

Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil

Diretor: Leonel González
Coordenadora: Paula Ballesteros

Volume III



© 2019 Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)
Rodo 1950 Providencia
Santiago, Chile
Tel.: 56 2 22742933
www.cejamericas.org

Equipe editorial

Paula R. Ballesteros (Coordenadora)
Sandra Araneda

Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil

Volume III
Registro Propiedad Intelectual: A-300207
ISBN: 978-956-8491-59-8

Desenho de capa

Original - Fanny Romero y Eduardo Argañaraz
Adaptação – Carolina Pilar Mardones Piñones

Diagramação e Impressão:

Gráfica LOM

Distribuição gratuita.

DESAFIANDO A INQUISIÇÃO:

Ideias e propostas para a
reforma processual penal no
Brasil

Volume III

**DESAFIANDO A INQUISIÇÃO:
Ideias e propostas para a reforma processual penal no
Brasil
Volume III**

Diretor

Leonel González Postigo

Coordenadora

Paula R. Ballesteros

Autoras e autores

Ana Carolina Filippou Stein

Brunna Laporte Cazabonnet

Bruno Cunha Souza

Danielle Nogueira Mota Comar

Diana Furtado Caldas

Gabriel Bulhões

Izabella Drumond Matosinhos

Lidiane Maurício dos Reis

Luiz Eduardo Cani

Maia Gelman Amaral

Paulo Silas Taporosky Filho

Pedro da Gama Lobo Lorens

Pedro Roney Dias Ribeiro

Rodrigo Oliveira de Camargo

Terezinha A. de Albuquerque Gomes

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1.

REORGANIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DA JUSTIÇA PENAL

Desafiando a inquisição sem mudar a legislação: possíveis mudanças das práticas profissionais para construção de um sistema de justiça menos inquisitivo 11

Pedro Roney Dias Ribeiro

Resquícios do Sistema Inquisitorial do Processo Penal Brasileiro: impossibilidade de perpetuação da figura do juiz como agente de persecução penal na nova ordem constitucional 29

Diana Furtado Caldas e Pedro da Gama Lobo Lorens

A efetividade na prestação jurisdicional e a especialização de funções no âmbito do judiciário brasileiro 45

Terezinha A. de Albuquerque Gomes

Juiz das garantias à brasileira no projeto do novo CPP. Sobre a necessidade de implantação do novo ator processual em um verdadeiro sistema acusatório. Críticas e refinamentos 65

Danielle Nogueira Mota Comar

Defesa Penal Efetiva no Brasil: desafios da atuação defensiva na investigação preliminar em meio ao sistema acusatório 83

Rodrigo Oliveira de Camargo e Gabriel Bulhões

CAPÍTULO 2.

NOVAS FERRAMENTAS PARA A GESTÃO DA CONFLITIVIDADE

Oportunidade no Processo Penal Brasileiro: exigência democrática ou arbítrio? 103

Bruno Cunha Souza

Falência do princípio da obrigatoriedade da ação penal no sistema jurídico brasileiro: importância da aceitação do princípio da oportunidade 119

Izabella Drumond Matosinhos

O fortalecimento do consenso no Projeto do Novo Código de Processo penal e a mitigação da oralidade 139

Lidiane Maurício dos Reis

CAPÍTULO 3.

IMPACTO DA ORALIDADE E MUDANÇA CULTURAL

Che cos'è mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice? Riflessioni su una mentalità accusatoria 153

Luiz Eduardo Cani e Paulo Silas Taporosky Filho

Representação cênica e arquitetura das salas de audiência no Chile: elementos para repensar a dinâmica no Brasil 171

Maia Gelman Amaral

A audiência de custódia: uma prática reativa ao processo penal de cariz inquisitorial 193

Brunna Laporte e Ana Carolina Stein

APRESENTAÇÃO

Sempre propomos que a reforma da justiça penal configura uma profunda mudança cultural e a instalação de novas práticas e dinâmicas de trabalho. A produção acadêmica é um dos âmbitos concretos nos quais essa mudança deve ocorrer. Neste contexto, lançamos o terceiro volume da coleção “Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil”, cuja ideia inicial surgiu no ano de 2016 e a esta altura congrega 64 especialistas que geraram um conjunto de reflexões para que o sistema penal adversarial se transforme em realidade no Brasil.

A coleção tem como objetivo central constituir-se em ponto de referência para aqueles e aquelas que tem interesse em problematizar a atual situação do processo penal brasileiro, com um olhar direcionado às experiências já concretizadas nos diferentes países da região nos últimos vinte e cinco anos. É por isso que a estrutura do Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal, espaço a partir do qual se desenvolve esta coleção, consista em uma fase local no Brasil, para discutir os elementos reitores de um sistema acusatório e adversarial, e uma fase internacional no Chile, para propiciar conhecimento empírico de um modelo que já leva quase 20 anos de existência.

Nesta terceira edição abordam-se os desafios que supõe a reorganização das instituições da justiça penal, os novos métodos de gestão da conflitividade e as implicações da oralidade e de um sistema por audiências. Os autores e autoras que contribuíram com trabalhos para este número participaram dos cursos de CEJA na Bahia, Paraná e Ceará em 2018.

Ainda que um dos primeiros passos para a reforma consista na aprovação de uma nova estrutura normativa que dê sustento ao sistema adversarial, o certo é que isto não obsta que as mudanças comecem a produzir-se no terreno das práticas. De fato, em nossa região latino-americana abundam exemplos de grandes reformas que nasceram a partir de pequenos esforços pessoais que posteriormente se consolidaram no nível nacional.

Por isso, sempre afirmamos que a responsabilidade primária pela reforma recai em quem intervém de alguma forma no exercício do poder punitivo.

Sem prejuízo de considerar os contextos político e social, a urgência e necessidade de mudança da justiça penal no Brasil será um importante eixo de trabalho nos próximos anos. O central será estar preparados em relação à direção que essa mudança deva adotar e congregar um novo e ampliado grupo de militantes pela reforma. Este é o chamado que faz esta coleção.

Leonel González
Diretor de Capacitação de CEJA

CAPÍTULO 1

REORGANIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DA JUSTIÇA PENAL

DESAFIANDO A INQUISIÇÃO SEM MUDAR A LEGISLAÇÃO: POSSÍVEIS MUDANÇAS DAS PRÁTICAS PROFISSIONAIS PARA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE JUSTIÇA MENOS INQUISITIVO

Pedro Roney Dias Ribeiro¹

INTRODUÇÃO

No desenvolvimento de seus estudos sobre a reforma da justiça penal, Alberto Binder (2002) pôs o nome de “fetichismo normativista” à prática segundo a qual as autoridades públicas sancionam leis, muitas vezes com propostas de mudanças ambiciosas, mas logo se despreocupam com sua efetiva execução. A ideia combate uma concepção ingênua de que a mudança legislativa seria capaz de, por si só, modificar as práticas do sistema de justiça. Binder (2002) não diz que a mudança legislativa é incapaz de promover qualquer modificação no sistema, mas que ela é insuficiente. O jurista argentino aborda essa questão não só para propagar que a mudança legislativa é insuficiente, mas também para denunciar o uso da legalidade como uma máscara de legitimidade, como se a mudança legislativa representasse o cumprimento do dever das autoridades públicas, que não mais teriam que se preocupar com a realização efetiva das políticas.

A partir da ideia de Binder (2002), da insuficiência da mudança legislativa, proponho uma reflexão acerca da desnecessidade da mudança legislativa para alteração de certas práticas típicas do sistema inquisitório no âmbito da justiça penal brasileira. Obviamente, não estou aqui dizendo que a mudança legislativa é desnecessária para a implementação de uma

¹ Mestrando em Antropologia pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Bacharel em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras. Membro do Grupo de Estudos em Processo Penal da Universidade Federal do Ceará. Servidor do Ministério Público Federal.

reforma processual penal, mas que certas práticas podem ser desde já alteradas, com vista a se aproximar de um sistema mais acusatório.

A proposta deste trabalho é identificar possibilidades de mudanças de práticas profissionais no âmbito do sistema de justiça brasileiro, que auxiliem nessa aproximação, ao passo que independam de mudança legislativa, a partir da realidade observada na Justiça Federal de Fortaleza/CE.

Ao falar de um sistema mais acusatório, estou me referindo, inicialmente, a três elementos básicos: a separação das funções persecutórias (investigação e acusação) das funções jurisdicionais (decisão), que traga protagonismo ao Ministério Público na fase investigativa e na fase judicial; a oralidade como metodologia e como centro do processo; e a igualdade de armas entre Ministério Público e Defesa.

Assisti, como observador externo, audiências realizadas nas varas criminais da Justiça Federal de Fortaleza/CE durante o ano de 2018. Utilizei para este trabalho os elementos colhidos nesta observação e anotados em caderno de campo. Realizei também entrevistas com juízes e procuradores da República, acerca de suas atribuições no sistema de justiça. Além disso, no cotidiano de um ofício criminal do Ministério Público Federal (MPF), no qual exerço minhas funções profissionais, travei contato com a parte escrita do processo, destacadamente com as manifestações do Ministério Público e com as decisões judiciais.

O método empregado nessa pesquisa é qualitativo, não se prestando, a princípio, às generalizações ou ao tabelamento de dados para realizar uma análise geral. Ainda assim, acredito ser possível, a partir das situações observadas na Justiça Federal de Fortaleza/CE, pensar práticas possíveis para todo o sistema de justiça do país, por indução.

O intuito é descrever como normalmente o processo penal se desenvolve no âmbito desta Justiça e refletir a cada passo sobre possíveis adaptações para aproximação de um sistema de justiça mais acusatório. Além disso, a pretensão também é de trazer situações pontuais observadas a partir de casos concretos, ainda que singulares, como forma de iniciar a reflexão acerca de mudanças possíveis, que não careçam de reforma legal. Essas situações abarcaram tanto manifestações típicas de um sistema inquisitorial, quanto indicativos de transformações em curso, que servem como

modelo inspirador para a mudança em outras esferas da justiça criminal brasileira.

Seguirei alguns caminhos processuais possíveis, da chegada da notícia-crime até os recursos, pontuando cronologicamente tais situações.

1. CAMINHOS PROCESSUAIS ATUAIS

Neste tópico, precisarei ser bastante reducionista. Os caminhos de uma notícia-crime até as decisões judiciais sobre o caso são inúmeros e bem ramificados, o que demandaria todo um trabalho para serem esmiuçados. Buscarei narrar as principais vias, do que normalmente acontece, negligenciando certos detalhes que entendi que não contribuem para a discussão que intenciono travar neste escrito. A narrativa será acompanhada pela base legal ou regulamentar das práticas processuais, como modo de antecipar as balizas legislativas a que se está submetido, para uma mudança de conduta por parte dos integrantes do sistema de justiça. Também colocarei códigos alfanuméricos nas fases para facilitar o acompanhamento.

Em regra, o sistema de justiça toma conhecimento de uma prática criminal de duas formas: ou a partir de uma (A.1) prisão em flagrante delito ou a partir de uma (A.2) representação. Havendo (A.1) prisão em flagrante, é designada audiência de custódia, para decidir acerca da legalidade da prisão e da imposição de medidas cautelares, como modo de dar cumprimento às exigências do art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica. Concomitantemente, é instaurado inquérito policial para apuração mais aprofundada do ocorrido, até a elaboração de um relatório.

Nos casos da Justiça Federal de Fortaleza/CE em que não há prisão em flagrante, as (A.2) representações criminais são direcionadas ou à Superintendência Regional da Polícia Federal no Ceará (SR/PF/CE), seguindo a previsão do artigo 5º, §3º, do Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB), ou ao órgão do MPF na cidade, a Procuradoria da República no Estado do Ceará (PR/CE), na linha do artigo 27 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPPB).

No âmbito da SR/PF/CE (A.2.1), há um setor encarregado da análise de notícia-crime, que assessoria o Corregedor Regional na decisão de instaurar ou não inquérito policial. As notícias que não se tornam inquéritos policiais são remetidas ao MPF e, na situação do procurador da República concordar com a posição do Corregedor, são promovidos os respectivos arquivamentos. É operacionalizada aqui uma espécie de remessa ex

officio, funcionando o MPF como o chefe de Polícia previsto no artigo 5º, §2º, do CPPB.

No âmbito da PR/CE (A.2.2), a notícia-crime encaminhada diretamente é distribuída a um dos escritórios criminais da PR/CE para analisar a providência a ser adotada. Havendo fundamento para tanto, o procurador da República pode optar entre instaurar uma investigação no âmbito do próprio Ministério Público, mediante um (B.1) Procedimento Investigatório Criminal (PIC), ou requisitar à Polícia Federal a instauração do (B.2) inquérito, como lhe faculta o artigo 2º da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Interessante notar que, nesta última hipótese, a requisição também é encaminhada ao setor encarregado da análise de notícia-crime, podendo ser devolvida ao MPF com justificativas para não instauração de inquérito policial.

Em caso de instauração de PIC (B.1), o procurador da República realiza as diligências que entende necessárias para o esclarecimento do caso, devendo fundamentar a necessidade de prosseguir nas apurações a cada 90 dias, mediante despacho no procedimento. Em caso de instauração de inquérito policial (B.2), o delegado de polícia que o preside tem o dever de remetê-lo ao Ministério Público ao final de cada prazo concedido para a investigação, que é costumeiramente assinalado em 90 dias. Este trâmite entre a Polícia e o Ministério Público ocorre sucessivamente até o delegado de polícia entender que devem ser encerradas as investigações e elaborar um relatório.

Encerradas as diligências do PIC ou do inquérito policial, o procurador da República emite sua opinião sobre o delito, mediante a (C.1) promoção do arquivamento ou a (C.2) apresentação de denúncia.

O (C.1) arquivamento promovido pelo procurador da República, tanto de notícia-crime, quanto de PIC, ou mesmo de Inquérito Policial, pode ser realizado perante a Justiça Federal, seguindo a disposição do art. 28 do CPPB, ou perante uma Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPF, conforme o art. 14, §2º, da Resolução 77/2004 do Conselho Superior do MPF. A partir da Orientação Conjunta nº 01/2015, firmada pela 2ª, 5ª e 7ª CCR do MPF, cada vez mais os procuradores da República estão direcionando suas promoções de arquivamento a uma das CCR e não mais ao Poder Judiciário.

No caso dos inquéritos policiais, essa questão do direcionamento ganha um outro aspecto prático. Mesmo após remessa do inquérito com promoção de arquivamento a uma CCR do MPF e com a homologação do arquivamento por esse órgão colegiado, é preciso dar destinação física

ao inquérito policial. Tradicionalmente, o inquérito policial era arquivado nas Varas Federais, razão pela qual o Poder Judiciário construiu uma rotina e uma estrutura própria para receber os inquéritos policiais arquivados. Assim, esses processos ainda são fisicamente destinados à Justiça Federal, após homologação do arquivamento, bem como é normalmente encaminhada ao Poder Judiciário manifestação solicitando o “arquivamento físico” do processo, em sistema de peticionamento eletrônico.

Nessas circunstâncias, o juiz toma conhecimento do arquivamento homologado do inquérito policial, sendo que, em vários casos que teve contato, o juiz discorda do arquivamento, promovendo nova remessa a uma CCR do MPF. Essa situação traz vários problemas de ordem lógica, teórica e prática, que não serão tratadas aqui por não ser o objetivo do trabalho, mas que despertaram reflexões importantes acerca do sistema acusatório, a ser desenvolvidas nos próximos tópicos.

Havendo oferecimento de (C.2) denúncia, o caminho torna-se mais retilíneo. A denúncia será distribuída a um dos juízes, havendo prevenção daquele que atuou na fase de investigação. Ou seja, caso algum juiz tenha decretado medidas investigativas (quebra de sigilo, interceptação telefônica, etc.) ou medidas cautelares, no âmbito do inquérito policial, este será o responsável pela análise da denúncia e condução da posterior ação penal.

É possível também, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo ou com pena mínima não superior a um ano, o oferecimento de (D.1) proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo. Nesse caso, é designada audiência admonitória para verificar se o investigado aceita a proposta e para o ajuste de seus termos de cumprimento.

Recebida a denúncia, prática prevista no artigo 396 do CPPB, não sendo possíveis ou não sendo aceitas essas saídas alternativas, o juiz determina a citação do réu para (D.2) responder à acusação. Normalmente, essa resposta é genérica, sem se aprofundar no caso, até como estratégia de não antecipar a tese de defesa nesse momento.

Apresentada a resposta, os juízes costumam, na quase totalidade das vezes, intimar o Ministério Público para (E) se manifestar sobre a resposta apresentada, manifestação sem base normativa direta, mas feita como uma analogia ao artigo 409 do CPPB, aplicável ao procedimento relativo aos processos do tribunal do júri.

Após essas três manifestações escritas (denúncia, resposta a acusação e “réplica”), é designada (F) audiência de instrução. Na audiência, são ou-

vidas as testemunhas de acusação e de defesa, bem como é colhido o interrogatório dos acusados. É perguntado, ao final, se as partes desejam ainda realizar alguma diligência antes do encerramento da instrução, em cumprimento ao disposto no artigo 402 do CPPB. Em geral, não são requeridas diligências. O processo, então, segue para as (G) alegações finais escritas, do Ministério Público e da defesa, e para a (H) sentença. Da sentença, cabe (I) recurso de apelação, sem qualquer limitação temática, que pode discutir todas as matérias do processo.

De forma bem reducionista, esses são os caminhos costumeiros do processo penal brasileiro, ao menos da realidade observada da Justiça Federal de Fortaleza/CE. Até para este autor, a narrativa pareceu maçante, apesar de necessária, o que reflete o próprio espírito desse tipo de processo². Diante disso, é preciso perguntar: como tornar esse processo mais racional, mais célere e mais dinâmico? Como aproximá-lo das bases de um sistema acusatório, focado na separação das funções de acusação e de decisão, na oralidade e na igualdade de armas entre acusação e defesa?

Em uma tentativa de resposta, trago uma série de sugestões de adaptação processual, que prescindem de modificação legislativa.

2. PROPOSTAS DE ADAPTAÇÃO PROCESSUAL

Temos um sistema com três bacharéis em Direito, servidores públicos, que opinam sucessivamente sobre uma investigação, com autonomia e liberdade na formação dos seus convencimentos: o delegado de polícia, o membro do Ministério Público e o juiz. Antes de enumerar as propostas, é preciso ter em conta, durante toda a descrição das sugestões, a necessidade de mudança da própria mentalidade autoritária e bacharalesca do processo penal brasileiro. É preciso redefinir o papel desses três atores do sistema de justiça, de forma que ele funcione de modo mais harmônico e que menos tarefas sejam feitas por várias pessoas, o que tem gerado retrabalho analítico.

Uma frase dita por um juiz em entrevista ilustra bem esse cenário: havendo uma situação de prisão preventiva, eu como delegado representaria pela prisão preventiva, como membro do Ministério Público daria parecer

2 Expus esses caminhos em uma comunicação oral na Universidade Federal do Ceará a um público composto majoritariamente de alunos dos dois primeiros semestres da Faculdade de Direito, que não tinham tido contato com as disciplinas de processo penal. A opinião deles sobre este processo exposto foi de que era “lento”, “burocrático”, “com muitas etapas”.

favorável à prisão e como juiz decretaria a prisão preventiva; em situação contrária, como delegado não representaria pela prisão, como membro do Ministério Público daria parecer desfavorável à prisão e como juiz não decretaria a prisão. Em um sistema de total autonomia e liberdade na formação do convencimento desses três atores processuais, com juízes que analisam exatamente o mesmo conteúdo processual que delegados de polícia e membros do Ministério Público e que podem tomar decisões contrárias aos pareceres desfavoráveis e, em certas situações, tomar decisões sem representação alguma, é urgente reajustar na prática a tarefa desempenhada por cada um desses atores.

Acerca do relacionamento entre Ministério Público e polícia, Leonel González Postigo (2017, pág. 27) entende ser necessário um novo modelo, “onde o Ministério Público assuma definitivamente a direção e planejamento da persecução e, ao mesmo tempo, receba diversos poderes discricionários para exercer a ação penal”. É um modelo para superar um sistema vigente de um policial protagonista na direção e execução das investigações, fazendo do Ministério Público o responsável pela administração de 100% dos casos que ingressem na instituição (González Postigo, 2017).

Retirar da polícia as tarefas de análise jurídica não é desmerecer a instituição policial ou rebaixar seus membros no contexto do sistema de justiça. Ao contrário, em um cotidiano em que a polícia judiciária remete mais da metade dos seus inquéritos sem ter realizado qualquer diligência em noventa dias, a retirada de tarefas jurídicas contribui para um maior foco naquilo que é a essência da atividade da polícia judiciária: o descortinamento da materialidade e da autoria dos crimes. O inquérito policial e o delegado de polícia, ainda presentes no sistema de processo penal brasileiro, são duas figuras anacrônicas quando comparadas aos demais sistemas latino-americanos. No entanto, mesmo sem a extinção dessas figuras, que carece de modificação legislativa, certas modificações podem ser feitas para redimensionar seus papéis.

As sugestões apresentadas são ousadas e requerem uma mudança cultural para a implementação. Além disso, são sugestões iniciais, esboçadas em poucos parágrafos e não aprofundadas, apenas com a finalidade de suscitar a discussão acerca do tema, a partir de observações empíricas.

2.1. Concentração da análise de notícia-crime no Ministério Público

A primeira sugestão é a concentração da análise de notícia-crime no Ministério Público. No sistema atual, as representações podem ser direcionadas à polícia ou ao Ministério Público. Não há razão para manter tal

tarefa jurídica no âmbito policial. Como cabe ao Ministério Público a decisão de ingressar ou não com a ação penal, de nada adianta um delegado de polícia instaurar um inquérito e passar três meses em investigação, quando o membro do Ministério Público entende que o fato é atípico, por exemplo. O tempo, o esforço e os recursos despendidos nesse tipo de trabalho não geram qualquer resultado positivo para o sistema.

Cabe ao Ministério Público desenvolver mecanismos de análise célere e percuciente dessas notícias. No campo regulamentar, o parágrafo 4º do artigo 2º da Resolução nº 174 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) antecipadamente já dispõe que “Poderão ser criados mecanismos de triagem, autuação, seleção e tratamento das notícias de fato com vistas a favorecer a tramitação futura de procedimentos decorrentes, consoante critérios para racionalização de recursos e máxima efetividade e resolutividade da atuação finalística”.

Na observação prática, um caso local serve para exemplificar os ganhos com essa concentração. Principalmente após auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), esta autarquia previdenciária passou a remeter quase diariamente representações criminais com notícia do recebimento de benefícios após a morte de seus titulares. Por acordo de trabalho, tais representações passaram a ser direcionadas exclusivamente ao Ministério Público e não mais à Polícia Federal. Assim, o Ministério Público realiza uma análise inicial da punibilidade da conduta, considerando que muitos casos estavam abarcados pela prescrição da pretensão punitiva, e da viabilidade da investigação, o que economiza os recursos que seriam envidados pela polícia na instauração de inquérito policial.

2.2. Adoção de parâmetros objetivos gerais de viabilidade da investigação

Essa mesma experiência local serve de exemplo para uma segunda sugestão: a adoção de parâmetros objetivos gerais de viabilidade da investigação. Na situação de recebimento do benefício após o óbito, foi verificado que muitos casos se referiam ao recebimento de duas ou três parcelas, às vezes integralmente devolvidas, que eram utilizadas para as despesas com funeral ou quitação de dívidas deixadas pelo falecido. A partir disso, a 2ª CCR do MPF editou a Orientação nº 4, que orienta o arquivamento dessas notícias quando não houver prova de dolo no saque de até três benefícios.

Essa orientação teve impacto econômico sensível sobre a rotina de trabalho dos órgãos envolvidos. Por se tratar de orientação da 2ª CCR, não ha-

via mais necessidade de remessa para análise e homologação do arquivamento pelo colegiado da CCR, podendo o membro do Ministério Público arquivar o processo diretamente em sua unidade, sem outras burocracias.

Notei, inclusive durante o curso do Programa Brasileira para a Reforma Processual Penal promovido pelo CEJA, notória resistência dos próprios membros do Ministério Público em relação à mudança cultural que permite aos promotores de Justiça e aos procuradores da República o arquivamento de casos, sem revisão por órgãos superiores, dentro do paradigma da disponibilidade da ação penal, em aplicação do princípio da oportunidade. Quanto a isso, minha realidade de trabalho tem demonstrado que a persecução penal é uma política pública e, como tal, atende a certas prioridades, por não dar conta da ilusão da obrigatoriedade da ação penal. Não é humanamente possível uma dedicação total a todos os casos, tanto assim que, no âmbito da polícia judiciária, boa parte dos inquéritos retornam ao Ministério Público após noventa dias de investigação sem qualquer avanço.

Para Leonel González Postigo (2017), a crença de que “todos os casos devem e podem ser investigados”, com a regulação legal do princípio da obrigatoriedade é irreal. “O certo é que ocorre uma seleção de casos a ser investigados, por quanto os recursos humanos e financeiros (sempre limitados) não permitem perseguir e julgar de forma eficiente todos os casos” (González Postigo, 2017, pág. 31).

