofício do Juiz no que concerne a imposição de medidas cautelares, estabelecendo que essas podem ser aplicadas de ofício pelo Juiz, na fase judicial. Desse modo, depreende-se que não podem ser aplicadas de ofício na fase de investigação.

A discussão se dá em relação à possibilidade de o Juiz de ofício, nos termos do artigo 310, inciso II, do CPP, converter a prisão em flagrante em preventiva, tendo prevalecido o entendimento de que, neste caso, isso é possível. Essa conversão se dá pois não há uma decretação, a qual é proibida, mas simplesmente há a transformação de uma prisão já existente, o flagrante, em outra, que é a prisão preventiva.

Registre-se, no entanto, o entendimento de que o Juiz, mesmo na fase judicial, não pode, de ofício, impor medidas cautelares, sob pena de ferir o sistema acusatório.

2.3 A OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O § 3º, do art. 282 do CPP, determina que o Juiz, ao receber o requerimento ou representação de uma medida cautelar, possibilite o contraditório, intimando-se a parte contrária acerca do pedido antes de decidir sobre a concessão da medida cautelar vindicada, exceto em caso de urgência ou perigo de ineficácia da medida.

O problema encontra-se nas ressalvas, as quais, pela natureza de ser uma medida cautelar e, de conseguinte, no mais das vezes, urgente, tendem a tornar-se regra e não exceção.

⁴ HC n°. 70026189092, 5ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 17/09/2008.

2.4 A PRISÃO PREVENTIVA COMO ULTIMA RATIO

O § 4º, do artigo 282, determina que a decretação da prisão preventiva deva ser considerada como ultima ratio, devendo ser aplicada no caso de descumprimento de outras medidas impostas ou, ainda, não havendo possibilidade de substituir a medida ou impor outra em cumulação. Portanto, a prisão preventiva tem um caráter nitidamente subsidiário, devendo ser aplicada, neste caso, depois de esgotada a possibilidade de substituição por outra medida cautelar ou pela aplicação de outra medida de forma cumulativa.

Entretanto, a sua aplicação não fica sempre condicionada ao descumprimento de outra medida cautelar menos gravosa, permanecendo a possibilidade de ser decretada de modo independente e autônomo, desvinculada de outra medida cautelar anteriormente imposta. Todavia, nos termos do § 6º deste mesmo dispositivo legal, resta inequívoco o caráter subsidiário da prisão preventiva, a qual deve ser aplicada somente quando incabível a substituição por outra(s) medida(s) cautelar(es).

2.5 O PRINCÍPIO DA PROVISIONALIDADE

O § 5º, do artigo 282 do CPP, consagra o Princípio da Provisionalidade como regra das medidas cautelares do processo penal, no sentido de que estas, por serem situacionais, devam ser constantemente reavaliadas, tanto para suas manutenções, como no momento de serem impostas.

2.6 AS ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES

O artigo 283 do CPP arrola as três espécies de prisões cautelares, que são:

- Prisão em flagrante;
- Prisão preventiva;
- Prisão temporária.

Este estabelece, também, a possibilidade de prisão decorrente da sentença condenatória transitada em julgado.

2.7 PROIBIÇÃO DE IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

O artigo 283, § 1º, do CPP veda a possibilidade de imposição de medidas cautelares em infrações penais que não impõem pena de privação de liberdade, quer seja isoladamente, cumulativamente ou alternativamente.

2.8 O MOMENTO DA EFETIVAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR

No § 2º, do artigo 283 do CPP, há autorização para que a efetivação da prisão possa ocorrer a qualquer dia e hora, desde que respeitadas as regras concernentes à inviolabilidade do domicílio.

2.9 A PRISÃO EFETIVADA POR CARTA PRECATÓRIA

O artigo 289 do CPP prevê que seja deprecada a prisão, na hipótese de o preso estar em território nacional, porém fora da jurisdição do Juiz que decreta a prisão. Este estabelece, também, que em caso de urgência, a requisição da prisão seja determinada por qualquer meio de comunicação. A responsabilidade sobre a aferição da autenticidade da requisição será da autoridade que recebe-la. A remoção do preso deverá ser providenciada pelo Juiz processante no prazo de 30 dias.

2.10 A SEPARAÇÃO DOS PRESOS PROVISÓRIOS DOS PRESOS DEFINITIVOS

O artigo 300 passa a prever, agora no Código de Processo Penal, a obrigatoriedade da separação dos presos cautelares dos presos definitivos. Igualmente, o § único deste dispositivo determina o recolhimento do militar preso em flagrante ao quartel ao qual este pertença.

2.11 A COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO

Passa a existir previsão legal, no art. 306 do CPP, de comunicação imediata da prisão em flagrante também ao Ministério Público. Tal inovação legislativa deriva do fato de que, diferentemente do que previa anteriormente o artigo 310 do CPP, não há

mais previsão de prévia manifestação do Ministério Público nos casos de concessão de liberdade provisória. Aliás, a atual redação do artigo 310 não determina prévia oitiva do Ministério Público antes do Juiz decidir por uma das hipóteses ali estabelecidas.

O § 1º estabelece que o auto de prisão em flagrante deva ser remetido ao Juiz no prazo de 24 horas. Este mesmo parágrafo mantém a inconstitucionalidade no sentido de determinar a remessa de cópia do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública se o flagrado não informar o nome do seu advogado, como se tal ato fosse suficiente para concretizar a garantia constitucional de assistência jurídica ao preso.

2.12 A CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 310 torna obrigatória, em caso de manutenção do flagrado no cárcere, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. A ordem dos incisos, em princípio, continua tendo um problema topológico que inverte a ordem, já que a liberdade é a regra, enquanto a imposição da prisão cautelar – transformação da prisão em flagrante em preventiva – é a exceção. Porquanto, este prevê primeiramente a conversão do flagrante em preventiva (inciso II) para, depois, prever a possibilidade da liberdade provisória (inciso III), traduzindo, desta forma, uma ideia de que a regra é a prisão, sendo a liberdade provisória uma exceção. No entanto, nos termos do artigo 321, vislumbra-se que a liberdade provisória é possível na hipótese de não cabimento da prisão preventiva, podendo ser aplicada com a imposição de outra(s) medida(s) cautelar(es), o que pode representar, assim, a correção na ordem dos incisos.

2.13 A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO

Da interpretação do artigo 311 deflui-se que, na fase de investigação, a prisão preventiva não pode ser decretada de ofício pelo Juiz, somente mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante. O Juiz, de acordo com a lei, somente poderá decretar prisão preventiva de ofício na fase judicial.

2.14 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

De acordo com o artigo 312, ficam mantidos os atuais pressupostos básicos e de conveniência, porém, há o acréscimo da possibilidade da decretação da prisão preventiva em caso de descumprimento de outras medidas cautelares.

No entanto, traz-se o debate em torno da incidência do artigo 282 como derogador dos requisitos previstos no artigo 312, sob o argumento de que este aplica-se a todas as medidas cautelares constantes no título no qual está incluída a prisão preventiva.

2.15 CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 313, no inciso I, do CPP, estabelece que somente caberá prisão preventiva para crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos. Considera-se que esta regra não se aplica aos casos da prisão preventiva subsidiária, sendo aplicável somente aos casos em que é utilizada para garantir as medidas protetivas de urgência. Desse modo, persiste a impossibilidade de decretação da prisão preventiva para crimes culposos.

O inciso II continua, respeitando o período depurador da reincidência. Houve um acréscimo que abarca também a violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, desde que a prisão seja para garantir as medidas protetivas de urgência.

O parágrafo único é temerário ao dispor ser cabível a decretação da prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou caso esta não forneça elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, uma vez que não mais há a ressalva de que isto somente pode acontecer se presentes os requisitos do artigo 312 do CPP.

2.16 A PRISÃO DOMICILIAR

Os artigos 317 e 318 trazem relevantes inovações acerca da prisão domiciliar. O primeiro define a prisão domiciliar como sendo o recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, podendo dela se ausentar mediante autorização judicial.

Por sua vez, o segundo elenca as hipóteses de cabimento da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, mediante prova idônea, quando o agente for:

- I – maior de 80 anos;
- II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência;
- IV – gestante;
- V – mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos;
- VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos.

2.17 AS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 319 do Código de Processo Penal arrola as alternativas à prisão cautelar. São elas:

- I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz para informar e justificar atividades;
- II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça quando os peritos

concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica.

2.18 A CUMULAÇÃO DA FIANÇA COM OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES

O § 4º estabelece que a fiança poderá ser cumulada com outras medidas cautelares.

2.19 A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL

A possibilidade de concessão da fiança pela autoridade policial é possível em caso de infração penal em que a pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos, sendo nos demais casos, a fiança deverá ser requerida ao Juiz, que decidirá em 48 horas, nos termos do artigo 322 e seu § único, do CPP.

2.20 A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA NA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA

O artigo 321 afirma que ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, a liberdade provisória deverá ser concedida pelo Juiz, devendo impor, sendo o caso, outras medidas cautelares dentre as arroladas no artigo 319, observando os critérios de necessidade e adequação constantes no artigo 282, agora com nova redação.

2.21 A CRIAÇÃO DE UM BANCO DE DADOS DOS MANDADOS DE PRISÕES EXPEDIDOS

O artigo 289-A foi criado para que o Juiz processante registre o mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO REQUISITO DA IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL

A partir da alteração legislativa não pairam mais dúvidas de que o Princípio da Proporcionalidade passa a ser o princípio reitor quando da imposição de medidas cautelares no Processo Penal, inclusive da Prisão Preventiva. Nesse sentido, é percutiente a lição do Professor e Desembargador carioca Paulo Rangel, que afirma:

e) Homogeneidade. Finalmente a Lei nº. 12.403/2011 adotou o posicionamento que sempre defendemos e que agora não é mais, segundo certa parte da doutrina, mera ilação e delírio de nossa parte. Agora “somos lei”. A homogeneidade se traduz em **N.A.P.** (art. 282): **n**ecessidade, **a**dequação e **p**roportionalidade em sentido estrito, isto é, a medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que à restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido [...]. (RANGEL, 2013, p. 755).

Diante de sua relevância, Oliveira (2012, p. 495), ao abordar o tema o guindou ao Princípio fundamental das medidas cautelares. Já Lopes Júnior ao dizer que o Princípio da Proporcionalidade é o principal sustentáculo das prisões cautelares, leciona que

As medidas cautelares pessoais estão localizadas no ponto mais crítico do difícil equilíbrio entre dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. O Princípio da Proporcionalidade vai nortear a conduta do Juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculun libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá se converter em uma pena antecipada, sob pena de flagrante violação à presunção de inocência. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 793-794).

Para destacar ainda mais a importância do Princípio da Proporcionalidade quando do exame das medidas cautelares no Processo Penal, refere a Professora Espanhola Sílvia Barona Vilar que o “[...] principio de la proporcionalidad, como el presupuesto por ‘excelencia’ de la prisión provisional y demás medidas cautelares personales del proceso penal” (1987, p. 849). Continua, para destacar a tarefa do Princípio da Proporcionalidade afirmando que “El principio de la proporcionalidad tiene la tarea de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal del individuo y las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz” (VILAR, 1987, p. 851).

De tudo o que foi aqui colocado resta inequívoco, pois, que o Princípio da Proporcionalidade, com os seus subprincípios – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito (proibição do excesso) – passam a ser os elementos balizadores a serem examinados ao haver uma decisão acerca da imposição ou não de uma medida cautelar, inclusive de uma prisão com este caráter, já que a lei processual penal brasileira, em seu artigo 282, assim determina.

Colocando o tema, referindo-se à falta de técnica do legislador para manter vigente o artigo 212, aponta Avena:

A bem da verdade, na medida em que tanto a prisão preventiva quanto às outras medidas alternativas se aplica o disposto no art. 282, I, parece clara, neste ponto, a falta de técnica com que obrou o legislador, na Lei 12.403/2011, quando manteve no artigo 312, os fundamentos da prisão preventiva já existentes na disciplina anterior: a um, porque praticamente repetem, desnecessariamente, o que já dispõe o art. 282, I; a dois, porque o artigo 312 incorpora a garantia da ordem econômica, sem que, no art. 282, haja esta previsão; a três, porque menciona tão somente a conveniência da instrução criminal, o que sugere processo em curso, sem referir-se à investigação criminal, tal como mencionado no art. 282, I. (AVENA, 2015, p. 930).

Resta, ainda, para reforçar o argumento de que o Princípio da Proporcionalidade deve ser examinado no caso da imposição de uma prisão cautelar, examinar a ordem, o espaço topológico no qual a matéria foi colocada no Código de Processo Penal. Com efeito, a matéria é abordada no Título IX - Da Prisão, das Medidas

Cautelares e da Liberdade Provisória - do aludido código, sendo que o Capítulo I, que traz as Disposições Gerais, é inaugurado pelo artigo 282, referindo em seu texto que as medidas cautelares previstas neste título deverão ser aplicadas observando-se os critérios de proporcionalidade previstos em seus dois incisos. Como o Capítulo III trata da Prisão Preventiva, a conclusão é de que esta também tem que submeter-se aos critérios da Proporcionalidade insertos no artigo 282 do CPP, com preponderância sobre o que conflitar com o artigo 312.

4 A NECESSIDADE NA IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

Antes de adentrar-se no novo enfoque legal, é bom lembrar no que consiste o critério da necessidade dentro do Princípio da Proporcionalidade. Ensina Steinmetz, embasando-se em lição de Cara:

Pergunta-se pela necessidade da decisão normativa restritiva de direito fundamental para atingir o fim constitucionalmente justificado. Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese de existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental. (STEINMETZ, 2001, p. 150-151).

De sua vez, no que se refere ao postulado da necessidade, Canotilho comenta que

A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de protecção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível escolher outro meio igualmente eficaz, mas menos "coactivo", relativamente aos direitos restringidos. (2003, p. 457).

Resulta nitidamente, assim, que para decretação da prisão preventiva, a medida cautelar mais danosa contra o indiciado ou acusado no âmbito do Processo Penal, deva-se aferir caso não haja outra medida menos prejudicial, a qual deve ser adequada e eficaz. Atualmente, a lei nos traz, no artigo 219, outras medidas menos danosas as quais podem gerar o efeito cautelar que se busca com a decretação da prisão.

O artigo 282 do CPP determina que as medidas cautelares previstas no título deverão ser aplicadas observando-se a necessidade da aplicação da lei penal, da investigação ou da instrução criminal e, em casos expressamente previstos, com o intuito de evitar a prática de infrações penais.

Desta feita, entende-se que para falar-se em decretação de uma prisão preventiva tem que restar demonstrado que esta é necessária para que se possa aplicar a lei penal, ou seja, ela tem que ser indispensável para assegurar-se que o indiciado ou acusado, em caso de condenação, efetivamente submeta-se à sanção que lhe é imposta. Basicamente, tem que resultar demonstrado que a prisão é necessária, pois o réu demonstra, por meio de sua conduta, de forma evidente, que não está com a intenção de sujeitar-se a cumprir eventual sanção penal. Como diz Avena: "trata-se do risco de fuga" (2015, p. 929). Entretanto, este risco deve ficar evidenciado e comprovado por meio de elementos concretos, sendo assim, a prisão é necessária para acautelar o futuro processo de execução penal.

Igualmente, a decretação da prisão preventiva é possível quando ela for necessária para a investigação ou para a instrução criminal. Estas são duas inovações no cotejo com o que encontrasse previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal. A primeira é de que agora, legalmente, é possível prender o suspeito preventivamente na fase de investigação, eis que antes a previsão era somente relativa ao inquérito policial e a instrução processual. A segunda é a exigência de usar a necessidade para a regularidade da instrução, não mais bastando que prive-se a liberdade de uma pessoa que não possui condenação por mera conveniência da instrução criminal.

Entende-se, portanto, diante do já colocado, que os incisos do artigo 282 aplicam-se também à prisão preventiva, que a parte

do artigo 312 que satisfazia-se com a mera conveniência da instrução criminal resulta derogada pela alteração legislativa aqui comentada. Todavia, não é este o entendimento de Oliveira e Fischer, que mencionam como objeto da tutela cautelar a “conveniência da investigação ou da instrução (no processo)” (2012, p. 542).

É bom lembrar, entretanto, que é no critério da necessidade que insere-se o caráter subsidiário da prisão preventiva, previsto no § 6º do artigo 282 do CPP, ao determinar que ela somente será decretada quando não for possível a sua substituição por outra medida cautelar.

Em vista disso, cumpre ao Juiz, no caso concreto, examinar de forma fundamentada e somente decretar a prisão preventiva quando demonstrar que não há outras medidas cautelares menos gravosas que possam atingir o objetivo almejado dentre as arroladas no artigo 319 do CPP.

Para bem sintetizar o que deve ser entendido como necessidade da prisão, transcreve-se parte de uma decisão proferida por Amilton Bueno de Carvalho, em destaque o que coloca-se em negrito, quando concedeu liminar no Habeas Corpus de nº. 70026189092:

“Vistos.

Vênia da colega singular, estou a conceder o pedido de liminar.

Sabe-se, desde muito, que a prisão antes do tempo devido – sentença transitada em julgado – é medida de espetacular exceção no sistema.

Assim, só se a concede em situações limites pena da exceção se transformar em regra.

Além do mais, prisão provisória é única e exclusivamente medida cautelar – serve tão só de instrumento para preservar o processo ou garantir a aplicação da lei penal, sob pena de se transformar em adiantamento prisional, o que não se admite no Estado Democrático de Direito.

Ainda mais. A cautelar impõe a demonstração direta, objetiva, concreta, da necessidade prisional. [...]”.⁵ (grifo nosso).

5 Acórdão nº. 70026189092, Habeas Corpus. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª. Câmara Criminal. Relator Amilton Bueno de Carvalho.

5 A ADEQUAÇÃO NA IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

O subprincípio da adequação, também denominado de subprincípio da idoneidade, no que atina às restrições de Direitos Fundamentais, como ocorre na hipótese de decretação de prisão preventiva, deve buscar detectar se com sua decretação (meio) o objetivo cautelar colimado (fim) será alcançado. É, pois, uma relação de meio-fim, por meio da qual verifica-se se com a imposição da medida cautelar será atingido o fim pretendido. Neste sentido, vinculando-o à atividade jurisdicional, leciona Barros:

Note-se que a possibilidade de controle judicial sobre uma relação de casualidade, entre a medida restritiva adotada e o fim a que se destina, por si só já abala a ideia do legislador onipotente, capaz de criar situações desarrazoadas, incoerentes ou até mesmo bizarras. O juiz, por ocasião do controle de uma medida legislativa com repercussão na esfera de liberdade do cidadão, em um primeiro passo procura deduzir a razão de tal intervenção. Desde que tal fim esteja contido entre aqueles que a legitimam, ou, em outras palavras, desde que esteja o legislador autorizado a proceder a restrições naquela situação, deve o magistrado examinar se a medida restritiva é apta a atingir o fim pretendido. (BARROS, 2003, p. 79).

Outrossim, a adequação deve ser entendida como o elemento balizador da denominada proibição de excesso. Neste sentido, a lição de Cuellar-Serrano:

El principio de idoneidad constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional de exceso, que hace referencia, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y de su ámbito subjetivo de aplicación. (1990, p. 154).

A medida a ser imposta, no caso de imposição de medidas cautelares, dentre as quais encontra-se a prisão preventiva, deve estar em conformidade com os fins almejados. Na lição de Canotilho, “a exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins).” (2003, p. 457).

Para examinar se não haverá excesso, se haverá adequação e se, com a imposição de medidas cautelares - em destaque a imposição da prisão preventiva -, efetivamente será alcançada a finalidade cautelar pretendida, o legislador processual pátrio, no inciso II do artigo 282, trouxe como elementos balizadores a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do agente.

Veja-se que os dois primeiros elementos estão vinculadas ao fato, enquanto o último está atrelado ao agente contra quem se endereça a imposição da prisão preventiva ou de outra medida cautelar. Comentando o novo dispositivo legal, assevera Lopes Junior:

Assim, deve o juiz atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando sempre, gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como a situação pessoal do imputado, em conjunto com as diversas medidas cautelares que estão a seu dispor no art. 319 do CPP. Assim, deverá optar por aquela, ou aquelas, que melhor acautelem a situação, reservando sempre a prisão preventiva para situações extremas. (2012, p. 794).

No tocante à gravidade do crime, antes mesmo da alteração legislativa os Tribunais Superiores referiam que tal situação não podia, de forma isolada, embasar um decreto de prisão preventiva. O entendimento preponderante no Supremo Tribunal Federal continua sendo este, como visto no corpo deste acórdão, no qual foi relator o Ministro Teori Zavascky:

Como se observa, tanto a conversão da prisão em flagrante em preventiva, quanto a decisão do Superior Tribunal de Justiça se basearam em argumentos vagos e imprecisos. Apesar de reprovável a conduta perpetrada, a decisão de primeiro grau não descreve com clareza o *modus operandi* empregado no delito, capaz de revelar a periculosidade concreta dos agentes, não sendo adequada, para esse fim, a invocação da gravidade abstrata do delito. A narrativa de que agiram de forma violenta não refoge aos limites do que previsto como elementar do tipo “emprego de violência ou grave ameaça” (art. 157 do CP), fundamento insuficiente para justificar a prisão preventiva. Nesse sentido, é vasta a jurisprudência desta Corte: HC 94468, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 03-04-2009; RHC 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 05-03-2015; HC 121006, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 21-10-2014; HC

121286, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 30-05-2014; HC 113945, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12-11-2013; HC 115613, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 13-08-2014, esse último assim ementado: “(...) A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a perseguição criminal instaurada pelo Estado. Precedentes”. (BRASIL, 2015c).