Sempre haverá, portanto, uma escolha de prioridades. Essa escolha, no entanto, pode ser tomada no caso a caso, na individualidade dos gabinetes, ou em um plano macro, com parâmetros objetivos gerais de investigação, como foi o caso da decisão da 2ª CCR do MPF, que fixou o limite de três saques. É possível a disseminação dessa fixação de parâmetros para outros tipos penais, como o número de cédulas no crime de moeda falsa, o valor subtraído no crime de furto, a quantidade de droga no crime de tráfico, entre outros, o que delinearía uma política de atuação criminal no âmbito do Ministério Público.

2.3. Direcionamento das investigações pelo Ministério Público

Uma terceira sugestão é o direcionamento das investigações pelo Ministério Público. Atualmente as investigações são direcionadas através de despacho do delegado de polícia e, nas idas ao Ministério Público a cada 90 dias, o membro desta instituição limita-se, em regra, a uma análise superficial, concedendo novo prazo para a conclusão da apuração, algu-

mas vezes com a aposição de um carimbo, até que o delegado apresente um relatório do inquérito.

As idas do inquérito policial ao Ministério Público podem ser aproveitadas para que o ator processual responsável pela apresentação da denúncia aponte o que necessita para formar seu convencimento acerca da existência do crime e do esclarecimento da autoria. Ninguém melhor do que ele sabe o que ele pensa precisar para encerrar a fase investigativa com a exposição de sua opinião sobre o delito, quer com a apresentação de denúncia, quer com a promoção do arquivamento.

Considerando a primeira sugestão apontada, de concentração da análise da notícia-crime, todos os inquéritos seriam instaurados mediante requisição do Ministério Público, no qual apontaria as diligências preliminares necessários para o início das investigações. Daí em diante, a cada ida do inquérito ao Ministério Público, o membro desta instituição elaboraria nova manifestação diretiva, indicando os rumos a serem tomados para o prosseguimento da apuração.

Tal medida retira essa tarefa analítica das mãos do delegado de polícia, dando-lhe mais tempo para se dedicar às tarefas de execução das medidas apontadas. Além disso, a medida evita que investigações prossigam com o recolhimento de evidências que o membro do Ministério Público entende desnecessárias para a formação do seu convencimento, evitando que gera economia de tempo e de recursos para o sistema de justiça.

2.4. Arquivamento sempre direcionado ao próprio Ministério Público

Uma sugestão que já faz parte do cotidiano do sistema de justiça criminal federal em Fortaleza/CE é o direcionamento das promoções de arquivamento para homologação dentro do próprio Ministério Público. Como narrado, muitas vezes não ocorre nem mesmo a homologação do arquivamento por órgão colegiado, tendo em vista o caso se amolda a uma orientação ou a um enunciado das CCR do MPF.

O direcionamento das promoções de arquivamento a órgãos colegiados do próprio Ministério Público já é amplamente reconhecido por normativos e orientações do MPF, a exemplo do parágrafo 2º do artigo 14 da Resolução nº 77/2004, do Conselho Superior do MPF e da Orientação Conjunta nº 01/2015, da 2ª, 5ª e 7ª CCR do MPF, em uma interpretação do art. 28 do CPPB que se coadune com um sistema acusatório. A possibilidade de homologação de arquivamento pelo órgão colegiado do próprio Ministério Público, com delegação do Procurador-Geral, é uma

decorrência lógica do art. 28 do CPPB, pois, em caso de discordância do juiz em relação à promoção de arquivamento, o inquérito seguiria, de toda forma, ao Procurador-Geral ou ao órgão colegiado com a atribuição delegada para tanto. Assim, o envio direto é uma economia da etapa judiciária, que além de custosa e desnecessária, atenta contra a imparcialidade do juiz, que não deveria opinar acerca da viabilidade da investigação, mas sim deixar sua competência focada no julgamento dos casos já instruídos.

Além disso, o envio direto ao órgão do Ministério Público melhor atende à sociedade, dificultando o arquivamento prematuro de certos casos considerados importantes pela diretriz de política criminal traçada. A homologação judicial do arquivamento permite ao membro do Ministério Público, conhecendo o entendimento favorável do magistrado, arquivar casos que contrariam os enunciados e as diretrizes gerais do órgão de acusação e não seriam arquivados casos submetidos ao crivo de um órgão colegiado do próprio Ministério Público.

2.5. Abandono do indiciamento, do relatório de inquéritos e das representações policiais

Com o direcionamento das investigações sendo feito exclusivamente pelo Ministério Público, é possível deixar de elaborar dois documentos comuns nos inquéritos policiais: o termo de indiciamento e o relatório. Tais documentos são absolutamente desnecessários para o início da ação penal e a investigação serve justamente de instrumento para que o membro do Ministério Público decida se é o caso ou não de início de um processo criminal.

No meu cotidiano de trabalho, pude presenciar algumas vezes a absurda prática do pedido de dilação de prazo para elaboração de relatório de inquérito policial. O próprio CPPB condena tal prática, no seu artigo 16, que assim dispõe: “O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia”. Com efeito, o relatório do inquérito policial não é uma diligência, tampouco é imprescindível ao oferecimento de denúncia. Sendo assim, não poderia o Ministério Público conceder tal dilação, devendo, de logo, apresentar denúncia, promover o arquivamento ou indicar eventuais diligências pendentes para a conclusão da investigação.

Considerando que o Ministério Público sempre terá que indicar as diligências faltantes, por possuir a direção da investigação, o membro deste

órgão saberá, obviamente, o momento em que não existem mais diligências necessárias para a formação do seu próprio convencimento.

Torne-se igualmente desnecessário o termo de indiciamento. A partir da investigação, se o membro do Ministério Público entender que certa pessoa cometeu um crime, esta será denunciada, não havendo motivo para uma etapa intermediária. Em um sistema de investigação sempre formal, documentada na forma de inquérito, a formalidade do indiciamento acaba por não trazer novas garantias ao investigado, mormente em razão da prática do indiciamento ser o último ato antes do relatório.

Outra prática que precisa ser abandonada é a da representação policial por medidas de quebra de sigilo ou medidas cautelares. Tais representações são usualmente submetidas ao parecer do Ministério Público antes de ser tomada a decisão judicial. Não há razão para que o delegado de polícia e o membro do Ministério Público se manifestem sobre o mesmo pedido, se o membro do Ministério Público pode fazê-lo sozinho. É um gasto do tempo do delegado de polícia, que poderia ser destinado a outro propósito.

Pude observar no meu cotidiano de trabalho a interpretação no sentido de que o delegado de polícia possuiria capacidade postulatória, o que possibilitaria ao juiz determinar a execução das medidas representadas pelo delegado de polícia, mesmo com parecer desfavorável do Ministério Público. Tal interpretação gera situações absurdas, pois permite a execução de medidas cautelares sem a concordância do responsável pela apresentação dos termos da ação penal principal na denúncia.

Concordando com tal interpretação, é possível que o delegado de polícia represente pela prisão preventiva de um investigado que não será denunciado pelo Ministério Público, pois, no entender do membro do Ministério Público, praticou fato atípico ou impunível. Assim, o juiz decretará a prisão preventiva de alguém que sequer será denunciado, não havendo ação penal a ser cautelada pela medida.

As representações por medidas investigativas devem ser apresentadas pelo condutor das investigações, que deve ser o Ministério Público, como sugerido. As por medidas cautelares devem ser apresentadas por aquele que possui legitimidade para a apresentação da ação penal principal, que também é o Ministério Público.

2.6. Designação de audiências multipropósito

Uma sexta sugestão é a designação de audiências multipropósito, principalmente nas audiências inicialmente designadas como custódia. A audiência é o momento em que as partes estão presentes, em frente ao juiz, que deveria ser aproveitado ao máximo para a rápida solução do processo. Não parece haver motivo para retardar para outra oportunidade medidas processuais que já poderiam ser adotadas em audiência. A sugestão é no sentido da possibilidade do oferecimento de proposta de transação penal, de denúncia e de proposta de suspensão condicional do processo na própria audiência de custódia, se cabíveis.

Exemplifico com um caso. Observei uma audiência de custódia de uma pessoa que foi parada em uma blitz, quando conduzia um carro furtado, sendo presa pela suposta prática do crime de receptação. Como vimos no tópico anterior, com a soltura do investigado na audiência de custódia, segue-se o inquérito policial, com idas e vindas entre a polícia e o Ministério Público, que muitas vezes duram anos, até a apresentação de relatório policial e o oferecimento da denúncia, para se iniciar a ação penal.

Não vejo empecilho legal para que, na própria audiência de custódia, seja oferecida transação penal ao preso, quando então o processo seria resolvido naquela oportunidade. Tampouco vejo empecilho para o oferecimento de denúncia, em caso de recusa da transação penal. Na realidade, é o que já dispõe o artigo 77 da Lei nº 9.099/95, nos seguintes termos: “Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis”. Após o recebimento da denúncia, também poderia ser aproveitada a oportunidade para oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, se cabível.

2.7. Acompanhamento da transação e da suspensão condicional do processo pelo Ministério Público

Uma outra mudança que aproxima o sistema de justiça das práticas mais acusatórias é a transferência da responsabilidade pelo acompanhamento da transação e da suspensão condicional do processo para o Ministério Público. É o Ministério Público o órgão responsável por formular as propostas, por oferecê-las, por negociá-las, por adaptá-las, em diálogo com a outra parte, em igualdade de armas. Deve ser o Ministério Público

também responsável por acompanhar o cumprimento do acordo por ele firmado, levando ao Juízo os casos de descumprimento.

Em minha observação, vi os juízes remetendo os autos do processo ao Ministério Público a cada seis meses, com comprovantes de pagamento e com folhas de frequência, indagando se as condições estavam sendo atendidas e se havia algo a requerer. Tal procedimento de intermediação judiciária é custoso e desnecessário. O próprio Ministério Público pode fiscalizar e acompanhar as transações e as suspensões que propõe, ajustando-as, escolhendo as entidades que receberam as cestas básicas e as quantias pagas e nas quais os serviços serão prestados, verificando a forma de cumprimento e destinação dos valores.

É preciso colocar mais atenção ao cumprimento das penas e das medidas impostas em saídas alternativas. O processo penal é o instrumento para a materialização do poder de punir do Estado. Todas suas etapas e sua burocracia visa a justa aplicação desse poder. Assim, de pouco adianta um sistema racional e harmônico que culmina na aplicação de uma medida mal fiscalizada ou mal cumprida, ou mesmo um processo penal de todo garantista que culmina com a aplicação de uma pena com nível de severidade incompatível com os direitos humanos.

2.8. Remessa dos autos ao Ministério Público após designação de audiência

Algo que observei em muitas audiências e foi ventilado em todas as entrevistas foi a desigualdade de preparação para a audiência entre juízes e membros do Ministério Público. Todos os juízes afirmaram que costumam se preparar para as audiências, algumas vezes inclusive com anotações, realizando a leitura prévia do processado. Quanto aos membros do Ministério Público, notei que muitas vezes chegavam sem conhecer totalmente o caso, faziam perguntas ao secretário de audiências, haviam lido a denúncia e talvez a resposta à acusação, mas não conheciam com detalhes a documentação probatória juntada ao processo ou os depoimentos prestados perante o delegado de polícia.

É preciso inverter esses papéis. Um sistema acusatório pressupõe um juiz mais distante do caso, sem tanto conhecimento prévio acerca dos elementos de informação, mais aberto para ser convencido no decorrer da produção da prova. O membro do Ministério Público, ao contrário, precisa estar muito bem preparado para convencer um juiz sem conhecimento prévio do caso. Deve conhecê-lo com minúcias, ter um deta-

lhamento de toda a documentação do processo, bem como de eventuais depoimentos prévios para confrontar versões em juízo.

Afastar o juiz dos autos da investigação é fator importantíssimo para sua imparcialidade. Lorena Bachmaier Winter (2008) afirma que o contato direto com a investigação e com as provas antes do julgamento torna possível a formação um juízo prévio sobre os fatos e a culpabilidade do acusado, o que impede o julgamento imparcial. Winter (2008, pág. 40) enuncia, ainda, que “qualquer pessoa que ler as atuações sumárias inevitavelmente tenderá a formar um juízo prévio sobre os fatos que serão debatidos no processo. E essa opinião, julgamento ou posição prévia, antes de presenciar o confronto entre as partes, é o que implica uma redução da garantia de imparcialidade”.

Uma medida que poderia auxiliar nesse ajuste é a remessa dos autos ao Ministério Público após a designação de data para a audiência. Nesse período entre a designação e a audiência propriamente dita, o membro do Ministério Público realizaria toda sua preparação, levando os autos do processo ao Judiciário apenas na data aprazada. Tal medida também distancia propositalmente o juiz do processo e dos elementos de informação, de modo que ele tenha contato com tais elementos através da retórica do membro do Ministério Público, que fixa as balizas da acusação.

2.9. Memoriais e sentenças orais

Outra sugestão para trazer a oralidade mais ao centro do processo, é a apresentação de memoriais e sentenças orais, como hábito. Preciso frisar que memoriais e sentenças orais não são arquivos escritos previamente levados à audiência em mídias digitais para leitura, como observei em certas audiências. São manifestações intelectualmente criadas durante a produção da prova, que demonstram um convencimento formado a partir desta produção. São manifestações em um ambiente dialógico, que se leva em conta o teor dos documentos e dos depoimentos, bem como a argumentação explanada pelas partes.

Para Leonel González Postigo (2017, pág. 24), “a oralidade é uma metodologia que (a) reúne todos os atores envolvidos no caso, (b) permite a produção de informação, (c) admite o controle da contraparte, (d) gera informação de alta qualidade e, com efeito, (e) possibilita tomar decisões de alta qualidade”.

A oralidade, além de racionalizar o sistema de justiça, com a exposição imediata de um convencimento que se forma com base na prova recém-produzida, também contribui para a transparência e para o controle so-

cial do sistema de justiça. Da maioria das audiências que assisti, saí sem saber como iria se posicionar o membro do Ministério Público, o responsável pela defesa e o juiz, sem ver o esmero e a desenvoltura de cada um dos atores jurídicos para a resolução daquele processo.

Nos casos de absolvição, isso é ainda mais urgente. Não há porque deixar o acusado a espera de uma sentença, quando não surgiram das provas produzidas elementos suficientes para uma condenação. A sentença é, em regra, simples, não necessitando de cálculos para fixação da pena, de substituição de pena, de aplicação de medidas cautelares ou de outras determinações.

Pude observar duas audiências com memoriais e sentenças orais, ambas absolutórias. A impressão foi de uma justiça racional, capaz de resolver com celeridade as questões que lhe chegam. Não pude deixar de observar, porém, a linguagem utilizada pelas partes e pelo juiz. Tão técnica e rebuscada era a sentença, utilizando construções próprias da linguagem escrita, que o juiz fez questão de explicar aos acusados o significado da sentença, o que me fez concluir que nem mesmo o juiz acreditava que sua sentença era clara o suficiente para a compreensão dos acusados.

A oralidade, no paradigma de transparência do sistema de justiça, também diz respeito a uma linguagem acessível, sem perder o rigor e a precisão necessários ao bom andamento de um processo criminal. Cabe lembrar que “a oralidade, ao mesmo tempo, constitui um modelo de trabalho que põe a sala de audiências – em vez do gabinete privado – como o espaço natural para o trabalho dos juízes e das partes” (González Postigo, 2017, pág. 25). Nas audiências que mencionei, acreditei que a explicação posterior dada pelo juiz poderia muito bem servir de sentença, em substituição ao texto produzido com marcas da linguagem jurídica clássica e escrita.

2.10. Modificação das posições na sala de audiências

Como última sugestão deste texto, deixo a proposta de modificação das posições na sala de audiências. Atualmente, os membros do Ministério Público costumam sentar ao lado dos juízes em posição superior aos acusados, advogados, defensores públicos e testemunhas, que ficam na mesa em frente. É preciso reequilibrar a relação entre acusação e defesa, inclusive na localização dos responsáveis por essas tarefas na sala de

audiências. A equidistância do juiz em relação às partes deve ser preservada e a disposição das pessoas na sala ajuda nisso.

Não é um mero preciosismo, ou mesmo apenas uma mensagem visual que se quer passar. O formato atual, com juiz e membro do Ministério Público lado a lado, favorece o diálogo entre esses dois atores jurídicos, porém um diálogo de coleguismo. A posição de protagonismo do Ministério Público, com a responsabilidade pelo convencimento de um juiz que teve pouco contato com o caso, é favorecida em uma posição frente a frente, na qual ele pode expor suas ideias com um melhor direcionamento da voz e dos argumentos

Além disso, a descida do membro do Ministério Público ao patamar dos responsáveis pela defesa dos acusados facilita esse diálogo entre as partes, característico de um processo adversarial. A aproximação entre Ministério Público e Defensoria Pública auxilia na negociação de saídas alternativas e na fixação de pontos incontroversos.

Ainda nesse tema, já é hora de pensar em uma arquitetura mais convidativa para as salas de audiências, com portas abertas ou, pelo menos, portas de material transparente, que deixem a mostra à população a maneira como vem sendo conduzida a justiça criminal. Mesmo em uma tradição bacharelesca, de juízes togados vitalícios, no qual o júri popular é reservado para casos excepcionais, cabe pensar no controle social da justiça e na aproximação do povo em relação ao sistema, um ambiente em que o cidadão, mesmo sem ainda ser o julgador, já se sinta convidado a entrar e consiga entender como funciona o processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Creio que tenha ficado nítido que a pretensão desse texto não era intelectualista ou de discussão teórica acerca de paradigma do sistema acusatório. A intenção será iniciar a discussão acerca de possíveis mudanças que podem ser implementadas sem reforma legislativa, como uma das formas de fugir ao “fetichismo normativista”.

Sintetizei as ideias em dez sugestões, que possuem como pressuposto uma adaptação da mentalidade do próprio sistema de justiça, principalmente do papel da polícia e do Ministério Público nesse sistema. Os desafios para uma reforma do sistema de justiça são sempre complexos e a resistência à mudança é uma marca inafastável desse processo. Ademais, as experiências dos demais países tem demonstrado as idas e vindas des-

se processo, de reformas e contrarreformas, de normas garantistas seguidas do endurecimento da legislação penal e processual penal.

A transformação dos costumes possui maior perenidade do que a modificação de normas, pois estas sempre estão sujeitas às revisões, às reviravoltas políticas e à composição do parlamento. É por essa razão que acredito que é possível iniciar uma reforma desde já, com a mudança de conduta por parte dos atores do sistema de justiça. Nenhum sistema de justiça tem por finalidade resolver as questões da criminalidade e da segurança pública, que demandam a execução de políticas próprias direcionadas, como também assinalado por Binder (2002).

É preciso superar o que Leonel González Postigo (2017, pág. 33) chama de visão formalista do sistema adversarial, “que entende que a sanção de um novo Código antecede a ‘reforma’ e que somente a partir de uma nova regulação poderão ser desenhadas novas dinâmicas de trabalho”. A visão desafiadora, ao contrário, “mostra que as mudanças podem acontecer inclusive com o código vigente, a partir de uma compreensão constitucional do procedimento penal” (González Postigo, 2017, pág. 33). Os atores jurídicos que estão convencidos que as condutas próprias de um sistema acusatório são mais racionais e produzem decisões de melhor qualidade devem começar a adaptar seus hábitos para a construção de uma justiça mais acusatória e menos inquisitiva, mesmo antes de uma reforma legislativa.

REFERÊNCIAS

Binder, A. (2002). La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo. In: *Sistemas Judiciales*, núm. 3: Reformas procesales penales en América Latina.

González Postigo, L. (2017). Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: ____ (coord.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA.

Bachmaier Winter, L. (2008). Acusatorio versus inquisitivo. Reflexiones acerca del proceso penal. In: _____. *Proceso Penal y sistemas acusatorios* (págs. 11-48). Madrid: Marcial Pons.

RESQUÍCIOS DO SISTEMA INQUISITORIAL DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: IMPOSSIBILIDADE DE PERPETUAÇÃO DA FIGURA DO JUIZ COMO AGENTE DE PERSECUÇÃO PENAL NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Diana Furtado Caldas³

Pedro da Gama Lobo Lorens⁴

INTRODUÇÃO

A história do processo penal é marcada pela predominância, em momentos distintos, dos modelos inquisitório e acusatório.

No Brasil ainda operamos com um processo penal ultrapassado e primitivo, sem maiores preocupações com a essência acusatória, a qual deveria servir de princípio fundamente do nosso sistema, especialmente diante dos valores e princípios consagrados na Constituição da República de 1988.

Da análise do contexto normativo brasileiro ora vigente se percebe com facilidade a incompatibilidade entre a utilização de um código de processo penal de raiz autoritária e os valores democráticos estampados na Constituição da República de 1988. Passados mais de 30 anos da promulgação da carta maior, proclamada a Carta Cidadã, ainda operamos com um código de processo penal de declarada inspiração fascista, cópia do Código de Processo Penal Italiano de 1930, forjado para atender aos

3 Graduada em Direito pela Unifacs. Pós Graduada em Defensoria Pública pela Unifacs. Defensora Pública do Estado da Bahia.

4 Especialista em Direito Público pelo Curso JusPodivm. Conselheiro do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia. Defensor Público Federal

ideais repressivos idealizados pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos.

Nesse contexto, surgem questionamentos quanto ao verdadeiro papel do juiz na jurisdição penal, que possui regras do jogo bem definidas e clara separação de funções trazidas pela própria Carta Magna⁵.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS

1.1 Breve esboço histórico dos sistemas processuais

Historicamente, o sistema acusatório - que preza pela proteção da forma processual, especialmente no que se refere à desassociação do juiz da atividade persecutória (Gloeckmer, 2017) - foi o que preponderou até o século XII. A base desse sistema inclui a rigorosa observância das garantias do acusado, pois o réu é visto como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação.

A partir do século XII, entretanto, tal modelo começou a ser sucedido, pouco a pouco, pelo sistema inquisitório, no qual se presume imaginável e provável a descoberta de uma suposta verdade real e absoluta, o que justificaria uma dilatada atividade probatória, não só no que se refere ao objeto do processo, como também em relação aos instrumentos empregados na evidenciação da realidade, sendo o juiz dotado de amplos poderes instrutórios para a sua elucidação (Lima, 2015). Tendo seu apogeu com a Inquisição, resistiu com totalidade, na maior parte dos países, até o fim do século XVIII, estendendo-se, em outros, até o século XIX (Lopes Jr., 2016).

No século XX, após ter sido marcada por regimes totalitários diversos, que assumiram a discricionariedade da repressão penal, a Europa abandonou o modelo inquisitivo extremado, abraçando a vontade mais ou

5 Após a experiência vivenciada no Curso promovido pelo Centro de Estudos de Justicia de Las Americas (CEJA) sobre a Reforma Processual Penal Brasileira, realizada de 25 a 28 de setembro de 2018 em Santiago no Chile, foi possível perceber, na teoria e na prática, como o Brasil se encontra em um estágio bastante atrasado de transição do velho modelo inquisitorial para um processo penal efetivamente acusatório, pautado em diretrizes democráticas, o que será enfrentado, dentro das possibilidades, neste breve artigo.

menos comum de voltar ao sistema acusatório, vontade essa ainda não completamente concretizada (Prado, 2005).

De igual modo, a América Latina - que historicamente possui uma tradição jurídica radicada em uma política criminal de natureza inquisitiva e autoritária - iniciou, nos últimos 30 anos, com o fim dos regimes autoritários e o fortalecimento do sistema democrático, um processo complexo de transformações. Embora o processo de reforma tenha se desenvolvido em diferentes graus de profundidade em cada um dos países que a efetivaram, em todos evidenciou-se o objetivo de abdicar dos métodos inquisitoriais dominantes, alicerçando a administração da justiça penal em bases republicanas, com a adoção da oralidade como principal forma de abandonar o sistema inquisitivo (Gonzalez, 2017).

Infelizmente, ao contrário de diversos outros países vizinhos, o Brasil ainda conserva seu velho Código de Processo Penal, que, a despeito de ter passado por algumas reformas pontuais, mantém sua natureza inquisitória e fascista (Santiago Neto, 2017).

1.2 Sistema Brasileiro

O Código de Processo Penal brasileiro ainda vigente possui bases ideológicas bem definidas. Trata-se de legislação abertamente inspirada no Código Penal italiano de 1930, cópia do *Codice Rocco*, declaradamente fascista, que traz em sua própria exposição de motivos o viés autoritário e intolerante que permeia o texto legal, colocando a proteção do indivíduo imputado em segundo plano. É dizer, elege prioritariamente elementos inquisitórios e de defesa social como norteadores do processo penal.

Não se pode desconsiderar, todavia, que a Constituição Federal (CF), consagrou, especialmente em seu art. 129, inciso I⁶, o princípio acusatório, com separação das funções de acusar, defender e julgar, razão pela qual parte da doutrina passou a divergir quanto à natureza do sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Ainda assim, passados quase 30 anos da vigência da CF, o processo penal brasileiro carece de uma reforma legislativa profunda que o transforme em definitivo em um sistema de matriz essencialmente acusatória. A permanência de um código processual autoritário, utilitarista e

6 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, *privativamente*, a ação penal pública, na forma da lei;

anti garantidor dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, foi sustentada, dentre outros fatores, por uma forte tradição em privilegiar a legislação ordinária em face da Constituição.

Verifica-se que, na América Latina, diversos países que passaram por momentos históricos semelhantes ao do Brasil, ou seja, que fizeram a transição de governos autoritários para democráticos, sofreram reformas profundas na legislação processual penal para adequá-la aos novos valores fundamentais insculpidos em suas Constituições. Abandonaram os velhos sistemas inquisitórios e implementaram - ou estão buscando a implementação - gradativamente o sistema acusatório. Como exemplo, podemos citar Panamá, Guatemala, Chile, Equador, Paraguai, Colômbia, Peru, dentre outros.

No Brasil, ao contrário, ainda não houve um movimento efetivo buscando adequar o código de processo penal às novas diretrizes instituídas pela CF de 1988, permanecendo, além disso, todos os atores processuais atados a uma mentalidade essencialmente inquisitória.

Por aqui, optou-se por trabalhar com reformas pontuais no Código de Processo Penal de 1941, que, mesmo que realizadas com boas intenções, acabaram por criar uma colcha de retalhos, um verdadeiro *frankenstein* jurídico, uma codificação eivada de dicotomias e conflitos internos. Um código que não tem um fio condutor, um princípio reitor, que mistura o «novo» com o «velho» para que tudo mude e continue exatamente como era antes (Lopes Jr.; da Rosa, 2016).

Importante registrar que, em 2009, foi criada uma comissão pelo Senado Federal com o objetivo de elaborar um novo projeto de Código de Processo Penal Brasileiro, PLS 156/2009, com o discurso de necessidade da superação das bases ideológicas do velho diploma codificado ainda vigente. Esse projeto se encontra na Câmara dos Deputados com número 8.045/2010 e, embora de uma forma geral represente um avanço, não há esperanças de que, se e quando eventualmente aprovado, venha a efetivar no Brasil um processo penal de essência acusatória, já que, além do projeto originário não romper totalmente com práticas inquisitórias, logo foi alvo de centenas de emendas, que o afastaram de seu objetivo inicial.

Dessa forma, apesar de muitos doutrinadores defenderem a existência de um sistema processual penal de essência acusatória no Brasil, ainda trabalhamos com práticas altamente inquisitórias, a exemplo da disposição cênica do órgão acusador nas audiências, bem como da possibilidade do juiz decretar prisão preventiva e de produzir prova de ofício, proferir sentença condenatória mesmo diante do pedido de absolvição do órgão de

acusação, além da não efetivação da oralidade, dentre outros costumes incompatíveis com o processo penal de matriz acusatória.

A despeito da opção constitucional por um sistema acusatório e que, portanto, deve orientar toda a interpretação da legislação ordinária, não se ignora a construção de uma cultura inquisitória dentre os próprios operadores do direito, que, acostumados com os mais de 70 anos de vigência do Código Penal Brasileiro e com o protagonismo processual dos magistrados, tornaram-se incapazes de executar o sistema (Santiago Neto, 2017).

Um sintoma dessa mentalidade inquisitória pode ser verificado na Nota Técnica enviada pela AJUFE (Associação dos Juizes Federais) aos Senadores em dezembro de 2009 em razão do PLS 156/2009, segundo a qual entendeu a entidade que o sistema acusatório se caracteriza pela distinção das partes apenas quando do ajuizamento da ação, sendo permitido ao juiz buscar a prova. Defendia a nota a importância da participação ativa do juiz diante de possíveis e eventuais falhas, não só da defesa, mas também da acusação. Para a AJUFE, o poder de instrução complementar do juiz é fundamental para que o processo não se transforme em uma mera disputa entre acusação e a defesa, com a vitória do melhor profissional e com prejuízos à descoberta da verdade e correta aplicação da lei penal.⁷

É preciso, portanto, além de uma reforma legislativa profunda, romper com a cultura inquisitorial impregnada nos atores do processo penal - e na sociedade de uma forma geral - de que os membros do Poder Judiciário são integrantes das agências de repressão ou que integram os organismos de segurança pública. O processo penal definitivamente não possui como finalidade combater a criminalidade. Compreender a importância da atuação de cada um dos atores do processo penal e a finalidade político-jurídica de suas determinações sempre foi e, ainda é, o maior desafio para a democratização da Justiça Penal.

Assim, embora o ordenamento jurídico processual ainda esteja distante da máxima acusatoriedade, como a Constituição fez clara opção pelo sistema acusatório, deve-se abandonar as práticas de viés inquisitório e buscar a efetivação, de fato, do modelo que, democraticamente, separa tarefas, funções e responsabilidades (Prado, 2005).

7 Disponível em: www.ajufe.org.br

2. O PAPEL DO JUIZ NA JURISDIÇÃO PENAL E A INICIATIVA PROBATÓRIA

Inicialmente, há de se ter em mente que o fundamento da atuação jurisdicional repousa no caráter democrático da Constituição. No Estado de Direito, o juiz não desempenha um papel político, e sim constitucional, servindo à garantia dos direitos fundamentais e à preservação da democracia substancial (Lopes Jr, 2015).

Se em um sistema inquisitório os atos atribuídos ao juiz objetivam concretizar o dever de punir do Estado, exercendo papel de segurança pública, o mesmo não acontece num sistema acusatório (Prado, 2005), em que o papel do magistrado, como visto, é assegurar o cumprimento do sistema de direitos e garantias fundamentais.

Tendo a Constituição de 1988 consagrado o modelo acusatório, a gestão da prova deve permanecer nas mãos das partes e a carga probatória estritamente sob a responsabilidade do órgão acusador, estando o magistrado impedido de exercer atividade probatória, posto que não é parte e precisa ser imparcial (Lopes Jr, 2015).

A função do julgador restringe-se a conservar-se o mais distante possível das partes, analisando as provas que essas produzirem e, ao final, resolver se o órgão acusador foi ou não capaz de demonstrar a culpa do acusado. Assim, sendo o Ministério Público o órgão com função privativa de promover a ação penal pública, qualquer ação exercida pelo julgador nesse sentido fere o texto constitucional (Prado, 2017).

Destarte, somente será possível atingir a igualdade entre as partes no momento em que o magistrado não for mais autorizado a atuar substituindo o órgão acusador, inclusive quanto ao dever de trazer aos autos elementos que comprovem a pertinência da denúncia oferecida contra o acusado (Pacelli, 2017).

Ademais, se o julgador, de ofício, se empenhar na produção de provas, jamais se alcançará a imparcialidade determinada pela Constituição Federal (Vilela, 2017). Não pode o julgador se imiscuir na construção do material probatório levado aos autos, sob pena de se desvirtuar subjetivamente. Se assim atua, deverá ser afastado por impedimento ou suspeição. A fragilidade probatória em evidenciar elementos que minuciem o crime

favorece a defesa, de forma que, na dúvida, deve o magistrado absolver o acusado (Nestor & Alencar, 2013).

Nesse contexto, vários são os artigos do Código de Processo Penal que outorgam ao juiz poderes instrutórios, a exemplo dos arts. 209, 212, parágrafo único, 310, 311 e 385, que dispõem, respectivamente, que o juiz pode, de ofício, ouvir outras testemunhas além daquelas elencadas pelas partes, inquirir as testemunhas arroladas pelas partes, converter a prisão em flagrante em preventiva, decretar a prisão preventiva no curso da ação penal, condenar o acusado ainda que o Ministério Público tenha pugnado pela absolvição. De igual forma, o famoso art. 156 do mesmo diploma legal, tão criticado pela doutrina, por sua flagrante inconstitucionalidade, confere ao juiz o poder de, ainda na fase investigatória, determinar a produção de provas consideradas urgentes.

Com efeito, não basta a mera separação inicial das funções de acusar e julgar para que se concretize o sistema acusatório. Autorizar o juiz a assumir um papel ativo na condução da instrução processual, após iniciado o processo pelo Ministério Público, é desconsiderar a fenomenologia do processo penal (Lopes Jr, 2015).

Na lição de Salah H. Khaled Junior (2016), não é possível imaginar um único exemplo em que a iniciativa probatória pelo juiz não se mostre prejudicial ao acusado, razão suficiente para ser tida em desacordo com a democraticidade. Conferir poderes instrutórios ao juiz viola flagrantemente o *in dubio pro reo*, já que a dúvida não pode gerar outro resultado que não a absolvição. Se o magistrado, em dúvida, inicia a busca por novas provas, não pode ter outra finalidade senão alcançar a condenação a qualquer preço.

2.1. Art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal: a quebra da imparcialidade operada antes mesmo do início do jogo processual

Segundo o art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, o magistrado está autorizado a ordenar, ainda na fase investigativa, a produção antecipada de provas.

Ora, outorgar poderes instrutórios ao magistrado corrompe sua imparcialidade e fere a estrutura acusatória do processo penal, ainda mais quando tal faculdade é a ele atribuída antes mesmo de iniciado o processo. É que não há como se cogitar que o julgador saia em busca de provas para inocular o acusado, já que, existindo dúvida, deve o mesmo ser absolvido.

Sempre que a autoridade judicial pratica atos de ofício, o faz para justificar a decisão que já foi tomada, qual seja, a condenação (Rangel, 2017).

Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2015) entende que autorizar o magistrado a ordenar a produção antecipada de provas significa romper com o contraditório, com a igualdade, com a estrutura dialética do processo, fulminando, enfim, a imparcialidade que deve ter o julgador.

Com razão os festejados professores acima citados. Por uma suposta, utópica e inalcançável busca pela verdade real, o inciso ora enfrentado autoriza que o juiz, sem que haja provocação das partes, determine, ainda em fase pré-processual, a realização de medidas visando a colheita de provas que servirão como elemento de convicção para o julgamento por esse mesmo juiz em processo ainda a ser instaurado em momento posterior, constituindo um evidente resquício do sistema inquisitivo. Ora, se ainda não há imputação, não há processo. São, portanto, impertinentes e atentatórias à imparcialidade e ao modelo acusatório as iniciativas judiciais tendentes a, durante as investigações inquisitoriais e sem provocação do interessado, buscar provas.

Ao assim proceder, é óbvio que o juiz acaba por elaborar verdadeira hipótese acusatória antes mesmo de o órgão acusador fazê-lo, restando prejudicada a sua imparcialidade, já que estará se imiscuindo em atividade que deveria ficar reservadas à acusação, ferindo de morte, portanto, as bases para a efetivação de um processo penal de raiz acusatória, pautado nas diretrizes constitucionais.

2.2. Possibilidade de o juiz inquirir testemunhas após formulação de perguntas pelas partes e de ouvir testemunhas não elencadas por aquelas

Após a reforma processual operada em 2008, o art. 212 do Código Processual Penal⁸ foi fundamentalmente alterado, sendo inegável que a modificação introduzida pela reforma foi significativa e adequada a conformar a legislação ordinária ao modelo acusatório consagrado na Constituição, afastando o juiz do protagonismo da instrução. Caberá a este a postura de

8 Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

espectador, restando às partes a produção das provas, como preconiza o processo penal acusatório democrático (Lopes Jr, 2015).

Corroborando tal entendimento, Eugênio Pacelli (2017) explica que a mudança se apresenta em conformidade com o sistema penal acusatório, na medida em que o juiz assume uma postura de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se a ameaça de atuar como substituto do órgão encarregado da acusação.

Entretanto, além das perguntas passarem a ser formuladas diretamente pelas partes - o que de fato constitui um enorme avanço em direção à concretização do sistema acusatório -, o parágrafo único, do art. 212, prevê que o juiz, após perguntas feitas pela acusação e pela defesa, poderá complementar a inquirição em relação a pontos relevantes.

Sobre o tema, Gustavo Badaró (2002) entende que os poderes instrutórios do juiz não estão em desacordo com a sua imparcialidade, pois, ao determinar a produção de alguma prova, o magistrado não sabe previamente a quem a prova irá beneficiar. Logo, se o juiz está em dúvida e a realização de alguma prova apresenta-se como suficiente para eliminar tal dúvida, deve determinar sua produção, posto que sua inércia sim implicaria em parcialidade, beneficiando a parte contrária a quem incumbiria o ônus daquela prova.

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima (2015) afirma que não enxerga conflito entre o processo penal acusatório e a outorga de poderes instrutórios ao magistrado, que deve determinar a produção de provas imprescindíveis à elucidação da verdade. Para o mesmo autor, ainda que o alheamento de poderes instrutórios ao juiz seja uma marca histórica do processo acusatório, não se configura como atributo obrigatório.

Em que pesem os posicionamentos dos dois doutrinadores, não há como corroborar seus entendimentos. Enquanto Gustavo Badaró (2002) trata da distribuição do ônus da prova - ignorando que o ônus da prova no processo penal acusatório recai somente sobre o órgão acusatório -, Renato Brasileiro de Lima (2015) fundamenta sua percepção na exposição de motivos da lei ordinária, de inspiração nitidamente fascista e em desacordo com a nova ordem constitucional instaurada em 1988.

Conforme ensina Eugênio Pacelli (2017), o Código era orientado pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, ao passo que o novo texto constitucional inaugurou um sistema de amplas garantias individuais, no qual o processo perdeu sua função de instrumento de

aplicação da lei penal, convertendo-se em um mecanismo de proteção do indivíduo em face do Estado.

Desse modo, o sistema acusatório deve ser interpretado de acordo com a Constituição, e não segundo a lei ordinária, posto que, invariavelmente, quando a última estiver em desarmonia com a primeira, será revogada para alguns, ou não recepcionada para outros (Rangel, 2017).

Como visto, sempre que o julgador abandona sua posição de árbitro e, movido por ambição de condenação, sai em busca de provas, rompe-se com o limite ao poder repressivo do Estado, limite esse instrumentalizado por meio do processo (Khaled Jr, 2016). Tal postura, que encontra amparo em diversos dispositivos do Código de Processo Penal, entre os quais se encontra o art. 212, parágrafo único, viola frontalmente o princípio acusatório, que exige a separação das funções de acusar e julgar e confere às partes a gestão das provas.

De igual forma, quando o magistrado opta por ouvir testemunhas não arroladas pelas partes, a exemplo das pessoas às quais as testemunhas se referirem, conforme autorizado pelo art. 209, caput, e §1º do mesmo dispositivo do *codex* processual, se afasta de sua posição de árbitro, aproximando-se da produção das provas e ferindo o princípio constitucional acusatório.

Conferir poderes instrutórios ao julgador é um equívoco que provoca o aniquilamento do processo penal democrático (Lopes Jr, 2016). Num sistema acusatório e democrático, fundado na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, na presunção de inocência, o juiz deve estar aberto a absolver o acusado, sabedor de que sua atitude é receptiva e de que cabe à acusação derrubar a presunção de inocência (Khaled Jr, 2016).

Conforme já mencionado, sempre que o juiz tem iniciativa probatória, se imiscuindo nas funções do órgão acusador na busca pela verdade dos fatos, há a manipulação da verdade real, sem amparo normativo no direito posto, com ofensa a todas as garantias processuais penais já analisadas (Duclerc, 2016).

Lembre-se ainda que, nas lições de Aroldo Plínio Gonçalves (2017 *apud* Rangel 2017), o contraditório se traduz na isonomia de oportunidade do processo. Logo, não poderá ser concretizado quando o julgador sai em busca de novas provas e de dirimir dúvidas que, por uma interpretação

constitucional, baseada no princípio acusatório e na presunção de inocência, deveriam beneficiar o acusado.

Assim, em consequência da regra probatória que decorre não só do princípio acusatório, como também da presunção constitucional de inocência, cabe ao órgão acusatório, e somente a ele, comprovar a responsabilidade penal do acusado de forma inconteste. Se, após oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, restam dúvidas quanto a ocorrência da prática delitiva, sobre a autoria ou sobre as circunstâncias em que ocorreram o delito, tais dúvidas devem beneficiar o acusado, ainda que aparentemente sanáveis com a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes. De igual forma, se, após perguntas formuladas pelas partes, subsiste qualquer dúvida quanto aos fatos apurados, não cabe ao julgador partir em busca de provas para alcançar a verdade, devendo o acusado ser absolvido.

2.3. A Incompatibilidade do disposto no art. 311, do Código de Processo Penal com o Sistema Acusatório.

Outro resquício de matriz inquisitória que pode ser encontrado no processo penal brasileiro é o disposto no art. 311 do CPP, a partir da reforma introduzida pela lei 12403/2011. De acordo com tal artigo, o juiz pode decretar a prisão preventiva no curso do processo penal sem necessidade de que haja pedido formulado pelo órgão acusador.

Tal possibilidade também se mostra inerente a um sistema autoritário, que pensa e entende o juiz como agente que compõe o sistema de segurança pública, visão incompatível com o papel do juiz no sistema acusatório, o qual deve se manter inerte ao longo da persecução penal, posto que no processo penal ele é o garantidor dos direitos e liberdades individuais insculpidas ou decorrentes da Constituição

Verifica-se que possibilitar ao juiz que haja de ofício impondo medida tão gravosa ao imputado representa uma grave violação da necessária imparcialidade que deve acompanhar o julgador durante todas as fases da persecução penal, ao menos em um processo minimamente democrático. É um contraste que se estabelece entre a posição ativa e atuante do inquisidor com a inércia que deve permear a atividade do julgador no sistema acusatório (Lopes Jr., 2015).

Ao decretar a prisão do imputado sem necessária provocação, o julgador faz as vezes do acusador e vai de encontro ao estipulado no art. 129, I, da Constituição Federal Brasileira, e, além de macular a sua imparcialidade como já destacado, promove uma ruptura profunda no princípio da

paridade de armas, já que a acusação passa a contar com um forte aliado contra a defesa.

Na ótica do sistema acusatório, portanto, é imperioso que o juiz se afaste das atividades processuais reservadas às partes, devendo agir apenas e tão somente mediante provocação, devendo sim zelar com o mais absoluto rigor para que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais do imputado sejam observados, a fim de que o processo penal não se constitua em um mero jogo de cena voltado à obtenção da condenação a qualquer custo.

2.4. A Incompatibilidade do disposto no art. 385, do Código de Processo Penal com o sistema acusatório

O déficit constitucional no processo penal brasileiro pode ser verificado também no disposto no art. 385⁹, do Código de Processo Penal.

Deve-se recobrar que o Ministério Público é o titular da ação penal pública (*dominus litis*) e que no sistema acusatório é o órgão detentor da pretensão acusatória, nos termos do art. 129, I, da CF de 1988. Sendo assim, o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo *parquet* (Lopes Jr., 2015).

O sistema acusatório, como já destacado no presente artigo, é fincado no princípio dialético entre as partes, ou seja, traduz um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas: a de julgamento, de acusação e a defesa. O juiz, terceiro (que deve ser) imparcial, é inerte diante da atuação acusatória e defensiva, devendo exercer a função primordial de garantia dos direitos fundamentais do imputado e do devido processo legal.

Neste viés, ante a ausência de pretensão acusatória, já que o pedido de absolvição formulado pela acusação representa a retirada da sua pretensão inicial, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer poder acusatório sem a necessária invocação (o que seria claro retrocesso ao modelo inquisitivo).

Como aduz Aury Lopes Junior (2010, p. 111/112) “essa construção é inexorável, se realmente se quer efetivar um projeto acusatório da Cons-

9 Art. 385. 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.

tuição. Significar dizer: aqui está o elemento fundante do sistema acusatório”.

A partir dessas conclusões, afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais, estaria, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório, o que fere o princípio constitucionalmente tutelado do devido processo legal segundo o modelo acusatório (Prado, 2006).

Sem a dedução legítima da pretensão acusatória no momento destinado aos debates, o julgador não pode assumir o “espaço vazio” deixado pelo órgão acusador e acolher uma imputação não mais existente. Do contrário, o juiz extrairia seu convencimento sobre a condenação de suas próprias conclusões sobre as provas, sem qualquer atuação contraditória argumentativa do Ministério Público, o que representa nítida e completa afronta ao princípio fundante do sistema acusatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 129, inciso I, dentre outros dispositivos, o sistema acusatório, consolidado especialmente nos princípios da presunção de inocência, do contraditório, ampla defesa, paridade de armas e imparcialidade do julgador.

Por outro lado, o Código de Processo Penal Brasileiro, ao trazer em diversos dispositivos autorização para a realização de atividades instrutórias de ofício pelo julgador, permitindo, inclusive, a condenação do imputado diante de um pedido de absolvição formulado pelo órgão acusador, estabelece diretrizes normativas que se afastam da essência constitucional e se enquadram com mais facilidade a um modelo de processo penal de matriz inquisitorial.

Para além de uma reforma legislativa profunda é necessário afastar a cultura inquisitorial arraigada nos atores do processo penal de que os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público integram conjuntamente as agências de repressão e organismos de segurança pública, buscando um objetivo comum: o suposto combate à criminalidade.

Mesmo com o advento da CF de 1988, vigente há quase 30 anos, o Brasil, ao contrário de diversos países vizinhos, ainda está preso, do ponto de vista normativo e cultural, a um modelo de processo penal gerido em um período ditatorial e que trabalha com diversas ferramentas processu-

ais de índole nitidamente inquisitória, sendo imperioso que se enfrente com urgência e seriedade o tema, para que efetivamente, ainda que de forma tardia, seja gradualmente implementado um processo penal de matriz essencialmente acusatória, pautado primordialmente na real separação das funções processuais, no afastamento do juiz da gestão da prova, na implementação da oralidade, na equidade entre as partes, no qual as garantias fundamentais insculpidas na CF sejam efetivamente levadas a sério.

Definitivamente, em um processo penal acusatório, de natureza adversarial, o juiz não se confunde com agente de segurança pública e o processo penal não é instrumento de combate à criminalidade, como, infelizmente, ainda creem piamente alguns incautos.

REFERÊNCIAS

Avena, N. (2009). *Processo Penal Esquemático*. São Paulo: Método.

Badaró, G.H. R. I. (2003). *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Brasil (1988). *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 set de 2017.

_____. (1941). *Código de Processo Penal*. Decreto Lei nº 3.689, 03 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 set de 2017.

Duclerc, E. (2016). *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. 1. ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito.

Fernandes, Á. A. (2017). “Algumas reflexões sobre a aplicabilidade do art. 217 do Código de Processo Penal”. In: _____, De Paula, L. C.; Silveira, M. A. N. da. *Mentalidade Inquisitória e o processo penal no Brasil: sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina*. Florianópolis: Empório do Direito.

Ferrajoli, L. (2014). *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Gloeckmer, R. J. (2017). *Nulidades no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

González, L. (2017). “Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina”. In: _____, De Paula, L. C.; Silveira, M. A. N. da. *Mentalidade Inquisitória e o processo penal no Bra-*

sil: sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina. Florianópolis: Empório do Direito.

Khaled Junior, S.H. (2016) *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, Casa do direito.

Lima, R. B. de. (2015). *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm.

Lopes Jr., A. (2016) *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.

Lopes Jr, A. (2015). *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva.

_____, A. (2010) *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Volume I, 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____, A. (2009) *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____, A. (2008). *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Lopes Jr, A.; Da Rosa (2016). Novo Código de Processo Penal é necessário, mas não qualquer um. Em: *Consultor Jurídico*, 24 de junho de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jun-24/limite-penal-codigo-processo-penal-necessario-nao-qualquer>

Pacelli, E. (2017). *Curso de Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva.

Postigo, L. G. (2017). *Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina*. In: Gonzalez, L. *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: Mito Impresores.

Prado, C. F. P. do. (2017). "Processo Penal e Mentalidade Inquisitória: a um passo da tortura institucionalizada". In: _____, De Paula, L. C.; Silveira, M. A. N. da. *Mentalidade Inquisitória e o processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*. Florianópolis: Empório do Direito.

Prado, G. (2006). *Sistema Acusatório: conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Rangel, P. (2017). *Direito Processual Penal*. 25ª. Ed. São Paulo: Atlas.

Santiago Neto, J. de A. (2017). "O devido processo legal e o (In)devido Processo Penal Brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e o in-

quisitorial modelo do Código de Processo Penal”. In: Gonzalez, L., *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: Mito Impresores.

_____, Jose de Assis. (2017). “A Crise Existencial do Processo penal Brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e inquisitoriedade da vida real”. In: _____, De Paula, L. C.; Silveira, M. A. N. da. *Mentalidade Inquisitória e o processo penal no Brasil: sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina*. Florianópolis: Empório do Direito.

Távora, N.; Alencar, R. R. (2013). *Curso de Direito Processual Penal*. 8ª. edição, Salvador: Juspodivm.

Vilela, L. M. (2017). O Juiz como Sujeito Processual no Sistema Acusatório. In: Gonzalez, L. *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: Mito Impresores.

A EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A ESPECIALIZAÇÃO DE FUNÇÕES, NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Terezinha A. de Albuquerque Gomes¹⁰

INTRODUÇÃO

O termo jurisdição é originado da expressão latina *juris dictio* que significa - dizer o direito. O Estado brasileiro adotou, na sua maioria, o modelo de normas próprias de países do *Civil Law*, que possuem regras gerais estabelecidas por meio da lei escrita e aplicadas ao caso concreto pelos juízes, como, em menor escala, a jurisprudência, originária daqueles países do *Common Law*, no qual os magistrados inferem pelas decisões judiciais a melhor regra a ser utilizada para decidir a situação posta para sua análise.