Sendo assim, a gravidade em abstrato do crime poderá ser utilizada como critério para demonstrar a adequação da imposição de uma prisão preventiva. Entretanto, não poderá ser utilizada de forma isolada, devendo, obrigatoriamente, encontrar-se reforçada por outros elementos que evidenciem que a sua decretação é o meio idôneo para alcançar-se o acautelamento almejado.

Ainda no que se refere ao critério da gravidade do crime, deve-se atentar que cumpre ao julgador examinar, também, a não-gravidade do crime, para, em tais casos, deixar de decretar a prisão preventiva. Nesta esteira está o ensinamento de Avena, que diz que “[...] é por força da proporcionalidade em sentido estrito que não se deve admitir seja o acusado submetido, no curso do processo, a gravame superior ao que poderá estar sujeito no caso de eventual provimento condenatório” (2015, p. 933).

O doutrinador continua:

Isto fica bem claro quando o legislador, no art. 282, II, relacionou a adequação da medida à gravidade do crime, estabelecendo, subliminarmente, a verificação das penalidades a que previsivelmente estará ele sujeito ao final da demanda criminal, como um condicionante para a decretação da cautelar. (AVENA, 2015, p. 933).

O jurista Amilton Bueno de Carvalho, muito antes da previsão legal e, de forma reiterada, referia-se com precisão em acórdãos de sua relatoria, mencionando que: “Então, teratóide se fará presente: processado, fica preso; condenado, vai solto. Ora, de todo desproporcional a prisão”⁶

⁶ Extraído da decisão liminar no Habeas Corpus nº. 70047319181, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Criminal. Relator Amilton Bueno de Carvalho. Julgado em 15/02/2012.

No que se refere às circunstâncias do fato, tem-se como necessário o efetivo exame de tudo o que diz respeito a ele e ao seu entorno, não bastando a mera repetição do que consta na lei, nem a utilização de chavões relacionados unicamente à gravidade em abstrato do crime. Observa-se que a mera alusão às circunstâncias do fato não podem fundamentar, de forma exclusiva, a decretação de uma prisão preventiva ou a imposição de outra medida cautelar.

Por fim, as condições pessoais do indiciado ou acusado passam a ter lastro legal para aferição da adequação ou não da imposição de uma prisão preventiva. Neste aspecto, o que propugna-se é que tenha-se o cuidado de não somente utilizá-las caso sejam desfavoráveis, portanto, somente para sustentar o decreto de prisões preventivas, isto é, não se utilizar do critério das condições pessoais do indiciado ou acusado em seu desfavor, embasando-se, para isto, na sua vida criminal pregressa. O alerta que procura-se fazer é que, estando presentes condições pessoais favoráveis, sejam elas valoradas quando da decisão sobre imposição de qualquer medida cautelar.

Lopes Júnior, ao examinar o tema, demonstra preocupação com a perigosa adoção do Direito Penal do autor, ao lecionar:

Contudo “condições pessoais do indiciado ou acusado” pode, se mal utilizado, abrir um perigoso espaço para um retrocesso ao direito penal do autor, com o desvalor de “antecedentes”, por exemplo, para adotar medidas mais graves, como a prisão preventiva. Com certeza, os adeptos do discurso punitivo e resistente às novas medidas alternativas utilizarão “as condições pessoais do indiciado” para decretar a prisão preventivamente, infelizmente. (2012, p. 794).

Não se chega a este ponto, tendo em vista que tais condições pessoais do autor podem apontar, naquele momento, ser a cautela necessária. Aliás, traz-se à colação mais um acórdão em que foi relator Amilton Bueno de Carvalho, no HC nº. 70046399705, cuja ementa segue:

Pacientes que respondem por delitos de parca lesividade e, além de primárias, não apresentam nenhum processo em andamento: desproporcionalidade entre a prisão processual e eventual condenação; ordens concedidas. Situação diversa: paciente com diversos processos em andamento e em comarcas diferentes. Cautela, para o momento, justificada.

Concederam as ordens, ratificadas as liminares, em relação a duas pacientes e denegaram o writ em relação à outra (unânime).⁷

Em suma, o que preconiza-se é que as condições pessoais do agente, caso seja reincidente e tenha antecedentes, sejam analisadas, mas que os fatos de o indiciado ou acusado que não ostente antecedentes, que seja primário, tenha atividade profissional definida e residência fixa, passem a ser melhor valoradas, deixando de acontecer o que, presentemente, mais ocorre, no sentido de que a valoração somente ocorre na primeira situação, desprezando-se a segunda como se fosse algo irrelevante.

É exatamente nesta situação – da valoração das condições pessoais do réu quando favoráveis, como nas situações de ser primário, não ter antecedentes criminais, e possuir atividade profissional definida e residência fixa – que passa-se a tecer considerações.

6 A PRIMARIEDADE E AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES: CONDIÇÕES PESSOAIS DO INDICIADO OU ACUSADO QUE DEVEM SER AVALIADAS NO MOMENTO DA IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

Faz muito tempo que parte significativa da doutrina e parcela da jurisprudência referem, algumas de forma expressa, outras de forma tácita, que as condições do acusado ser primário e sem antecedentes, possuir residência e emprego fixo são fatos sem maior significação, os quais podem ceder, de forma fácil, até a argumentos vagos e imprecisos como a alegada garantia da ordem pública.

Neste sentido, já dizia Nucci:

28. Primariedade, bons antecedentes e residência fixa não são obstáculos para a decretação da prisão preventiva: as causas

⁷ Habeas Corpus nº. 70046399705. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Criminal, Relator Amilton Bueno de Carvalho. Julgado em 07/12/2011.

enumeradas no artigo 312 são suficientes para a decretação da custódia cautelar de indiciado ou réu. O fato de o agente ser primário, não ostentar antecedentes e ter residência fixa não o levam a conseguir um alvará permanente de impunidade, livrando-se da prisão cautelar, visto que esta tem outros fundamentos. (2008, p. 612).

Na esteira da jurisprudência, neste sentido, inclusive falando sobre a irrelevância destas condições pessoais favoráveis do réu, colaciona-se ementas de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRISÃO PREVENTIVA. PRETENSÃO À LIBERDADE. INVOCAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Presentes os pressupostos à decretação da segregação cautelar, bem assim idôneo o fundamento utilizado pela autoridade coatora para a adoção da medida excepcional, não há falar em constrangimento ilegal sofrido pela paciente. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. Eventuais condições pessoais como **bons antecedentes, primariedade**, residência fixa e ocupação lícita, não amparam a pretensão de soltura, quando a prisão tem esteio nos requisitos da legislação processual penal. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. Ainda, verifica-se que o Juízo a quo tem empreendido esforços a fim de dar celeridade ao processo, não cabendo, pois, falar-se em desídia judiciária na condução do feito, o que impede o reconhecimento do alegado excesso de prazo. Com efeito, somente se cogita da existência de constrangimento ilegal por excesso de prazo, quando o atraso na condução do feito for motivado por desídia do aparelho estatal ou atraso injustificado. Não é o caso, estando regular o curso da instrução. ORDEM DENEGADA.⁸

Não se pode falar em irrelevância de um critério valorativo que possui lastro legal. No Supremo Tribunal Federal também há este enfoque que coloca as condições favoráveis em posição de menor preponderância, como na decisão que segue:

EMENTA Habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário constitucional. Admissibilidade. Precedentes da Segunda Turma. Processual Penal. Prisão Preventiva (CPP, art. 312) [...] 3.

A existência de condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita, não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso. 4. A demonstrada complexidade da causa, atrelada à notícia de que a ação penal tem regular processamento na origem, afasta o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo. Precedentes. 5. Ordem denegada. (BRASIL, 2015d).

Todos estes enfrentamentos, com o devido respeito, parecem que não perceberam a nova valoração legal que as condições pessoais favoráveis do indiciado ou acusado devem receber, ainda mais diante das novas alternativas que podem substituir a prisão preventiva, evitando-se as consequências que dela derivam, não somente para a pessoa que é submetida ao aprisionamento, mas também para a elevação dos índices de criminalidade, pelos motivos que aqui já foram expostos.

No entanto, é indiscutível que a primariedade, ausência de antecedentes, atividade profissional definida e residência fixa são condições pessoais do acusado ou indiciado e, como tal, possuem previsão legal, inserta no inciso II do artigo 282 do Código de Processo Penal, como sendo circunstâncias que devem ser analisadas pelo julgador para aferição da adequação na imposição de uma medida cautelar, em especial a prisão preventiva. Por conseguinte, irrelevantes não são. Ao contrário, estas devem ser observadas em nome do princípio da legalidade e com o intuito de evitar o arbítrio na decretação de uma prisão preventiva, vinculando-a sempre às finalidades do processo e a seu caráter de ultima ratio. Sendo assim, lembra-se a lição do jurista argentino Binder, quando este leciona que

[...] embora deva ficar claro que a prisão preventiva é sempre uma renúncia aos princípios do Estado de Direito. Não existe uma prisão preventiva “boa”: trata-se sempre de uma renúncia feita por motivos práticos e devido à falta de outros meios capazes de assegurar as finalidades do processo. (BINDER, 2003, p. 153).

Ressalte-se que não se está aqui a colocar que é vedado impor prisão preventiva contra o réu ou indiciado que seja primário, que não registre antecedentes criminais e que possua atividade

⁸ Habeas Corpus Nº 70063710107, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 11/06/2015.

profissional definida e residência fixa. Esta não é a intenção aqui, o que se está a criticar é o absoluto desprezo a essas condições pessoais, as quais caem no esquecimento, como se não existisse previsão legal para lhes dar guarida ou, quando lembradas, referindo-se que devam ceder diante de outras condições, muitas vezes com meras utilizações de chavões ou, ainda, com simples repetição do que consta na legislação como sendo requisitos autorizadores da prisão preventiva.

Sabe-se, também, que as condições pessoais favoráveis do indiciado ou acusado não podem, de forma isolada, tornar-se impeditivos de decretação de prisão preventiva. No entanto, o que se busca por meio do presente estudo é marcar que tais condições devam ser valoradas, não isoladamente, mas dentro do critério da proporcionalidade, avaliando-se, especialmente, a sua (des)necessidade ou (in)adequação, bem como se evitando-se que sua imposição seja excessiva,

Nesta esteira, há vários fatores que se entende que devam ser considerados. O primeiro – o mais básico – é a observância da legalidade porquanto agora, diferentemente da realidade legislativa anterior.⁹ No que se refere à imposição de qualquer medida cautelar, há previsão legal para que as condições pessoais do réu sejam avaliadas para que haja uma decisão acerca da aplicação de uma medida cautelar, bem como para que haja uma decisão sobre, entre as medidas cautelares previstas legalmente, quais são as que afiguram-se mais adequadas.

O segundo fator diz respeito às características de excepcionalidade e subsidiariedade da prisão preventiva. Excepcional no sentido de que, longe de ser a regra, esta deve ser aplicada como exceção. Nesse sentido, como bem colocou Amilton Bueno de Carvalho em acórdão de sua relatoria: “Finalmente, prisão antes do tempo é medida de espetacular exceção: banalizada, então, jamais pode ser”.¹⁰ Subsidiária porque somente deve ser aplicada caso não seja cabível sua substituição por outra medida cautelar que preencha os requisitos cautelares almejados com a medida.

⁹ Lembrar que o artigo 594 do CPP autorizava que o réu primário e de bons antecedentes apelasse em liberdade. Também o § 2º do artigo 408 que autorizava, o réu primário e de bons antecedentes, recorrer da sentença de pronúncia em liberdade.

¹⁰ Habeas Corpus nº. 70047319181. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Criminal, Relator Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 15/02/2012.

A terceira razão - nitidamente de cunho prático - é a caótica realidade carcerária existente no Brasil. O país tornou-se o que tem a terceira maior população carcerária do mundo, com presídios superlotados que não respeitam as condições mínimas de um aprisionamento digno devido ao reiterado desrespeito às regras de encarceramento incertas na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal, a qual exige que se faça uma seleção mais acurada das pessoas que realmente necessitam ser aprisionadas.

Nesse sentido, é conveniente relembrar as consequências que o descaso ou a incompetência do gerenciamento dos estabelecimentos prisionais pelo Estado, os quais, em sua grande maioria, acabam comandados por facções criminosas. Há casos em que somente pode-se chegar ao interior de galerias com autorização do chamado “prefeito”, como é chamado o preso que comanda a galeria. Sendo assim, como o Estado não cumpre com suas obrigações básicas com o preso, no sentido de dar-lhe segurança e assistência material, este espaço que encontra-se vago acaba sendo ocupado por facções. Estas prestam as devidas assistências, porém, ao custo de amearhar mão de obra para o crime, isto é, os novos presos recebem das facções o que deviam receber do Estado. Entretanto, são cooptados pelas facções, ou caso não ingressem nelas, ficam com uma conta a ser quitada quando estiverem novamente em liberdade. Esta conta, na grande maioria dos casos, é paga por meio do cometimento de novos delitos ou com a própria vida, o cárcere, assim, tornando-se a verdadeira escola da criminalidade.

Nesta lamentável e caótica realidade, até mesmo para proteger a sociedade, evitando-se a contaminação e o aprimoramento da atividade criminal, é que tem-se muito a refletir sobre o encarceramento de quem ainda não possui condenação. Esta reflexão tem de dar especial relevo ao fato de tratar-se de pessoas que não encontram-se contaminadas pela realidade carcerária, aquelas para quem o cárcere é algo inédito, inusitado. Portanto, em relação às pessoas primárias e sem antecedentes criminais, com profissão definida e residência fixa, o encarceramento somente deve ser decretado quando absolutamente necessário e adequado, não se mostrando medida excessiva diante da finalidade buscada com a imposição da medida.

Há de ressaltar-se, por derradeiro, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem esposado entendimento, por meio de inúmeros acórdãos, no sentido da valoração das condições pessoais favoráveis do acusado ou indiciado, mormente para substituir a prisão preventiva por outras cautelares que possam substituí-la. Neste sentido, cumpre colacionar recentes decisões do aludido tribunal superior:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REDUZIDA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. AGENTE JOVEM, PRIMÁRIO E SEM REGISTRO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. SEGREGAÇÃO DESPROPORCIONAL. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. No caso, a segregação antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dada a apreensão de ínfima quantidade de estupefaciente, a demonstrar que não se trata de tráfico de grande proporção, e às condições pessoais do agente, jovem com apenas 18 (dezoito) anos de idade, primário, sem registro de antecedentes criminais, com profissão conhecida e domicílio no distrito da culpa.

5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada a possibilidade de substituição da prisão por medidas diversas, adequadas e suficientes aos fins a que se propõem. (negrito nosso). (BRASIL, 2015b).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO, FALSIFICAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE SUBSTÂNCIA OU PRODUTO ALIMENTÍCIO DESTINADO A CONSUMO (LEITE). PRISÃO PREVENTIVA. DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO. AGENTES PRIMÁRIOS, DE BONS ANTECEDENTES E COM RESIDÊNCIA FIXA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ADEQUAÇÃO E SUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. A aplicação de medidas cautelares, aqui incluída a prisão preventiva, requer análise, pelo julgador, de sua necessidade

e adequação, a teor do art. 282 do CPP, observando-se, ainda, se a constrição é proporcional ao gravame resultante de eventual condenação posterior.

3. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do art. 282, § 6º, do CPP.

4. No caso, a segregação antecipada mostra-se desproporcional, revelando-se devida e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas, dadas as circunstâncias do crime imputado, cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, e às condições pessoais dos agentes, primários, sem registro de antecedentes criminais e com residência fixa no distrito da culpa.

5. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando demonstrada possibilidade de substituição da prisão por cautelares diversas, proporcionais, adequadas e suficientes aos fins **a que se propõem**. (BRASIL, 2015a, grifo nosso).

Destarte, pelo conteúdo dos acórdãos transcritos, percebe-se que o STJ encontra-se decidindo em consonância com a reforma legislativa referente às medidas cautelares, adotando, com acerto, os critérios de proporcionalidade na aplicação dessas medidas. Entende-se, desse modo, que a prisão preventiva deve ser aplicada somente quando não cabíveis outras medidas alternativas, valorando, para a definição da medida a ser imposta, as condições pessoais do agente, em especial o fato de o indiciado ou acusado ser primário, não possuir antecedentes e ter profissão definida e residência fixa.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não tem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas sim trazer considerações sobre o novo enfrentamento que deve ser feito quando da imposição de medidas cautelares de caráter pessoal, no Processo Penal Brasileiro. Neste enfrentamento, em decorrência de nova abordagem legal, cumpre aos aplicadores do Direito aplicarem, no caso de uma decisão acerca

de imposição de uma medida cautelar no Processo Penal – com destaque àquela que é a mais drástica medida que pode ser imposta a alguém que não tem declarada, de forma definitiva, sua culpa, que é a prisão preventiva –, os critérios de proporcionalidade, nos seus requisitos de necessidade, adequação e proibição de excesso.

Ao final, procura-se alertar que, em decorrência de previsão legal, as condições pessoais favoráveis do agente, em especial as circunstâncias de tratar-se de indiciado ou acusado primário, sem antecedentes, ter atividade profissional definida e residência fixa, devam ser valoradas pelo julgador no momento de decidir acerca da negativa de imposição de prisão preventiva, ou como critério para determinar a substituição desta medida excepcional por outras medidas alternativas que sejam menos graves.

Encerra-se este estudo trazendo à lume os dados comprobatórios do excessivo uso da prisão preventiva e suas consequências, transcrevendo mais uma lição do Professor e Desembargador aposentado Amilton Bueno de Carvalho:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias fundamentais (CARVALHO; CARVALHO, 2001, p. 17).

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Junho de 2016. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf/view>. Acesso em: 13 jan. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus no 316.777, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 19 de maio de 2015a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus no 320.319, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 6 de abril de 2015b.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar no Habeas-corpus no 126.846, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 26 de fevereiro de 2015c.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus no 126.051, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 24 de março de 2015d.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentário ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal**. Madrid: Colex, 1990.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VILAR, Silvia Barona. **El Principio de Proporcionalidad, Presupuesto Esencial de la Prisión Provisional**, Madrid: La Ley, 1987.

O DIREITO DO ADVOGADO DE GRAVAR AUDIÊNCIAS/ SESSÕES DE JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS (DE JUSTIÇA E DO JÚRI) SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Raccius Potter¹

¹ Advogado. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA), unidade Guaíba/RS. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Membro da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

Até que os leões tenham seus próprios historiadores, as histórias de caçadas continuarão glorificando o caçador (provérbio africano). (GALEANO, 2006, p. 116).

1 INTRODUÇÃO: POR QUE ESSE TEMA?

Juiz A: “A ata é minha, eu registro o que eu quiser”.

Juiz B: “O Dr. Advogado quer fazer registro do que não aconteceu, formulando afirmações que não foram ditas pelo ilustríssimo promotor”.

Desembargador C: “Essas nulidades arguidas são filigranas constitucionais e eu não sou constitucionalista” (após o respectivo advogado que acompanhava a sessão postulou “pela ordem” o acesso às notas taquigráficas do Tribunal de Justiça e, então, foi dito oralmente pelo desembargador presidente): “As notas taquigráficas são para uso interno do Tribunal de Justiça, o senhor advogado não tem acesso”.²

Juiz D: “Meu amigo, deixa eu explicar uma coisa melhor. Mentir para um juiz ou para um delegado é crime de falso testemunho. Na delegacia o senhor disse que era ele. Aqui o senhor está dizendo que não foi. O senhor mentiu na delegacia ou está mentindo aqui?” (...).

Testemunha: “É, olhando com atenção, acho que foi ele sim”. (FELLER, 2015).

Juiz E: (Durante a ata de audiência) “Ao final, Juízo destacou que, na última audiência, houve uma grave irregularidade consistente na gravação de vídeo da audiência por um dos presentes sem que tivesse havido autorização do Juízo. Conteúdo da gravação irrelevante, mas ainda assim trata-se de irregularidade que não deve se repetir. Nenhuma parte tem direito de gravar áudio ou vídeo da audiência sem autorização expressa deste Juízo. Então fica advertida as partes, com base no art. 251 do Código de Processo Penal (CPP) que não promovam gravações de vídeo da audiência sem autorização do Juízo” (LUCHETE, 2017).

² Essas primeiras frases foram proferidas por magistrados ou desembargadores e testemunhadas pelo autor deste artigo.

Este modo de decidir e de motivar as decisões consignadas (ou não) em ata exemplifica o que colegas advogados escutam e, muitas das vezes, suportam calados, sem conseguir comprová-los. Essas decisões, além do autoritarismo impregnado, colocam a defesa do cliente em uma situação de impotência que não consegue redimir. O Juiz diz-se “dono” da ata. A postura por ele adotada, o que ele diz que aconteceu, que não aconteceu ou, simplesmente, aquilo que ele omite o registro (talvez para evitar futuro reconhecimento de nulidades), vira um dogma simplesmente irrefutável daquele momento adiante. É para auxiliar a solucionar este problema que propomos o presente artigo.

O trabalho será dividido em seis partes, incluindo a presente introdução e a conclusão, nas quais serão analisados diversos aspectos que envolvem a temática. Após a presente introdução, que apresenta de forma sucinta a importância da temática, apresentaremos a pertinência de relativizar o dogma da confiança na ata (ou naquilo que não consta nela).