Contudo, apesar da gama de alternativas judiciais e extrajudiciais para solução de conflitos de interesse, ainda existem empecilhos que dificultam a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional.

Apontam-se como principais causas responsáveis pela morosidade da justiça, dentre outras, a não efetivação das regras fundamentais positivadas na Constituição Federal de 1988 (Ponciano, 2007), como é o caso da garantia fundamental ao acesso à justiça, bem como em outros trabalhos, os deficientes recursos humanos e estruturais do Poder Judiciário (Albuquerque, 2015).

Cita-se ainda a instabilidade normativa decorrente do aumento sem precedentes e sem parâmetro da elaboração de leis e atos normativos, em contraposição ao que rege a Constituição Federal e as demais leis do ordenamento jurídico brasileiro (Tabak & Prestes, 2017). Além disso, temos

10 Promotora de Justiça no Ministério Público do Ceará. Mestranda em Direito Público da Universidade de Fortaleza - UNIFOR

questões políticas e direcionamentos econômicos muitas vezes decididos, na Justiça.

Dentre as características do sistema acusatório que já foram adotadas, no Brasil, onde o sistema é misto, temos o princípio da oralidade, que diz respeito à produção da prova, que é dirigida ao convencimento do magistrado para fundamentar sua decisão, de forma a priorizar os atos processuais, em sua forma oral, para garantir maior celeridade ao processo e cujos maiores exemplos são os Juizados Especiais Cíveis e Criminais trazidos pela Lei n. 9.099, 26 de setembro de 1995.

Mas o princípio da efetividade é mais amplo e está também ligado também ao fortalecimento da Defensoria Pública como instituição a garantir o acesso à justiça aos hipossuficientes. Temos ainda a audiência de custódia, que não está prevista na Proposta de Reforma do Código de Processo Penal, Projeto de Lei n. 8.045/10, mas já vem sendo implementada, no Brasil, por força de Resolução 213 de 15 de dezembro de 2015, do Conselho Nacional de Justiça.

Por outro lado, sem pretender adentrar na controversa questão acerca da implementação, no Brasil, de um sistema acusatório puro, em razão da tradição romana do direito pátrio, supunha-se certa resistência quanto à gestão e a direção administrativa de varas e tribunais, por outros profissionais especializados, de outras áreas, que não o magistrado. Prova disto é que a questão sequer foi contemplada na proposta do novo Código de Processo Penal.

Embora o Ministério Público e outras organizações da sociedade civil, entidades de classe, partidos políticos, e instituições de cunho público e privado contribuam para a composição dos litígios, por meio de alternativas como a mediação, a conciliação, a arbitragem, referidas práticas de caráter administrativo e extrajudicial são pouco adotadas.

Daí, o principal objetivo desse trabalho consistiu em analisar se a desvinculação das funções atípicas das típicas do julgador seria uma solução almejada pelos magistrados para possibilitar maior efetividade ao processo judicial brasileiro, na atualidade. Concomitantemente, buscou-se saber se a separação da função administrativa a cargo do juiz, da judicial é realmente necessária para garantir a celeridade e o acesso à Justiça, a todos indistintamente.

Para tanto, em pesquisa de opinião, foram respondidos, em versão *on-line*, 19 questionários por juízes dos estados do Ceará, Maranhão e Piauí, os quais demonstraram o interesse dos magistrados em adotar a especia-

lização de funções como alternativa para buscar efetividade ao exercício de suas atividades jurisdicionais, como já ocorre no Chile.

Portanto, o presente trabalho pretende contribuir para sistematizar o conhecimento em torno do tema e poderá ser utilizado como base em grupos de discussão, além de elaboração de projetos institucionais com foco em políticas públicas.

Em relação à metodologia de trabalho, foi utilizada tanto pesquisa bibliográfica como documental, cuja abordagem tem caráter descritivo analítico, como de campo, de natureza qualitativa. Utilizou-se, para tanto, de artigos das bases *Ebscohost*, *Scielo*, *Vlex* e também monografias de dissertações, livros impressos, além de questionários fechados de múltipla escolha.

1. O EXERCÍCIO DA CARREIRA DE MAGISTRADO, NO BRASIL, NA CONTEMPORANEIDADE

A partir de 1950 até a década de 80, os países latinos passaram a adotar práticas protecionistas, que estimularam políticas direcionadas a proteção dos direitos sociais, em detrimento do exclusivo crescimento econômico, o que inevitavelmente favoreceu o crescimento da demanda e a disseminação de cursos jurídicos.

Já, nas últimas décadas, com as políticas de globalização percebe-se, por outro lado, um movimento de descentralização, com base na ideia de um Estado menos intervencionista. Essa transformação social e político-econômica que ocorre mundialmente gerou uma clientela com características as mais diversas.

Não se espera, portanto, na contemporaneidade, um profissional do direito, com conhecimentos genéricos, mas cada vez mais especializados. Logo, a princípio também não se deveria esperar do magistrado, que pudesse além de exercer o poder e a difícil tarefa de julgar, também administrar. Contudo, no Brasil, essa exigência é uma realidade cada vez mais frequente.

Da mesma forma, com a utilização concomitante de princípios e normas postas, percebe um aumento na utilização de mecanismos como doutrina e jurisprudência, que tornam o ordenamento jurídico progressivamente mais múltiplo e variado, e, conseqüentemente, capazes de influenciar

as faculdades e os cursos de direito no sentido de diversificar cada vez mais suas grades curriculares (Perdomo, 2004).

Assim, é preciso uma constante atualização por parte dos profissionais do direito, diante das mudanças não só normativas, mas também jurisprudenciais e doutrinárias. A experiência derivada da prática profissional, que se pode desenvolver independentemente do tempo, desde que se esteja aberto a um raciocínio reflexivo, além da argumentação persuasiva (Perdomo, 2004), passaram a ser aprimoradas já durante o bacharelado do curso de direito e constantemente exigidas durante todo o desenvolvimento da carreira.

1.1 Melhor seleção e capacitação dos juízes

Por razões históricas, no Brasil, desde o início do período de redemocratização, há certo cuidado em se garantir a independência e a autonomia dos juízes. Isso, com vistas a impedir qualquer ingerência de qualquer dos poderes da república, bem como evitar um retrocesso a política de troca de favores do período imperial (Feitosa & Passos, 2017).

Os magistrados eram normalmente identificados como os precursores das alterações jurídicas e hermenêuticas no direito. Mas essa imagem já vem sendo crescentemente diminuída, no Brasil. Isso, principalmente, após o Judiciário ter avocado para si o dever de responder sozinho pelos anseios da população. (Albuquerque, 2015). Um dos motivos que se vislumbra para essa constatação é decorrente da positivação, também, na Constituição Federal de 1988, de regras de caráter protecionista, por parte do Estado brasileiro.

Contudo, essa proeminência do Judiciário, em relação aos demais poderes, também somada a diversas garantias e independência conferidas aos magistrados, naquele período, já exigiu deles outras diferentes aptidões, que colaboraram, assim, para a reabertura do debate em relação ao modelo de seleção dos seus membros (Feitosa & Passos, 2017).

Com a responsabilidade de gestão agregada à função de julgador, esse novo juiz, precisava e ainda necessita cada vez mais se utilizar dos saberes de outras disciplinas, tais como sociologia, psicologia, administração, comunicação etc, para melhor gerir obras, servidores, fundo rotativo, além de melhor julgar os casos que lhe são postos (Machado Filho, 2014).

Prova disso é que como, no Brasil, durante o período republicano, a classe de magistrados continuou sofrendo a ingerência das classes influentes, em relação às decisões, nomeações, remoções, promoções etc, o que

ocasionou certo isolamento em relação às necessidades mais emergentes da população, persistiu, nas constituintes, do período, o tema de como melhor selecionar e escolher esse julgador (Feitosa & Passos, 2017).

Por isso não se pode ignorar a importância da seleção e aprimoramento desses profissionais antes e após a investidura no cargo. Até porque, em pesquisa de opinião, de caráter qualitativo, realizada *on-line*, em 11 de agosto de 2018, na qual foram ouvidos 19 juizes dos Estados do Ceará, Piauí e Maranhão acerca do motivo pelo qual escolheram a profissão de magistrado, com vistas a perceber o perfil atual da categoria, constatou-se que 4 deles, ou seja, 21,05% não exerciam a profissão por identificação pessoal, mas por terem buscado ter maior estabilidade financeira.

Gráfico 1 – Motivos de escolha da profissão de magistrado/a.
Fonte: elaboração própria

Por que você escolheu a profissão de magistrado?

Responderam: 19 Ignoraram: 0

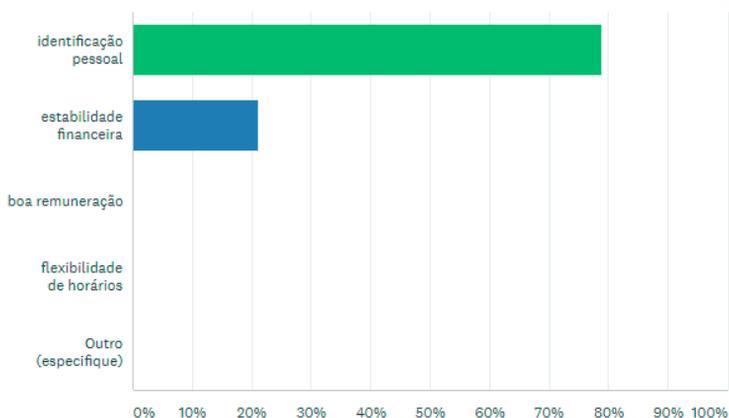


Tabela 1 - Motivos de escolha da profissão de magistrado/a.
Fonte: elaboração própria

OPÇÕES DE RESPOSTA	RESPOSTAS	
identificação pessoal	78.95%	15
estabilidade financeira	21.05%	4
boa remuneração	0.00%	0
flexibilidade de horários	0.00%	0
Outro (especifique)	0.00%	0
TOTAL		19

Dentre as principais dificuldades profissionais apontadas, na mesma pesquisa, em respostas de múltipla escolha, 9, ou seja, 47,37% afirmou que era a gestão da vara.

Gráfico 2 – Principal dificuldade profissional dos/as magistrados/as
 Fonte: elaboração própria

Qual sua principal dificuldade profissional?

Responderam: 19 Ignoraram: 0

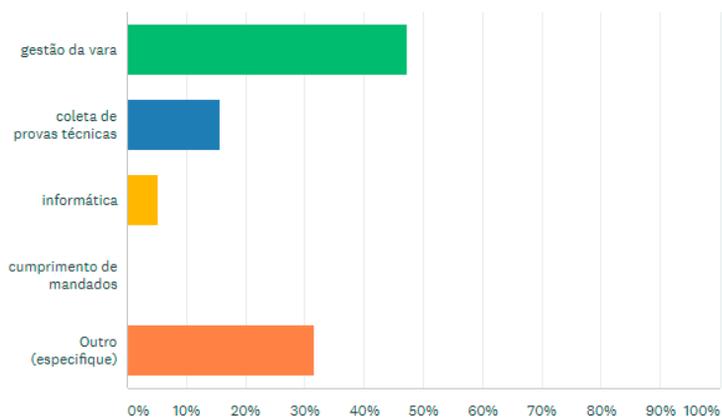


Tabela 2 – Principal dificuldade profissional dos/as magistrados/as
 Fonte: elaboração própria

OPÇÕES DE RESPOSTA	RESPOSTAS	Quantidade
gestão da vara	47,37%	9
coleta de provas técnicas	15,79%	3
informática	5,26%	1
cumprimento de mandados	0,00%	0
Outro (especifique)	31,58%	6
TOTAL		19

1.2 Necessidade de investimentos em recursos humanos e materiais

Além de uma a visão humanista do julgador (Machado Filho, 2014), é necessário que no exercício da sua função, o magistrado procure conhecer as necessidades de seu jurisdicionado. Para isso precisa além de um

aparato estrutural e humano que lhe dê subsídios para exercer sua função com primazia, uma capacitação direcionada com esse fim.

Ademais uma mudança cultural precisa ser implementada, no sentido de capacitar os operadores do direito para que favoreçam a celebração de acordos, mediações, conciliações, em especial, a título extrajudicial, estimulando assim a oralidade e a informalidade. Da mesma forma, dos juízes, para homologação desses acordos, quando necessário.

Boaventura de Sousa Santos (2005) defende inclusive que a falta de eficiência e excesso de trabalho, no Judiciário, não são problemas técnico-jurídicos, mas antes problemas políticos.

Admitir que magistrados se dediquem mais a gestão de gabinetes, ou atividades outras distintas, a de julgar, é expor a sociedade a uma praticidade instrumental própria da modernidade, nas palavras de Hannah Arendt (2007). Pois diminui a chance de atos mais reflexivos e críticos por parte dessas autoridades, na sua função primordial de julgar. Isso gera um risco na medida que os juízes se tornam meros repetidores de decisões, em massa (Albuquerque, 2015).

Portanto, em determinadas ocasiões, sugere-se que o julgador deverá ter disponível um psicólogo (Machado Filho, 2014), ou outro profissional especializado, na sala de audiências, para que os atos processuais não sejam indevidamente postergados.

A racionalização do trabalho também colabora para o aumento do acesso à justiça e da celeridade processual. Pois a adoção uniforme de tecnologias é indispensável para agilizar procedimentos e tarefas judiciais como comunicações de atos processuais; consulta a processos; envio de peças judiciais; instrumentalização em sistemas de dados interligados, etc. (Ponciano, 2007).

2. O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE E A MOROSIDADE DA JUSTIÇA BRASILEIRA

Falar da morosidade da justiça não é questão nova. No entanto, referida questão vem sendo discutida com maior intensidade, no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Ponciano, 2007). Isso, em razão do Judiciário ter passado a ser o personagem principal na tarefa

de implementar os direitos sociais lá estabelecidos e positivados como regras de direito fundamental.

A tendência evolutiva do processo civil também foi abandonar a concepção deste como negócio entre as partes e do juiz passivo privado de poderes de controle. Em seu lugar, já no fim do século XIX, o movimento da oralidade conduziu ao aumento da função do juiz na direção do processo e em garantir a igualdade não apenas formal, mas substancial, entre as partes (Cappelletti & de Oliveira, 1989).

Portanto, o princípio da efetividade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, LXXIII da CF/88, trazido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, tem por objetivo mais amplo assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Logo, percebe-se que é uma garantia fundamental que abrange além do direito à celeridade, o próprio acesso à justiça.

Daí, um dos principais inconformismos da sociedade em relação ao Judiciário está diretamente relacionado a não solução célere dos conflitos a ela confiados, ou seja, a morosidade da Justiça. Dentre as sugestões para o problema, uma delas é perceber como a especialização de funções pode ser uma alternativa¹¹.

2.1 Possíveis causas da morosidade da justiça no Brasil

O *Welfare State*, adotado no Brasil, como em diversos países, após a segunda guerra mundial, a rigor não conseguiu implementar as reformas necessárias para assegurar os direitos positivados, no processo de redemocratização. O país não estava preparado para lidar com as exigências da pós-modernidade. Antes de se pensar nas soluções dos conflitos, a preocupação passou a gravitar como se observa até os dias de hoje, na eficiência e na quantidade do trabalho judiciário, e muito menos na qualidade da prestação jurisdicional (Albuquerque, 2015).

A explosão de demandas oriundas, em especial, da abertura ao Judiciário a classes menos favorecidas decorrente da positivação de algumas garantias trazidas pela Constituição de 1988, como acesso à Justiça (art. 5º, inc. LIV), institucionalização da Defensoria Pública (art. 134 da CF) e dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95), garantia do

11 Sugestão elaborada após a segunda fase do curso sobre sistema acusatório promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos das Américas- CEJA, no ano de 2018, no Chile.

contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), e outras advindas da legislação infraconstitucional, como defesa do consumidor (Lei n. 8.078/90), da ordem econômica (Lei n. 8.137/90), do direito ambiental (Lei n. 9.605/98), entre outras, foi responsável por um verdadeiro colapso nas atividades judiciárias, em todo o país. Isso diante dessas exigências advindas da torrente de ações judiciais que passaram a fazer parte do cotidiano dos tribunais e demais órgãos judiciais (Machado Filho, 2014).

A primeira ilação que surge, portanto, é imputar a classe da magistratura essa responsabilidade. No entanto, o que a maioria da população não sabe é que os juízes brasileiros estão entre os que mais produzem no mundo (Albuquerque, 2015). Um exemplo disso é que, na mesma pesquisa já citada, verificou-se que dos 19 magistrados ouvidos, 10 (52,63%) apontaram o excesso de trabalho como um dos fatores que mais os irrita, no exercício da função.¹²

Em dados extraídos de artigo jornalístico publicado, em 09.09.2014, há notícia de que cada um dos 16.000 juízes brasileiros produz, em média, 1.616 sentenças por ano, contra a média de 959 dos juízes italianos, 689 dos espanhóis e 397 dos portugueses.¹³ É preciso, portanto, encontrar as causas reais dessa morosidade.

Por outro lado, como observado que, no campo normativo, já há a previsão da oralidade, em diversos procedimentos da legislação infraconstitucional, uma maior fiscalização de efetivação, na prática, quanto ao cumprimento dessas regras pelo Judiciário e demais órgãos auxiliares da Justiça, por parte dos respectivos órgãos administrativos superiores ou conselhos nacionais da Magistratura e Ministério Público colaboraria com a diminuição de tempo e gasto desnecessário para o desenvolvimento dos atos processuais.

12 Pesquisa de opinião realizada pela autora em 11 de agosto de 2018, mediante questionário on-line.

13 Recuperado de <<http://politica.estadao.com.br/blog/fausto-macedo/o-pais-dos-para-doxos-tem-os-juizes-mais-produtivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morose-assoberbados>>.

Gráfico 3- Motivos de frustração dos/as magistrados/as no trabalho
 Fonte: elaboração própria

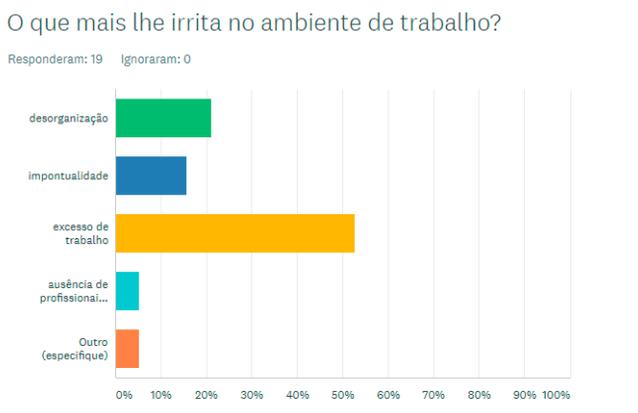


Tabela 3- Motivos de frustração dos/as magistrados/as no trabalho
 Fonte: elaboração própria

OPÇÕES DE RESPOSTA	RESPOSTAS	
desorganização	21.05%	4
impontualidade	15.79%	3
excesso de trabalho	52.63%	10
ausência de profissionais habilitados, em outras áreas, como por ex. psicologia, assistência social, administração etc	5.26%	1
Outro (especifique)	5.26%	1
TOTAL		19

Outro argumento para morosidade seriam os avanços tecnológicos, no que diz respeito à informação, ainda não são utilizados, na maioria dos tribunais e órgãos do Poder Judiciário brasileiro (Ponciano, 2007). Da mesma forma, houve considerável crescimento do aparato administrativo a serviço de uma elite política, sem que se programasse e se preocupasse o governo em efetivar, a nível econômico, o que foi positivado e defendido, a nível jurídico (Zaffaroni, 1995).

Percebe-se também que, no Brasil, questões políticas e direcionamentos econômicos muitas vezes vem sendo decididos, na Justiça. Logo, ao invés de uma cidadania pautada em ações participativas de produção do direito e de condução da história, verifica-se uma letargia cívica, no que

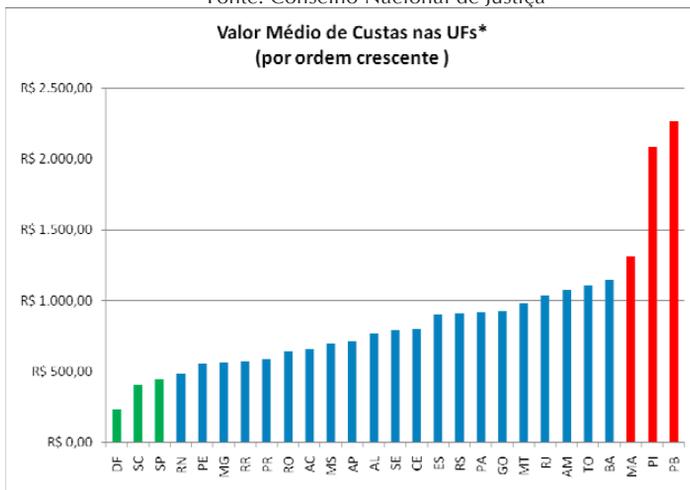
diz respeito à aptidão democrática da sociedade, como apontam alguns estudiosos (Mendes & Hamel, 2010; Lucas, 2005).

Cita-se ainda a instabilidade normativa decorrente do aumento sem precedentes e sem parâmetro da elaboração de leis e atos normativos, em contraposição ao que rege a Constituição Federal e as demais leis do ordenamento jurídico brasileiro (Faria, 1989). Por fim, aponta-se a não efetivação das regras fundamentais positivadas na Constituição Federal de 1988 (Ponciano, 2007), bem como em outros trabalhos, os deficientes recursos humanos e estruturais do Poder Judiciário, como já citado (Albuquerque, 2015).

Alguns autores apontam ainda a ausência de uniformização nacional do valor das custas judiciais, como um dos responsáveis pelos excessos de demandas. No Brasil, há uma disparidade enorme entre as custas pagas nos diversos estados do país. No entanto, o que se desconhece é a viabilidade técnica-jurídica de implementar uma reformulação da cobrança dessas custas a nível nacional (Tabak & Prestes, 2018).

Segundo Relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2006, as custas judiciais mais baratas são as do Distrito Federal e as mais caras as dos estados da Paraíba, Piauí e Maranhão, senão vejamos, pelo gráfico abaixo, feito pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias:

Gráfico 4 – Valor médio das custas do Poder Judiciário por unidade da federação.
Fonte: Conselho Nacional de Justiça



* Para a situação hipotética especificada. Elaboração própria do DPJ.

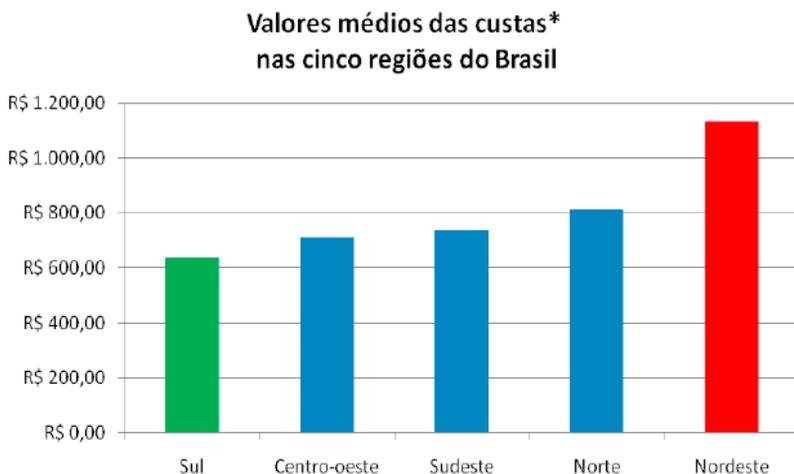
Embora atualmente, seja possível um maior controle sobre esses valores, por meio de reclamação administrativa proposta junta ao Conselho Nacional de Justiça, como aconteceu, em relação ao Estado da Paraíba, no Procedimento Administrativo n. 0005012-10.2009.2.00.0000, a uniformização seria uma solução mais equânime.

Pois as diferenças ainda são discrepantes. Nas regiões mais ricas e desenvolvidas, de azul, quais sejam, Centro-oeste, Sudeste e Norte, observa-se as custas mais baratas do país e, na região mais pobre, Nordeste, de vermelho, tem-se as custas mais caras, de valores superiores a um salário mínimo.

É o que se percebe por este último gráfico também constante no Relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2010, senão vejamos:

Gráfico 5 – Valor médio das custas do Poder Judiciário por região.

Fonte: Conselho Nacional de Justiça¹⁴



O valor dos gastos com a tutela jurisdicional irá determinar, na maioria das vezes, o que os indivíduos estarão dispostos a gastar com ela. Daí, porque o estudo da conduta das pessoas diante das exigências neces-

14 Relatório de Pesquisa sobre Custas Judiciais do Conselho Nacional de Justiça de 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/relatorio%20pesquisas%20custas%20judiciais_julho_260710.pdf

-sárias para exercer o direito de ação pode influenciar diretamente referida verificação (Tabak & Prestes, 2017).