Ainda, em um terceiro momento, já ingressando no âmago da questão, serão expostos os argumentos pelos quais os advogados podem registrar tudo que ocorre na sala de audiências, sessões de julgamento dos tribunais de justiça e do júri, inclusive sem prévia autorização judicial. Neste ponto, subdividiremos o artigo em quatro partes: a primeira – respaldo legal; a segunda – possibilidade da utilização da gravação ambiental clandestina em favor do lesado; a terceira – chancela da OAB; e a quarta – qualificação da magistratura.

Embora defendamos aqui a desnecessidade de qualquer alerta a respeito da respectiva gravação, no quarto ponto enfrentaremos os casos em que houver indeferimento do eventual pedido (ou aviso) do advogado para gravar o ato jurisdicional. Já na quinta parte abordaremos a possibilidade da gravação também ser realizada em Delegacias de Polícia, uma vez que não pode haver sigilo sobre parte da investigação que já estiver documentada, bem como o segredo oriundo de determinadas oitivas não pode estender-se ao trabalho que o advogado poderá presenciar (como o interrogatório do seu cliente, por exemplo).

Em breve conclusão, revisitaremos as questões abordadas no desenrolar deste trabalho para deixar ao leitor nossa percep-

ção final sobre a temática. No último ponto, serão expostas as referências bibliográficas utilizadas.

2 DA NECESSÁRIA RELATIVIZAÇÃO DO QUE É – OU NÃO É – REGISTRADO EM ATA

Efetivamente, existem razões para relativizar aquilo que é (ou não é) reduzido a termo pelo magistrado, bem como a parte pode querer, para **proteção física, moral, profissional, intelectual, administrativa, civil e penal** sua e/ou do seu cliente, registrar a forma como se deu o ato oficial e público. E isso, nem sempre vai ao encontro com a decisão (ainda que não consignada) do respectivo agente público.

Em primeiro lugar, o magistrado é humano, suscetível a erros e vícios. Portanto pode não ter escutado aquilo que realmente foi dito ou escutar aquilo que não foi dito e deixar consignado o que não deveria ou não consignar o que deveria –sobretudo se levarmos como exemplo o caso de debates que perduram horas em plenário do júri (art. 477 do CPP³). Pode, ainda, “não estar em um bom dia”, e agir sem paciência e/ou com autoritarismo, de modo a prejudicar os envolvidos. Nesse sentido, Calamandrei lembra que:

[...] o juiz, enquanto permanece isolado detrás do cômodo empíreo do papel autenticado, ainda pode nutrir a ilusão de que é um semideus infalível; mas, quando se rebaixa a chamar as partes diante de si é difícil não perceber, posto face a face com os homens, que, sob a sua toga augusta também ele é um homem. (1995, p. 216-217).

Em segundo lugar, o juiz pode, como já destacado, não querer tumultuar ou macular o “seu processo”, ou seja, o processo que está sob sua presidência, evitando a procrastinação do feito em recursos que aleguem a nulidade do mesmo. Ora, nem precisaríamos fundamentar que o processo não é do magistrado e que, se houver nulidade, deve ser declarado nulo o processo, pois este é o preço do Estado Democrático de Direito.

Isso fica ainda mais claro quando tratamos especialmente de processo penal, no qual há a incorporação de princípios individuais fundamentais de forma sensível, sendo as regras do jogo verdadeiras garantias indisponíveis, avalizando à sociedade a tranquilidade de um sistema minimamente sério de apuração de crimes e ao indivíduo acusado a mesma serenidade de que nada em seu prejuízo ocorrerá no âmbito processual. Mais uma vez, as lições de Calamandrei fazem-se necessárias: “Mais que os advogados, os juízes deveriam agradecer ao processo seus complicados expedientes, que parecem feitos menos para retardar seu trabalho (como se diz com frequência) do que para manter em paz sua consciência” (1995, p. 353).

Em terceiro lugar, o magistrado pode, equivocadamente, tomar partido no processo, fazendo, como comumente se vê, as vezes de promotor de justiça. Geralmente age assim acreditando que busca a justiça, quando, na verdade, está sendo justiceiro, o que é vedado pela nossa Constituição Federal, a qual incorporou o princípio acusatório (art. 129, inciso I). Agir de forma contrária é perpetuar um sistema inquisitivo: “a mesma instância acusa, julga e pune. Isso é uma perversidade jurídica em qualquer Estado de Direito, pagão, ateu ou cristão” (BOFF, 1993, p. 25).

Por fim, o magistrado pode simplesmente ter alguma desavença decorrente de outras oportunidades com aquele advogado ou advogados. O juiz pode, por exemplo, ter tido algum debate mais ríspido e, em razão disso, passa a pessoalizar a questão processual, o que traz um prejuízo incalculável, mais que ao advogado, ao seu próprio cliente.

3 Art. 477. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

3 OS ARGUMENTOS PELOS QUAIS O ADVOGADO PODE – E DEVE – REGISTRAR TUDO QUE OCORRE NAS SALAS DE AUDIÊNCIA/SESSÕES DE JULGAMENTO DOS TRIBUNAIS (DE JUSTIÇA E DO JÚRI) SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

3.1 PORQUE A LEI PERMITE (DOS PERMISSIVOS LEGAIS PARA O ADVOGADO GRAVAR AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO/ JULGAMENTO E SESSÕES DE JULGAMENTO)

É verdade que o Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul⁴, os regimentos internos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul⁵, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, do Superior Tribunal de Justiça⁶, e do Supremo Tribunal Federal⁷, quando não são omissos, obstaculizam o gravação da audiência de forma particular, seja pelo advogado ou pela parte.

Também é verdade que o Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul⁸, os regimentos internos do Tribunal de Jus-

tiça do Estado do Rio Grande do Sul⁹, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região¹⁰, do Superior Tribunal de Justiça¹¹ e do Supremo Tribunal Federal¹² não estabelecem como (e se) o advogado tem acesso às notas taquigráficas dos julgamentos e, no caso específico do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, condiciona-se a gravação de sessões de julgamento pelo advogado à prévia autorização.

Ainda, por intermédio do Comunicado CG nº 471/2015, publicado no dia 16/04/15 no Diário da Justiça Eletrônico, oriundo do processo nº 2015/42665, a Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo informou que competiria ao juiz autorizar ou vedar a gravação de audiência pelas partes:

4 O parágrafo único do art. 174 do Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul (Lei nº 7.356/80), prevê que os atos ocorridos nas audiências, inclusive as sentenças prolatadas, poderão ser registrados em aparelhos de gravação ou mediante taquigrafia ou estenotipia, para posterior transcrição, precedendo autorização do Corregedor-Geral da Justiça. Ou seja, em tese, para ocorrer a gravação de uma audiência por particular, necessitaríamos da autorização do Corregedor-Geral da Justiça.

5 O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estabelece, no seu art. 207 que quando for o caso de audiências ocorridas sob a competência daquela Corte, os atos ocorridos poderão ser estenotipados, passando a ser parte integrante do processo e a sua transcrição estará à disposição das partes no prazo de 48h a contar da data da audiência. Portanto, não há obrigatoriedade sobre a estenotipia, nem previsão quanto à liberação ou proibição da gravação da audiência pela própria parte em segunda instância no Estado do Rio Grande do Sul.

6 Os Regimentos internos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça se limitam a prever que o Secretário da audiência fará constar em ata o que nela ocorrer, conforme art. 198, §2º e art. 186, §2º, respectivamente.

7 O Regimento interno do Supremo Tribunal Federal, embora tenha idêntica previsão às duas últimas vistas (art. 155, §2º), inova ao prever que quando as audiências forem públicas para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal, as mesmas serão transmitidas pela TV Justiça e pela Rádio Justiça. (art. 154, parágrafo único, inciso V). Nos demais casos, apenas há previsão de que os depoimentos e os interrogatórios serão gravados e, depois de transcritos, assinados pelo Relator e pelo depoente (art. 121, caput e parágrafo único).

8 O parágrafo único do art. 174 do Código de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul (Lei nº 7.356/80), prevê que os atos ocorridos nas audiências, inclusive as sentenças prolatadas, poderão ser

registrados em aparelhos de gravação ou mediante taquigrafia ou estenotipia, para posterior transcrição, precedendo autorização do Corregedor-Geral da Justiça. Ou seja, para ocorrer a gravação de um julgamento, necessitaríamos da autorização do Corregedor-Geral da Justiça.

9 O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prevê, no seu art. 201 que as decisões dos órgãos julgadores do Tribunal constarão de acórdãos, no qual o relator poderá reportar-se às respectivas notas taquigráficas ou estenotipadas que dele farão parte integrante. Já no seu art. 159, estabelece que a transmissão radiofônica ou televisionada e a filmagem das sessões, bem como a gravação ou taquigrafia dos debates por elementos estranhos ao Tribunal só poderão ser feitas com o consentimento da maioria dos julgadores presentes. Ainda, prevê no art. 201, §1º, que o serviço de taquigrafia ou estenotipia será posto à disposição de todos os órgãos, aparentemente restringindo o acesso ao público interno do respectivo tribunal. Os referidos dispositivos levam à conclusão de que somente o relator poderia se reportar às notas taquigráficas que, por sua vez, seria um serviço disponível somente aos integrantes do Tribunal de Justiça, e, a partir daí, elas seriam parte integrante do acórdão. Assim, se um advogado fizer referência às notas taquigráficas, as mesmas não farão parte do acórdão, pois ele é um “elemento estranho ao Tribunal” e não faz parte de “órgão” que dispõe deste serviço.

10 O regimento interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, de forma semelhante, no seu art. 109, estabelece que nas decisões em que o relator se reportar às notas de julgamento, elas farão parte integrante do acórdão. No entanto, prevê que as respectivas notas poderão ser registradas por gravação de áudio e/ou vídeo ou taquigrafia, mas sem especificar se o advogado poderia ou não fazer o registro particular do julgamento. Ainda, embora não preveja de que forma o advogado teria acesso às notas taquigráficas, estabelece no seu art. 112 que em cada julgamento, as notas taquigráficas registrarão o relatório, a discussão, a sustentação oral e os votos, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas.

11 O regimento interno do Superior Tribunal de Justiça também traz a previsão, no seu art. 100, que o relator se reportará às notas taquigráficas do julgamento e elas farão parte integrante do acórdão. Ainda, embora não preveja de forma clara de que forma o advogado conseguiria acesso às notas taquigráficas, estabelece no seu art. 103 que em cada julgamento, as notas taquigráficas registrarão o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e serão juntadas aos autos, com o acórdão, depois de revistas e rubricadas.

12 O regimento interno do Supremo Tribunal Federal, no seu art. 93, prevê que as decisões constarão acórdão do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento. O art. 96, por sua vez, determina que a transcrição deste áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, sendo juntada aos autos com o acórdão, depois revista a rubricada.

COMUNICADO CG Nº 471/2015 - (Processo 2015/42665)
A Corregedoria Geral da Justiça COMUNICA aos Senhores Magistrados, Membros do Ministério Público, Defensoria Pública, Procuradorias, Advogados, Dirigentes das Unidades Judiciais, Servidores e ao público em geral que, não obstante ausência de previsão legal acerca da gravação da audiência pelas partes, compete ao juiz do feito, no âmbito jurisdicional, autorizar ou vedar a referida gravação, consignando no respectivo termo, no primeiro caso, a parte que a efetuou e a advertência acerca da responsabilidade civil e penal pela utilização e divulgação indevidas do material gravado.¹³

Contra esse comunicado diversos advogados ingressaram com pedido de providências junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁴. Ao ser questionada pelo CNJ, a Corte requerida, por meio da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, informou expressamente a revogação da determinação contida no Comunicado 471/2015, tendo em vista o art. 149-A das Normas de Serviço da Corregedoria da Justiça, que possui a seguinte redação:

Art. 149-A O exercício, pela parte, da faculdade de que trata o artigo 367 § 6º do Código de Processo Civil será comunicada ao Magistrado previamente ao início da gravação. O Magistrado consignará no termo de audiência o nome da parte e o meio de registro adotado para a gravação.
Parágrafo único. Para utilização da gravação nos autos, caberá à parte ou seu patrono realizar a integral transcrição dos atos, dando-se ciência à parte contrária do teor transcrito para manifestação no prazo de 5 (cinco) dias.¹⁵

No entanto, o CNJ não definiu tese a respeito do tema, pois os advogados reclamantes, ante a revogação da determinação do comunicado, não levaram adiante o questionamento (não manifestaram-se mais nos autos e a referida mudança resultou no arquivamento do feito ante a perda de objeto).

De qualquer modo, não obstante as previsões destacadas, uma interpretação hierárquica de normas, bem como a análise dos

papéis do processo e do advogado sob um viés constitucional, não faz prevalecer essa primeira impressão de resignação quanto a quem pode registrar e/ou pedir o registro do que ocorre nas audiências e sessões de julgamento.

3.2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Primeiramente, a própria Constituição Federal estabelece que a audiência e o julgamento, que por vezes ocorrem na mesma oportunidade¹⁶, como atos processuais que são, devem ser, via de regra, públicos (art. 5º, inciso LX, da CF c/c art. 93, inciso IX, da CF). A lei, entretanto, deve, em casos especiais de preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo¹⁷, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente aos advogados, desde que não prejudique o interesse público à informação (art. 5º, inciso LX, da CF c/c art. 93, inciso IX, da CF). Ou seja, aos advogados não há qualquer limitação de acesso aos julgamentos, tão somente ocorrendo algum cerceamento em decorrência de atos de investigação em trâmite, cuja revelação poderia obviamente frustrá-lo, mas que, após sua documentação, deverá ser também concedido acesso ao procurador da parte (Súmula Vinculante 14 do STF).

O advogado é indispensável à administração da justiça e, no seu ministério privado, este presta serviço público e exerce função social, sendo seus atos múnus público (art. 133 da CF e art. 2º, EOAB – Lei nº 8.906/1994). Se tudo isso efetivamente é verdade, não há porque restringir a possibilidade de registro de audiências e julgamentos exclusivamente aos órgãos do próprio Poder Judiciário, não cedendo ao advogado tal direito.

Aliás, ainda sob o viés constitucional, o próprio princípio da ampla defesa, previsto no art. 5º inciso LV, da Constituição Federal, permite que, em sua defesa própria ou defesa do seu

¹³ SÃO PAULO, 2015.

¹⁴ Exemplificadamente, os seguintes pedido de providências, todos tendo como postulantes colegas advogados: 0001873-40.2015.2.00.0000 (Ricardo Amin Abrahão Nacle); 0001605-83.2015.2.00.0000 (Jose Carlos Cruz); 0000736-23.2015.2.00.0000 (Daiene Kelly Garcia); e 0002022-36.2015.2.00.0000 (Euzébio Rodrigues De Miranda).

¹⁵ Cf. LUCHETE, 2017.

¹⁶ Vide a audiência de instrução e julgamento e a ideia, cada vez mais almejada, de audiência “*una*”.

¹⁷ A legislação infraconstitucional prevê hipóteses em que a publicidade seja excepcionada. É o que ocorre com a antiga Lei 4.717/76, nos artigos 1º, parágrafo 6º (hipótese de interesse público devidamente justificado), Código Penal, artigo 325 (violação de sigilo profissional), Código de Processo Penal, artigo 20 (sigilo na investigação) e a colaboração, mais conhecida por delação premiada, prevista na Lei 12.850, de 2013, artigo 4º, parágrafo 6º (para organizações criminosas), tudo além do Código de Processo Civil em vigor (artigo 155) ou do que terá vigência em 2016 (artigo 189). Cf. FREITAS, 2015.

cliente, o advogado queira registrar tudo aquilo que está ocorrendo na produção de prova e/ou no julgamento no qual atua ou é parte. Ora, se há segredo de justiça e ele é desrespeitado em razão da divulgação indevida pelo advogado para além dos autos processuais (publicidade externa), que então ele seja punido administrativamente (pela violação dos arts. 25 a 27 do Código de Ética e Disciplina da OAB e art. 34, possíveis incisos VII, XIII, XXV e XXVII do Estatuto da Advocacia e da OAB), civilmente (art. 186 e 927 do Código Civil) e criminalmente (art. 10 da Lei 9.296/96). O que não se aceita é presumir a violação do segredo e impossibilitar a gravação da audiência/julgamento para fins exclusivamente processuais (publicidade interna).

É tão evidente a importância de transparência nas audiências e julgamentos que o próprio Poder Judiciário vem, gradativamente, integralizando o registro das audiências de instrução e julgamento por meio de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações (arts. 279 e 417 do CPC/73 ou art. 367, §5º, do CPC/15, a serem vistas no próximo tópico, art. 405, do CPP¹⁸, Lei 9.099/95¹⁹).

3.3 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Especificamente sobre o tema proposto, tanto o novo quanto o antigo Código de Processo Civil deixam claro que o advogado poderá gravar audiências, sendo que o referido diploma legal mais recente exprime que não há necessidade de autorização judicial. Senão vejamos.

Código de Processo Civil (1973): Art. 170. É lícito o uso da taquigrafia, da estenotipia, ou de outro método idôneo, **em**

18 Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos. § 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. § 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.

19 A Lei 9.099/95 não é impositiva quanto à obrigatoriedade da gravação da audiência ou do julgamento e também não permite (nem proíbe) que o advogado a grave, mas prevê a possibilidade de gravação em fita magnética ou equivalente, facultando à parte interessada requerer a transcrição da fita, desde que assumam as respectivas custas. (art. 13, §3º, c/c art. 44 e art. 81 §3º, c/c art. 81, §3º, da Lei 9.099/95).

qualquer juízo ou tribunal. (...). Art. 279. Os atos probatórios realizados em audiência **poderão ser documentados mediante taquigrafia, estenotipia ou outro método hábil de documentação**, fazendo-se a respectiva transcrição se a determinar o juiz. (...). Art. 417. O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo deponente e pelos procuradores, **facultando-se às partes a sua gravação.**

Já na época em que houve a introdução do art. 417 ao então antigo CPC de 1973, reforma realizada pela Lei 8.952/94, Teixeira esclarecia que, a despeito da mencionada alteração legislativa parecer, aos olhos leigos, de pouca importância, a evolução do diploma processual é significativa. Há mais eficácia e celeridade na tomada de depoimentos, impedindo “o raciocínio corretor, isto é, depoimentos montados, forjados, dirigidos” (TEIXEIRA, 1996, p. 313), e, ainda, há o registro daquilo que gravou-se, permitindo ao Juiz um contato mais fácil e imediato com as provas outrora produzidas quando for necessário examinar a questão controvertida.

Novo Código de Processo Civil: Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido **na audiência**, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.(...). § 5º **A audiência poderá ser integralmente gravada** em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica. § 6º **A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.**

Sobre a alteração trazida pelo art. 367, Bueno comenta que “o §6º, querendo solucionar acesa discussão doutrinária e jurisprudencial, admite expressamente a possibilidade de as próprias partes, independentemente de autorização judicial, gravarem, pelos meios referidos no §5º, a audiência” (2015, p. 270).

Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 32), embora corroborando a previsão legal de possibilidade de gravação das audiências pelas partes e de desnecessidade de informar ao magistrado, recomendam que a parte que deseja proceder a gravação informe aos demais em decorrência do princípio da boa-fé e da cooperação (art. 5º e 6º do CPC).

Apesar de nós não concordarmos com essa necessidade de informar previamente o ato da gravação, pois isso impediria a naturalidade das ações dos respectivos atores processuais – estes deixariam de dizer o que diriam, de omitir o que omitiriam, ou de fazer o que fariam –, respeitamos e registramos o posicionamento ora exposto.

Nery e Nery Jr. (2015, p. 982) alertam que a gravação realizada pela parte não pode prescindir de um resumo da audiência ou de uma gravação oficial conduzida por serventuários da Justiça presentes. No entanto, destacam a utilidade da gravação pelas partes, não somente como auxílio para elaboração das alegações finais, mas, sobretudo, para contraprovar eventual alegação de erros de registro. Sendo assim, cita-se a seguinte casuística jurisprudencial:

Estenotipia. Alegação de infidelidade do registro do depoimento pelo sistema de estenotipia. Impugnação genérica que não indica nenhum erro no registro. Objeção insuficiente para elidir a fé pública inerente ao ato judicial. Análise da doutrina e da jurisprudência. Indeferimento do pedido de repetição da prova. Decisão mantida (1.º TACivSP, Ag. 548947, rel. Juiz Sidney Beneti, v.u. j. 15.9.1993).

Apenas para lembrar: o Código de Processo Civil é aplicado de forma analógica ao Código de Processo Penal²⁰ e à Consolidação das Leis Trabalhistas²¹. No entanto, não se ignoram algumas recentes decisões que interpretam a suposta existência de previsão em sentido diverso em legislação específica, em especial a de direito processual penal, sendo aquela, portanto, um impeditivo à interpretação extensiva e analógica do Código de Processo Civil. Senão vejamos:

[...] Apesar dos esforços da defesa, não tenho como pacífica a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao caso em tela, já que o Código de Processo Penal traz previsão de registro audiovisual de audiências (art. 405 do CPP), muito embora não desça às minúcias do Código de Processo Civil. Nessa perspectiva, deve-se ter cuidado com as tenta-

tivas de processualização civil do processo penal. Havendo disposição específica especial, portanto, é inadequada ou no mínimo prematura a aplicação subsidiária do CPC. [...]. Nesse contexto, não merece seguimento a presente impetração, motivo pelo qual indefiro liminarmente o habeas corpus, forte no art. 220 do RITRF4. (HABEAS CORPUS Nº 5021421-16.2017.4.04.0000/PR. Relator: João Pedro Gebran Neto. Juiz que proferiu a presente decisão liminar: Nivaldo Brunoni. Paciente/impetrante: Cristiano Zanin Martins; Luiz Inácio Lula da Silva. Advogado: Cristiano Zanin Martins. Impetrado: Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba). (BRASIL, 2017d). [...] Com efeito, não há como se considerar ilegal o indeferimento da gravação da audiência de forma autônoma pela parte, ao argumento de que não se aplica o art. 367 do Código de Processo Civil, pois de fato o código aplicável ao processo penal, evidentemente, é o Código de Processo Penal. É certo que o CPP admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento de princípios gerais do direito (art. 3º do CPP). Mas isto só ocorre quando o próprio CPP é omissivo. No caso, o CPP, em seu art. 405, expressamente prevê a gravação audiovisual, sempre que possível, dos depoimentos (e isto está ocorrendo). Assim, se o CPP tem norma específica, não se aplica subsidiariamente o CPC. No mais, como bem anotou o TRF, deve-se ter cuidado com as tentativas de processualização civil do processo penal, pois tem objetos distintos (o processo penal envolve questões mais delicadas, com acusações criminais de maior impacto e repercussão do que questões cíveis). (...). 3. Por tais razões, indefiro o pleito liminar. (STJ. HABEAS CORPUS nº 398589 - PR (2017/0102659-0) Relator: Min. Felix Fischer. Impetrante: Cristiano Zanin Martins E Outros Advogados. Julgado em 10 de maio 2017). (BRASIL, 2017ª).

Ora, a própria decisão colacionada expressamente reconhece que o Código de Processo Penal “não desce às minúcias do Código de Processo Civil” (HABEAS CORPUS Nº 5021421-16.2017.4.04.0000/PR). O que a Lei Processual Penal trata nos artigos 405 e 475 é tão somente que, sempre que possível, haverá gravação audiovisual dos depoimentos.

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos. §1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e de testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica

20 O art. 3º do CPP dispõe que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

21 O art. 769 da CLT prevê que nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível.

similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. §2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem a necessidade de transcrição.

Art. 475. O registro dos depoimentos e do interrogatório será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, eletrônica, estenotípia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.

Essa previsão de nenhuma forma supre a lacuna a respeito do direito do advogado também poder gravar o ato. E, como a lacuna persiste, esta deve ser preenchida pelo permissivo do Código de Processo Civil (art. 367 §§ 5º e 6º), sobretudo porque este amplia a ampla defesa no processo penal. Conforme leciona Nucci, a “interpretação extensiva é a ampliação do conteúdo da Lei, efetivada pelo aplicador do direito, quando a norma disse menos do que deveria” (2017, p. 45).

Quanto ao argumento de que “o processo penal envolve questões mais delicadas, com acusações criminais de maior impacto e repercussão do que questões cíveis”, também proveniente da decisão já mencionada (HABEAS CORPUS Nº 5021421-16.2017.4.04.0000/PR), como já referido anteriormente, deve-se punir, então, administrativa, civil e penalmente o advogado que violar o sigilo eventualmente decretado na respectiva causa penal que atua ao divulgar, para além do processo, as informações gravadas.

O que, repita-se, não se admite, é presumir que o advogado irá violar suposto segredo e usar isso como argumento para impossibilitar a gravação da audiência/julgamento para fins exclusivamente processuais (publicidade interna – quando houver sigilo).

4 LEI Nº 10.461/02 (TV JUSTIÇA)

Analogicamente, ressalta-se a criação da TV Justiça pela lei nº 10.461/02. Esta é um canal de televisão reservado ao Supremo Tribunal Federal para a divulgação dos atos do Poder Judiciário e dos serviços essenciais à Justiça que dentre outras metas,

Trabalha na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões [...] Com programação que emprega linguagem clara, ágil, confiável, contextualizada e caráter didático, a TV Justiça notabilizou-se pela transmissão de julgamentos, programas de debates, seminários e conferências ao longo dos seus 10 anos de história, realizando uma cobertura jornalística prolongada, profunda e variada. (CONHEÇA, [20-]).

5 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal prevê expressamente em seu art. 233 e parágrafo único que serão aceitas em juízo as cartas particulares, ainda que sem o consentimento do signatário, para a defesa do direito do destinatário:

Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo. Parágrafo único. As cartas poderão ser exibidas em juízo pelo respectivo destinatário, para a defesa de seu direito, **ainda que não haja consentimento do signatário**.

Comentando o dispositivo referido, assevera Nucci que, como estabelecido pelo Código de Processo Penal, em franca sintonia com o disposto na Constituição, nenhum direito é absoluto. Privilegia-se, então, a ampla defesa, almejando evitar, a qualquer custo, o erro judiciário, a possibilidade de juntar-se a carta no feito em trâmite, para a defesa do direito pertinente ao destinatário da carta, ainda que não haja consentimento do signatário, isto é, mesmo que prejudique alguém (NUCCI, 2017, p. 628).

Nos parece claro que se no processo penal o acusado pode valer-se de carta que é escrita somente para ele e que o signatário não quer ou não sabe de sua divulgação para além das partes envolvidas, desde que seja para proteção do próprio direito do acusado, também os advogados poderiam gravar e revelar as audiências e sessões de julgamento para a sua própria proteção.

Sendo assim, a restrição de gravação ou de acesso às notas taquigráficas, além de ir de encontro com a tendência – via de regra – de publicidade e transparência dos atos do poder judiciário.

rio, tem um valor legal hierárquico inferior às normas previamente mencionadas, desconsiderando que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF) e é totalmente interessado em tudo que é dito – ou não dito – naquela oportunidade de julgamento. Também não se considera que, havendo divergência entre o que foi dito no debate e no voto, prevalecerá o primeiro, conforme Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça²² e o seu entendimento em caso que isso ocorreu (BRASIL, 2012), mais uma vez destacando a pertinência desta problemática.

5.1 PORQUE A GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA PODE SER UTILIZADA EM FAVOR DO LESADO (PRECEDENTES)

5.1.1 INEXISTÊNCIA DA RESERVA DE PRIVACIDADE

É comum e frequente a afirmação no sentido de que a gravação clandestina, aquela realizada sem o conhecimento do interlocutor, constitui prova ilícita. No entanto, primeiramente, é necessário ressaltar que a pessoa clandestinamente gravada deve estar no exercício de um direito (PACELLI, 2012. p. 314).

Pode ocorrer que a pessoa gravada esteja no exercício de algum direito, sem reserva alguma à sua privacidade. É o que ocorre, por exemplo, com um discurso proferido em um comício, ou em qualquer estabelecimento aberto ou público no qual possa constatar-se a ausência de reserva de privacidade por parte do falante (PACELLI, 2012. p. 314). Nesse sentido, se uma gravação for realizada captando a conversa entre duas pessoas, desde que ocorra em lugar público, esta deve ser aceita como prova lícita. Quem deseja desenvolver assunto sigiloso, livre de interferência exterior, deve fazê-lo em lugar apropriado e privativo (NUCCI, 2017, p. 426).

Parece-nos claro que se a regra do processo no âmbito do Poder Judiciário é ser público, a gravação e eventual utilização nos autos das audiências e sessões de julgamento não lesaria a intimidade, pois não há reserva de privacidade nesses casos.

²² Art. 103, §1º, RISTJ: § 1º Prevalecerão as notas taquigráficas, se o seu teor não coincidir com o do acórdão.

5.1.2 PRESENÇA DE JUSTA CAUSA, TEORIA DA EXCLUSÃO DA ILICITUDE E PROPORCIONALIDADE PRO REO

Segundo Pacelli, a gravação ambiental clandestina, ou seja, aquela realizada quando um dos interlocutores promove a gravação da conversa sem o conhecimento do outro, também é considerada lícita quando há justa causa. Essa justa causa ocorre quando, por exemplo, a revelação do conteúdo destina-se a provar fato cuja existência seja relevante para a defesa de direito daquele que promoveu a gravação. Esse direito não limita-se à hipótese da ceara penal, como seria o caso de possível descobrimento da autoria do crime, mas de todo o direito (PACELLI, 2014, p. 347-351). A justa causa aqui referida diz respeito a uma motivação que possa validamente ser reconhecida pelo Direito, como é o caso, por exemplo, do estado de necessidade, o qual é uma causa de justificação da conduta tipificada penalmente (PACELLI, 2014, p. 347-351).

Rangel (2014, p. 487) ensina que, no Brasil, o fundamento pelo qual uma prova aparentemente ilícita pode ser utilizada para inocentar um acusado chama-se Teoria da Exclusão da Ilicitude, capitaneada por Afrânio Silva Jardim. Esta fala que a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, ao interceptar uma ligação telefônica sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante.

Nucci (2017, p. 427) afirma que tratando-se da gravação de uma conversa, ainda que o conteúdo seja sigiloso, a parte que grava pode utilizar a prova em seu benefício caso tenha sido vítima de um delito. Com mais razão, ocorrendo em local público a conversa e tendo a captação sido realizada por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores, é lícita a prova.

Lopes Jr. (2012, p. 598), no mesmo sentido, recorda que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, ou, ainda, da tese de inexigibilidade de conduta diversa, afastando-se a ilicitude/culpabilidade da conduta e da própria prova e legitimando o seu uso no processo.

Aliás, como já visto, o próprio Código de Processo Penal prevê a possibilidade de aceitação em juízo de cartas particulares, ainda que sem o consentimento do signatário, para a defesa do direito do destinatário (art. 233, caput e parágrafo único do CPP).

Outro fundamento que, na verdade, intersecciona-se com a justa causa anteriormente vista é o do princípio da proporcionalidade, o qual realiza uma ponderação de bens e/ou interesses. Este vem sendo utilizado pela jurisprudência alemã e de alguns países da Europa para fins de permitir, sempre excepcionalmente, o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente (PACELLI, 2014, p. 374).

Segundo Rangel (2014, p. 486), a liberdade de locomoção tem peso maior diante do sigilo das comunicações telefônicas e, portanto, é razoável que se possa quebrá-lo com o escopo de resguardar a liberdade de locomoção do réu.

Pacelli atenta que a prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias, pois, em um Estado de Direito, não há como conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Sendo assim, o aproveitamento da prova ilícita em favor da defesa constitui-se em critério objetivo de proporcionalidade, dado que: a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente geral da ilicitude (não só penal); e b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular (PACELLI, 2014, p. 376).

O Direito norte-americano, fonte de nossa vedação das provas ilícitas, aceita a prova obtida ilicitamente por particulares justamente porque a norma da vedação da prova ilícita dirige-se ao Estado produtor da prova, e não ao particular (PACELLI, 2014, p. 378).

Lopes Jr. (2012, p. 597) assevera ser uma “proporcionalidade pro reo”, a qual pondera sobre o direito de liberdade de um inocente prevalecer sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova dessa inocência. Como bem explorado pela pesquisa realizada pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Direito da Associação dos Advogados de São Paulo, deve-se priorizar o

direito que proporcionalmente mostra-se mais sensível no embate dos princípios envolvidos:

Vale dizer, no embate entre o interesse do Advogado de produzir a prova acerca de potencial lesão ao direito do seu cliente, ou mesmo de uma temida violação das suas prerrogativas profissionais, de um lado, e o desconforto do Juiz, do adversário ou mesmo do Advogado que representa a parte contrária, flagrados numa conduta indevida, de outro, há de se desempatar a questão com base no Princípio da Proporcionalidade em favor daquele que pretende proceder à gravação oculta da audiência. (...). Assim, tanto a audiência transcorrida perante o Judiciário, no curso do processo, quanto o ato investigativo presidido pela autoridade policial são públicos e podem ser gravados por aqueles chamados a neles tomar parte. A utilização do material produzido com essa gravação é que poderá ser reduzida, se houver motivos legais para impor a restrição à publicidade externa. (ASSOCIAÇÃO, 2010, p. 11; p. 13).

6 IMPORTANTES PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Há uma série de precedentes dos tribunais superiores que legitimam a utilização da gravação clandestina sob os fundamentos já discutidos. Estes estão resumidos abaixo em ordem cronológica de julgamento:

HC. 74.678 (STF – Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 10.06.97, DJ 15.08.97): Terceiro utilizou gravação de conversa telefônica com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, sob o fulcro de excludente de antijuridicidade da legítima defesa. Foi afastada a ilicitude da conduta e da própria prova.

HC 75.261 (STF – Rel. Min. Octávio Gallotti, julgado em 24.06.97, DJ 22.08.97): interceptação telefônica realizada pela polícia, com autorização judicial, por meio da qual foram gravadas as negociações entabuladas entre sequestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima de outro, com o conhecimento dos últimos, destinatários das ligações. Prova considerada lícita

em razão da existência de autorização judicial e pelo princípio da proporcionalidade.

RE 212081 (STF – Rel. Min. Otvávio Gallotti, julgado em 05.12.97, DJ 27.03.98): Conversa entre presentes, gravação ambiental, autorizada por apenas um dos interlocutores, o qual havia sido vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Foi considerada prova lícita pelo exercício da legítima defesa de quem a produziu.

HC 75.338 (STF – Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 11.03.98, DJ 25.09.98): Gravação telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem a ciência do outro, quando há investida criminosa deste último é considerada prova lícita. Ainda, decidiu-se que é inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista. Prova considerada lícita em razão da justa causa e proporcionalidade envolvidas.

RHC 12.266 (STJ – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 09.09.03, DJ 20.10.03): vítima realizou gravação de conversação telefônica na qual era um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, agente do crime. Esta gravação foi considerada prova lícita baseada em precedentes dos Tribunais Superiores, em especial em razão do exercício da legítima defesa de quem produziu tal prova.

HC 84.203 (STF – Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19.10.04, DJ 25.09.09): vítima realizou filmagem de sua própria vaga de garagem do edifício no qual reside com o objetivo de identificar o autor de danos praticados contra o seu patrimônio. O comportamento do ofendido foi considerado legítimo, sem a necessidade de prévia autorização judicial, bem como a prova produzida nessa circunstância foi considerada válida, pois não estaria violando a intimidade do agente criminoso.

RE 402035 AgR (STF – Rel. Min. Ellen Gracie, julgado no dia 09.12.03, DJ 06.02.04); **AI 503617 AgR** (STF – Rel. Min. Carlos Velloso, julgado no dia 01.02.05, DJ 04.03.05); **AI 666459 AgR** (STF – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado no dia 06.11.07, DJ 30.11.07): em todos eles, havia uma gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, sendo declarada que

tal gravação nada tinha de ilícita, principalmente quando destinada a ser documentada em caso de negativa e quando constitui exercício de defesa.

RE 402.717 (STF – Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 02.12.08, DJ 13.02.09): investigado em inquérito policial, quando interlocutor em conversa telefônica realizou gravação clandestina, sem o conhecimento do outro. A prova foi admitida como lícita porque: não se confundiria com interceptação, esta sim com vedação constitucional; pela ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação; e porque predestinou-se a ser utilizada como prova da alegada inocência de quem a gravou, em exercício análogo à legítima defesa.

RE 583.937 (STF – Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 19.11.09, DJ 18.12.09). Esse caso, além de mais recente e de fundamentar a utilização da gravação clandestina como prova lícita nos mesmos moldes do precedente anterior, merece destaque por encaixar-se perfeitamente naquilo que aqui é defendido pelo presente artigo.

Trata-se de situação na qual o recorrente, réu em processo criminal, foi acusado de ter desacatado juiz de direito em audiência de instrução. Como os seus advogados estavam gravando a audiência, foi solicitada a juntada do material (gravação ambiental). O pedido foi indeferido pelo juiz de primeiro grau, e o então réu, ora recorrente, foi condenado.

Ao recorrer à respectiva Turma Recursal, foi negado provimento e, sobre o tema, foi dito:

quanto ao indeferimento da degravação de um CD, no qual consta a gravação feita pelo próprio acusado na audiência em que ocorreu o entrevero, tenho que tal prova é ilícita. Não há nenhuma garantia sobre o material produzido unilateralmente.

No entanto, o Tribunal, por maioria, vencido o Sr. Min. Marco Aurélio, reconheceu a existência de repercussão geral, reafirmando a jurisprudência da Corte acerca da admissibilidade do uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores e deu provimento ao recurso da Defensoria Pública, para anular o processo desde o indeferimento da prova admissível e ora admitida, nos termos do voto do Relator.

Como se vê, o advogado tem necessidade de gravar a audiência/sustentação oral para proteção do seu cliente ou para a sua própria proteção. Própria proteção porque pode, sob um primeiro aspecto, querer provar o que diz e só conseguirá isso utilizando-se da gravação realizada pois, hipoteticamente, pode ser que o magistrado não tenha registrado o que deveria, tenha registrado o que não deveria, tenha negado que tenha feito o que fez ou, ainda, afirmado algo que não fez. Assim, o advogado estaria protegendo-se de questão atinente ao processo em que atua, podendo, inclusive, responsabilizar-lhe eticamente perante a OAB.

Por outro lado, diverso aspecto deste permissivo em defesa de proteção do próprio advogado diz respeito aos crimes que podem ser imputados a ele. O magistrado pode acusar o advogado de “estar colocando palavras na boca” da testemunha, do promotor, do réu, enfim, o que configura, em tese, uma acusação de difamação. Ou seja, o advogado pode querer a gravação para defesa do seu cliente e para sua própria defesa. Aliás, se falsa fosse a imputação realizada pelo magistrado, estaríamos diante de uma verdadeira calúnia. Se o advogado não estivesse gravando a audiência, certamente teria dificuldades de comprovar o fato.

Por fim, ainda estaria o advogado legitimado a gravar audiências e sessões de julgamento para sua própria proteção porque estaria defendendo, em última análise, de forma ética, combativa e sem amarras o interesse do seu próprio cliente.

Um último adendo nesse ponto: como observado pelo estudo da Associação dos Advogados de São Paulo, o registro original da gravação particular levada a cabo pela parte ou por seu patrono deve ser preservado intacto para fins de perícia, caso haja algum questionamento sobre o seu teor (ASSOCIAÇÃO, 2010, p. 13).

6.1 PORQUE A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL É FAVORÁVEL A ESSA CONDUTA

Há uma série de manifestações oriundas da Ordem dos Advogados do Brasil que são favoráveis aos advogados que queiram registrar as audiências, **com** ou **sem** o consentimento dos magistrados.

Em razão de consulta realizada, processo nº 3854-2010, pela Associação dos Advogados de São Paulo à Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, a fim de solicitar parecer a respeito do entendimento do Tribunal de Ética e Disciplina sobre a aplicação prática do art. 417 do Código de Processo Civil de 1973, obteve-se a resposta, de relatoria do Dr. Luiz Francisco Torquato Avolio, de que:

- a) em relação à gravação não ostensiva: recomendou-se que não fosse realizada, por uma questão de lealdade processual;
- b) audiência preliminar e de conciliação: legítima a gravação de audiência preliminar pela sua utilidade ao advogado no exercício do contraditório, sobretudo por realizarem-se decisões pertinentes nesse turno. No entanto, a mera tentativa de conciliação isolada não se recomenda registro, pois pode inibir o possível acordo e nem mesmo o Poder Judiciário faz constar em ata esse primeiro momento de negociação entre as partes;
- c) audiências de processos com segredo de justiça: pode ser realizada a gravação, desde que, tal qual já recomendado acima, as partes fossem cientificadas e, em caso de divulgação a terceiros (não partes ou não procuradores) fosse responsabilizado aquele que violasse o segredo (ASSOCIAÇÃO, 2010).

Em voto divergente, o Dr. José Eduardo Haddad manifestou-se apenas no sentido de que a gravação, por si só, da audiência de tentativa de conciliação não poderia ser vista como antiética, mas sua utilização sim.

Já no julgamento realizado na 541ª sessão de 14 de abril de 2011 do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo houve manifestação no sentido de permitir a gravação de audiência por advogado, apenas orientando-se para que fossem certificadas as partes e o Juízo:

EMENTA 01 - GRAVAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR ADVOGADO, UTILIZANDO-SE DE MEIOS E RECURSOS PRÓPRIOS – POSSIBILIDADE, DESDE QUE CIENTIFICADOS O JUÍZO E AS PARTES E SEJA A MEDIDA ADOTADA SEM PROPÓSITO DESLEAL OU ARDILOSO. Por imperativo do exercício de sua função, que é indispensável à administração da Justiça, não há porque privar o advogado, na representação das partes, do exercício do direito de registrar os depoimentos e atos correlatos no decurso da audiência, desde que atue nos limites dos deveres que lhe são impostos e na defesa das prerrogativas

profissionais da classe dos Advogados. A gravação é admissível desde que seja realizada de forma ostensiva (e não oculta ou clandestinamente), em atenção à lealdade em que devem ser pautadas as relações processuais, e desde que o ato a ser gravado não tenha como escopo a tentativa de conciliação entre as partes, de modo a não inibir eventuais negociações ou causar constrangimento a quaisquer das partes. O exercício da profissão advocatícia deve se dar de forma ampla, consistindo o registro de atos processuais em importante instrumento do causídico na defesa dos interesses de seu cliente. Não pode essa prática, contudo, dar azo a atos com propósitos desleais e ardilosos. Precedente: Proc. E-3.854/2010. Proc. E-3.986/2011 - v.u., em 14/04/2011, do parecer e ementa do Rel. Dr. GILBERTO GIUSTI - Rev. Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA. (ORDEM, 2011).