Para referidos pesquisadores, em que pese opiniões em contrário, o Brasil deveria abandonar o sistema misto de custeio e adotar um sistema, no qual o usuário arcasse com o equivalente ao custo total do processo, mesmo que isso pudesse acarretar o aumento do valor das taxas. Pois inibiria o excesso de ações a cargo do Judiciário, que já obriga o Estado inevitavelmente a arcar com as custas dos processos criminais, além daqueles no qual há concessão de Justiça Gratuita e nos quais é parte, e é condenado, ao final.

2.2 Medidas implementadas após a reforma do judiciário

Após relatório do Banco Mundial¹⁵ (1997) cujo relatório, continha estudos técnicos que apontavam a necessidade de redefinição do Estado e de suas relações com a sociedade, mediante resultados mais céleres e justos, por parte da justiça brasileira, para viabilizar o crescimento econômico, buscou-se implementar uma Reforma do Poder Judiciário, trazida, anos depois, pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (Ponciano, 2007).

A partir daí, foram adotadas diversas medidas para construir uma estratégia para atualizar os trabalhos judiciais, em todo o país, sendo uma delas, a criação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (art. 92, I da CF), com atribuições de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º da CF), para quem foi imposto o encargo de reduzir a morosidade mediante o cumprimento de metas periódicas de produtividade (Albuquerque, 2015).

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça representou um progresso na efetivação de alguns direitos lá estabelecidos, na medida que permitiu o exercício da cidadania de forma mais concreta por parte da população, que hoje tem amplo acesso a instituição por meio do órgão. Explico: Era necessário a otimização de funções para atenuar o distanciamento existente entre Judiciário e sociedade no acesso à justiça, na fiscalização de seus membros e servidores e, em muitas outras situações, cuja atribuição foi a ele delegada (Deocleciano, 2010). Projetava-se um Judiciário aber-

15 Relatório do Banco Mundial. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>

to, que buscasse mais do que aprimorar a função jurisdicional, portanto, mas acompanhar as atuais mudanças políticas, sociais e econômicas.

Concomitantemente, criou-se a súmula vinculante (art. 103-A da CF), que tem, em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, referido efeito jurídico. Acresceu-se a garantia da razoável duração do processo como já citado anteriormente e prevista no inciso LXXIII, do art. 5º da CF/88, a quarentena dos juízes, entre outras medidas.

À época, a Justiça do Trabalho também teve seu âmbito de atuação ampliado (art. 114 da CF). Posteriormente, ocorreram várias alterações na legislação infraconstitucional, como é o caso do Código de Processo Civil (Ponciano, 2007). Em 1995, por meio da Lei 9.099, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que substituíram os antigos Juizados de Conciliação de caráter unicamente cível, foram acrescentados ao cotidiano forense várias medidas despenalizadoras.

Atualmente, já existe um Planejamento Estratégico a nível nacional, a cargo do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, algumas vezes dissonantes (Carvalho & Leitão, 2018) argumentam que sua composição favorece a priorização dos interesses da própria classe e a existência de uma outra instância de decisão, num sistema que já conta com expressivo número de hipóteses de revisão judicial.

Logo, ainda persiste o problema da morosidade, para qual se propõe a especialização de funções como uma das alternativas viáveis para melhorar a efetividade da prestação jurisdicional, no Brasil.

3. ESPECIALIZAÇÃO DE FUNÇÕES

Para analisar se a desvinculação das funções atípicas das típicas do julgador seria uma solução almejada pelos magistrados para possibilitar maior efetividade ao processo judicial brasileiro, esta pergunta foi dirigida aos 19 magistrados entrevistados:

Tabela 4. Posição dos/as magistrados/as em relação à desvinculação das funções atípicas?

Fonte: elaboração própria

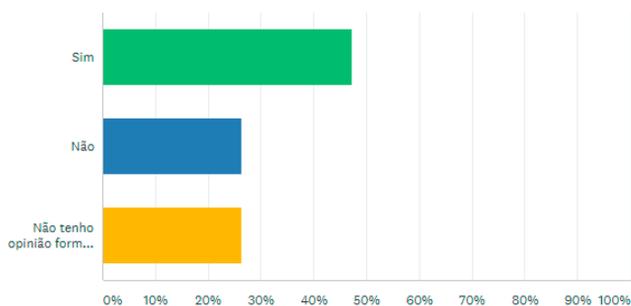
OPÇÕES DE RESPOSTA	RESPOSTAS	
Sim	47.37%	9
Não	26.32%	5
Não tenho opinião formada sobre o assunto	26.32%	5
TOTAL		19

Gráfico 6. Posição dos/as magistrados/as em relação à desvinculação das funções atípicas?

Fonte: elaboração própria

Você é favorável a desvinculação do magistrado das funções atípicas, ou seja, daquelas distintas da função de julgar?

Responderam: 19 Ignoraram: 0



Percebe-se que 47,37% é favorável a proposta de especialização de funções. Até porque, na mesma pesquisa, conforme já dito mais da metade encontra-se incomodada com o excesso de trabalho. Curioso notar, entretanto, que apenas 15,79% conhece totalmente essa experiência, senão vejamos:

Tabela n. 5 – Respostas à pergunta: “Você conhece a proposta de especialização de funções como por exemplo a separação da função administrativa de gestão, da função judicial como ocorre, no sistema acusatório, atualmente existente no Chile?”.

Fonte: elaboração própria

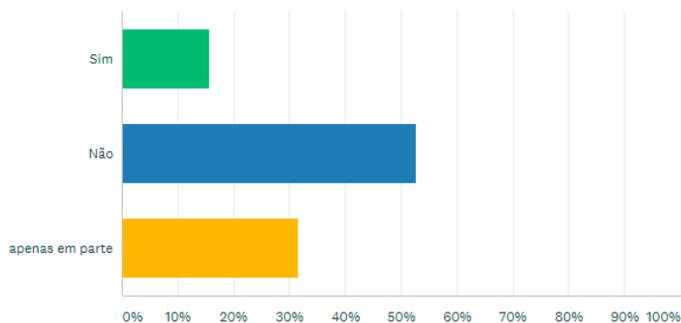
OPÇÕES DE RESPOSTA	RESPOSTAS	
Sim	15.79%	3
Não	52.63%	10
apenas em parte	31.58%	6
Total de respondentes: 19		

Gráfico n. 7 - Respostas à pergunta: “Você conhece a proposta de especialização de funções como por exemplo a separação da função administrativa de gestão, da função judicial como ocorre, no sistema acusatório, atualmente existente no Chile?”.

Fonte: elaboração própria

Você conhece a proposta de especialização de funções, como por ex. a separação da função administrativa de gestão, da função judicial como ocorre, no sistema acusatório, atualmente, existente, no Chile?

Responderam: 19 Ignoraram: 0



CONCLUSÃO

Uma das características comum às sociedades modernas é o crescimento extraordinário do Poder Judiciário, decorrente do modelo de estado social ou promocional, adotado durante o período de redemocratização, que se seguiu, após a segunda guerra mundial.

O principal objetivo do presente trabalho foi verificar se a proposta da especialização viria a garantir uma melhor efetividade na prestação jurisdicional brasileira. Pelo estudo realizado constatou-se que sim, desde que essa não ocorra de forma isolada sem incremento da estrutura física e humana, bem como melhor seleção e capacitação dos magistrados.

Foi possível enumerar várias medidas de cunho administrativo e judicial já implementadas, pela Reforma do Judiciário de 2004, como a criação do Conselho Nacional de Justiça, que vem favorecendo uma otimização dos serviços judiciários, fiscalização de membros e conseqüentemente unificação de medidas administrativas, em todo o país. Também se constatou a insatisfação dos juízes com a quantidade de trabalho e a impos-

sibilidade de estudos mais detidos acerca de determinados temas mais específicos.

Observou-se ainda que a maioria dos juízes ouvidos na pesquisa de opinião realizada não se opõe a especialização de funções como mecanismo de aprimoramento da função jurisdicional, ao contrário do que se imaginava. Isso com foco em alcançar o escopo maior da efetividade e celeridade processual, garantidos constitucionalmente.

Logo, para que o Judiciário brasileiro consiga produzir refletidamente, de forma eficiente e célere sugere-se que haja além de investimentos em capacitação, estrutura física, humana, incentivo a uma cultura conciliatória, na qual a gestão não se torne a função precípua do magistrado, nem ele esteja preocupado unicamente, com o cumprimento de metas ou produtividade, mas com cada processo, no qual existe por trás vidas, sonhos e problemas concretos a serem, respectivamente, protegidos, resguardados e solucionados.

REFERÊNCIAS

Albuquerque, L. C. de & Vatzco, L. K. (2015). "O Juiz Gestor e o Pensamento Jurídico: uma análise crítica". Curitiba: Rev. Bonijuris, v. 27, n. 619, 19 de maio. Mensal. Ano XXVII, N. 6. Disponível em: <www.bonijuris.com.br>. Acesso em: 22 out. 2018.

Arendt, H. (2007). *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

Banco Mundial (1996). *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe*: Elementos para Reforma. Documento Técnico nº 319. Washington - EUA: Banco Mundial, 1997. Maria Dakolias - Tradução: Sandro Eduardo Sardá. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Conselho Nacional de Justiça (2010). *Procedimento de Controle Administrativo n. 0005012- 10.2009.2.00.0000*. Interessado: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção da Paraíba. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Conselheiro Jefferson Kravchychyn. Brasília, DF, 29 de setembro de 2010.

Conselho Nacional de Justiça (2010). *Perfil da Fixação de Custas Judiciais no Brasil e Análise Comparativa da Experiência Internacional*. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/poder-judiciario/relatorio> %20

pesquisas%20custas%20judiciais_julho_260710.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Cappelletti, M., & de Oliveira, C. A. A. (1989). *Juízes irresponsáveis?*. Porto Alegre: SA Fabris Editor.

Carvalho, E., & Leitão, N. (2013). “O Poder Dos Juízes: Supremo Tribunal Federal e o Desenho Institucional Do Conselho Nacional De Justiça. *Revista de Sociologia e Política*, [s. l.], 21(45), 13–27. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=sih&AN=90657368&lang=pt-br&site=ehost-live>>.

Deocleciano, P. R. M. (2010). *O Conselho Nacional de Justiça e o controle democrático do poder judiciário: uma realidade possível?* (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil.

Feitosa, G. R. P. & Passos, D. V. S (2017). “O Concurso Público e as Novas Competências para o Exercício da Magistratura: uma análise do atual modelo de seleção”. *Sequência: Estudos jurídicos e políticos*. Florianópolis, n. 76, p.131-154, ago. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n76p131>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Lucas, D. C. (2005). “O Procedimentalismo deliberativo e o substancialismo constitucional: apontamentos sobre o (in)devido papel dos Tribunais”. *Direito em Revista. Revista da Faculdade de Direito de Francisco Beltrão – CESUL*, (7).

Machado Filho, D. G (2014). “O Juiz Múltiplo: sociólogo, psicólogo, gestor, comunicador, cidadão, membro de família, conciliador e agente de poder”. *Revista Judiciária do Paraná, Curitiba*, v. 11, n. 8, p.285-294, nov.

Ano IX. Disponível em: <[http:// app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction](http://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction)>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Mendes, A. I. & Renan Hamel, M. (2010). “A dogmática e o discurso jurídico entre a ciência e a realidade: implicações necessárias ao ensino do direito”. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, núm. 1, pp. 129-143.

Perdomo, R. P. (2007). “Educación jurídica, abogados y globalización en América Latina”. *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, (9), 255-275.

Ponciano, V. L. F (2007). “Morosidade do Poder Judiciário: Prioridades para a Reforma”. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 11, p. 209-226. Semestral. Universidade Estadual de Londrina. Disponível em: <<https://ficheros-2010.s3.amazonaws.com>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

Santos, B. S. (2002) A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez.

Tabak, B. M., & Prestes, F. A. S. (2017). “O custo da justiça, à luz das modernas técnicas de gestão judicial e da análise comportamental do direito”. *Revista Jurídica*, 3(48), 458–481. Recuperado de <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=125725262&lang=pt-br&site=ehost-live>>.

JUIZ DAS GARANTIAS À BRASILEIRA NO PROJETO DO NOVO CPP. SOBRE A NECESSIDADE DE IMPLANTAÇÃO DO NOVO ATOR PROCESSUAL EM UM VERDADEIRO SISTEMA ACUSATÓRIO. CRÍTICAS E REFINAMENTOS

Danielle Nogueira Mota Comar¹⁶

“À mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta”.

1. ATUAL SISTEMA DE PERSECUÇÃO PENAL BRASILEIRA: IDENTIFICANDO O PROBLEMA

Há muito a doutrina brasileira discute a necessidade de um novo Código de Processo Penal. Nosso atual Código, datado de 1941, teve inspiração no Código Italiano Rocco, de 1930, de feição autoritária, importando vários conceitos que, hoje, nem mesmo na Itália são mais adotados, diante da reforma lá sofrida nos anos 80. A despeito de inúmeras intervenções pontuais, especialmente as de 2008, o Código de Processo Penal brasileiro é marcadamente inquisitorial. Em muitos pontos, não se encaixa na leitura constitucional, que alberga um sistema acusatório. Aliás, de todos os países da América Latina, o Brasil é o único que não dispõe de um Código de Processo Penal acusatório.

Temos uma persecução penal sem uma nítida separação entre a fase inquisitorial e a fase processual e, por conta disso, a fase investigativa (de feição inquisitória, sem contraditório e diminuta ou, quase sempre, nula participação defensiva) penetra na fase instrutória, maculando esse mo-

16 Artigo elaborado em novembro de 2018. A autora é Juíza de Direito atuante na 9ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba e mestrandista pela Universidade de São Paulo.

mento processual onde deve (ou deveria) reinar imparcialidade, paridade de armas, contraditório e ampla-defesa.

O inquérito, por expressa disposição legal (art. 12 do CPP) deve acompanhar a denúncia ou queixa-crime que as embasam e, assim, o juiz dele toma conhecimento, podendo nele buscar elementos que entenda necessários para a formação de seu convencimento, com a única ressalva de que não se pautе exclusivamente nos elementos do inquérito para uma condenação (art. 155 do CPP).

Desta forma, o inquérito (ou outra forma de investigação preliminar) que deveria se prestar única e exclusivamente para apuração da materialidade e indícios de autoria (*fumus commissi delicti*), na formação da *opinio delicti* do órgão de acusação, acaba adentrando à fase processual e servindo de apoio probatório ao julgador, com claro desvio de sua finalidade.

Ainda, nosso atual CPP confere ao juiz poderes instrutórios, não só na fase processual (art. 156, II, CPP), mas, o que é pior, igualmente na fase inquisitorial (art. 156, I, do CPP). Não bastasse isso, confere ao juiz poderes para decretar medidas cautelares assecuratórias e probatórias de ofício (as pessoais, leia-se decretação de prisão cautelar de ofício, são vedadas na fase inicial da persecução).

Para tanto, exige-se do juiz fundamentação da decisão (art. 93, IX, da Constituição Federal), o que permite controle pelas partes envolvidas, via de regra, em contraditório diferido, uma vez que as medidas cautelares adotadas na fase de investigação contam com o elemento surpresa.

Napoleão teria ficado orgulhoso, afinal, a influência do sistema misto é evidente e, *voilà*, a confusão está instaurada. Napoleão, com seu *Code Criminelle* de 1808, implantou o sistema misto: na fase de investigação, um juiz instrutor buscava as provas, acusava e tinha um grande protagonismo, nessa fase secreta, escrita, sem participação da defesa. Uma vez admitida a acusação, o caso era encaminhado ao júri e nessa nova fase processual havia ampla defesa, oralidade, publicidade. Contudo, sempre

que necessário o jurado poderia acessar o inquérito para sanar dúvidas. Afinal, pensam os incautos ou pragmáticos, as fontes de prova foram colhidas no inquérito ao calor dos fatos, por um juiz, sem motivos para desacreditá-los.

Ocorre que de nada adianta uma fase processual - que se pretende isenta e imparcial -, se o julgador pode acessar elementos de informação colhidos em outra fase da persecução penal onde não houve dialética, produzidos à revelia de uma das partes.

Schünemann (2012) analisa o papel do juiz, sob o enfoque da dissonância cognitiva e impactos dos pré-julgamentos no processo de tomada de decisão. O autor critica o recebimento pelo juiz - quando da análise do recebimento da ação penal - da totalidade do inquérito, para, com base nele, decidir “se há suspeita contra o acusado, ou seja, se há verossimilhança no pedido condenatório”. Uma vez recebida a denúncia e seguindo-se na audiência de instrução e julgamento, ainda que contribuam na formação de sua convicção, Ministério Público e a Defesa possuem uma mera função de complementação, “eis que prevalece a posição dominante inquisitória – tanto na condução da instrução como na de autoridade da causa – e decisória do juiz”.

Daí porque o autor critica que essa acumulação de papéis leva a um conflito de funções, desconstruindo o discurso de neutralidade e de avaliação imparcial da causa. Conclui que o juiz é um terceiro manipulado ao invés de terceiro imparcial, porque sofre influências do prévio conhecimento do inquérito na tomada de decisão judicial, como fator de retenção de informações que são concordantes, ou seja, em evidente viés confirmatório (Schünemann, 2012).

Kahneman (2012), ao discorrer sobre processos de julgamento, tomada de decisões e processos cognitivos expõe sobre processos automáticos e controlados de decisão, explicando quanto aos vieses e atalhos mentais que levam a erros, confiança excessiva em determinados pensamentos o que pode ser uma forma de resistência a mudar um pensamento ou crença e também no que se baseiam escolhas. Erros intuitivos são prováveis, os quais somente podem ser evitados com uma intervenção deliberada do Sistema 2, o racional e mais demorado, ativado em processos mais

complexos. Dentro de um determinado contexto provável próprio, o Sistema 1 aposta numa solução e essa aposta é orientada pela experiência.¹⁷

O autor também problematiza a questão do efeito halo, segundo o qual o peso das primeiras impressões é aumentado, às vezes a tal ponto que a informação subsequente é em grande parte desperdiçada (Kahneman, 2012).

O processo involuntário e inevitável de tentar afastar qualquer argumento contrário ao estado de coerência já formado pelo indivíduo é um fenômeno muito mais comum do que possa aparentar e que se traduz no processo de tomada de decisões (o que se denominou dissonância pós-decisória) e no contato com informações sobre alguém que coloque em xeque a primeira impressão fixada sobre essa pessoa (efeito primazia) (Lopes & Ritter, 2017).

Eis o ponto central: por mais que haja reformas pontuais, enquanto não enfrentarmos o ponto central da influência do inquérito no processo e os poderes instrutórios do juiz, não teremos condições de garantir uma estética de imparcialidade.

Portanto, temos hoje uma fase processual pretensamente acusatória, que a despeito de ser pública e com participação da defesa, é marcadamente escrita, influenciada pelos elementos de informação colhidos à revelia da defesa e que podem, desde que não exclusivamente, subsidiar o convencimento do julgador que, ao tomar contato com o inquérito, por força de lei (art. 83 do CPP) está prevento para a fase processual.

Inconscientemente, o julgador pode se ver, sem perceber, influenciado pelas convicções expressadas na fase de investigação, seja porque nele atuou, de ofício ou provocado (análise de medidas que demandam reserva de jurisdição) ou porque, ainda que não tenha atuado, recebe o ca-

17 Segundo Kahneman, o Sistema 1 (S1) é responsável pelo pensamento intuitivo, abstrato, com operações rápidas e automáticas, enquanto que o Sistema 2 (S2) é mais concreto, analítico, realizando operações mentais laboriosas e mais complexas. O S1 costuma funcionar de maneira rotineira, imperceptível, tomando a maioria das decisões do nosso dia a dia, sem muita interferência, sendo que processos automáticos e muitas vezes inconscientes que subjazem o pensamento intuitivo podem conduzir a heurísticas de julgamento. O S2, mais lento e até preguiçoso, costuma entrar em ação quando a tarefa parece mais complicada ou não se encaixa nos procedimentos automáticos aos quais o S1 já se acostumou. O S1 gera continuamente sugestões para o S2, que se endossadas por esse, se tornam crenças e impulsos se tornam ações voluntárias. O S2 é ativado quando se detecta um evento que viola o modelo do mundo mantido pelo S1.

dermo investigativo que embasa a denúncia ou queixa e nele procura elementos seja para efetuar o juízo de admissibilidade (condições da ação) da denúncia ou até mesmo para nele procurar elementos a subsidiar a formação do convencimento quando da sentença.

Ainda que, na fase investigativa, se caminhe no campo da dúvida e das possibilidades e que o standard probatório exigido nessa fase seja mais fraco, o fato é que o juiz que aqui atua – e que será o mesmo que atuará na fase processual por força da prevenção – ainda que inconscientemente, já está criando, gradualmente, uma pequena história mental dos fatos. É inumano exigir deste juiz que, simplesmente, esqueça tudo que já julgou na fase investigativa e adentre à fase processual livre de prejulgamentos (Moraes, 2010). Só com uma “lobotomia epistêmica” (Frías, 2018, p. 58) é que se poderia esperar um juiz com virgin mind, isento de qualquer prévio conhecimento parcial marcadamente do órgão acusatório. Não há tábula rasa.

Assim, toda a lógica de presunção de inocência ruiu, pois será a defesa que terá de demover o julgador de um pré-julgamento já realizado por força de suas decisões motivadas quando da atuação na fase investigativa.

2. JUIZ DAS GARANTIAS COMO PROJETADO NO NOVO CPP

Côncios da problemática, uma comissão de renomados juristas brasileiros elaborou, em 2009, o Anteprojeto do novo CPP, com declarada estrutura acusatória (art. 4º), retirando do juiz poderes instrutórios e vedando-lhe o exercício de atividades substitutivas ao órgão de acusação.

Inspirado em outros modelos europeus e latino-americanos, introduz um novo ator processual, denominado no projeto de “Juiz das garantias”. A escolha do nome não foi muito feliz, porque, no Brasil, garantismo é estereotipado como sinônimo de impunidade, o que gera estigmatização e repulsa ao novo instituto (Oliveira, 2016). Talvez se nominado de “juiz da investigação”, a polêmica fosse menor.

Resumidamente, sua competência estará adstrita à fase de investigação, devendo o juiz zelar pelo controle da legalidade da investigação e pelos direitos e garantias fundamentais da pessoa investigada¹⁸. O Juiz das garantias não é um juiz que investiga, não se confunde com a figura do juiz instrutor. Sua função é de, imparcialmente, realizar o controle de

18 Arts. 15 a 18 do anteprojeto PLS nº 156/2009 e arts. 14 a 17 do atual PL nº 8.045/2010.

detenções, zelar pela legalidade do inquérito e salvaguardar as garantias e direitos constitucionais do investigado todas as vezes que, provocado, deva decidir sobre algum pedido que interfira na esfera de direitos do investigado ou terceiros (sequestro de bens já transferidos, por exemplo), por força da reserva de jurisdição.

Este novo ator não atuará na fase processual. A razão é simples: juiz que atua na investigação, decretando meios de investigação de prova, medidas cautelares assecuratórias, decretando prisões e, o que é pior, saindo à cata de fontes de prova (art. 156, I, CPP) não adentra à fase processual com imparcialidade.

Es decir, el juez de garantía que interviene en la fase de investigación no puede bajo ninguna circunstancia intervenir en el juicio oral. Y la razón es muy simple: quien conoció de los autos y registros en la etapa preliminar, decretando muchas veces medidas restrictivas de derechos fundamentales, estructuralmente no está en condiciones de actuar como juez imparcial en el juicio (Frías, 2018, pp. 57-58).

A imparcialidade é imanente à ideia de processo e, a despeito de não estar previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o princípio da imparcialidade foi formal e indubitavelmente incorporado em nosso sistema quando o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) que, em seu art. 8.1, expressamente prevê o direito a um julgamento imparcial. Portanto, inclusive na perspectiva do controle de convencionalidade, estamos sujeitos a práticas imparciais.

Daí advém que a prevenção, como critério de competência, é corrosiva da imparcialidade (Lopes, 2001). A implantação do juiz das garantias quebra com a prevenção, pois, segundo o art. 16, do PL nº 8.045/2010, “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do juiz das garantias ficará impedido de funcionar no processo”.

Rompe-se com a prevenção como critério de fixação de competência. Isso, por si só, já é um grande passo, mas insuficiente, porque a competência do juiz das garantias cessa com a propositura da ação penal (art. 15).

E aqui reside o paradoxo. Partindo da premissa de que o objetivo da criação de um juiz para atuar na investigação era blindar o juiz do processo da influência dos elementos de informação colhidos na fase inquisitorial,

por que o legislador pretende atribuir o recebimento da denúncia ao juiz do processo?

Ora, se o juiz do processo, ao fazer um responsável juízo de prelibação sobre a ação penal, deverá perpassar um olhar crítico sobre a justa causa e pressupostos da ação penal, o que ele dispõe, até aquele momento processual, é única e exclusivamente o caderno investigatório inquisitivo que permanecerá sendo encartado ao processo, embasando a ação penal oferecida (art. 15, § 4º, do PL 8.045/2010). E *voilà*, a confusão está instaurada novamente. De nada adianta afastar o juiz da fase investigativa se, para realizar o juízo de recebimento da peça acusatória, deverá se debruçar sobre os elementos de informação para aferir o juízo de probabilidade da hipótese acusatória (juízo de admissibilidade). A contaminação que se pretendia evitar caiu por terra.