Em 2012, ao analisar um pedido de desagravo Público, a Câmara de Prerrogativas da Seccional do Paraná declarou que “o advogado pode documentar, para posterior consulta, os depoimentos prestados em audiência, mediante equipamentos de gravação próprios”, sem a necessidade de prévio requerimento. Complementou que “em observância à lealdade processual, a gravação deve ser ostensiva”:

Número Acórdão: 211. Assunto: PEDIDO DE DESAGRAVO PÚBLICO. Título: ADVOGADO. GRAVAÇÃO DE DEPOIMENTO EM AUDIÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO. PRERROGATIVA PROFISSIONAL. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DO LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. LEALDADE PROCESSUAL E SIGILO QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELO ADVOGADO. O advogado pode documentar, para posterior consulta, os depoimentos prestados em audiência, mediante equipamentos de gravação próprios. Para tanto, não há necessidade de prévio requerimento. Em observância à lealdade processual, a gravação deve ser ostensiva. Pedido de desagravo negado, porém conhecido, de ofício, como pedido de providências.

Ementa: Acordam os integrantes da Câmara de Prerrogativas, por votação unânime, negar o pedido de desagravo. Ainda, por unanimidade, após o voto do Conselheiro Cássio Lisandro Telles, acordam em conhecer de ofício da postulação, como pedido de providências, nos termos do voto do Conselheiro Cássio Lisandro Telles, ao qual aderiu a Conselheira Relatora, com expedição de ofícios ao 4º. Batalhão da Polícia Militar, ao Comando Geral da Polícia Militar e ao Ten. Rodrigo dos San-

tos Pereira. Processo: 3914/2011. Relator: 35132 – VANESSA DIAS SIMAS SCHOLZ. Data do Julgamento: 05/10/2012. (ORDEM, 2012).

Em ementa aprovada pela Primeira Turma de Ética Profissional do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (588ª Sessão de 15 de outubro de 2015), restou decidido que não há infração ética por parte do advogado que grava audiência, mesmo nos processos sob segredo de justiça, independentemente de autorização ou prévia comunicação ao juízo:

EXERCÍCIO PROFISSIONAL -GRAVAÇÃO DE AUDIÊNCIAS PELO ADVOGADO - POSSIBILIDADE LEGAL E ÉTICA. Não há infração ética por parte do advogado que grava audiência, independentemente de autorização ou prévia comunicação, mesmo nos processos que tramitam sob segredo de justiça. É lícita a gravação de audiência feita por advogado devidamente constituído nos autos a qual poderá ser devidamente utilizada para exercício do direito constitucional da ampla defesa a fim de confrontar eventuais erros na transcrição e comprovar a existência de equívocos. Importante ressaltar que a divulgação e utilização indevidas de tais gravações podem configurar infração ética e, em alguns casos, crime. Por fim, também é considerada lícita a gravação realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Proc. E- 4.548/2015 - v.u., em 15/10/2015, do parecer e ementa do Rel. Dr. SYLAS RIBEIRO - Rev. Dr. JOÃO LUIZ LOPEZ - Presidente Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA. (ORDEM, 2015).

Ou seja, ainda que anterior à entrada em vigor do novo CPC de 2015, a orientação mais recente da entidade revela um permissivo que coaduna com a liberdade, a ampla defesa e o contraditório que a gravação dos atos judicializados exige, priorizando, ainda, a naturalidade do ato, sem a necessidade de avisar o magistrado (ou pedir autorização dele) a respeito da gravação, o que poderia tornar o ato artificial.

6.2 PORQUE QUALIFICARIA A MAGISTRATURA: MELHORES DECISÕES ORAIS E MELHORES ATITUDES PRÁTICAS

Certo e indiscutível é todo respeito e admiração que qualquer magistrado merece, tal qual o advogado, promotor e demais

atores no processo também fazem jus. No entanto, infelizmente, também é certo que o dia a dia forense faz com que alguns magistrados desconectem-se da realidade e/ou das doutrinas e jurisprudências mais recentes. O magistrado é um ser humano e como tal pode cair na perigosa zona de conforto que sua (necessária, diga-se de passagem) estabilidade o dá. Note que não estamos generalizando, apenas constatando aquilo que pode acontecer e, quando ocorre, não é com todos.

Dito de outra forma, alguns julgadores, não interessando necessariamente o momento de sua carreira, parecem desinteressados em fundamentar suas decisões e, às vezes, quando o fazem, não as motivam a contento. Exemplo disso é observarmos determinado desembargador sustentar: “eu não sou constitucionalista”. Ora, isso é uma afronta direta à constituição e se não gera um problema àquele que está sendo julgado, no mínimo, geraria (ou pelo menos deveria gerar) um problema ao próprio magistrado perante sua corregedoria.

Por outro lado, também prestar-se-ia uma contribuição ao Poder Judiciário ao gravar as audiências, já que, sendo assim, os magistrados cuidariam de tratar com respeito e zelo os advogados e as partes. É reclamação cotidiana da classe a forma, por vezes arrogante, de alguns juízes ao referirem-se aos advogados, aos seus clientes, ou às testemunhas por ele arroladas ou não.

7 CASOS DE INDEFERIMENTO (SE FOR FEITO O PEDIDO PARA A GRAVAÇÃO) E DE DESCONFORMIDADE ENTRE O REGISTRO E O ATO

Primeiramente, respeitando opiniões divergentes, ratificamos nosso entendimento de que não é necessário postular, nem mesmo avisar, que se está gravando uma audiência ou qualquer outro ato judicial. Isso se dá porque, como já demonstrado, este é um direito da parte/seu patrono e, ainda, antecipar que a audiência/sessão/ato será gravado seria como alertar aquele que está acostumado a agir/não agir de determinada forma a modificar seu

ato para outro, artificial, deixando de provar aquilo que quer-se demonstrar.

Entretanto, na esfera cível, se for o caso de ter sido realizado o respectivo pedido com antecedência e por escrito e a resposta tenha sido negativa, sugere-se a insurgência por meio de mandado de segurança, já que o agravo de instrumento sofreu sérias restrições de hipóteses de cabimento com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015 (vide art. 1015 do referido diploma legal).

Se o pedido for realizado na própria audiência e indeferido, sugere-se a consignação em ata (sobretudo porque o magistrado não pode deixar de consignar um pedido indeferido – vide arts. 360, inciso V²³ e, analogicamente, art. 459, §3º²⁴, ambos do CPC) e, posteriormente, como preliminar de recurso de apelação, o reexame desta decisão interlocutória, conforme preceitua o art. 1009, §1º, do CPC²⁵. Claro, neste último caso, a utilidade prática da reforma traduzir-se-á em uma possível declaração de nulidade da instrução por infringir o princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF).

Na esfera penal, partindo-se do entendimento de que o direito à gravação dos atos processuais é corolário da publicidade processual, o indeferimento gera nulidade sanável por meio de mandado de segurança ou até mesmo pelo remédio do habeas corpus (ASSOCIAÇÃO, 2010, p. 14). Se indeferido o pedido realizado no momento da audiência, tal qual ocorre no processo civil – e ele se aplica subsidiariamente – pode-se consignar em ata o pedido indeferido e utilizar tal registro em sede preliminar de recurso de apelação por afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF).

23 Art. 360. O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe: (...).V - registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência.

24 Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida. (...).§ 3ºAs perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.

25 Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Na área do direito do trabalho, se feito pedido antecipadamente por petição e indeferido, tal decisão pode ser enfrentada por meio de mandado de segurança. Se feito e negado em audiência, pode ser realizado o protesto antipreclusivo que deverá ser retomado em sede de recurso ordinário (art. 795 c/c art. 893, §1º, ambos do CLT e Súmula 214 do TST).

A respeito da desconformidade entre registro e ato, cabe ressaltar que, inicialmente, sendo realizada a gravação integral oficial das audiências, seria difícil imaginar uma situação de não fidelidade com o ato em si, uma vez que trata-se de um sistema automático digital, sem interferência de interpretação ou filtragem humana, conforme tendência e previsões já destacadas em diversos diplomas legais. Seja qual for, qualquer correção/irresignação deve ser realizada no próprio ato e oralmente, conforme prevê o art. 209, §2º, do CPC.

Quando a audiência é registrada por meio de taquigrafia ou estenotipia (arts. 210 e 460 do CPC), é naturalmente inviável ao advogado pedir a correção no momento da realização do ato. Eventual desconformidade entre o que de fato ocorreu e o registro oficial do ato (sua transcrição) deve ser apontada “na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão” (art. 278 do CPC). À falta de prazo legal ou judicial, deve-se aplicar a regra geral de cinco dias (art. 218, §3º, do CPC), os quais são contados a partir da intimação (art. 230 do CPC) dando ciência da transcrição.

Por outro lado, tratando-se de termo de audiência desde logo reduzido à palavra escrita, ditada pelo juiz ao escrivão, deve o advogado fiscalizar, primeiro, a fidelidade entre o ato ocorrido e a informação ditada ao escrivão. Havendo incongruência, cabe a ele tomar a palavra e apontar de imediato a necessidade de correção. O juiz poderá acolher o pedido ou manter o texto ditado originalmente. No segundo caso, tanto o pedido de correção feito pela parte quanto o indeferimento devem ser obrigatoriamente registrados se a parte assim requerer, conforme o já referido art. 360, inciso V, do CPC e, interpretando-se ampliativamente, o art. 459, §3º, do CPC.²⁶

²⁶ Dispositivos atualizados ante o novo CPC. Cf. ASSOCIAÇÃO, 2010, p. 16.

Uma última observação pertinente é a de que o expediente, a comum prática de ressaltar por escrito a objeção quanto ao conteúdo do termo, logo após a aposição da firma, é considerado legítimo no âmbito do Direito Material (ASSOCIAÇÃO, 2010, p. 17). Ou seja, consignar na própria ata da audiência, de forma concisa, logo após assiná-la, que o advogado, embora presente ao ato, não concorda integralmente com o registro que nela consta (ou não consta) por essa ou aquela razão, é importante ferramenta para, além de refutar a arguição de preclusão, demonstrar a presunção de boa-fé do profissional naquilo que diz ter ocorrido ou não.

8 E NA DELEGACIA DE POLÍCIA?

Embora não seja objeto da presente pesquisa, cabe ressaltar que se no processo judicial, seja qual ramo for, vigora a regra do princípio da publicidade, na investigação policial preliminar, prepondera o sigilo, até mesmo pela natureza do expediente.

Poderia então o advogado registrar uma oitiva de cliente seu, seja ele testemunha, vítima, suspeito ou indiciado? Ou ainda, estando o próprio advogado em alguma dessas posições, poderia gravar o que ocorre na Delegacia de Polícia? De acordo com a Súmula Vinculante nº 14, é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, desde que já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Poderíamos, a partir disso, analogicamente compreender que se é direito do defensor ter acesso àquilo que está documentado, e o termo de declarações do seu cliente é um exemplo claro daquilo que é/será documentado, não existiria razão de proibir o registro por meio de áudio ou vídeo do ato em questão.

Por outro lado, da mesma forma que a gravação ambiental clandestina pode ser utilizada em favor do lesado em processos judiciais, deve ser garantida a legitimidade e valor da obtenção dessa prova, sobretudo por uma questão de justa causa e/ou exclusão de ilicitude e/ou proporcionalidade pro reo.

A esse respeito também já se pronunciou, em concordância com o ora exposto, a Associação dos Advogados de São Paulo:

Assim, tanto a audiência transcorrida perante o Judiciário, no curso do processo, quanto o ato investigativo presidido pela autoridade policial são públicos e podem ser gravados por aqueles chamados a neles tomar parte. A utilização do material produzido com essa gravação é que poderá ser reduzida, se houver motivos legais para impor a restrição à publicidade externa. (ASSOCIAÇÃO, 2010, p. 13).

Por fim, gravar aquilo que ocorre em uma Delegacia de Polícia serviria também como um importante papel de fiscalização e qualificação da atividade policial investigativa que, infelizmente, não raras vezes, se dá com truculência, abuso de autoridade e até mesmo por meio de tortura contra investigados e advogados.

9 CONCLUSÃO

Outra conclusão não poderíamos chegar: o direito do advogado gravar audiências/sessões de julgamento dos tribunais de justiça e do Júri, bem como do próprio juízo singular tornou-se uma necessidade indiscutível para a profissão, seja na defesa dos direitos dos seus constituídos, seja em sua própria defesa.

Há uma série de previsões na Constituição Federal e em Leis Federais (com destaque especial ao novo CPC de 2015), assim como o respaldo institucional da OAB e jurisprudencial da mais alta corte do país, juntamente com doutrina especializada que confirmam não só o direito do advogado registrar tudo que o ocorre durante uma audiência ou sessão de julgamento, mas também o legítimo valor probatório deste ato para utilização futura, se necessário for.

Respeitando entendimento contrário, julgamos desnecessário pedir autorização ou, até mesmo, apenas alertar a parte contrária, seu advogado ou o magistrado que preside o ato, uma vez que a gravação constitui direito da parte e prerrogativa profissional do advogado, podendo, inclusive, dar-se em causas que tramitem em segredo de justiça. Se o advogado violar o sigilo interno – se for o caso de sua existência –, que responda (adminis-

trativa, civil e criminalmente) por isso, mas não se pode censurar de forma preventiva um direito que lhe assiste.

Se para o leitor esta temática é batida e a questão é pacífica, fato incontroverso, com certeza ele está atuando em um nível de jurisdição bastante qualificado, sem autoritarismo, que não teme pelo registro das suas ações/decisões/omissões. Entretanto, a realidade mostra que o principal obstáculo para a efetivação do direito que tentou-se aqui trazer subsídios para efetuação prática é justamente o impasse entre alguns setores do Poder Judiciário e advogados.

Por fim, ainda que seja uma questão delicada, por tratar-se de momento essencialmente inquisitorial, cujas características são normalmente dotadas de certo sigilo para não prejudicar as investigações, certo é que tal qual o advogado pode ter acesso irrestrito aos elementos de prova já documentados em processo investigatório, também deve poder registrar os atos de investigações das quais participa, em analogia à Súmula Vinculante nº 14.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. Gravação de Audiência e o art. 417 do Código de Processo Civil. São Paulo, 2010. p. 11-13. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/centrodeestudos/gravacao_audiencia/>. Acesso em: 28 jan. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jul. 1965.

BRASIL. Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Código de Processo Penal. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de

maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça (4. Turma). EDcl nos EDcl no. RECURSO ESPECIAL Nº 991.721 - PR (2007/0229315-1). Recorrente: Microsoft Corporation e Outro. Recorrido: Serrarias Campos de Palmas S/A. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília/DF. Julgado em 19.06.12, DJe 05.09.12.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS nº 398589 - PR (2017/0102659-0) Relator: Min. Felix Fischer. Impetrante: Cristiano Zanin Martins E Outros Advogados. Curitiba, 10 mai. 17.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus nº 12.266 - MG. Relator Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 09.09.03, DJ 20.10.03.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça. Ed. rev. ampl. e atual. Brasília, DF, 6 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional///index.php/Regimento/article/view/1208/1144>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 503617. Relator Ministro Carlos Velloso, julgado no dia 01.02.05, DJ 04.03.05.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 666459. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado no dia 06.11.07, DJ 30.11.07.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 74.678. Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 10.06.97, DJ 15.08.97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 75.261. Relator Ministro Octávio Gallotti, julgado em 24.06.97, DJ 22.08.97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 75.338. Relator Ministro Nelson Jobim, julgado em 11.03.98, DJ 25.09.98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.203. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 19.10.04, DJ 25.09.09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 212081. Relator Ministro Octávio Gallotti, julgado em 05.12.97, DJ 27.03.98.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 402.717. Relator Ministro César Peluso, julgado em 02.12.08, DJ 13.02.09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 402035. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 09.12.03, DJ 06.02.04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 583.937. Relator Ministro César Peluso, julgado em 19.11.09, DJ 18.12.09.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: STF, 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). HABEAS CORPUS Nº 5021421-16.2017.4.04.0000/PR. Relator: João Pedro Gebran Neto. Curitiba, 09 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Regimento interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, 20 dez. 2010. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/cle_pu_20151007160745_rrt_ritrf4.htm>. Acesso em: 12 mai. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CONHEÇA A TV JUSTIÇA. Portal TV Justiça Essencial. Brasília, DF, [20-]. Disponível em: <<http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

DIDIER JUNIOR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPudivm, 2015.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 1993.

FELLER, Marcelo. Advogados podem, e devem, gravar atos oficiais e públicos. **Portal Consultor Jurídico**, 29 out. 2015. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2015-out-29/marcelo-feller-advogado-gravar-atos-oficiais-publicos>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

FREITAS, Vladimir Passos de. Segredo de Justiça ainda desperta dúvidas na sua aplicação. **Portal Consultor Jurídico**, 26 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-26/segunda-leitura-aplicacao-segredo-justica-ainda-desperta-duvidas>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. Porto Alegre: L&PM, 2006.

LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCHETE, Felipe. Juiz não pode proibir advogado de gravar audiência, afirma OAB-PR. **Portal Consultor Jurídico**, 13 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-fev-13/juiz-nao-proibir-advogado-gravar-audiencia-afirma-oab-pr>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seção de São Paulo. 541ª Sessão de 14 de abril de 2011. Disponível em: <http://www2.oabsp.org.br/asp/tribunal_etica/pop_ementasano.asp?ano=2011>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seção de São Paulo. 588ª Sessão de 15 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/ementario-ted-oab-sp-outubro.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seção do Paraná. Gravação de Audiência – Direito do Advogado. Curitiba, 05 out. 2012. Disponível em: <<http://prerrogativas.oabpr.org.br/ementario/gravacao-de-audiencia-direito-do-advogado>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Atlas, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Lei nº. 7.356/80, de 1º de fevereiro de 1980. (Atualizada até Lei nº. 15.133, de 30 de janeiro de 2018). **Assembleia Legislativa**, Porto Alegre, 30 jan. 2018. Dispõe sobre o Código de Organização Judiciária do Estado. Disponível em: <http://www3.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=26547&Texto=&Origem=1>. Acesso em: 12 mai. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 16 nov. 1992. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/publicacoes/publ_adm_xml/documento1.php?cc=2607&ct=36&ap=1993&np=1&sp=1>. Acesso em: 12 mai. 2017.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Comunicado da Corregedoria**. Comunicado CG nº 471/2015 (Processo 2015/42665). São Paulo, 16 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=26298>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD VERSUS PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: UNA PONDERACIÓN NECESARIA¹

Teresa Armenta Deu²

¹ Esta contribución se escribe en homenaje de Victoria Berzosa Francos, profesora titular de la UB. Es muy poco en comparación con su entrega y dedicación y con lo mucho que hemos aprendido los que hemos tenido la suerte de compartir con ella muchos años en la universidad. En estos momentos de cambios su figura y ejemplo debe ser recordada no sólo con afecto -que también- sino como referente del profesor universitario, afirmación que estoy segura comparten sus muchísimos alumnos, sus compañeros y discípulos y el conjunto de la comunidad universitaria que tenemos con ella una deuda impagable. La elaboración del mismo ha tenido lugar disfrutando de dos ayudas a la investigación: "Grupo de investigación consolidado: Cuestiones actuales de Derecho procesal. 2009-2013 (SGR 762)"; e -I+D: Las reformas procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal (DER2010-15919) (subprograma JURI).

² Catedrática de Derecho procesal, UdG

1. RECORDATORIO IMPRESCINDIBLE HOY EN DÍA

Empecemos por recordar una obviedad que resulta necesaria hoy en día: el principio de legalidad no es un problema, ha sido la solución a muchos durante años y representa una conquista del Estado de Derecho.

Desde Aristóteles y Tomas de Aquino hasta la actualidad, desde una ley que es "la razón desprovista de la razón"³ o una ley humana que si se aparta de la natural ya no es ley, hasta el contractualismo moderno, la autoridad estatal ha encontrado un freno y los ciudadanos una garantía en el principio de legalidad⁴. En este último sentido, se ha dicho con acierto que actualmente el gran reto del principio de legalidad no reside en su consagración formal, sino en averiguar las concretas exigencias jurídicas que el mismo requiere para satisfacer su contenido de garantía penal⁵.

En efecto, el principio de legalidad ha sido concebido histórica y dogmáticamente como una exigencia de seguridad jurídica que permite el conocimiento previo de los delitos y las penas, actuando de escudo y limitación del poder, lo que explica que en rigor surja ante la existencia de intereses generales, proyectándose sobre los sujetos públicos. La máxima "nullum poena sine lege" no nace con propósito ordenador o racionalizador, sino como límite al "ius puniendi". Como Voltaire señaló: "la libertad consiste en depender tan sólo de las leyes", idea aceptada por Kant y con él la filosofía política del liberalismo decimonónico que abrazó el modelo de legitimación legalista trazado por Rousseau⁶. Desde entonces, el principio de legalidad evolucionó de una condición dualista, que comportaba reserva penal y tributaria, a un modelo constitucional de reserva legal absoluta, de manera que la ley no

sólo es norma superior sino también primaria y vincula a cualquier actuación de los órganos estatales⁷.

La posterior crisis del principio de legalidad y con él de la idea codificadora se empieza a percibir con la complejidad social y la multiplicación de leyes alejadas de la voluntad general. A partir de ahí la autonomía de la voluntad va cediendo en favor de diversos "realismos" prefiriendo una creación judicial del derecho que parece acomodarse más a un derecho vivo. Paralelamente al incremento de la complejidad social y jurídica, el principio de legalidad se ha vuelto más rebuscado desde un punto de vista técnico, singularmente en el campo del derecho administrativo, pero también en el que centrará nuestra atención, el penal y procesal penal. Línea ya iniciada históricamente con los ataques a la escuela de la exégesis criticando el formalismo jurídico y exigiendo recuperar la función rehabilitadora del juez, y que confluye con el realismo⁸.

Para finalizar esta breve referencia histórica⁹, recordar, que a partir de la atribución del monopolio de la producción jurídica al Estado, el absolutismo no puede considerarse origen ni precedente del principio de legalidad, pero si su presupuesto indispensable, esencialmente, porque entre los S.XVI y XVIII el desarrollo de las garantías individuales en el pensamiento liberal se genera por reacción frente al absolutismo político. La ley elaborada por las Asambleas democráticas se legitima por la participación popular para determinar los delitos y las penas y se consagra en las Declaraciones de 1789 y 1791 y en la Constitución 1973 francesas. En términos de Feuerbach: la existencia de una pena requiere una ley penal (nulla poena sine lege), condicionada a su vez por la descripción de una conducta en la ley (nulla poena sine crimine), que precisa y resulta condicionada, por último, por la pena legal (nullum crimen sine poena legal)¹⁰.

3 ARISTOTELES, "Política", ed de Julian Marias y Maria Araujo, I.E.P, Madrid, 1951, Libro III, Cap.16.

4 En un magnífico trabajo LAMARCA PEREZ, C, nos conduce por la "La formación histórica y significado político de la legalidad penal", en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1987. Ahí se cita la "Suma Theologica", 1ª, 2ª, quw.95. Art.E, traducción de F.Barbado y otros, B.A.C., vol.VI, Madrid 1954, pp.168-68.

5 RODRIGUEZ MOURULLO, G, voz "Legalidad (Principio de)", Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIV, F.Seix, Barcelona 1979, p.886.

6 Cfr. LAMARCA PEREZ, C, cit, quien a su vez cita a KANT, I, "Metaphysische Aufgsg Gründe der Rechtlehre", primera parte de la "Metaphysik der Sitten" (1797), traducción francesa de J.Tissot, "Librairie de landgrange", París, 1953, p. 185 y ROUSSEAU, J.J, "Du contrat social ou Principes du Droit Public (1762), ed. de S.Maso, "Escritos de combate", Alfaguara, Madrid, 1979, p. 494.

7 GARCIA DE ENTERRIA, E y FERNANDEZ, T.R, "Curso de derecho administrativo", I, 3ª ed, Cívitas, Madrid, 1979, p. 222ss.

8 F. GENY, "Métodos de interpretación y fuentes de derecho privado positivo", 1898, citado en el trabajo ya citado de LAMARCA PEREZ, C, "Formación histórica.." apartado II. También ahí se cita a RUMBLE, W, "American Legal Realism", Cornell University Press, Itaca, New York, 1960 (nota 23).

9 Para la que hemos seguido el texto citado de LAMARCA PEREZ, C, "Formación histórica y significado...", *passim*

10 Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Techts", (1801), 14ª ed, anotada por Hitterhaier, iessen, 1847, par 20, p. 41.

Actualmente, a la cesión de la sociedad para determinar la regulación de las conductas constitutivas de delito, corresponde la cesión de la disposición del derecho penal, así como encomendarla a jueces y tribunales con las garantías constitucionales conocidas, quienes sólo podrán imponer aquellas penas a través del proceso (“*nullum poena sine proceso*”). El resultado es lo que se conoce como la garantía jurisdiccional en la aplicación del derecho penal. Con dicha garantía se delimitan tres aspectos: 1º) se prohíbe la autotutela; 2º) la pena se impone sólo por los tribunales, y 3º) la pena se impone sólo a través del proceso¹¹.

Esta configuración se sostiene sobre dos pilares: La inexistencia de derechos subjetivos penales y por ende la falta de disponibilidad y la necesidad de una previa disposición legal que arrumbe o delimite la aplicación del principio de legalidad. De este modo, no basta que la ley sea condición necesaria de la pena y del delito, exige completarse con la garantía judicial, lo que supone a su vez la estricta sumisión del juez a la legalidad y la única configuración posible del proceso como un proceso acusatorio. En consecuencia, el principio de legalidad opera como una suerte de garantía instrumental del derecho fundamental a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley penal, lo que implica necesariamente la obligación de ejercicio de la acción penal cuando se presentan presupuestos suficientemente descritos haciendo posible su identificación. Actúa, asimismo, como dispositivo de garantía orientado a la racionalización del poder limitando más o menos el juego de la discrecionalidad.

No olvidemos, por otra parte, que el principio de legalidad ha ido sumando valores y exigencias jurídicas plurales hasta convertirse además en una garantía individual. Ahora bien, precisamente por tal razón el monopolio jurídico de una instancia centralizada de poder se opone a corrientes como la posibilidad de un derecho consuetudinario o el desarrollo de una jurisprudencia fuertemente creadora, aspectos éstos últimos que se oponen sin duda a la seguridad jurídica como valor intrínseco del Estado de Derecho. La lucha entre una concepción más legalista y otra de creación jurisprudencial del derecho no ha finalizado ni lo hará nunca, tal

11 BERZOSA FRANCOS, V; “Principios del proceso” en Justicia, n3, p. 553ss y MONTERO, J, “Principio del proceso penal (una explicación basada en la razón)”, Tirant lo Blanc, 1977, p. 71

como se pone de relieve, entre otros ejemplo, por la innegable incidencia del proceso norteamericano en las reformas procesales a partir de los años 80 del siglo pasado¹², o por la tendencia a reafirmar el valor de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, mediante la incidencia de los “Acuerdos no jurisdiccionales”, tendencia que se consagra en las propuestas de reforma del recurso de casación. De hecho, la propuesta contenida en el Borrador de CPP contempla la jurisprudencia de la Sala Segunda directamente como fuente del derecho¹³.

2. EL REPLIEGUE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA APARICIÓN Y DESARROLLO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Las críticas al principio de legalidad no han surgido “*ex novo*”. Han acompañado su vigencia probablemente por las tensiones que suscita, tanto al limitar el ejercicio del poder, cuanto por la filosofía a la que responde, especialmente cuando se quiere conectar su aplicación con el carácter retributivo de la pena y se opone a una concepción de la pena como medio de incidir sobre la realidad¹⁴.

Más recientemente surge un segundo frente que apela a la incapacidad de la administración de justicia para acometer la carga que va unida a la cabal sujeción en la persecución de la criminalidad al principio de legalidad. Así, a partir de un argumento no siempre lineal y en virtud del cual, la conjunción de un incremento de la criminalidad y de su complejidad y de la citada incapacidad para su persecución, se concluye, la necesidad de diluir o reba-

12 ARMENTA DEU, T, “Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y America”, MP, 2012, p.167ss.

13 Art. 602: *La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tendrá carácter vinculante para los órganos del orden jurisdiccional penal, que interpretarán y aplicarán las normas jurídicas conforme a la interpretación de las mismas que resulte de las resoluciones dictadas por la indicada Sala*”.

14 La escuela Positiva defiende que el objeto de la ciencia penal no son categorías abstractas, sino fenómenos empíricos, centrada en la figura del delincuente antes que en el hecho delictivo, de manera que la pena pierde su sentido retributivo para convertirse en un medio de entender la realidad. FERRI, E, “Sociología criminal”, trad. De A. Soto y Hernández, vol I, Góngora, Madrid, 1907, pp. 22ss y SAINZ CANTERO, J.A, “La ciencia del Derecho penal y su evolución”, Bosch, Barcelona, 1970, p.86ss, ambos citados por LAMARCA PEREZ, C, “Formación histórica..”, nota 118.

jar su cumplimiento en favor de una creciente incorporación del principio de oportunidad. Esta línea de actuación confluye con posturas de quienes se muestran claramente partidarios de éste último atendiendo a otros motivos, concretamente: razones de utilidad pública, contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal, favorecer el derecho a una resolución más rápida o contribuir a un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y otros que no por diversas razones: su carácter de bagatela o razones de oportunidad¹⁵. Entre unos y otros se ha creado un auténtico “mantra” que repite “la sociedad actual no puede sostener una aplicación estricta del principio de legalidad”, a partir del cual se apela a la imperiosa necesidad de reconocer márgenes de discrecionalidad, si bien sometida a justificación explícita y control externo a través de la motivación, y de carácter variable, atendiendo a circunstancias de presupuestos previstos legalmente, de tiempo (momento procesal..)

Es cierto es que tras la Segunda Guerra Mundial y anudado a la penosa situación económica se fueron desarrollando diferentes manifestaciones de atemperación del principio de oportunidad, a partir de un concepto tan amplio y difuso como es entender que constituye una manifestación de dicho principio toda manifestación que se aparte del sometimiento estricto al principio de legalidad. Como también lo es, que el terreno estaba abonado por el ya citado repliegue del principio de legalidad, ante la recriminación de su falta de idoneidad, en una nueva concepción del derecho como fenómeno histórico-jurídico que debe analizarse empíricamente y en relación con los demás aspectos que condicionan la conducta del hombre en sociedad¹⁶. Idea reiterada, por otra parte, al señalar: que el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege” sólo puede explicarse en la consideración de la pena como un mal que se impone al delincuente como retribución¹⁷. Recuérdese, no obstante, que la erosión más relevante del principio de legalidad ya se había iniciado en el ámbito político tras la quiebra del modelo

liberal¹⁸. No sorprende, por tanto, que la referencia comúnmente utilizada para la incorporación del principio de oportunidad a las legislaciones continentales, aquella que formuló el “Absprache” (conformidad) en el ordenamiento procesal penal alemán, tuviera lugar en 1974¹⁹.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA REGULACIÓN LEGAL ESPAÑOLA

Resulta conocido, y por lo tanto será suficiente su mera cita, que el principio de legalidad penal se consagra en el art. 25 CE y en otros preceptos corolarios de aquel, relativos a la reserva de ley orgánica (art. 81,1) o prohibición de irretroactividad (art. 9,3 y el propio 25,1). Como es igualmente notorio que las exigencias garantistas del Estado constitucional de derecho en materia de procesal penal no resultan colmadas con la mera observancia del principio de legalidad en el sentido formal²⁰.

El principio de legalidad penal no puede recluirse en el art. 25.1.1 CE, ya que quedaría sin contenido si no encontrara un cauce procesal adecuado o se dejara en manos de sujetos institucionalmente incapaces. Si el precepto penal sustantivo es el único antecedente constitucionalmente habilitante de la intervención constitucional (arts. 25 y 117,1 CE) ésta no puede ser otra cosa que actividad cognoscitiva en materia de hechos e interpretativa de reglas de derecho, por eso, entre la el juez y la ley no hay espacio para un fiscal al que el legislador pudiera deferir la responsabilidad de constituir discrecionalmente del ejercicio (o no ejercicio) de la jurisdicción es lo que se expresa en la decisión constitucional de atribuir al fiscal “la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad (...) con sujeción al principio de legalidad... (art. 124.1.1 y 2.1)²¹.

15 Una explicación más pormenorizada en ARMENTA DEU, T, “Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España”, PPU, Barcelona, 1991, pp. 194ss.

16 Cada sujeto infractor requiere un tratamiento específico y particular que ninguna ley puede prever, JIMENEZ DE ASUA, L, “Tratado de derecho penal”, t.II, p. 392.

17 DORADO MONTERO, P, “Problemas de derecho penal”, T.I, V, Suárez, Madrid, 1895, p. 10 y 48ss, citado por LAMARCA PEREZ, C, ob.cit.n. p.d.p. 124.

18 RODRIGUEZ MOURULLO, M, voz “legalidad”, cit. p. 884 y COBO DEL ROSAL, M, “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal” en “Cuadernos de Política Criminal”, n.2, 1977, p. 25.

19 ARMENTA DEU, T, Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad”, cit, p. 43ss.

20 ANDRÉS IBAÑEZ, P, “Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal”, Cuadernos de Derecho Judicial/28/1995, p. 8.

21 ANDRÉS IBAÑEZ, P, “Entre política y derecho...”, ob.cit.loc.cit.

El principio de legalidad constituye una exigencia de seguridad jurídica que permite conocer previamente los delitos y las penas, pero además garantiza que nadie se verá sometido a pena no aprobada por el pueblo. Los jueces y el Ministerio Fiscal, sus destinatarios naturales deberán perseguir los hechos delictivos en los términos previstos legalmente. A la máxima “nullum crimen sine poena” debe añadirse “nulla poena sine proceso”, requiriendo para la imposición de las penas previstas en el código penal su imposición tras un proceso con todas las garantías (derecho de acceso; principio de audiencia e igualdad de armas; derecho de defensa; presunción de inocencia; derecho a un proceso público y sin dilaciones indebidas, en el que se obtenga una resolución fundada en derecho, motivada, congruente y recurrible, en su caso) (art. 24 CE).

Es más. No sólo el proceso penal es un instrumento necesario para aplicar la ley sustantiva, sino que dicha aplicación es irrenunciable cuando se produce el supuesto de hecho previsto en la norma penal. El principio de necesidad se predica tanto de la función e instrumento (no hay pena sin proceso) sino también de su ejercicio (obligación de ejercicio de la acción penal)²².

4. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ESPAÑOLA

La irrupción del principio de oportunidad en nuestro país se inició en los años ochenta del pasado siglo XX, siendo objeto de largas discusiones y reformas legislativas cuyo “mascarón de proa” fue sin duda la regulación de las conocidas conformidades. Con ellas se incorporaban la negociación sobre la acusación y la determinación de la pena, a tenor de algunas interpretaciones jurisprudenciales, oscilantes inicialmente, pero consagradas en la actualidad, mediante una concepción más amplia del principio de oportunidad que la calificada originariamente como “oportunidad reglada”.

22 CORDON MORENO, F, “Las garantías constitucionales del proceso penal”, 2ª ed, Aranzadi, Thomson, 2002.

En efecto, las primeras alegaciones en favor del principio de oportunidad, sostenían que no se trataba de una excepción “real” al principio de legalidad, sino más bien una suerte de atemperación del mismo. La oportunidad reglada atendía a supuestos en los que se delimitaba su ámbito de aplicación dentro de la legalidad. Fijado el ámbito objetivo de aplicación, su alcance y amplitud, la oportunidad no suponía tanto una ruptura del principio de legalidad cuanto la necesaria acomodación de aquel a realidades específicas y singularmente a la necesidad de utilizar mecanismos de descomprensión para una administración de justicia más eficiente de la carga que recibe²³. Una extensión en definitiva del principio “mínima non cura praetor” como principio procesal²⁴.

Ocurre que con el paso del tiempo hasta la presentación del “Borrador de CPP” en primavera de 2013 las confusas líneas que pretendían delimitar esa “oportunidad reglada” se han ido extendiendo, comenzando por la incorporación de la negociación al marco de la conformidad y culminando con incorporar directamente la atribución de facultades discrecionales para el ejercicio de la acción penal al Ministerio Fiscal.

La regulación de la conformidad en la Ley 7/1988 contenía un cambio de paradigma que incorporaba claramente lo que se denominó “principio del consenso”, inspirado en la negociación entre acusación y defensa sobre la acusación y la pena, primero en el escrito de defensa (art. 784 LECrim) y después en el juicio oral (art. 793,3 LECrim)²⁵. Las posteriores reformas y singularmente la de 2002 ampliaron aún más el ámbito de la conformidad a la conocida como “conformidad en la guardia”²⁶ y al reconocimiento de

23 MORENO CATENA, V, “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma” en Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial/4/2002, p. 19.

24 BACIGALUPO, E, “Descriminalización y prevención” en Revista del Poder Judicial, número especial II: justicia penal, p.1.

25 AGUILERA MORALES, M, “ El principio del consenso (La conformidad en el proceso español)”, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 148ss, entre una extensa doctrina que se pronunció sobre el tema, imposible de reiterar aquí, pero citada en dicho trabajo.

26 La “conformidad en la guardia” se regula en el art. 801 LECrim y comporta una reducción de la pena en un tercio, estando sujeta a la concurrencia de determinados requisitos. El reconocimiento de hechos se encuentra regulado en el art. 779,5ª LECrim. Una explicación general en ARMENTA DEU, T, Lecciones de Derecho procesal”, 7ª edición, Marcial Pons, 2013. Y otra más pormenorizada en VEGAS TORRES, J, “El procedimiento por enjuiciamiento rápido”, Marcial Pons, 2003, p 185ss.

hechos²⁷; fórmulas ambas que permiten terminar el proceso mediante acuerdo en el propio juzgado de guardia.

En todos estos casos, la conformidad, aun adoptando la negociación como fórmula básica, estaba sometida a reglas: un ámbito de aplicación a los delitos castigados con penas no superiores a los seis años; necesidad del acuerdo concurrente del acusado y su letrado, estar sometido a control judicial y no ser susceptible de recurso, salvo que el acuerdo hubiera resultado violado o no se respetaran los términos de la conformidad²⁸.

5. EL “BORRADOR DE CÓDIGO PROCESAL PENAL”

Cuando se escriben estas líneas circula, todavía no oficialmente, un “Borrador de Código Procesal Penal” que al parecer será presentado como Anteproyecto en otoño de este año 2013. Aún a riesgo de que no sea así o de las variaciones que pueda sufrir en este “limbo jurídico” en el que se encuentra o incluso de las posteriores modificaciones en su tramitación parlamentaria, no es baladí dejar constancia del enorme salto cualitativo que supone en la lo relativo al principio de oportunidad, cuando menos como expresión de una tendencia probablemente no suficientemente ponderada.

La Exposición de Motivos del texto de referencia destaca la proclamación de los principios de legalidad en su vertiente procesal y jurisdiccional como elementos sustanciales al sistema, lo que no impide que al tratar del objeto del proceso se señale: mediante la nueva regulación de la acción penal se instaure con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad (...) Se ha considerado que la atribución de discrecionalidad a la Fiscalía para la persecución penal en virtud de criterios legalmente previstos, aplicables según las circunstancias de los supuestos concretos, ofrece más ventajas para el interés público que el mantenimiento

de un ciego automatismo (sic) (i) en el ejercicio del ius puniendi estatal derivado de una comprensión simplemente retributiva del principio de legalidad (iii)²⁹.

Posteriormente en el articulado se incluyen tres manifestaciones del principio de oportunidad: 1) la facultad de archivar la denuncia y atestado conferida al MF concurriendo determinados presupuestos; 2) la facultad de archivar las diligencias de investigación sobreseyendo o suspendiendo aquellas; y 3) las diversas conformidades.

Sin necesidad de profundizar exhaustivamente en la concreta redacción, por la razones antedichas, sí cabe no obstante, percibir ya inicialmente que se trata de hipótesis graduadas, de mayor a menor discrecionalidad, en un arco cuyos lados son la máxima discrecionalidad en el supuesto de archivo de denuncia o atestado y el otro la conformidad, pasando por la facultad de archivar o sobreseer “atendiendo a razones de oportunidad”.

1ª) El archivo de denuncia o atestado corresponde al Ministerio Fiscal, quien como director de la investigación y a la hora de dictar el decreto de apertura de dicha fase, esta facultado para archivar la denuncia o el atestado si concurren dos presupuestos: a) que el hecho constituya delito contra el patrimonio perpetrado sin violencia ni intimidación contra las personas y b) que no sea razonablemente previsible la identificación de los responsables³⁰. Que se trata de un supuesto de ejercicio de discrecionalidad se pone relieve, entre otros aspectos que no cabe desarrollar aquí, por el hecho de no resultar recurrible³¹.

2ª) El archivo de las Diligencias de investigación por razones de oportunidad se regula inmediatamente después de prescribir la sujeción del MF al principio de legalidad, es decir, obligándole a ejercitar la acción penal en los términos fijados legalmente³². Las excepciones al principio de legalidad implican: A) sobreseer; y B) suspender la investigación, atendidos tres motivos: 1) para cumplir

27 Regulado en el art. 779,7ª LECrim permite transformar el procedimiento abreviado en juicio rápido, cuando tras la conclusión de las diligencias previas el imputado y su abogado reconozcan los hechos en presencia judicial, presentando un escrito de acusación conjunto y conformado.

28 Arts. 787 LECrim en sus diferentes apartados.

29 Las exclamaciones son mías.

30 El párrafo 2 del art. 242 exime de la obligación de decretar la apertura de “Diligencias de Investigación” a tenor de lo prescrito en el propio párrafo 1 del mismo precepto.

31 No parece una resolución recurrible, atendido el art. 128 BrCPP, que establece que los decretos de MF resultarán impugnables si acuerdan o deniegan medidas de investigación.

32 Arts 89 y 90 Br.CPP.

prestaciones; 2) por litispendencia internacional y 3) por prejudicialidad penal³³.