Não é compreensível essa postura do reformador. A se aprovar o projeto do novo CPP com essa atual redação, continuaremos no círculo vicioso de contaminação do juiz com os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial. Talvez o reformador tenha sido influenciado pelo entendimento atual do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o ato judicial que recebe a denúncia não é decisão, mas mero despacho de expediente irrecurável que impulsiona o processo de uma fase à outra da persecução penal. Tal postura pragmatista de nossa suprema corte é inaceitável (imagine-se a avalanche de recursos que seriam interpostos caso se entendesse o caráter decisório do recebimento de denúncia). O juízo de admissibilidade da acusação deve ser um ato motivado que criticamente analise a existência das condições da ação. Mais que isso deve ser um filtro para verificação responsável de ações penais infundadas, evitando-se despesas e a movimentação indevidas do aparato judiciário e, sobretudo, estigmatização, dor e sofrimento que o processo causa ao presumidamente inocente. E análise crítica só pode ser feita por quem não atuará na fase processual, justamente porque contaminado estará.

Não bastasse essa incoerência interna do projeto, proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo e, ainda, as decisões proferidas pelo juiz das garantias não vincularão o juiz do processo que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso.

Mais uma incoerência, uma vez que é muito provável que tais análises ou revisões sejam analisadas à luz dos elementos informativos extraídos

do inquérito, salvo se fundadas em circunstâncias supervenientes surgidas pós-oferecimento da denúncia.

Talvez a instituição do juiz das garantias seja um dos pontos (talvez o mais) polêmicos do novo CPP. Somam-se argumentos pela sua desnecessidade e impossibilidade prática de efetivação, por onerar o orçamento dos tribunais.

Entretanto, uma visão crítica nos permite concluir pela necessidade de implementação de tal ator processual para garantia da imparcialidade, impedindo que ideias preconcebidas contaminem a decisão judicial, introjetadas pela atuação na fase inquisitorial. O juiz não é uma tábula rasa: inconscientemente ou não, a percepção sobre o fato gera impressões carregadas para a fase processual. E quanto à segunda grande crítica, embora não se possa negar o impacto econômico do jaez da pretendida reforma, a competência territorial do juiz das garantias é matéria de organização judiciária. Aliás, na era de processos virtuais, plenamente possível imaginar que sequer haveria necessidade de deslocamento do juiz das garantias que, inclusive, pode ser responsável por um grupo de Comarcas onde não haja varas de inquérito policial ou, ainda, uma exequível distribuição cruzada entre varas. A experiência paulista, com a criação do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), onde atuam juízes para as medidas da fase investigativa, demonstra que é possível, sim, a execução de um juízo de garantias.

3. JUIZ DAS GARANTIAS À BRASILEIRA: INSUFICIÊNCIA E ACANHAMENTO DO LEGISLADOR. DA NECESSÁRIA INTRODUÇÃO DE UMA FASE INTERMEDIÁRIA NA PERSECUÇÃO PENAL

Apesar do avanço reformador, no sentido de estipular dois juízes atuantes na persecução penal, separando o juiz da instrução do juiz da investigação, acreditamos que o atual desenho do juiz das garantias é insuficiente.

Perdeu o reformador a oportunidade de estipular uma importante etapa intermediária e oral (tal como ocorre no Chile), na qual as partes pudessem, em igualdade de condições e dialeticamente, discutir hipóteses de solução consensual do caso penal (transação, suspensão condicional do processo, acordos de não persecução penal, acordos indenizatórios) e, ainda, pudessem debater as provas e evidências que possuíssem e até realizar acordos ou, acaso a acusação verificasse a falta de robustez da justa causa, viesse inclusive a desistir da persecução penal (o que somente seria viável em um sistema de oportunidade da ação penal pública e não da obrigatoriedade com o qual lidamos ainda no sistema processual brasileiro). Se inviável a resolução alternativa do conflito penal, as

partes, em verdadeiro contexto acusatório, revelariam e debateriam as provas que intencionam produzir em um eventual subsequente juízo de instrução (que no Chile é verdadeiramente oral e realizado por três juízes que deliberam no ato sobre todas as questões que sobrevêm durante a instrução).

Tal fase intermediária traria maior racionalidade ao sistema. A atual forma de persecução penal brasileira está sobrecarregada de casos penais que poderiam ser resolvidos através de métodos consensuais (exemplo disso são os crimes patrimoniais que poderiam ter solução não punitiva, com acordo em pecúnia, prestação de serviços à comunidade ou outra condição).

O princípio da obrigatoriedade da ação penal e a impossibilidade de desistência da ação penal (art. 42 do CPP brasileiro) são entraves e em muito contribuem para uma solução inadequada do caso penal e, muitas vezes, por ser imposta, se apresenta injusta, sem resolver o cerne da questão ou trazer alguma utilidade até para a própria vítima.

Se houvesse a previsão de uma fase intermediária, o juiz das garantias atuaria como um *gatekeeper*, ou seja, um “porteiro” que, em rigorosa análise da justa causa, filtraria acusações frágeis e infundadas. Nos casos em que houvesse justa causa, passaria então à avaliação da licitude, pertinência e relevância das provas que seriam produzidas pelas partes, em contraditório e oralidade, na fase subsequente, perante o juiz do processo (que no Chile é coletivo). O juiz de garantias não interferiria na colheita das provas diretamente (até porque, em um sistema verdadeiramente acusatório e adversarial, são as partes as responsáveis pela produção da prova), mas coibiria eventuais abusos que, ao não adentrarem para a fase processual, não contaminariam o juiz do processo.

É o que ocorre no Chile (etapa intermediária prévia ao júrio oral) e no sistema americano (fase conhecida como Discovery), e neste último, a Federal Rule 26, impõe um dever de boa-fé aos demandantes que, ao revelarem os fatos previamente, não devem surpreender o adversário ou

o juízo no momento do julgamento, o que privilegia a paridade de armas (Cambi & Pitta, 2015).

É salutar que a experiência de outros países pode e deve ser importada para que pudéssemos abrir nossas mentes de que é possível, sim, pensar o sistema processual penal de uma forma diferente, desde que com as adaptações necessárias para que o sistema receptor internalize tais inovações.

A adoção de uma fase intermediária no projeto do novo CPP traria maior importância ao juiz das garantias. Nessa fase, as partes debateriam as fontes de provas, perícias e documentos trazidos pelo Ministério Público e pela defesa (que, no viés do novo CPP, teria, inclusive, direito à investigação defensiva). O juiz de garantias, acaso não houvesse solução não penal, passaria a analisar a imputação e sua robustez, através do debate dinâmico, oral e dialético entre as partes. Convencido das provas pertinentes, remeteria a acusação, já recebida, ao juiz do processo. A investigação preliminar seria arquivada e inacessível ao juiz do processo, para não contaminar o julgador com os elementos de informação colhidos sem contraditório (O IP somente poderia ser desarquivado para hipótese de afastamento da credibilidade da testemunha). Provas ilícitas não adentrariam à fase processual, evitando a contaminação do julgador (uma vez a prova ilícita no processo, tudo se torna valoração e retórica).

4. O QUE TEMOS A APRENDER COM A EXPERIÊNCIA CHILENA¹⁹

O Juiz das garantias no sistema chileno tem um papel fundamental no sistema, porque, com funções mais amplas do que o projetado no novo CPP brasileiro, participa de audiências com “multi-propósitos”, não só controlando as detenções, mas também, em um verdadeiro sistema adversarial, quando da apresentação pelas partes das provas obtidas, verifica se ali há um verdadeiro caso penal que, se não resolvido por formas

19 Entre abril e junho de 2018, um grupo de profissionais das mais diversas áreas do direito participou da fase local do “Programa Brasileiro de Capacitação sobre Reforma Processual Penal” na cidade de Curitiba. Em setembro deste mesmo ano, um grupo maior complementou os estudos, na cidade de Santiago, no Chile, onde pudemos identificar, in loco, as lições apreendidas na fase teórica, onde pudemos depreender, maravilhados, as diferenças do sistema processual penal no contexto chileno e latino-americano, nos quais vigora a oralidade, a paridade de armas entre Fiscalia e Defensoria Pública e onde formas alternativas de solução do conflito penal são amplamente utilizadas o que filtra o número de casos penais submetidos ao júrio oral.

alternativas de solução, remete o caso ao juízo coletivo de 3 juízes (*juicio oral*).

A adoção da etapa intermediária e de uma teoria do caso (Silveira, 2018) é fundamental e deve ser ponderada na reforma do novo CPP. A ideia é que, nesta fase intermediária, tal qual ocorre na experiência Chilena e também na americana (*Discovery*), ocorra um debate prévio sobre o juízo de mérito, presentes a boa-fé e a lealdade processuais, vedando-se a surpresa em eventual fase processual. Nesta etapa intermédia (a semelhança de um despacho saneador já existente em nosso CPC) as partes dialeticamente apresentam suas fontes de prova e discutem-se questões preparatórias ao julgamento de mérito, tais como questões processuais e admissibilidade de provas ou não, inclusive provas ilícitas, o que, no longo prazo, reduz a quantidade de recursos interpostos.

A etapa intermediária seria o momento adequado para: a) definição da hipótese acusatória (teoria do caso); b) juízo de admissibilidade da acusação, mediante prévio contraditório, com análise fundamentada das condições da ação e pressupostos processuais; c) admissão das provas que serão produzidas em juízo e, para tanto, as partes deverão apresentar, nessa fase intermediária, provas documentais e fontes de prova apurados na fase investigativa (seja no inquérito seja, também, na investigação defensiva) e d) saneamento do processo, com análise preclusiva de todas as questões processuais cabíveis (Silveira, 2018, p. 376).

Nos parece aqui, igualmente importante, que o juiz das garantias analisasse qualquer impugnação de prova ilícita, filtrando e vedando a entrada de elementos de prova ilícitos que pudessem vir a contaminar o juiz do processo. Tal filtragem é igualmente realizada na fase intermediária do processo penal Chileno e que deveríamos implementar aqui, considerando o impacto negativo na valoração e formação do livre convencimento motivado do juiz. Ainda que determinado o desentranhamento de eventual prova ilícita, essa prova não será “desentranhada” da mente do julgador que pode, ainda que inconscientemente, buscar outros elementos de prova para justificar uma decisão já tomada.

Em todas essas fases é marcante a oralidade e tudo é resolvido em audiência, como fase preparatória a um eventual juízo de mérito em fase

oral. Funciona, portanto, a etapa intermediária como uma espécie de despacho saneador (Silveira, 2018).

Percebe-se, dessa forma, que a existência de uma fase intermediária torna o processo chileno muito mais dinâmico, racional e econômico, no sentido de evitar infundáveis discussões recursais.

Outro ponto que chama bastante a atenção é que os autos de investigação preliminar não acompanham o auto de abertura de processo penal (peça documental que dá início ao juízo oral). Vale dizer, o juízo oral se vale unicamente das provas produzidas na instrução, em razão da nítida separação entre as fases. Contudo, eventuais provas antecipadas admitidas na fase intermediária podem ser apresentadas na fase oral e a investigação preliminar pode ser invocada para questionar a credibilidade de alguma testemunha, caso mude a versão ou caia em contradições, mas apenas como estratégia de esclarecimento, nunca como prova nova, sendo que, além disso, a parte contrária deverá estar de acordo com esta inclusão.

Através da teoria do caso, há exposição de um “roteiro do que será demonstrado em juízo por meio das provas” (Silveira, 2018, p. 380), com a delimitação do objeto do processo, fixando-se os pontos controvertidos que demandam dilação probatória na fase de instrução e a pertinência e relevância dos meios de prova pretendidos pelas partes, deferidos pelo juiz das garantias. Assim, havendo acordo entre as partes sobre pontos incontroversos, evita-se desgaste probatório e perda de tempo, racionalizando-se a instrução. Enquanto no processo penal brasileiro, é ônus da acusação sempre a prova da materialidade e autoria, ainda que o réu seja confesso, inclusive porque em terras tupiniquis é impossível a prova da materialidade e a condenação exclusivamente alicerçada na confissão, até porque pode estar fundada em uma autoacusação falsa.

Ponto central de curial importância, na experiência Chilena, é a rígida separação entre as fases (Silveira, 2017, p. 301), porque o juiz do processo (lá um juízo colegiado de três julgadores) não tem acesso aos autos da investigação preliminar. A fase intermediária chilena implica verdadeira solução de continuidade, impedindo um automático e mero passamento de fases da persecução penal (investigativa para a processual), sem uma análise séria e responsável da justa causa e pressupostos processuais, onde uma série de questões (processuais e meritórias) são (re)discutidas

em sentença e graus recursais, com evidentes desperdícios de tempo, tão caro ao processo penal, como ocorre no Brasil.

Enfim, a discussão oral em uma fase intermediária, presidida pelo juiz das garantias, traz dinâmica, dialeticidade e racionalidade ao processo penal e, embora se invista tempo nessa etapa, os ganhos processuais (a médio e longo prazo) são evidentes, evitando-se perenização de discussões nas etapas posteriores, com economia de tempo e trabalho.

CONCLUSÃO

A previsão do juiz de garantias no projeto do novo Código de Processo Penal é um grande avanço do legislador brasileiro. Embora polêmico e impactante na organização judiciária dos tribunais, a instituição deste novo ator processual trará inegável consolidação do princípio da imparcialidade, na medida em que intenciona que as atividades decisórias tomadas na fase de investigação pelo juiz das garantias não causem prejuízos ao juiz da instrução. Ao cindir a atuação judicial na fase inquisitória e na fase processual, o novo CPP se afasta da prevenção como critério de fixação de competência.

Contudo, é preciso lapidar a ideia de reforma, atentando para:

- a. Necessidade de exclusão da investigação preliminar, impedindo a entrada dos elementos de informação na fase processual (ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas que tivessem sido produzidas em contraditório). Assim, evita-se que o juiz do processo tenha acesso a dados produzidos à revelia do contraditório e, por consequência, possa vir a se contaminar com elementos informativos que se prestam a *opinio delicti*;
- b. Necessidade de que o recebimento da denúncia seja realizado pelo juiz das garantias. A se manter a atual redação do projeto, o juiz do processo será contaminado pelos elementos de informação que o subsidiarão para a análise no juízo de admissibilidade da ação penal.
- c. Necessidade de implantação de uma fase intermediária (presidida pelo juiz das garantias), que nitidamente separaria a fase investigativa da fase processual, na qual, as partes buscariam, nos casos possíveis, soluções diversas da sentencial para resolução de seus conflitos. Inviável tal solução, acusação e defesa debateriam as hipóteses acusatória e defensiva, com apresentação de provas produzidas e pretendidas, com debate oral sobre pertinência, relevân-

cia e licitude. Com esse zelo especial de uma fase intermediária, evitar-se-iam acusações infundadas, com preservação de recursos públicos e humanos, que devem ser concentrados em casos em que o bem jurídico tutelado é realmente importante ou inviável acordo. O controle sobre a admissibilidade, legalidade e licitude das provas nesta fase intermediária (espécie de decisão de saneamento) evitaria a realização de atos desnecessários e evitaria a contaminação do julgador com provas ilícitas.

- d. Repensar o princípio da obrigatoriedade, permitindo às partes (em um viés de oportunidade e disponibilidade da ação penal) negociações sobre formas alternativas de solução de conflitos, com olhos voltados ao ofendido, ao imputado e efetividade do processo penal.

No mais, de nada adiantará uma nova legislação se os seus destinatários persistirem em uma mentalidade inquisitória. É preciso tratar Ministério Público e Defesa como partes responsáveis e capazes, como verdadeiramente são. É preciso permitir que a vítima interfira em respostas alternativas à solução judicial, com composição que melhor atenda aos interesses dos diretamente envolvidos no fato penal (réu e vítima).

A perspectiva da justiça penal negociada encontra terreno fértil em estrutura processual fundada na primazia da atuação das partes e nos valores da disponibilidade e da oportunidade da ação penal (Zilli, 2017).

No verdadeiro sistema acusatório, o juiz está distanciado e desinteressado na solução do caso penal. Valorizam-se as partes e o juiz, cada um ciente da sua delimitada função processual e constitucional.

É preciso se afastar de uma posição paternalista, permitindo aos interessados diretos resolverem seus conflitos, da forma que lhes parecer mais conveniente (dentro de premissas legais previamente estabelecidas), partindo do pressuposto da paridade de armas, sem a necessária intervenção judicial em todo e qualquer litígio. Os casos penais de maior complexidade, submetidos à instrução, seriam julgados com qualidade maior e em razoável duração.

Para isso, uma etapa intermediária seria de salutar importância na racionalização de um sistema penal disfuncional, como é o brasileiro. Assim, nos parece, que se minimizam incertezas quanto à imparcialidade do

juiz, compreendido como aquele terceiro imparcial e garantidor de direitos fundamentais.

Por certo que a experiência chilena não pode ser importada sem adequações²⁰. Seria inadequado uma mera transposição de fórmulas operativas de um sistema para outro que não é familiarizado com aquela dinâmica (ainda mais com a cultura marcadamente inquisitória e escrita como a nossa). É preciso um processo de tradução e as adaptações ligam-se à noção de inspiração. É preciso que a inovação legislativa, inspirada em modelos estrangeiros, observe a cultura do nosso sistema processual receptor (Zilli, 2017), sob pena de derrocada pela não aplicação ou não aceitação com naturalidade da inovação.

O Brasil é um país de dimensões continentais e realidade incomparável com o pequeno território Chileno. Temos peculiaridades e vicissitudes próprias. Mas temos muito a aprender e incorporar da experiência chilena, especialmente no que tange ao juiz das garantias e a postura não ativa dos juízes que não produzem uma prova sequer, porque não são expectadores (com x), no sentido de criarem expectativas em relação a provas, mas mero espectadores (com s), no sentido de assistir ao “embate” processual e dialético das partes, em um sistema adversarial, que se caracteriza pela predominância das partes na produção das provas. No processo que se desenrola por disposição das partes e vigora princípio dispositivo, pelo qual a gestão da prova está nas mãos das partes, e o juiz é mero espectador. Juiz tem um papel de mero moderador e mediador, que preside o julgamento, e, tal qual como os jurados, raramente, intervé. Portanto, a lógica democrática é de confronto e protagonismo das partes. Juiz não confronta com ninguém e não sai à cata da prova.

O papel do juiz, nesta perspectiva constitucionalista, não é mais de gestor da prova, mas sim de garantidor do efetivo cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, mostrando-se equidistante das partes, para julgar com equilíbrio e parcimônia os casos penais que lhes são colocados para análise.

O juiz, no viés constitucional acusatório, não está autorizado a buscar provas e tampouco de ofício determinar providências cautelares, devendo se afastar do ativismo judicial que o atual Código de Processo Penal dá guarida. Deve ser invocado pelas partes e, na medida dessa provocação, decidir os casos penais postos, de forma imparcial, isenta de pré-

20 Voltamos todos estupefatos de Santiago e brincávamos que precisaríamos de terapia, para internalizar a experiência chilena.

-conceitos, assegurando paridade de tratamento, partindo, sempre, da premissa do estado presumido de inocência do acusado.

Nosso maior desafio é a transformação cultural, no sentido de aceitar práticas acusatórias e se desfazer de práticas inquisitórias, muitas vezes sequer percebidas e aplicadas por força da rotina. Além disso, é preciso se abrir para o novo. Nós, profissionais do Direito brasileiro, não estamos acostumados à uma cultura da oralidade. Reclamamos da demora e ineficiência do Judiciário, mas somos incapazes, muitas vezes, de fazer requerimentos orais ou decidirmos em audiências, embora o sistema até preveja práticas orais pouco ou raramente utilizadas.

Se não nos abirmos para o novo e repensarmos novas maneiras de persecução penal, inclusive se valendo das experiências estrangeiras no que é possível adaptar para nossa realidade, estaremos sempre como Sísifo, condenado a empurrar incessantemente uma pedra até o alto da montanha, de onde torna a cair, e impõe a retomada de um trabalho inútil e sem esperança que bem ilustra a caótica situação penal que vivenciamos.

REFERÊNCIAS

Cambi, E. & Pitta, R. G. (2015). "Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira". *Revista de Processo*. v. 245, julho.

Frías, E. G. (2018). "Conferencia Inicial del Tercer Congreso Mentalidade Inquisitoria". In: Coutinho, J. N. de M.; Paula, L. C. de; Silveira, M. A. N. da (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: Estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. v. 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, p. 49-66.

Kahneman, D. (2012). *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva.

Lopes Jr., A. (2001). *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Lopes Jr., A. & Ritter, R. (2017). "A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva". In: Postigo, L. G. (Dir.). *Desafiando a Inquisição*:

Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago/Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.

Moraes, M. Z. de. (2010). “Quem tem medo do ‘juiz das garantias?’” *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo: ano 18, ed. especial, p. 21-23, agosto.

Oliveira, D. K. de. (2016). *A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Ritter, R. (2017). *Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Florianópolis: Empório do Direito.

Schünemann, B. (2012). “O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental”. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, set/dez.

Silveira, M. A. N. da (2018). *Por uma teoria da ação processual penal: Aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória.

_____. “O juiz das garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana”. In: Postigo, L. G. (Dir.). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago/Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, 2017, p. 293-309.

Zilli, M. A. C. (2017). “No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio”. *Boletim do IBCCRIM*, ano 25, nº 300, p. 3-5, novembro.

DEFESA PENAL EFETIVA NO BRASIL: DESAFIOS DA ATUAÇÃO DEFENSIVA NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR EM MEIO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

*Rodrigo Oliveira de Camargo*²¹

*Gabriel Bulhões*²²

INTRODUÇÃO

Ainda que a Constituição Federal tenha estabelecido um novo paradigma de garantias aos indivíduos no processo penal, pouco ou quase nenhum efeito fez surtir no âmbito da investigação preliminar, seguidamente conduzida por práticas inquisitoriais e autoritárias, caracterizada por apurações quase sempre regidas pelo exacerbado sigilo dos atos promovidos; baixíssima aderência ao exercício de defesa e contraditório; a adoção de forma escrita em detrimento da oral, dentre outros traços incompatíveis com os direitos individuais. Mesmo sem alterar o caráter inquisitório ou a natureza jurídica do inquérito, a Lei 13.245/2016, que estabelece uma série de prerrogativas à advocacia na condução da investigação preliminar, surge de forma a ampliar e fortalecer a atuação do advogado durante a fase preliminar, concedendo maior efetividade às suas prerrogativas e, por extensão, as possibilidades de defesa do sujeito.

Entretanto, não torna obrigatória a observância da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, os quais, embora indiretamente contemplados, ainda não são observados com intensidade suficiente a ponto de permitir sustentar que o inquérito possui a natureza de procedimento desenvolvido sob a observância de um sistema acusatório. Da mesma forma, não concede à defesa condições materiais para

21 Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2011). Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Coordenador Estadual Adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Avaliador da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim). Advogado. E-mail: rodrigo@rodrigodecamargo.com.br

22 Especialista em Ciências Criminais. Professor de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal. Coordenador Estadual do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Advogado. E-mail: gabriel@gabrielbulhoes.adv.br

o advogado instrumentalizar, do ponto de vista probatório, as suas teses e pleitos, ficando ainda sujeito à discricionariedade da autoridade policial.

A fim de sustentar a ampliação do alcance da investigação preliminar pela defesa, reconhecendo já nesta fase a importância de uma atuação adversarial, destaca-se a relevância da investigação sob a perspectiva da litigação de forma a estabelecer se a outorga de poderes de investigação preliminar ao acusado e a seus representantes não teriam o condão de promoverem maior condições de igualdade no levantamento de fontes de prova e na promoção de atos de investigação preliminar, tendo no uso da investigação defensiva um instrumento de promoção da almejada paridade de armas entre acusação e defesa, dentro do sistema acusatório.

1. O MODELO DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR BRASILEIRO COMO PROBLEMA CENTRAL

Historicamente, a condução da investigação preliminar no Brasil sempre esteve a cargo de órgãos responsáveis pela persecução penal e aplicação do *ius puniendi* estatal. Por força do que estabelece o art. 144 da Constituição Federal e reforçado pelo advento da Lei 12.830/2013, a apuração da prática de infrações penais majoritariamente é instrumentalizada por intermédio do inquérito policial cuja atribuição compete às polícias civil e federal, tendo também nas Comissões Parlamentares de Inquérito (Abrão, 2012), nos termos do art. 58, §3º da Constituição Federal e regulamentada pela Lei 1.579/52; nos Procedimentos Investigatórios Criminais conduzidos pelo Ministério Público (Andrade, 2018), regulamentados pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; nas Forças Militares e nas diversas Agências Administrativas (Baldan, 2014) o seu âmbito de incidência.

O mandamento constitucional sedimenta-se no Código de Processo Penal por intermédio de seu art. 4º, o qual estabelece o inquérito policial como instrumento e que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria, sendo essa atribuição de conduzir investigações ampliada pelo parágrafo único do mesmo dispositivo às autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.