A) El sobreseimiento por razones de oportunidad, que recuerda al pgf 153 y 153a de la Ordenanza Procesal penal alemana, comprende tres tipos de motivos: En primer término, la escasa gravedad y que no exista interés público relevante en la persecución atendidas todas las circunstancias o que la sanción que pueda llegar a imponerse sea irrelevante respecto de la condena impuesta en otro proceso o que se le pudiera llegar a imponer³⁴; En segundo lugar, que la suspensión acordada para el cumplimiento de prestaciones haya resultado exitosa; y en tercer lugar, que se den una serie de circunstancias en las que la persecución del delito que se sobresee cede en favor de la resolución de otros para cuyo descubrimiento es fundamental la colaboración del autor de la causa sobreseida³⁵. La discrecionalidad, no obstante, esta sujeta a revisión del Tribunal de Garantías, cuando exista parte acusadora que se oponga y ofrezca motivo fundado para el enjuiciamiento del hecho en interés de la justicia³⁶

B) La suspensión, como se ha adelantado, corresponde a tres circunstancias: a) que tratándose de delitos leves o menos graves, el encausado acepte la realización de prestaciones de dar, hacer o no hacer propuestas por el MF para afrontar su responsabilidad civil, someterse a tratamiento de su adicción o realizar trabajos en beneficio de la comunidad, privando de sentido a la imposición de la pena. Se trata claramente de un aplicación de técnicas de probation, ya conocidas en nuestro Código Penal. El cumplimiento de las condiciones en el plazo conlleva el sobreseimiento que se ha mencionado anteriormente al igual que la suspensión se levantará si se incumple alguna condición. Cabe impugnar la suspensión, si se expone motivo fundado en continuar el procedimiento en interés de la justicia³⁷. La suspensión por litispendencia internacional

(b) y por prejudicialidad penal (c) no corresponden propiamente a aplicar el principio de oportunidad, salvo que se otorgue a éste un significado casi coloquial³⁸

3ª) Acordar una conformidad es uno de los supuestos ya conocidos en nuestro ordenamiento. La novedad es proponerla ampliando tanto su ámbito de aplicación: para cualquier tipo de delito, en cualquier momento del proceso y con independencia del delito que corresponda. Además, si se alcanza antes de presentar el escrito de defensa comporta una reducción en un tercio de la pena aunque rebase la pena inferior al límite previsto en el CP³⁹. En síntesis, entre las novedades de la regulación destacan tres: en primer lugar, el incidente de control de la conformidad por la extensión de la pena; en segundo lugar, la posibilidad de recurrir los autos que denieguen la conformidad, y en tercer lugar, la celebración de una comparecencia para el control judicial de la conformidad⁴⁰.

1.- El incidente de control de la conformidad se contempla como una fórmula para forzar aquélla cuando la posición de las restantes partes acusadoras la obstaculice y se estime que tal postura es temeraria o contraria a la ley y movida por razones de no estricta justicia (sic). Tras una comparecencia, el tribunal podrá resolver que se alcance la conformidad con la calificación y pena solicitada por el MF, si estima que las penas solicitadas por las restantes partes son irrazonables o contrarias a la ley o a la buena fe procesal.

2.- La posibilidad de recurrir un acuerdo de conformidad se limita al supuesto, ya previsto, de que no se hayan respetado los requisitos o términos acordados, a los que se añade, la posibilidad de recurrir en apelación, los autos que denieguen la conformidad, esto es, aquél que resuelva el incidente al que se acaba de hacer referencia, rechazando la conformidad o el adoptado cuando el juez entienda que la conformidad es contraria al interés de la

33 Arts 91,92, 93 y 94 Br CPP.

34 Art. 91,1 y 3 Br.CPP.

35 La confesión y colaboración activa del delincuente que pertenece banda criminal, cuando sea el primero en confesar y su colaboración es relevante a criterio de la FGE; la denuncia de un delito de extorsión y amenazas, cuyo sobreseimiento facilite su persecución; y la denuncia de delito de cohecho o tráfico de influencias, cuyo sobreseimiento facilite la persecución del delito cometido por un funcionario público (apartados 4,5 y 6 Br.CPP).

36 Suspensión y sustitución de las penas, arts. 80ss CP.

37 Art. 92,1,2,3 y 4 Br.CPP.

38 En tal sentido sería inoportuno efectivamente no tener en cuenta lo que pudiera pasar en un proceso ante un tribunal extranjero cuya resolución desplegara efecto de cosa juzgada en España, como ocurre lo propio cuando iniciada una investigación, exista proceso penal pendiente con una conexión tal que aconseje la suspensión (arts. 92 y 93 Br.CPP).

39 Arts. 103 y 104 Br.CPP.

40 No se contempla, por no ser novedoso, la llamada conformidad inmediata prevista para el escrito de acusación conformado que se regula en los arts. 270 a 273 Br.CPP.

justicia, en los casos en que no conste la existencia del cuerpo del delito cuándo, de haberse cometido, no pueda por menos de existir aquél, o alguna de las partes no conformes alegue razones en contra de la conformidad por no corresponderse los hechos con la realidad de lo acontecido, al que cabría añadir, el supuesto en que el juez dude si el encausado ha prestado libremente su conformidad⁴¹.

3.- Finalmente, el llamado control de la conformidad por el tribunal, se articula mediante la comparecencia del encausado y su letrado y la revisión por el tribunal de los siguientes extremos: que la conformidad ha sido libremente prestada y que la calificación acordada es correcta y la pena procedente. Si, conforme a los hechos aceptados, considera que el hecho reconocido no es constitutivo de delito o que la pena que corresponde es de menor gravedad, absolverá o impondrá pena inferior⁴². Cabría añadir entre las novedades, por último, que el reconocimiento de hechos, en caso de que la conformidad sea rechazada, carecerá de efectos y no podrá incluirse o será excluido de la Pieza Principal para el juicio⁴³.

6. LOS PELIGROS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: "OPORTUNIDAD REGLADA" Y DISCRECIONALIDAD

Llega el momento de concluir estas breves líneas con unas palabras sobre los riesgos que comporta el principio de oportunidad, en primer lugar, en sí mismo, y después en relación con el conjunto de medidas que se adopten en la regulación procesal aplicable.

A tal efecto me serviré de un brevísimo recordatorio del doble significado del repetido principio, dando la palabra seguidamente a las advertencias que han efectuado hasta aquellos autores decididamente partidarios de su adopción en incremento. Para acabar con una reflexión sobre el efecto, no tanto del incre-

mento del principio en sí mismo, aisladamente, sino en el conjunto de otras propuestas.

El sentido procesal del principio de oportunidad no es unívoco y quizás esta circunstancia explique determinados equívocos. En un sentido estricto se refiere a los modelos en los que, como Norteamérica, el ejercicio de la acción penal se confía a la discrecionalidad del "prosecutor", que es casi ilimitada. La oportunidad es la regla por no regir el principio de legalidad. Cuestión diferente son los que conocemos como "oportunidad reglada" en los que tras el reconocimiento formal del principio de legalidad se introducen atenuaciones más o menos amplias, que en puridad, debieran referirse al ejercicio de la acción, pero que se extienden a la negociación que conduce a la conformidad. De hecho, el mayor o menor grado de realización de la exigencia que comporta el ejercicio de la acción penal en todo caso o su atemperación esta mediado por decisiones y omisiones concretas del legislador, una determinada política de la justicia o los recursos destinados a hacerla efectiva. Como se ha señalado acertadamente, en un marco regido por el principio de legalidad cabrían algunas fórmulas de exclusión razonada de la persecución, en presencia de circunstancias objetivas y subjetivas suficientemente predeterminadas⁴⁴. Ahora bien, la cuestión no acaba siendo tanto "el que" cuanto "el cómo", el riesgo del avance, mucho mayor cuanto más amplia sea su aplicación.

Es constatable que hasta los partidarios de su vigencia alertan sobre los riesgos que comporta la exagerada atenuación del rigor de la norma penal y su negativo efecto, sobre la prevención general, sobre el papel de las partes en el proceso penal, singularmente sobre un fiscal que no busque la reeducación del imputado ni el resarcimiento de la víctima, sino la liberación de su carga de trabajo y un abogado, que en lugar de defender al imputado, se transforme en un mediador en provecho propio o, la merma de garantías del imputado y la renuncia a la prueba y la contradicción, como ocurre en las conformidades⁴⁵.

41 Art. 115,2, 108,1,4º BrCPP

42 Art. 108,1,1º,III y 1,3º BrCPP.

43 Art. 109 BrCPP.

44 ANDRÉS IBAÑEZ, P, "Entre política y derecho...", cit. p. 15.

45 MORENO CATENA, V, "El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma", Cuadernos de Derecho Judicial/4/2002, pp. 23-24.

Al igual, que desde otra perspectiva, se señala textualmente: "El principio de oportunidad debe mantener una conexión con el de legalidad a través de la previsión de los supuestos en que se autoriza la aplicación de aquél (...) Cuando la oportunidad en lugar de someterse a criterios reglados se conjuga con la admisión de la discrecionalidad, dejando que sea el libre criterio del fiscal y no del legislador, quien determine los casos en que es o no conveniente ejercitar la acción penal, se convierte a la voluntad de aquél en la dueña del proceso penal y de la posibilidad del castigo de los delitos, dominio que precisa de algún mecanismo correctivo, pues es susceptible de otro modo de producir el efecto corruptor del proceso, no sólo por contagiar al mismo de los errores de valoración del fiscal, sino por poder ser utilizado en función de espúreas motivaciones de oportunidad no jurídica sino política"⁴⁶.

A todas estas advertencias debe añadirse la prometida reflexión final. Las reformas, tampoco la propuesta, opera aisladamente, y tal circunstancia resulta determinante en el resultado final. Por sintetizarlo en dos ideas:

Incorporar el principio de oportunidad como excepción puntual y reglada del principio de legalidad, ha funcionado aceptablemente, aún al precio de provocar desigualdades y una clara sensación de "todo se puede negociar". Ahora bien, ampliar su ámbito de aplicación sin límite, multiplicando los supuestos, y lo que es más significativo, incorporando el uso de la discrecionalidad, sin más, implica un cambio de paradigma del sistema procesal sobre cuyas consecuencias se abren importantes dudas.

Más aún si tal propuesta se acompaña de una limitación extraordinaria en el factor compensador que suponía la intervención de otras partes acusadoras y la figura de un juez instructor (ahora de garantías). El conjunto de medidas que conforman la investigación dirigida por el fiscal, cuya reforma orgánica -por cierto- no ha sido ni insinuada; la citada reducción en la intervención de las partes, casi absoluta en el caso del actor popular, acompañada del citado efecto multiplicador de: facultades de archivo, de sobre-

seimiento y de negociación, arrojan un resultado final de alcance preocupante.

No se olvide, para concluir, que las reformas no se hacen "en el vacío" sino en el seno de un conjunto de instituciones y prácticas jurídicas cuya idiosincrasia modifica frecuentemente el resultado. El principio de legalidad resulta consustancial a la cultura y formas de concebir la justicia, que a su vez hunde sus raíces en nuestra historia y forma social, donde en definitiva arraiga la confianza que sirve de soporte a la regulación legal.

46 CONDE PUMPIDO FERREIRO,C, "Legalidad versus oportunidad como criterios de actuación de los Ministerios Públicos" en "Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y libertades públicas", Poder Judicial, n° especial, VI, 1989.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO CONCRETIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NA ANÁLISE E USO DAS MEDIDAS E PRISÕES CAUTELARES

Thiago M. Minagé¹

¹ Doutor em Direito pela UNESA/RJ. Professor de Processo Penal: UNESA, ABDConst-Rio, EMERJ e UNIFEPE. Membro da ABRACRIM, I.A.B. e IBC-CRIM. Advogado Criminalista

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal é nas práxis forense e na teoria, cada dia mais, o resultado da tensão entre o exercício (e as facilidades) do poder de punir e seus limites (ou faltas) concretos. De um lado, encontram-se não apenas medidas legislativas que aumentam a potencialidade das punições, seja com a expansão das condutas criminalizadas ou com o recrudescimento das penas cominadas aos tipos penais já existentes, como, também, há a criação de medidas processuais, as quais reduzem o espectro de garantias, com a invasão da privacidade das pessoas submetidas à investigação ou ao processo criminal (SANTORO; RANGEL, 2015, p. 7-34).

A ideia e os ideais de constitucionalismo democrático passaram por alterações no decorrer dos tempos, tornando-se (juntamente com os tratados internacionais) o mais importante instrumento jurídico constitutivo de direitos e garantias na proteção de liberdades e na imposição de limites ao exercício do poder dos órgãos constituídos e do próprio povo, contrapondo-se ao dito popular de que se vive o governo da maioria (FERRAJOLI, 2002, p. 894). Assim, o garantismo jurídico, mediante suas manifestações, assumindo uma posição crítica a respeito do direito, põe em questão qualquer proposta teórica que mostre-se desvinculada de um controle empírico, bem como, qualquer posição prática que mostre-se apartada de princípios teóricos na proteção da liberdade individual, contra qualquer forma de exercício arbitrário de poder (NETO, 2016).

Partindo de um conceito, mesmo que no plano lógico-formal, de que uma norma consiste em um cânone de valoração de uma conduta que estabelece a descrição de um comportamento e de seus elementos e requisitos, qualificando de lícito e devido, por consequência, uma conduta ilícita seria estabelecida pelo comportamento contrário ao determinado na norma (FAZZALARI, 1992, p. 45). Os princípios ganham, assim, importante posição constitutiva e limitativa, instituindo direitos humanos e fundamentais, os quais, uma vez constitucionalizados, passariam a ser norteadores de todo o ordenamento jurídico, ou seja, os princípios seriam o marco da institucionalização da autonomia do Direito.

As regras não acontecem sem os princípios, logo, os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do Direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir à determinação da resposta adequada (STRECK, 2012). Contudo, para que aqueles tenham real eficácia, passando a ideia de efetividade e eficiência, eles dependem de sua concretização pelos poderes constituídos, mesmo que seja mediante uma forma de controle empírico (processo criminal) (FERRAJOLI, 2002, p. 894).

Em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, muitos dos direitos e garantias constitucionais não têm sido efetivados na prática, restando premente a intervenção do poder judiciário que, por sua vez, acaba por não efetivar outros direitos e garantias inerentes à proteção individual do investigado ou acusado, justamente por falta de limites impostos à sua atuação no exercício do poder (FERRAJOLI, 2002, p. 894). É nesse momento que o processo passa (ou deveria passar) a figurar como importantíssima ferramenta, a qual compreende esse olhar constitucional como instrumento de efetivação das garantias individuais.

Falar em democracia constitucional é admitir que somente seja democracia o que é constitucional e, que, logo, não existe democracia fora da Constituição (ADEODATO, 2004). Desse modo, não há que se falar em direitos que pertençam à maioria ou minoria, mas, indiscriminadamente, a todos e a qualquer um, os quais compõem, também, o poder do povo e, sob esse aspecto, obviamente, também fazem parte da democracia (NETO, 2016, p. 51-52), pondo-se em construção continuada pela comunidade jurídica, tendo como premissa os direitos fundamentais conquistados e descritos, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante (LEAL, 2002, p. 31), para ampliação e efetivação desses direitos, o que propicia um caráter modificador e concretizador das garantias fundamentais.

Consequentemente, deve-se entender o processo como uma garantia e, não como um entrave na proteção e (re)afirmação de direitos (STRECK, 2011, p. 11). Logo, este é o principal motivo que leva-nos a entender que os direitos e garantias constitucionais devem ser os pressupostos de um processo democrático, o qual passa a ser um meio de fixação político-jurídica das dimensões

formais e materiais dos direitos humanos fundamentais e por meio das quais as garantias processuais servem como principal instrumento de contrapoder, com a efetiva proteção daqueles direitos, assim concretizando, reforçando e protegendo a sua aplicabilidade (STRECK, 2010).

2 O CONTRADITÓRIO COMO NÚCLEO ESTRUTURANTE DO SISTEMA DE GARANTIAS

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição estabelecem situações subjetivas instrumentais, cujas previsões constitucionais não teriam nenhum significado se as correspondentes garantias (em especial no âmbito processual) não permitissem restaurá-las integralmente, quando violados aqueles e, principalmente, mediante limitação do exercício do poder no caso concreto. O próprio conceito de inviolabilidade dos direitos fundamentais exaurir-se-ia em uma estéril abstração se a possibilidade de violação não correspondesse à possibilidade de tutela da situação subjetiva violada, em especial, o direito individual de um investigado ou acusado (JUNIOR, 2008, p. 661).

Para tanto, o processo precisa harmonizar seus conceitos à realidade constitucional, o que será possível somente quando aquele for submetido, integralmente, à Constituição, deixando, assim, de ser um mero instrumento para contendas individualizadas e transformando-se em um efetivo garantidor de direitos (BINDER, 2011). A reflexão acerca do processo e constituição far-se-á por meio da ideia de que as normas processuais (ordenamento jurídico) serão consequência de uma dimensão deontológica própria do direito, eis que, articula-se, a partir, de princípios para consecução das regras (leis).

Dessa forma é necessária uma ruptura com aquela autonomia formal legislativa, principalmente, quando contrariam direitos fundamentais e demais compromissos com a sociedade democrática. Os princípios, nesse sentido, são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa, para além das suficiências das regras, visto que, são eles que instituem as bases para a normatividade do direito (STRECK, 2011, p. 11).

Assim, os estudos constitucionais do processo têm possibilitado descortinar novos horizontes para a ciência processual, propiciando novas implicações sociais e políticas do sistema (ROSA, 2005). Diante da complexidade social, em especial, em países como o Brasil, o retorno de valores ao direito inspira cuidados especiais, fato este que demonstra a importância de compreender o efetivo papel dos princípios quando da constituição do ordenamento jurídico pátrio (STRECK, 2011). Lembra-se, sempre, que este é o instituidor da regra, ou seja, nasce antes da regra e não depois, como muitos o compreendem, em especial, os adeptos da chamada panprincipiologia (STRECK, 2012).

Nesse contexto, resta demonstrado o quão relevante é a compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas que envolvem a própria concepção do processo e da jurisdição e, em especial, do estado democrático de direito e seus princípios (STRECK, 2012). Ao serem obedecidos os ditames constitucionais e principiológicos pelos quais foram constituídos os regramentos inerentes ao processo e à jurisdição, mesmo cientes da complexidade estrutural que lhes é peculiar, mostram-se, eles, como potentes e importantes instrumentos, tanto para a resolução de conflitos, como para a implementação de políticas públicas (DAMASKA, 1986, p. 28), pois, ao fazê-lo, estarão garantindo constitucionalmente a efetiva concretização de direitos.

Pelo exarado até o momento demonstra-se que, tanto pela perspectiva das transformações, quanto pelas evolutivas emergidas do novo paradigma da complexidade, evidencia-se que a ciência processual busca a necessária efetividade normativa, ou seja, uma aplicação dos institutos processuais de acordo com princípios e regras constitucionais para garantir os reais objetivos: a efetiva concretização dos fundamentais.

Partindo da ideia de garantia do direito de defesa, com base no axioma *nulla probatio sine defensione*, faz-se imprescindível a atuação de uma defesa técnica frente à acusação, a qual sempre atua de forma, também, técnica, no sentido de restabelecer a igualdade das partes quanto à capacidade e de elevar à condição de igualdade inerente à posição de desvantagem, pela inferioridade do imputado e acusado (FERRAJOLI, 2002, p. 490-491). Nesse

sentido, o princípio basilar que fundamenta as regras processuais e, em especial, as inerentes aos atos probatórios é o contraditório.

Para um controle da observância das garantias processuais é necessário o estabelecimento do contraditório como verdadeiro garantidor das respectivas garantias processuais (FERRAJOLI, 2002, p. 492). Para tanto, somente haverá satisfação das respectivas garantias processuais quando toda e qualquer produção probatória que tenha por finalidade comprovar uma hipótese acusatória for desenvolvida e sustentada publicamente (FERRAJOLI, 2002, p. 492), de forma oral (POSTIGO, 2013) e mediante o rito processual previamente estabelecido (FAZZALARI, 1992).

Tudo que foi exposto e discutido até o momento somente alcançará relevo conforme a proposta adotada, garantindo-se uma audiência oral, decorrente da publicidade e oralidade, como centro do processo. Ou seja, toda e qualquer afirmação acusatória somente será legítima quando formalizada publicamente, de forma oral, perante juiz competente, que terá, como etapa procedimental, o contraditório, como garantidor das garantias. O exercício do contraditório, desse modo, não pode reduzir-se à possibilidade de falar apenas sobre o que se põe ao processo, deve ir além, implicando no poder e na capacidade de influenciar a decisão judicial e, para que esse direito seja efetivo, fazendo-se necessário o acesso à informação e força no confronto pela disposição em paridade de armas (ROSA, 2015).

O princípio do contraditório não pode permanecer no discurso abstrato, distanciando-se sua aplicação, em razão das funcionalidades punitivistas do sistema, e provocando sua reinterpretção, a contrario sensu, para manutenção das estruturas de viabilização do exercício do poder estatal de punir. Em outras palavras, não se pode adaptar o princípio do contraditório à regulamentação legal do exercício do poder desmedido para satisfação de um conjunto de expectativas criado.

Neste sentido, têm-se três premissas: as duas primeiras garantem a efetivação da terceira, a qual diz respeito à informação (publicidade), na medida em que os atores do jogo processual penal possam exercer, de maneira consciente, suas posições, tendo ciência daquilo que encontra-se na dinâmica dos acontecimentos. Ainda, porém não menos importante, há a dinâmica da plena con-

dição de conhecimento (oralidade), da reação e da possibilidade de refutação do que foi dito (contraditório) (ROSA, 2008, p. 76-77). Este último revela a efetiva possibilidade de enfrentar o conjunto carreado no feito, de modo a não manifestar apenas uma atitude meramente contemplativa e pacífica dos acontecimentos, mas sim, a possibilitar um atuar efetivo com condições de influenciar diretamente a decisão a ser tomada pelo Estado-juiz. É imperiosa a compreensão de que, a participação superficial das partes do processo, por si só, não concretiza o contraditório, pelo contrário, manipula uma percepção de contraditório falaciosa (BUONICORE; FELIX, 2014).

Partindo-se da premissa de que a audiência de custódia é um ato estritamente processual o qual visa garantir os direitos individuais inerentes ao indivíduo preso, é necessário perceber que, em uma perspectiva democrática de estado de direito, não se trata simplesmente de uma relação hierárquica inquisitiva, tanto criticada, e sim, de uma (re)construção procedimentalista em contraditório submetida aos preceitos insculpidos na Constituição e nos Tratados Internacionais.

A noção do procedimento instaurado para efetivação da audiência de custódia não pode divorciar-se da Constituição, sendo certo que, amparado no modelo democrático constitucional do processo, o qual faz parte de todo e qualquer procedimento, aquele não permite deixar de fora sua mais importante característica garantidora de direitos, qual seja, o contraditório, sob pena, de desestruturação de todo modelo procedimental construído.

3 FINALIDADE DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A principal e mais elementar finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil, no que se refere ao exercício do poder estatal, é ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Pouca ou nenhuma importância teria o Direito Internacional dos Direitos Humanos se cada país dispusesse de uma margem de apreciação a respeito da utilidade dos direitos e garantias veiculados nos Tratados aos quais, no caso o Brasil, voluntariamente aderiu.

Nesse sentido, a apresentação imediata daquele que foi preso ao juiz é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para a outorga da proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O simples conhecimento, por parte de um juiz, de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, devendo essa comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração à autoridade competente. A intervenção judicial é a que permitiria detectar e prevenir ameaças contra a vida ou sérios maus tratos que violam garantias fundamentais, também, contidas na Convenção Europeia e na Convenção Americana, uma vez que está em jogo tanto a proteção da liberdade física dos indivíduos, como a segurança pessoal, em um contexto no qual a ausência de garantias pode resultar na subversão da regra de direito e na privação das formas mínimas de proteção legal dos detidos.

Uma segunda finalidade da audiência de custódia pode ser identificada no seu propósito de evitar prisões ilegais, arbitrárias, desnecessárias ou, por algum motivo, que ensejem a aplicação da prisão domiciliar, a exemplo de quando o agente for extremamente debilitado por motivo de doença grave ou tratar-se de mulher gestante. Tal finalidade demonstra que o processo penal pode, e deve, agir na contenção do poder punitivo, devendo ser considerada como verdadeira função do processo a qual acaba por afastar o arbítrio, na medida em que serve como limite ao exercício do poder jurisdicional. Certo de que, ao menos no estado democrático de direito, amplamente trabalhado nesses escritos, o processo penal exerce, predominantemente, a função de limite do exercício do poder, esse mesmo processo penal justifica-se somente como óbice à opressão. O desafio é fazer com que sempre as ciências penais atuem como instrumento de democratização do sistema de justiça criminal.

O controle judicial imediato de uma prisão cautelar acaba por tornar-se uma verdadeira medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das respectivas prisões. Em um estado democrático de direito, o julgador deve (obrigatoriamente) garantir os direitos do preso, já que aquele é o garantidor dos direitos de todas as pessoas – principalmente no caso da ordem de prisão partir dessa mesma autoridade –, e procurar, em geral, que o in-

vestigado seja tratado de maneira coerente, a qual é a presunção de sua inocência.

A apresentação do preso ao juiz é tão importante que a Corte Interamericana já decidiu, inclusive, que tal direito não pode ser anulado, nem na hipótese de estar vigorando no país algum expediente normativo de suspensão de garantias, considerando que, ao agir desta maneira, o Estado estará violando direitos e garantias previstos na própria convenção. Basta analisar os artigos 27.1 e 27.2, do capítulo IV, da Convenção Americana de Direitos Humanos, na qual está descrito:

SUSPENSÃO DE GARANTIAS, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO

Artigo 27. Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Sendo assim, visando ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos humanos e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, há a extrema necessidade de implantação, sistematização e efetivação da audiência de custódia. Esta deve ser implementada mediante um procedimento, cuja sequência de normas, atos e posições subjetivas, se (des)encadearão até a realização do ato final, mediante uma perspectiva lógica de inclusão, o processo é uma espécie do gênero procedimento, todavia, desenvolvido em contraditório. Desse modo, partindo-se desses pressupostos, propõe-se uma importante (re)leitura de

toda teoria do processo, com consequências significativas na implantação do instituto.

A ideia de custódia relaciona-se com o ato de guardar e proteger, logo, a audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, a qual deverá, a partir de um procedimento em contraditório, público e oral, estabelecer a dialeticidade entre o Ministério Público e a Defesa, viabilizando o exercício de um controle imediato da legalidade e da necessidade ou não da prisão. Dessa forma, a audiência de custódia pode ser considerada uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, à limitação do exercício do poder arbitrário e à garantia da liberdade de quem a tenha perdido, seja de forma irregular ou desnecessária.

A normatização do tema referente à audiência de custódia está descrita da seguinte forma, na Convenção Americana de Direitos Humanos que, em seu art. 7.5, prevê:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal [...]

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Já o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos no art. 9.3, da mesma forma, estabelece que:

Artículo 9 [...]

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo

Ainda, sobre o tema, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, nos artigos 5.1, 5.2 e 5.3 dispõe que:

Artigo 5.º (Direito à liberdade e à segurança)

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;

b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;

c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;

d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;

e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo;

f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

No que se refere à normatização brasileira, tem-se que, desde 1965, o Código Eleitoral brasileiro já prevê uma espécie de audiência de custódia para os cidadãos que forem presos no período entre cinco dias antes e até quarenta e oito horas após o encerramento da eleição. Assim, descrito no art. 236, §2º da Lei 4737/1965:

DAS GARANTIAS ELEITORAIS [...]

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. [...]

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator. (BRASIL, 1965).

Semelhante hipótese é encontrada no art. 287 do Código de Processo Penal, que dispõe o seguinte:

Art. 287 - Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado. (BRASIL, 1941).

Ainda, tem o art. 171 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que diz:

Da Apuração de Ato Infracional Atribuído a Adolescente

Art. 171. O adolescente apreendido por força de ordem judicial será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária. (BRASIL, 1990).

A prisão em flagrante sempre foi muito criticada devido à sua característica administrativa e pela falta de regulamentação, pois, o Código de Processo Penal, antes da alteração legislativa advinda da Lei 12.403/2011, mencionava apenas que o flagrante seria comunicado ao juiz competente, não fazendo referência ao seu limite temporal.

A respectiva privação da liberdade, por tratar-se de medida precauteladora, dispensa a formalidade documental de apresentação do mandado de prisão (ordem escrita e assinada) expedido pela autoridade judiciária competente, pois seu exercício está estritamente ligado ao momento em que o crime é praticado, ou logo após sua realização, antecedendo a manifestação prévia da autoridade judicial, justificando-se, assim, ser um ato administrativo.

Mesmo que tardiamente, a prisão em flagrante recebeu, no âmbito de aplicação e duração, tratamento adequado. Ou seja,

aquela é utilizada no momento da flagrância delitiva, seguida da 'imediata' judicialização do ato administrativo prisional, a privação da liberdade do preso em flagrante passa a submeter-se aos ditames processuais. É essencial entender que não existe prisão em flagrante que perdure no tempo, concluída a etapa de formalização do ato prisional, o flagrante acaba, esgota-se, e assim deveria ser.

A prisão em flagrante deve fundamentar-se em duas finalidades claras e inequívocas, as quais, por si só, configuram motivos razoáveis da dispensa do mandado judicial: 1) evitar (ou ao menos tentar) a consumação delitiva ou o aprofundamento dos efeitos danosos do delito; e 2) levar à prisão do possível autor do delito, bem como, à conservação dos indícios caracterizadores da materialidade e autoria do crime. Dessa forma, influi sobre a certeza ou não das evidências da prática criminosa e assegura a atuação estatal em face do ato praticado pelo suposto infrator, sendo certo, ainda, que devido à sua pré-cautelabilidade, deverá ser submetida ao crivo de um juiz para a conversão ou não em medida cautelar.

4 DINÂMICA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Pois bem, conforme a Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça, a partir do dia 1º de fevereiro de 2016, toda pessoa presa em flagrante delito deve, obrigatoriamente, ser apresentada à autoridade judicial competente em até 24 horas da comunicação do flagrante, independentemente da motivação ou natureza do ato, para realização de audiência de custódia. Nessa apresentação será analisada a legalidade do ato prisional, eventual prática de tortura, a necessidade ou não da manutenção do cárcere e, se for o caso, a decretação da prisão preventiva (artigos 312 e 313 do CPP). No entanto, se essa for considerada desnecessária (possível, formalmente cabível, porém, desnecessária) abre-se a possibilidade para a imposição de medidas cautelares, de forma substitutiva, diversas da prisão (art. 319 do CPP).

É necessário esclarecer que, desde então, a prisão em flagrante delito passou a ser composta de 3 atos essenciais: 1) Captura – é o ato de efetivamente prender o indivíduo que está

praticando uma infração penal, ou seja, é a constrição física com possível imobilização daquele que está sendo preso; 2) Formalização – é a certificação formal de que todos os direitos inerentes ao indivíduo foram e estão sendo respeitados com a efetiva elaboração do denominado Auto de Prisão em Flagrante (A.P.F.); e 3) Audiência de Custódia – em caso de impossibilidade de fixação de fiança por parte da autoridade policial, esse deve efetuar o encaminhamento do preso à presença da autoridade judicial para a consequente audiência de custódia, a qual deverá manifestar-se quanto aos seguintes institutos: Relaxamento da Prisão ou concessão de Liberdade Provisória, Decretação da Prisão Preventiva ou imposição de Medidas Cautelares Substitutivas. Ou seja, qualquer condução da audiência de custódia que fuja a essa lógica procedimental, pautada no contraditório, é de nítida nulidade.

Todavia, levando-se em consideração uma das motivações da Resolução do CNJ que refere-se, especificamente, “ao contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente”, cabe uma análise, mesmo que superficial, quanto à observação ou não do prazo de “em até 24 horas da comunicação do flagrante” por alguns tribunais estaduais e federais do país, de acordo com suas respectivas resoluções e instruções normativas (LEMES, 2017).

Com relação ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ e ES), há a seguinte resolução:

RESOLUÇÃO 31/2015, TRF 2, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2015
Dispõe sobre a realização de audiência de custódia no âmbito da jurisdição da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e da Seção Judiciária do Espírito Santo

Art. 1. As audiências de custódia serão realizadas, sempre que possível, no prazo de 24 horas após a prisão em flagrante.
Parágrafo único. Nos dias de expediente forense normal, as audiências de custódia serão realizadas no horário das 12 às 17 horas. [...]

Plantões Judiciários

Art. 14. Nas Seções Judiciárias do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, as audiências de custódia serão realizadas pelo Juízo de Plantão quando não houver expediente forense normal.

§1º. No regime de plantão dos dias sem expediente forense, conforme definido na Consolidação de Normas da Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 2ª Região, as audiências de custódia serão realizadas no horário das 12 às 17 horas.

§2º. Não havendo tempo hábil para a realização da audiência de custódia no mesmo dia em que ocorrer a prisão, o juiz competente, justificada a hipótese, poderá designá-la para o dia seguinte, observado o horário delimitado no parágrafo anterior.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (PR, SC, RS) apresentou:

RESOLUÇÃO CONJUNTA Nº 1, TRF 4, DE 13 DE ABRIL DE 2016

Art. 1º. A realização da audiência de custódia no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região, nos termos da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, dar-se-á mediante a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, em até 24 (vinte e quatro) horas da comunicação do flagrante à autoridade judicial competente.

§ 1º Considera-se ciente o juiz da prisão em flagrante a partir do recebimento do respectivo expediente através do sistema de processo eletrônico (Eproc).

§ 2º No caso de inoperância do sistema Eproc, a comunicação ao juízo da prisão em flagrante poderá, excepcionalmente, ser realizada pela autoridade policial por meio de ofício em meio físico, contando-se as 24 (vinte e quatro) horas previstas no caput de seu recebimento formal.

§ 3º As audiências de custódia que excederem o período de 24 (vinte e quatro) horas da cientificação do Juízo deverão ser justificadas e comunicadas à Corregedoria Regional em até 2 (dois) dias úteis, a contar também da ciência do magistrado acerca da autuação em flagrante.

Art. 2º. As audiências serão realizadas, ordinariamente, das 11 às 18 horas, inclusive durante o recesso forense do Judiciário Federal, compreendido entre 19 de dezembro e 6 de janeiro.

Assim como o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3/2016 [...]

Art. 4º Nos termos do artigo 14 da Resolução 213/2015 do CNJ e levando em consideração à realidade local, na impossibilidade de efetuar o deslocamento da pessoa presa em flagrante delito ao local da audiência de custódia nos finais de semana e feriados, conforme previsão do artigo 2.º da Resolução 213/2015 do CNJ, não sendo possível a realização nesse período, as referidas audiências serão efetivadas no primeiro dia útil seguinte, devendo para tanto o magistrado adequar sua pauta.

Art. 5º Os autos de prisões em flagrante que tenham a comunicação efetuada nos finais de semana e feriados, cuja audiência não possa ser realizada nesta ocasião, serão encaminhados pela autoridade policial ao juiz de plantão que justificando a impossibilidade de realizá-la, decidirá nos termos do art. 310 do CPP e determinará a distribuição à vara competente após encerrado o plantão judiciário para concretização dos demais termos da audiência de custódia.

E o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

RESOLUÇÃO Nº 29/2016 Art. 2º Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz competente, a fim de realizar se audiência de custódia.

Parágrafo único Por decisão judicial, devidamente fundamentada, será dispensada a apresentação do preso quando forem reconhecidas circunstâncias pessoais que a inviabilizem.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RESOLUÇÃO Nº 740/2016 [...]

Art. 3º [...] § 1º. As audiências deverão ser realizadas entre as 9h e 13h.

§ 2º. A pessoa detida deverá ser apresentada em juízo até às 10h, distribuindo-se o respectivo flagrante. [...]

Art. 5º. Serão realizadas as apresentações e audiências de custódia, nos dias úteis.

Art. 6º. Nos casos dos artigos 4º e 5º, as distribuições no sistema informatizado oficial – SAJ-PG deverão ser realizadas de forma livre, no próprio Foro.

§ 1º. A pessoa detida deverá ser apresentada em juízo até às 12h.

§ 2º. As audiências deverão ser realizadas até às 14h.

Observa-se que, em relação aos Tribunais Federais, há uma preocupação maior em respeitar o prazo de 24 horas previsto na Resolução, seja pela organização (em escalas) ou pela disponibilização de plantão judiciário aos finais de semana e feriados, bem como, durante o recesso forense (LEMES, 2017).

Porém, o mesmo não ocorre nos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná e Rio de Janeiro, os quais se utilizam (intencionalmente) de expressões dilatantes do prazo, como: primeiro dia útil seguinte e sem demora, respectivamente. Exemplificando, se houver prisão em flagrante de um indivíduo na “sexta-feira santa/paixão de Cristo”, feriado nacional, e não houver na comarca juízo de plantão, a prisão em flagrante, inevitavelmente, durará 3

dias (sexta, sábado e domingo), de acordo com a previsão contida na Instrução Normativa nº 3, do Tribunal de Justiça do Paraná, sendo a autoridade judicial informada sobre a prisão apenas na segunda-feira.

E quanto ao ‘sem demora’, o que seria? É difícil imaginar quando se fala de um dos bens mais importantes da vida, a liberdade, que aliada ou subtraída pelo tempo (seja 3 dias ou 3 anos), o qual a todos se mostra de uma forma diferente, é “tão suave como o vento que passa, pode ser o passar do tempo, mas tão severo e rude pode ser seu passar que leva tudo ao redor” (LEMES, 2017).

Em relação à Resolução nº 740, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a preocupação está em delimitar os horários para a apresentação dos presos e a realização das audiências de custódia, com base no expediente forense, apenas. Sendo assim, quem for detido após as 10 horas (§2º) nas circunscrições previstas no artigo 3º, seria apresentado à autoridade judiciária apenas no dia seguinte (útil)? (LEMES, 2017).

Seria a realidade diferente disso ou um pouco pior? Sabe-se que na prática, há cidades do interior em que um delegado de polícia cumula 4, 5 cidades, sendo um investigador e/ou escrivão efetivamente responsável pela delegacia. Esse ainda é quem acompanha a apresentação do preso, ouve, lavra o termo e, por fim, o recolhe ao cárcere. Cumpre-se a formalidade e aguarda-se a chegada da autoridade policial, para que, então, sejam analisadas as condições da prisão o que, muitas vezes, nem ocorre, ficando o delegado de polícia adstrito à mera assinatura do APF. Quiçá a existência de um plantão judiciário para a realização da tão idealizada audiência de custódia (LEMES, 2017).

Ou seja, mesmo a Resolução nº 213 do CNJ, tendo como norteadores: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica); a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; os relatórios produzidos pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU e pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU; o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos; o diagnóstico de pessoas presas (anos 2014 e 2015) apresentado pelo CNJ e pelo INFOPEN

do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, é recheada de discurso humanista. Mais uma vez comprova-se que a simples edição de atos legislativos, por si só, não é capaz de dar efetividade à audiência de custódia, é necessário todo um contexto a ser implantado para o seu real alcance.

5 CONCLUSÃO

Em suma, tem-se que o conceito dado à audiência de custódia está totalmente vinculado à sua finalidade (assunto do tópico seguinte), não podendo se confundir com a mera 'audiência de apresentação', porquanto sua previsão nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos citados somente justifica-se na possibilidade de servir como um instrumento de controle judicial imediato da prisão.

Um detalhe que deve ser levado em consideração é que toda a legislação sobre o tema não fala que, apenas em caso de prisão em flagrante, haverá a necessidade da audiência de custódia (apresentação do preso perante a autoridade judicial) e sim, em todos os casos de prisão. Fala-se em toda pessoa presa ou detida.

Ou seja, toda e qualquer privação da liberdade deve ser imediatamente submetida à autoridade judicial para que, mediante um ato dialético, seja respeitado o contraditório público e oral, para só então a respectiva privação da liberdade ser considerada legítima. O primeiro passo foi dado, agora resta persistir no aprimoramento do instituto.

Falar de processo fora dos limites estabelecidos pela Constituição é um erro, uma vez que, na própria Constituição, foi estabelecido um conjunto de direitos e garantias processuais dos quais todo cidadão deve usufruir. Em uma democracia, o processo torna-se um verdadeiro embate linguístico, por conseguinte, acaba por alçar o contraditório ao patamar de protagonista processual, denominado, inclusive, como princípio supremo. O processo deixa de ser uma mera concatenação de atos formalmente estruturados para tomar uma nova dimensão, tornando-se um direito fundamental, eis que torna-se um dos principais instrumentos pelo qual

direitos fundamentais podem ser firmados, garantidos e gozados por todos os cidadãos.

A compreensão do processo, do papel das partes e do juiz, no Estado Democrático de Direito, depende de revisitação crítica e reflexiva do liberalismo e da socialização processual. Inicia-se pelo abandono dos equívocos praticados nos respectivos modelos, para que haja a busca por um sistema processual democrático-constitucional, o qual compreende que o papel a ser desempenhado pelas partes, por meio do contraditório, é fundamental e jamais será possível sem o amparo da publicidade e oralidade concomitantemente.

Assim, todo e qualquer ato de exercício do poder jurisdicional que tenha por finalidade a privação da liberdade de uma pessoa deve seguir o seguinte procedimento: todo preso deverá ser conduzido imediatamente à presença do juiz que decretou a privação da sua liberdade para que, de forma pública e oral, o acusado possa, pessoalmente e representado por advogado, exercer o contraditório. Somente então, após analisar a versão e possíveis provas apresentadas pela defesa, é que o juiz pode manter seu decreto ou reconsiderar a respectiva decisão.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira – situações e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

BINDER, Alberto M. **Análisis político criminal**: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Buenos Aires: Astrea, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. **Atos Administrativos**, Brasília, DF, 15 dez. 2015.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial**, Brasília, DF, 09 nov. 1992.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** INFOPEN. dez. 2014.

BRASIL. Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 4.373, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 jul. 1965.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 mai. 2011.

BUONICORE, Bruno Tadeu; FELIX, Yuri. Contraditório e Velocidade: desafios do processo Penal Democrático na Sociedade Complexa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 945, p. 261-274, jul. 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado:** Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1986.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEME, Luana Aristimunho Vargas Paes. Audiência de Custódia e a (i)lógica estatal na perspectiva dos tribunais. **Portal Empório do Direito**, 22 abr. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-e-a-i-logica-estatal-na-perspectiva-dos-tribunais/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. UNIC Rio de Janeiro, jan. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 1948.

POSTIGO, Leonel González. **La Oralidad em la etapa recursiva del proceso penal chileno**. Santiago: CEJA, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JÚNIOR, Salah H. **Neopenalismo e Constrangimentos Democráticos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Para um processo penal democrático:** crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SANTORO. Antônio Eduardo Ramires; RANGEL. Natália Ribeiro. O Princípio Constitucional do Contraditório na Interceptação das Comunicações Telefônicas. In: MENDES, Soraia da Rosa; LONGO, Ana Carolina F. (Orgs.). **Segurança Pública**. Brasília: IDP, 2015. p. 7-34.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado. Resolução nº 740, de 27 de abril 2016. **Relatório de Legislação**, São Paulo, 17 abr. 2016.

STRECK, Lenio. Do pamprinciologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

LIQJIDbook