Este modelo estabelecido de apuração da prática de infrações penais pelo inquérito policial antecede o Código de Processo Penal de 1941. Ainda que tenha havido uma tentativa de substituir a investigação policial por juizados de instrução no Projeto de Vicente Raó (Gloeckner, 2018), a ideia acabou sendo descartada sob os argumentos de que a extensão ter-

ritorial brasileira, a necessidade de estabelecer uma nova estrutura com pluralidade de juizados de instrução e a incompatibilidade dos mesmos com a “unidade processual” recomendariam a manutenção do modelo até então vigente (Gloeckner, 2018). Outro aspecto considerado para a permanência da investigação preliminar por intermédio do inquérito policial seria a consideração de que esta forma manteria um equilíbrio e representaria uma garantia ao sujeito contra incriminações infundadas, evitando juízos sumários e precipitados (Gloeckner, 2018).

O fundamento político da investigação preliminar brasileira pode ser encontrado na obra de De Marisco, processualista afeiçoado ao modelo autoritário do Código de Rocco e que sustenta como principais motivos para a existência de uma fase de instrução prévia a necessidade de celeridade de elementos de convicção, o que nem sempre seria possível na fase judicial; a necessidade de apontar dentre as hipóteses possíveis aquela que mais se adequa aos elementos de informação obtidos; a relevância do interesse do indivíduo (posteriormente estendido para interesse público), assegurando que eventual processamento ocorresse com indícios mínimos, e; a necessidade de assegurar um procedimento menos formal e mais célere para a obtenção de elementos. Por outro lado, refere que essas medidas deveriam ser adotadas com o sacrifício do contraditório, além de estabelecer o segredo como técnica de análise investigativa (Gloeckner, 2018).

Ao buscar explicar a genealogia autoritária do processo penal brasileiro, Gloeckner (2018) ensina que era na fase preliminar que as provas por excelência eram produzidas, sendo, portanto, o coração do processo penal. Este momento, inquisitório por excelência, permitia a livre produção de elementos de convicção pelo Ministério Público e até mesmo de ofício pelo magistrado, não sendo admitida a presença de defensor, o que condenava a distinção entre atos de investigação e atos de prova e contaminava o processo como um todo (p. 289/290).

Ainda que a função declarada do inquérito policial seja majoritariamente a apuração de elementos de autoria e materialidade para que o órgão acusador possa exercer a *opinio delicti*, a estruturação dada ao Código de Processo Penal de 1941 se estabeleceu em torno de diretrizes que ampliavam essa abrangência. Essas seriam as funções não declaradas do inquérito policial, as quais podem ser construídas por intermédio do significativo que organiza as relações entre prova e decisão, ou seja, servir a apuração preliminar como fonte de informações que influenciam na convicção e auxiliam o magistrado a proferir a sua decisão, muitas das vezes estabelecida em torno de elementos não submetidos ao contraditório efetivo e produto de juízos formulados com base em elementos

informativos (Gloeckner, 2018). Gloeckner (2018, p. 397) conclui que esses efeitos probatórios decorrentes da manutenção dos atos praticados durante o inquérito policial no processo penal produzem “abalos indestrutíveis à presunção de inocência”, pois o que se está produzindo são elementos decisivos em plena investigação preliminar.

Atos de investigação de ilícitos penais sempre foram de titularidade exclusiva do Estado, que designa um órgão público com autonomia regulamentada para a plena condução da instrução preliminar. Nestes casos, a forma de desenvolvimento de seus atos encontra-se regulada, e há aderência, ainda que de forma relativizada, das garantias mínimas conferidas pela Constituição Federal. A inobservância ou limitação de direitos fundamentais, bem como o fato de o inquérito policial se tratar de uma atividade que carece da condução de uma autoridade jurisdicional, e, portanto, igualmente garantidora, deveriam encaminhar à relativização do valor dos elementos colhidos durante a investigação preliminar, que teriam uma função endoprocedimental (Lopes Jr, 2006).

Entretanto, na prática, o sistema processual brasileiro possibilita que estes elementos – muitas vezes irrepetíveis – formem o convencimento do julgador desde a fase pré-processual, constatação esta que advém da interpretação do art. 155 do Código de Processo Penal, o qual, se de um lado estabelece que a convicção será formada pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, de outro também lhe permite a ampla análise do conteúdo produzido na investigação preliminar, apenas limitando a fundamentação de sua decisão na utilização *exclusiva* dos elementos informativos colhidos na investigação, os quais sempre estiveram fisicamente no processo. Isto possibilita ao magistrado o amplo e livre cotejo das provas com elementos resultantes da investigação preliminar para a formação de seu convencimento, e, em consequência, abre a possibilidade de sua convicção ser influenciada pelos atos da investigação (Deu, 2012), razão pela qual é importante discutir a incidência de garantias fundamentais estabelecidas por um legítimo sistema acusatório na fase preliminar, questionando o seu caráter inquisitório.

Não se pode perder de vista o que preceitua o art. 1º, III, da Constituição Federal ao estabelecer que o Estado Democrático de Direito tem a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos essenciais, motivo pelo qual a preocupação com a eficiência da investigação policial não pode justificar a violação de direitos e garantias constitucionalmente previstos (Lima Filho, 2016). Binder (2015) considera que as garantias em juízo podem tornar-se ineficientes se considerado o sentido estrito do procedimento judicial que avalia a responsabilidade penal do suspeito. Muitas vezes, ainda que em um caso concreto possa ter resultado em

uma absolvição, o acusado poderá sentir seus direitos violados conquanto não tenha sido dispensado um tratamento justo durante a sequência de atos que levaram ao resultado final.

As instituições e profissionais responsáveis pelo controle do crime e quem têm o dever de observância estrita dos direitos fundamentais estão, em geral, mal organizadas e em condição de prevalência de interesses e influência sobre os verdadeiros titulares dos direitos. Isso faz com que haja uma predominância dos interesses e preocupações institucionais, desaguando, por outro lado, em pouca estima e aderência às garantias que são outorgadas aos suspeitos ou investigados (Binder, 2015).

Essa (des)estrutura da investigação preliminar brasileira é atribuída por Sampaio à gestão político-criminal estabelecida pela imposição do medo, causa daquilo que sustenta ser um (não) sistema, autoritário, desorganizado e aparentemente ineficaz. Suas fissuras são expostas pela indefinição quanto a diversos pontos relevantes de sua existência (Sampaio, 2017), não suficientemente encarados pela pesquisa científica, por anos acomodada em conceitos sedimentados na tradição manualesca e na reprodução acrítica de informações. A consequência dessas práticas de “transmissão de informação baseada numa economia de reflexão” encaminhou à construção de uma geração de profissionais e estrutura formados sob o imperativo do discurso legitimador do real-construído.

Evidente que essa estrutura histórica e culturalmente comprometida com matrizes inquisitoriais inviabiliza o exercício do contraditório como estabelecido no marco constitucional. Ao contrário, ela rompe com qualquer possibilidade de paridade de forças, inverte e mescla funções, põe o Estado-Jurisdição a serviço do Estado-Acusação e chancela de forma imodificável os elementos produzidos muitas vezes produzidos por meio de práticas não discursivas (Sampaio, 2017).

Isto releva a importância a ser trazida em torno questão que reflete na confiança do nível de aderência ao respeito às normas internacionais de direitos humanos e na percepção de legitimidade na atuação das instituições e demais responsáveis pela condução do sistema de justiça criminal.

2. DEFESA PENAL EFETIVA COMO RECONHECIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Binder (2015) parte do pressuposto da defesa penal efetiva como condição prévia para o exercício das garantias referentes ao exercício de um juízo justo. Em relação ao procedimento e ao resultado, sustenta que não se pode reconhecer o exercício de garantias judiciais se não é assegurada uma defesa penal efetiva desde a fase preliminar, na medida em que tal fato exigiria a presunção de que agentes policiais e membros do Ministério Público tenham praticado seus atos com absolutos isenção e neutralidade, o que a toda evidência não é uma realidade nos sistemas de investigação preliminar, sobretudo da América Latina.

Neste contexto, não se pode desconsiderar a crítica que Amaral estabelece no que diz respeito à relação entre os sistemas processuais e a atividade de seus sujeitos, servindo o primeiro como instrumento de condução dos desejos e expectativas do segundo. Para o autor, sistemas processuais penais veiculam-se como *máquinas desejantes*, circuitos dispostos a movimentarem-se conforme o *desejo de uma forma de ser*, especialmente capazes de representar a governabilidade inquisitiva da prova. As batalhas estabelecidas durante a marcha processual e os seus resultados acabam sendo moldados a partir dos desejos produzidos pelas posturas, percepções e antecipações preestabelecidos pelos atores envolvidos nessa realidade (Amaral, 2014), o que não é diferente no caso dos responsáveis pela investigação preliminar.

Não por outro motivo, Binder (2015) reconhece que as garantias judiciais impõem que pessoas suspeitas ou acusadas tenham acesso a uma defesa penal efetiva, da qual emana uma série de direitos processuais. Parte deles seriam direitos ou garantias vinculados com a efetividade da defesa, dentre os quais, para fins do presente estudo, merecem especial destaque o direito de investigar o caso e propor provas, além do direito de contar com possibilidades e tempo satisfatórios para preparar a defesa.

No que guarda relação ao direito de investigar o caso e propor provas, é fundamental levar em consideração que o exercício do contraditório se mostra essencial, de forma que, para que o direito de defesa seja eficaz, é necessário que imputado e seu defensor tenham possibilidades reais de investigar o caso e propor a produção de elementos. E o exercício desse contraditório não deve se dar exclusivamente na fase judicial através da postulação, admissão, produção e valoração da prova (Lopes Jr, 2014), senão também de forma em que se outorguem poderes para que

imputado e defensor realizem investigações para localizar elementos de interesse probatório (Binder, 2015).

Já no que diz respeito ao direito de contar com possibilidades e tempo satisfatórios para preparar a defesa, é fundamental referir que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que para a defesa penal ser efetiva impõe-se a necessidade de conceder tempo suficiente para que o exercício da defesa produza os seus efeitos. Neste caso, o posicionamento é expresso ao definir que o início das possibilidades de exercício do direito de defesa é imediato, desde que se inicia a investigação contra o imputado ou que se execute qualquer ato atentatório contra seus direitos, não só devendo ser permitido, mas como também favorecido (Binder, 2015).

Binder (2015) também reforça a importância de considerar e conscientizar-nos sobre a influência dos modelos organizacionais herdados para a configuração do problema e distribuição dos direitos não só do Estado, mas também do indivíduo. O modelo inquisitorial tradicional não apenas está ancorado em suas características clássicas – procedimento secreto, escrito, sem a observância do direito de defesa... –, mas também por modelos organizacionais verticais, compartimentados, extremamente rígidos e impregnado por uma forte carga cultural, formalista e odiosamente burocratizada; modelos estes que jamais foram confrontados com a mesma intensidade que as normas processuais e que matem vivo um modelo organizacional que reproduz e contém em si mesmo a maior reserva de práticas e reforço da cultura inquisitorial.

Isto gera um processo de distorção organizacional dos direitos fundamentais, na medida em que o seu avanço confronta com as formas praticadas dentro das organizações, as quais passam a ressignificar ou a dotar de novo sentido os direitos elementares. Existe uma disputa sobre o sentido dos direitos fundamentais, que passa a ser produzido dentro das instituições responsáveis pelo controle do crime, profundamente influenciada pela tradição inquisitorial (Binder, 2015). Esta situação reclama a revisão não somente não apenas o modelo de organização da investigação preliminar, mas também toda a sua cultura e estrutura organizacional.

Parte da doutrina entende ser inaplicável o contraditório durante as investigações conduzidas pela polícia, à exceção dos casos de produção antecipada de provas, visto que o inquérito visa tão somente a colheita de elementos informativos, e não conta com a figura do acusado ou com a possibilidade de imposição de uma pena (Tourinho Filho, 2010; Rangel, 2015; Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, 2010). Em sentido oposto, há quem defenda que ao empregar a expressão “acusados em geral” a

Constituição Federal direciona o contraditório e a ampla defesa ao sujeito passivo da investigação policial (Tucci, 2009), até porque a interpretação do art. 5º, inciso LV, não deve ser restritiva (Gloeckner, 2013).

Outra característica conferida à atuação policial é a discricionariedade, que se traduz na ausência de rigidez procedimental durante as investigações (Soares, 2016). Ainda que os artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal listem diligências investigativas, o investigador conta com certa liberdade para conduzir a apuração segundo as especificidades do fato investigado (Lima, 2016). Tal liberdade só não o autoriza a adotar medidas restritivas de direito e violadora de garantias, somente aplicáveis pelo Poder Judiciário (Rosa, 2013).

Portanto, a discricionariedade tem duas decorrências incompatíveis com o sistema acusatório: a falta de rigidez procedimental e a liberdade que a autoridade policial tem para gerir os elementos de apuração que irão encaminhar a ocorrência do fato perante as instâncias de controle do crime.

Quanto à primeira, a forma “representa a observância e materialização das cláusulas constitucionais” (Gloeckner, 2010), ou seja, a falta de uma forma rígida dá margem ao descompromisso com as garantias fundamentais. Em relação à segunda, observa-se que o delegado de polícia concentra o poder de direção do inquérito e, segundo seu poder discricionário, determina como iniciar e conduzir as investigações, gerir as diligências e indeferir requerimentos que, segundo esse critério discricionário, lhe pareçam prejudiciais à investigação (Rangel, 2015).

O controle externo da atividade fica a cargo do Ministério Público por ordem constitucional, que ainda lhe assegura a prerrogativa de instaurar a investigação e requisitar diligências investigatórias (art. 129 da Constituição Federal). Organicamente, o artigo 38 do ato normativo primário que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar 75/93) estabelece como atribuição institucional requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, podendo acompanhá-los e apresentar provas. Essa simbiose – necessária – entre a atividade policial e o órgão responsável pela persecução penal na produção de elementos para o exercício da ação penal ainda é reforçada pela possibilidade processual do Ministério Público oficiar junto à autoridade policial para a produção de quaisquer elementos

imprescindíveis ao oferecimento da denúncia, a teor do que estabelece o art. 16 do Código de Processo Penal (Anselmo, 2015).

Para o sujeito passivo, durante muito tempo o controle da atividade de produção de elementos durante a investigação preliminar esteve limitado à mera possibilidade de requerer a execução de diligências, as quais seriam realizadas atendendo a critérios discricionários da autoridade policial. Neste sentido, o art. 14 do Código de Processo Penal confere à autoridade policial o poder de determinar ou não a execução das diligências postuladas pela defesa sem que, na prática, haja qualquer tipo de fundamentação sobre suas razões de decidir. Ou seja, desde a fase preliminar existe um manifesto desequilíbrio entre a atividade das partes pretensamente iguais no que diz respeito à produção dos elementos de apuração, estando a investigação preliminar virtualmente ancorada na matriz inquisitorial.

O advento da Lei 13.245/2016 apresentou algumas inovações com a pretensão de limitar a discricionariedade da autoridade investigante, outorgando uma série de prerrogativas à advocacia, reconhecendo sua imprescindibilidade ao exercício da cidadania e fundamento do Estado Democrático de Direito. A Lei tem como objeto ajustar, ainda no curso da investigação preliminar, a atuação do advogado ao sistema processual penal eleito pela Constituição Federal, outorgando novas prerrogativas funcionais à advocacia de forma a proporcionar a readequação do trabalho do advogado em sede de investigação preliminar (Lopes Jr, 2016) e contemplar os princípios da ampla defesa, contraditório, devido processo legal e publicidade.

Uma delas está no artigo 7º, XXI *in fine* do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB)²³, que sanciona com nulidade absoluta a inobservância do direito de assistência advocatícia durante qualquer ato de oitiva ao qual seja submetido o cliente na condição de investigado, independentemente da nomenclatura adotada durante o procedimento (termo de declarações, acareação, termo de delação, etc.) (Gomes, 2017). A despeito da ausência de rigidez procedimental que é atribuída ao inquérito policial, o diploma legal busca de forma muito clara assegurar o exercício da defesa durante os atos de investigação que impõe a presença do investigado ou indiciado, inclusive estabelecendo como consequência em caso de inobservância da norma que seja reconhecida não somente

23 “Art. 7º São direitos do advogado: XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente [...]”

a nulidade do respectivo interrogatório ou depoimento, mas também de todos os demais elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, ainda que direta ou indiretamente.

3. A INVESTIGAÇÃO PELA DEFESA E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Movimentos político criminais contemporâneos fundamentam projetos de reformas e concretizam normas que conferem ao ente privado a capacidade de produção de atos de investigação durante a apuração preliminar, atividade antes concentrada e condicionada à discricionariedade da autoridade pública. O Projeto de Lei do Senado (PLS) 156/2008, que propõe a reforma global do Código de Processo Penal, dispõe sobre a faculdade outorgada ao investigado que, a seu favor e por intermédio de advogado ou mandatário com poderes expressos, poderá tomar iniciativa de identificação de fontes de prova durante a fase da investigação criminal, inclusive podendo coletar depoimentos desde que precedidos de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento do entrevistado.

Os sistemas inquisitório e acusatório, bem como os princípios que os informam, são produtos de épocas e necessidades diferentes, sendo hoje compreendido como um fator que indica a aderência de uma nação constitucionalizada a um projeto democrático: em geral, países com maior ou mais recente histórico de governos autoritários e opressores tendem a apresentar mais traços inquisitivos em suas legislações processuais, ao passo que países com governos tidos como democráticos e melhor estabelecidos gravitam em direção a caracteres de um sistema preponderantemente acusatório (Lopes Jr, 2005.). A escolha dos elementos nucleares de cada modelo é “condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva” (Ferrajoli, 2002, p. 452).

A paridade de armas no processo penal é uma necessidade democrática, a qual visa o aprimoramento das instituições que compõem o sistema de justiça e a observância concreta de direitos e garantias fundamentais. Tudo isso porque a Constituição Federal instituiu o sistema processual penal acusatório, com a delimitação de papéis bem definidos e que permitem um equilíbrio pela equidistância da acusação e da defesa ao órgão julgador, devendo essa condição ser reconhecida em todas as fases do exercício do *jus puniendi* estatal, inclusive na investigação preliminar.

Por isso, Baldan (2017) defende que a demarcação dos elementos de convicção contidos no inquérito transcende a função acusatória, pois a investigação também possui função intransitiva que impõe uma apuração

legítima não condicionada ou subordinada exclusivamente pelas razões da acusação, o que revela dissimulada antecipação de instrução em favor de uma única parte. Cabe assim à autoridade investigante manter também um papel de equidistância entre aqueles que se converterão, no futuro, partes adversas no processo penal. Sua atuação deverá estar orientada pela neutralidade, pois se persistirmos pensando a finalidade da investigação criminal sob o prisma exclusivo dos interesses acusatórios, seguiremos reduzindo a incidência dos direitos da defesa, pois, ainda que presentes na etapa judicial, deficientes na fase preliminar.

Neste contexto, pensar a paridade de armas em sua concepção moderna significa reconhecer que nenhuma das partes pode postar-se em uma posição desvantajosa em relação à outra, o que deve ser assegurado em qualquer momento da persecução penal estatal, bastando que haja qualquer imputação formal e material. Essa interpretação decorre da análise sistemática da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem e do Tribunal Penal Internacional, que ampliam o conceito de acusação à apuração preliminar e asseguram direitos específicos ao imputado nesta fase da *persecutio criminis* (Baldan, 2017).

Elementos estruturantes do devido processo legal, como a necessidade de regramento legal emanados do poder legislativo e amparado em disposições justas e razoáveis, a existência de instrumentos formais adequados de aplicação dessas normas jurídicas e a condição de equilíbrio entre os sujeitos e os reflexos dessas práticas na legislação seriam os elementos identificadores da (i)legalidade da atuação estatal no processo penal (Baldan, 2014).

É bem verdade que a proposição da extensão do contraditório à fase preliminar poderia criar um duplo transtorno: frustrar a realização de atos de investigação que exijam sigilo sobre o seu desenvolvimento e criar indiscutivelmente a ocorrência de duas fases de instrução, uma conduzida pela autoridade policial e outra conduzida pela autoridade judicial (Sampaio, 2017). Entretanto, admitindo que o nosso sistema atual possibilita de forma legal a intromissão do conteúdo do inquérito policial na formação da decisão judicial, a investigação policial com plenitude contraditória poderia inserir a atividade definitivamente dentro do marco democrático, legitimando o conteúdo das decisões judiciais amparadas nos elementos lá produzidos (Sampaio, 2017).

4. A INVESTIGAÇÃO PENAL EFETIVA E O REDIMENSIONAMENTO DAS ESTRUTURAS DE PODER

Machado (2018) define a investigação privada como gênero, sendo aquela que conduzida por um ente não estatal e vinculada a um caso penal, a ser realizada informalmente pelo próprio interessado, por um detetive particular ou conduzida por um defensor privado. Para nós, o conceito de investigação preliminar privada é mais abrangente, e consiste na sequência de diligências e técnicas de apuração realizadas por particulares visando resguardar a tutela judicial dos interesses de pessoas físicas ou jurídicas, que possibilitam a produção direta ou indireta de atos de investigação *latu sensu* sobre elementos que envolvem a apuração de um fato, favoráveis ou não aos interesses do investigante, por intermédio de agente constituído para este fim e para a catalogação dos elementos de informação obtidos.

Importante ressaltar que a busca de elementos por particulares consiste em mero ato de investigação de apuração de forma precária, ao que os arts. 28, 46, §1º e 67, I do Código de Processo Penal atribuem a condição de “peças de informação”. Não deve ser classificada como procedimento, pois consistem em meras informações coletadas por particulares e entregues à autoridade condutora da investigação preliminar para análise da conveniência de sua utilização durante a persecução penal (Machado, 2018).

Por sua vez, a investigação por detetive particular encontra-se disciplinada na Lei 13.432/2017 e, ainda que o ofício não tenha assento no sistema de justiça criminal, é necessário reconhecer que os elementos que são resultado de sua apuração podem aportar livremente na fase preliminar ou no processo penal. Ainda que Machado (2018) estabeleça que a relação entre detetive particular e autoridade policial seja uma relação de colaboração do primeiro para com a segunda e sujeita ao seu poder discricionário, deve-se reconhecer que os efeitos produzidos pelos elementos colhidos pelo detetive particular não se limitam ao inquérito policial, e podem permear o processo penal por outros meios, além de produzir efeitos em processos nas searas cível e administrativa. Também, podemos discordar da classificação atribuída pelo autor entendendo a atividade do detetive particular como espécie de investigação privada; parece-nos que se trata de um meio de obtenção da prova a serviço da investigação preliminar e do processo.

Já a investigação defensiva, esta sim espécie da investigação privada, consiste na possibilidade de o imputado realizar diretamente a investigação do fato criminoso por intermédio de seu defensor, com o intuito

de reunir elementos de convicção que lhe sejam favoráveis (Machado, 2018). No mesmo sentido, Azevedo e Baldan (2004) entendem por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na pré-judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais.

No plano internacional, a atividade de investigação pela defesa encontra salvaguarda no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), que coroa os direitos a “dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” (art. 14, 3, b) e “obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação” (art. 14, 3, e); na Convenção Americana de Direitos Humanos, que determina a “concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa” (art. 8, 2, c), bem como o “direito da defesa de (...) obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (art. 8, 2, f); assim como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual igualmente se preocupa em assegurar aos acusados o direito a dispor do tempo e dos meios necessários à preparação das suas defesas (art. 67, 1, b), obter o comparecimento das testemunhas de defesa na mesma condição das testemunhas da parte processual acusadora e “apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto” (art. 67, 1, e).

Como elementos constitucionais fundantes, pode-se referir os princípios da legalidade (art. 5º, II, CF), investigante natural (art. 5º, LIII, CF), igualdade (art. 5º, *caput*, CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), publicidade (art. 37, CF), inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF), duração razoável da investigação (art. 5º, LXXVIII, CF), presunção de não-culpa e não auto-incriminação (art. 5º, LVII, CF), sendo possível, ainda, alegar que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos (art. 144, CF). Além disso, há uma acentuada relevância quanto ao aspecto do controle da legalidade nas persecuções penais, quando se lançam novos olhares sobre a forma de atuar dos agentes estatais, desde os integrantes das forças de

segurança pública, passando pelos órgãos ministeriais e desembocando no próprio Judiciário (Balda, 2014).

Significa, para além do avanço em relação ao direito de defesa do acusado e à ampliação do campo de atuação do sistema de justiça criminal, uma importante ferramenta para estabelecer um equilíbrio entre a atuação da defesa e do Ministério Público durante a fase preliminar, já que a este são outorgados poderes investigatórios que não são concedidos àquela (Machado, 2018). Apesar de ser uma atividade já desenvolvida em outros países como Itália e Estados Unidos, a investigação defensiva é um tema com poucas análises feitas no Brasil, porém de extrema importância. Sua prática atribui maior ressonância aos anseios da defesa e dos próprios cidadãos, que garantem seus direitos através dos seus advogados, na medida em que oferecem mais condições materiais para instrumentalizar, do ponto de vista probatório, suas teses e pleitos.

É bem verdade que essa nova forma de atuação exige uma mudança significativa de cultura, estrutura, postura e perspectiva, não apenas por parte das instituições responsáveis pela persecução penal, como dito anteriormente, mas também por parte daquele (e para aquele) que conduz a defesa e que passa a ter postura nitidamente proativa na defesa dos interesses de seus constituintes. Grande parte das cultura e estrutura herdadas do sistema inquisitorial não é compatível com o sistema agasalhado pela Constituição Federal, o acusatório, advertindo Coutinho (2017) sobre a necessidade de que estejam todos tecnicamente adequados à mudança, adaptados a uma nova mentalidade democrática e adversarial, pois não basta a mera alteração legislativa.

A quebra da inquisitorialidade passa por uma reengenharia do sistema e das estruturas do processo penal brasileiro, que, de tão antigos, já estão incorporados às práticas cotidianas dos operadores do sistema de justiça criminal como um todo. Eles nem mais percebem sua postura antidemocrática (Santiago Neto, 2017).

Isso pressupõe, ainda, na redistribuição das tarefas na produção de elementos de investigação na fase preliminar, o que nem sempre é visto com bons olhos por parte daqueles cujos poderes e possibilidades antes recaiam com exclusividade. Os poderes de investigação, que antes repousavam nas mãos dos membros de polícia e do Ministério Público, agora deverão ser divididos com entes privados, circunstância que vai

gerar o redimensionamento das estruturas responsáveis pela investigação preliminar.

Há, desta forma, uma especial finalidade preventiva na investigação defensiva, que serve em alguns momentos para fomentar a legalidade na atuação dos agentes estatais e, em outros, para viabilizar as responsabilizações dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos. É importante perceber que a potencialidade da segunda medida acarreta um efeito pedagógico que fomenta a primeira.

Apesar das mencionadas características positivas do uso da investigação defensiva como instrumento de promoção da almejada paridade de armas entre acusação e defesa, dentro do sistema acusatório, não se pode olvidar que se trata de instituto complexo. A análise de complexidade exige o enfrentamento de complicadores por parte de seus teóricos e aplicadores, tendo em vista que as reflexões acerca das implicações morais e éticas devem mapear um plexo de deveres e limitações àquele que se propõe a executar a prática investigativa.

No Brasil, recentemente foi aprovada junto ao Conselho Federal da OAB um provimento que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado para a realização de diligências investigatórias e de presidência de inquérito defensivo²⁴, possibilitando viabilizar em seu âmbito de atuação uma defesa de alta performance, por meio de técnicas de instrumentalização e antecipação probatória das demandas judiciais, o que militará em favor de uma real paridade de armas no processo penal e da efetivação do devido processo legal substancial.

Com ela, seria possível identificar uma série de benefícios pelo uso da prática para o sistema de distribuição de justiça criminal, como um maior aprofundamento do campo de cognição dos fatos a partir das ponderações apresentadas pela defesa; um maior equilíbrio nas investigações, hoje mais orientadas no sentido de confirmar teses incriminadoras; a possibilidade de melhor esclarecimento sobre o caso penal que será convertido em objeto da acusação formalizada; a partir daí, a identificação (e possível ampliação) de casos que comportam soluções alternativas, reduzindo todos os custos inerentes à tramitação dos processos e, finalmente; a antecipação de questões fáticas e jurídicas de interesse da defe-

24 https://www.oab.org.br/noticia/56882/pleno-aprova-provimento-que-regulamenta-bases-para-advocacia-defensiva?fbclid=IwAR0cZvns6gUWumuK1Hz9QFQgctKeob-3WV50NNgt5J3pEra_MOIXneHYXDA

sa, tudo isso possivelmente acarretando em uma tramitação mais célere do processo.

REFERÊNCIAS

Abrão, G. R. (2012). *Comissões Parlamentares de Inquérito: poderes e limites*. Porto Alegre. Juruá Editora.

Amaral, A. J. do. (2014). *Política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo. Almedina.

Andrade, M. F. & Fischer, D. (2018). *Investigação Criminal Pelo Ministério Público: comentários à resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Anselmo, M. A. (2015). "A presidência do inquérito policial e a requisição de diligências". *Consultor Jurídico*, 15 de setembro. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policia-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>, Acesso em 07.10.2018.

Araújo Cintra, A. C. de, Grinover, A. P.; Dinamarco, C. R. (2010). *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros.

Azevedo, A. B.; Baldan, É. L. (2004). "A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva: ou do direito de defender-se provando". In *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v.11, n.137, p. 6-8, abr.

Baldan, É. L. (2014). "Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado". In: Khaled Jr, S. H. (Org.). *Sistema penal e poder punitivo, estudos em homenagem ao Prof Aury Lopes Jr*. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito.

Baldan, É. L. (2017). "Modelo dual de polícia e operacionalidade do sistema acusatório de processo penal brasileiro". In: González Postigo, L. *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA.

Binder, A.; Cape, E.; Namoradze. (2015). *Defesa Penal Efectiva em America Latina: Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, México, Peru*. ADC, CERJUSC, CONECTAS, DEJUSTICIA, ICCPG, IDDD, IJPP, INECIP.

Coutinho, J. N. de M. (2017). "Para passar do Sistema Inquisitório ao Sistema Acusatório: jouissance". In: González Postigo, L. *Desafiando a*

Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA.

Deu, T. A. (2012). *Sistemas procesales penales: la justicia penal em Europa y América.* Madrid: Marcial Pons.

Ferrajoli, L. (2002). *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Gomes, R. C. (2016). "Novas questões sobre a participação do advogado na investigação". *Consultor jurídico*, 01 de março. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-01/academia-policial-novas-questoes-participacao-advogado-investigacao>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

Gloeckner, R. J. (2010). *Uma nova teoria das nulidades: processo penal e instrumentalidade constitucional.* 623 f. Tese de Doutorado. Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba.

Gloeckner, R. J.; Lopes Jr., A. (2013). *Investigação preliminar no processo penal.* 5. ed. São Paulo: Saraiva.

Gloeckner, R. J. (2018). *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias do processo penal brasileiro.* Florianópolis: Tirant lo Blanch.

Lima, R. B. de. (2016). *Manual de processo penal.* 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

Lima Filho, E. C. (2016). "Lei 13.245: uma análise do caráter democrático do inquérito policial". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, vol. 126, dez.

Lopes Jr., A. (2006) *Introdução crítica ao processo penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Lopes Jr. A. (2014). *Direito Processual Penal.* 11 Ed. São Paulo: Saraiva.

Lopes Jr., A. (2016). "Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação". *Consultor Jurídico*, 29 de janeiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016>>

-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Acesso em: 14 fev. 2017.

Machado, L. M. (2018). *Introdução Crítica à Investigação Preliminar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido.

Mamede, G. (2008). *A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas.

Santiago Neto, J. de A. (2017). "O Devido Processo Legal e o (In)devido Processo Penal Brasileiro: entre a acusatoriedade constitucional e o inquisitorial modelo do Código de Processo Penal". In: González Postigo, L. *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA.

Rangel, P. (2015). *Direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Lumen Juris.

Rosa, A. M. da. (2013). *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Sampaio, A. (2017). "Profanando o dispositivo Inquérito Policial e seu Ritual de Produção de Verdades". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 25, vol. 134. São Paulo: RT.

Soares, G. T. (2016). *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido.

CAPÍTULO 2

NOVAS FERRAMENTAS PARA A GESTÃO DA CONFLITIVIDADE

OPORTUNIDADE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA OU ARBÍTRIO?

*Bruno Cunha Souza*²⁵

INTRODUÇÃO

No processo penal brasileiro, vige o princípio da obrigatoriedade mitigada, e, portanto, a obrigatoriedade é a regra. Apesar do desejo ilimitado por punição, a Jurisdição é um recurso escasso. Diante disso, mostra-se inevitável a adoção da oportunidade no âmbito pátrio. Contudo, seja antes do processo, referindo-se ao princípio da demanda, a oportunidade, ou depois, em seu curso, a disponibilidade do conteúdo do processo tem conexão direta com o sistema acusatório, implicitamente acolhido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Della Villa, 2017), parecendo inadequado inserir tais princípios em estruturas inquisitoriais, como a mantida pelo Código de Processo Penal de 1941.

Por isso, é fundamental delimitar o ambiente de aplicação dos princípios políticos (segundo tópico), para que se possa pensar os problemas da obrigatoriedade (terceiro) e delinear o que se deve entender por oportunidade (quarto). Tornando possível, assim, por meio do método hipotético-dedutivo, responder à pergunta do artigo: oportunidade é exigência democrática ou arbítrio?

1. CONTEXTO, REFORMA E JURISDIÇÃO

Violência, risco e ameaça constituem hoje fenômenos centrais da percepção social (Hassemer, 2003). Ciente disso, Mia Couto afirmou que “há muros que separam nações, há muros que dividem pobres e ricos. Mas não há hoje muro que separe os que têm medo dos que não têm medo” (Couto, 2011). Tanto é assim que se fala de onipresença da violência: não é mais necessário sentir a violência na própria pele para percebê-la (Hassemer, 2003). Contudo, em que pese o clima social de pânico, uma política que queira tratar adequadamente da violência onipresente não

25 Bacharel em Direito e Mestrando em Direito, com ênfase em Direito Econômico e Desenvolvimento, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador bolsista na modalidade Taxa da CAPES/PROEX. Advogado

pode simplificar nem dramatizar seu objeto, já que a longo prazo não pode ser manejado com força e repressão (Hassemer, 2003).

Como a violência, o risco e a ameaça converteram-se em elementos centrais da percepção social, parece lógico que a atitude da sociedade frente à violência mudou: ao invés de atitudes como ‘elaborar’ ou ‘conviver’, ganham espaço conceitos como ‘lutar’, ‘eliminar’ ou ‘reprimir’ (Hassemer, 2003, p. 52). Cria-se, com isso, uma verdadeira guerra contra o crime. Porém, não se pode esquecer que o caminho mais curto e certo para destruir as liberdades de uma nação democrática é a guerra (Tocqueville, 2017)²⁶, porque nela não temos que fazer prova de coerência nem de legalidade, as questões éticas são esquecidas, porque está provada a barbárie dos outros (Couto, 2011).

Nesse cenário, movido por vieses cognitivos relacionados à segurança pública, o legislador busca um Direito penal total (Dias, 1974)²⁷ “eficiente” (Hassemer, 2003)²⁸, por meio de uma política criminal que não opera com a descriminalização e a atenuação das penas, mas com novas criminalizações e agravamento das penas, concentrando-se nos tipos e ameaças penais ao invés de nas consequências do Direito penal (Hassemer, 2003).

Um exemplo disso: o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, de autoria do Senador José Sarney, trazia, no art. 105 (2012)²⁹ de seu texto

26 “All those who seek to destroy the liberties of a democratic nation ought to know that war is the surest and the shortest means to accomplish it”.

27 Direito penal total constitui-se por Direito penal material, Direito processual penal e Direito da execução das penas.

28 “El destinatario de las exigencias de una opinión pública amenazada por la violencia es, sobre todo, el derecho penal, incluido el derecho procesal penal. De él se espera una ayuda efectiva en caso de necesidad y la garantía de la seguridad ciudadana”.

29 Art. 10

5. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento. §1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo: I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória; II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§2º a 4º deste artigo; III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas. §2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código. §3º Fica vedado o regime inicial fechado. §4º Mediante requerimento

inicial, o instituto da Barganha, entretanto, em 10 de dezembro de 2013, o Senador Pedro Taques, relator da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, apresentou a Minuta do Relatório Final que propôs a exclusão do potencial instituto sob a justificativa de que, tal como teria sido feito com a transação penal, o espírito conciliatório da lei se transformaria, na verdade, em um espírito renunciatório para a vítima (2013, pp. 135-136)³⁰. Ocorre que, como identificado anteriormente, a opção do legislador está marcada pela intolerância com soluções mais racionais e que possam, eventualmente, favorecer a figura do acusado em nome de uma tutela, que de fato não existe, da vítima.

Por outro lado, parece flagrante a mentalidade inquisitória que norteia o comentário feito sobre a transação penal:

A explicação para o alto índice de arquivamentos de processos em alguns Estados estaria *na indução por parte do magistrado*, na insistência feita

das partes, a pena prevista no §1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal”.

- 30 “O Projeto de Código inovou ao trazer para o texto o instituto da “barganha” (art. 105). Propomos a sua exclusão. Consta da Exposição de Motivos que “seguiu-se, com adaptações à realidade nacional, o modelo do plea bargain norteamericano, no sentido de conceder larga autonomia às partes para a concertação de termos de avença que possam convir a ambas. Não há meios de compelir as partes ao acordo. Elas transigirão se assim for de seu interesse. Não se desenhou a proposta no sentido de erigir o acordo em direito da acusação ou da defesa, posto que acordo obrigatório não é um acordo, é um oxímoro. Exige-se, todavia, que tenha ocorrido o recebimento da denúncia, indicando a justa causa para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal. A partir daí – e antes da audiência de instrução e julgamento – o Ministério Público e o advogado ou defensor público poderão buscar acordo para a aplicação imediata das penas”. De fato, o passo proposto é bastante ousado. Porém, a realidade do sistema norte-americano, mesmo com as adaptações que se possam fazer ao nosso sistema, é absolutamente diversa. É verdade que a abreviação do processo poderia implicar uma redução expressiva de trâmites processuais. Todavia, julgamos tratar-se de um instituto de difícil compatibilização com a cultura institucional brasileira. O plea bargain funciona numa sociedade fundada como contrato social. Não é o caso do Brasil. Como repetidamente dizia o senador Nabuco de Araújo no século XIX, nossa democracia se fundou sobre o princípio da autoridade, e não do contrato. Uma das consequências disso, por exemplo, é a forma como a transação penal é usada em nosso sistema penal. A realidade dos juizados especiais criminais informa que a conciliação tem como principal função não o ressarcimento dos danos, mas, sim, o arquivamento do processo através da renúncia da vítima. A explicação para o alto índice de arquivamentos de processos em alguns Estados estaria na indução por parte do magistrado, na insistência feita à vítima para aceitar o compromisso do agressor de não cometer mais o ato violento. Assim, o espírito conciliatório da lei transforma-se, na realidade, em espírito renunciatório para a vítima. É um desvirtuamento do instituto ocasionado por nossa cultura. Portanto, julgamos que ainda não é o momento. Além disso, é matéria processual. Estaria mal situada em um código penal”.

à vítima para aceitar o compromisso do agressor de não cometer mais o ato violento. Assim, o espírito conciliatório da lei transforma-se, na realidade, em espírito renunciatório para a vítima. É *um desvirtuamento do instituto ocasionado por nossa cultura*. Portanto, julgamos que ainda não é o momento. (Comentários ao Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, grifou-se)

Guardadas as devidas proporções, a lógica da indução pelo magistrado ao acordo não se diferencia substancialmente daquela que era empregada na tortura. Nesse sentido, escreveu Coutinho (2015, documento eletrônico, sem página), “no fundo, o que poderia ser a vitória do torturador é, em verdade, a sua derrota, tal qual, *mutatis mutandis* sucede com o estuprador: na impossibilidade de obter o que pretende pela sedução da palavra, escancara sua incapacidade e mediocridade arrancando do torturado uma ‘verdade’ que não é dele, mas sua”. De modo que, como aconteceu na transação penal, o problema não está no instituto em si da barganha, mas na estrutura em que ele irá se inserir. Com a permanência do sistema inquisitório, razão por que o Juiz segue, pela lei, *dominus* do processo e, assim, seu condutor-mor, não se faz qualquer concessão ao princípio dispositivo, embora isso devesse ser feito (Coutinho, 2003). Portanto, sem uma mudança da estrutura penal para uma acusatória, os institutos de natureza negocial continuarão sendo, aqui realmente, desvirtuados em razão da cultura brasileira.

Assim, ninguém duvida que o processo penal brasileiro é inadequado (Exposição de Motivos do Projeto de Lei 156, de 2009, p. 119)³¹, mas parece preciso admitir que sua lógica inquisitorial segue presente nas práticas jurídicas, porque o modelo inquisitorial é um modelo completo de administração da justiça, construído ao largo de muitos séculos e que fincou raízes na cultura jurídica latino-americana (Binder, 2018). Sem reconhecer isso, a reforma está fadada ao fracasso. Não é possível espe-

31 “Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado”.

rar que com um simples câmbio de leis se produza a mudança de um modelo a outro (Binder, 2018).

A reforma da justiça penal deve ser vista como uma mudança de práticas (Binder, 2018). Desde a entrada em vigência do novo sistema, haverá um duelo de práticas velhas (inquisitoriais) e novas (acusatórias), que, em pouco tempo, encontrará um ponto de equilíbrio entre o velho e o novo, manifestando-se tanto na permanência de práticas velhas como na distorção de algumas práticas novas, seja na forma em que serão executadas ou nas funções que cumprirão (Binder, 2018).

Por isso, diz-se que a implementação da reforma começa no primeiro dia da entrada em vigência e dura vários anos, até que o sistema adquira seu primeiro ponto de equilíbrio, que é normalmente insatisfatório em razão do peso excessivo das práticas inquisitivas (Binder, 2018). A implementação da reforma exige, portanto, um esforço diário dos atores jurídicos para a alteração do equilíbrio tendente ao inquisitório para o acusatório, sendo insuficiente, apesar de necessária, a simples promulgação de novas leis. Porém, pressupõe-se, como parece elementar, a promulgação de leis que estruturam um modelo acusatório ou adversarial, de nada adianta promulgar leis novas se a mentalidade inquisitória nelas se manifestarem *ex ante*.

De modo que a doutrina deve alertar os perigos de uma interpretação simplória do dito direito penal “eficiente”, pois ele pode facilmente virar um direito penal deficiente, trazendo consigo déficits de execução específicos, que são reprovados por todos (Hassemer, 2003). Ademais, com uma visão pouco refletida a respeito, tenta-se resolver tais deficiências com mais do mesmo, ou seja, endurecimento da lei penal, aumentando a produção de efeitos meramente simbólicos de direito penal (Hassemer, 2003), tornando o direito penal matéria prima para discursos eleitoreiros.

Por outro lado, a doutrina também precisa compreender duas coisas: (1) concepções absolutas de verdade são incompatíveis com um Estado de Direito, sendo imprescindível a aceitação de que, se é de verdade que se trata, é de uma verdade consensual legitimamente construída (Vives Antón, 2011) e (2) a jurisdição é um recurso escasso (Tostes, 2016)³² e

32 “É óbvio que todos desejamos a construção de uma sociedade mais justa e solidária, com a concretização de todos os direitos e garantias existentes na Constituição Federal, porém não se pode mais ignorar que ‘Direitos não nascem em árvores’ (Galdino) e tudo tem um custo” (Tostes, 2016, p. 11).

não é lugar para tentar a concretização de princípios irrealizáveis como o da obrigatoriedade.

Diante disso, quando se fala em direito penal eficiente, não se entende por eficiência o esclarecimento e a condenação de fatos puníveis (Hassemer, 2003). Eficiência vai muito além disso, significa levar em conta o afetado pelo direito penal, minimizando as consequências negativas e fomentando as positivas, podendo-se concluir que somente o direito penal conforme o Estado de Direito e ao direito processual penal resultam eficientes a longo prazo (Hassemer, 2003). Nesse sentido, faz-se necessário explicitar o fenômeno em que se situa a dicotomia legalidade/opportunidade no processo penal:

A eficácia não representa unicamente a aplicação do ius puniendi, ou seja, uma condenação, com a consequente aplicação de uma sanção criminal, mas também a proteção de todos os direitos fundamentais, mais precisamente do status libertatis do cidadão, com aplicação de uma sanção adequada, voltada à funcionalidade do processo e da própria pena (Giacomolli, 2006, p. 62).

Esse é o ponto de partida, pois.

2. DESMISTIFICAÇÃO DA OBRIGATORIEDADE

Na Argentina, a administração da justiça penal mostrou-se incapaz de atender às necessidades sociais mínimas que pretende dar conta, ou seja, dar resposta a todos ou a grande parte dos casos incorporados ao sistema, a conflitos sociais que apresentem, minimamente, maior complexidade que os casos comuns processados (delitos contra a propriedade, por exemplo), aos delitos mais graves (especialmente os cometidos por órgãos estatais) e às novas formas de criminalidade (econômica, ecológica, informática), satisfazer os interesses das vítimas e possibilitar soluções alternativas à sanção penal ou à pena privativa de liberdade (Bovino, 2018). No Brasil, a situação não destoa muito.

Assim como ocorre com os argentinos, o sistema brasileiro possui uma das principais causas da crise mencionada, para além dos seus problemas consequentes, que é o princípio de legalidade processual (ou obrigatoriedade) (Cf. Bovino, 2018). Apesar de não haver texto explícito sobre o assunto no Direito brasileiro, deduz-se da sistemática legal que vigora o chamado princípio da ação penal obrigatória (Marques, 2009). O exercício da ação penal pelo órgão acusador se sujeita ao princípio de legalidade como garantia de igualdade e segurança jurídica, pois sempre será proposta quando a lei assim determinar (Armenta Deu, 2014). Nesse sentido, tal obrigatoriedade não se restringe apenas à ação, mas também

a toda a persecução (Giacomolli, 2006), além de ser consequência lógica (Giacomolli, 2006)³³ do princípio constitucional da isonomia (Coutinho, 1998).

Ocorre que, a partir da Primeira Guerra Mundial, se iniciou uma discussão acerca da impossibilidade de perseguir todas as condutas tipificadas conforme a estrita aplicação da legalidade processual: sem negar a garantia indiscutível suposta pela sujeição dos poderes a tal princípio, alega-se, contudo, a necessidade de discriminar a persecução em face da incapacidade dos atores judiciais (Polícia, Ministério Público e Tribunais) de exercitar suas funções conforme a ele (Armenta Deu, 2014). Isso é um começo. Hoje, as críticas mostraram-se mais incisivas e difíceis de refutar, como se passa a expor.

Vigente a obrigatoriedade, o legislador é quem se ocupa de orientar e dirigir de forma praticamente exclusiva a aplicação do programa político-criminal estabelecido no direito vigente, pois, como parece evidente, não sobra muito espaço para a intervenção quotidiana dos órgãos da persecução penal, de modo que a propositura da ação penal constitui-se um imperativo de consequências particularmente nefastas ao Ministério Público, que, ademais, acaba por ter sua autonomia afetada (Bovino, 2018).

Por outro lado, com o dever de atuar imposto pela legalidade processual, não é possível prescindir da persecução frente à notícia da comissão de um fato punível com base em qualquer critério de oportunidade (Maier, 2016). A ligação com as teorias absolutas sobre a pena estatal mostra-se evidente, mas com o rechaço, ao menos parcial, delas e a boa recepção de teorias utilitárias para legitimar a pena e dar-lhe um fim, o princípio de legalidade perde todo seu sustento ideológico e é precisamente a utilidade, como fim e fundamento legitimador da pena, a regra que justifica o princípio oposto, o de oportunidade (Maier, 2016).

Nesse sentido, parece bastante ilustrativo apontar uma possível consequência prática da obrigatoriedade: a persecução e o processamento de casos sem qualquer relevância. Toma-se como exemplo do Brasil o *Habeas Corpus* nº 133.984/MG, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia³⁴.

33 Para o autor, a legalidade processual seria uma consequência lógica da oficialidade e do princípio acusatório.

34 Trata-se de Habeas Corpus, com requerimento de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de Renato de Deus Vieira, contra a decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.469.322, de relatoria do Ministro Jorge Mussi. O paciente fora denunciado pela prática do delito do art. 16, caput, da Lei n.

Como bem ensinou Maier, “para exponer casos absurdos, la realidad siempre supera a la ficción” (Maier, 2016, p. 785)³⁵.

Outro ponto importante da crítica diz respeito ao fundamento da obrigatoriedade na isonomia. A isonomia pretende evitar discriminações de qualquer sorte, funcionando como uma garantia frente ao poder penal do Estado, isto é, como segurança para que o cidadão não seja afetado em suas liberdades por esse poder (Maier, 2016). Ao contrário do que se possa pensar num primeiro momento, é justamente o que o princípio de oportunidade que garante a isonomia, pois pretende liberar o cidadão do risco de ser submetido ao poder do Estado, evitando sua persecução (Maier, 2016).

Mesmo assim, a prática ainda tem mais a ensinar: (1) o número de crimes documentados por fontes externas e internas à polícia é pobre em relação ao número real de fatos criminosos cometidos, o que gera o fenômeno da cifra negra e (2) para além dessa cifra, ingressado o caso no sistema, os próprios operadores realizam processos de seleção, o problema é que esses processos, quando sob vigência da legalidade processual, são decididos informalmente, não estabelecidos juridicamente (Maier, 2016).

Portanto, apesar dos juristas que sustentam, especulativamente, o princípio de legalidade como um critério reitor da persecução penal, a prática seleciona de diversas maneiras os casos a tratar e o tratamento que eles receberão dentro do sistema aplicando critérios de oportunidade (Maier, 2016). Tal seleção acontece baseada em diversos fatores – desde a decisão política estimativa do maior ou menor dano social segundo a apreciação dos órgãos de persecução penal estatais, as necessidades políticas circunstanciais ou permanentes, as possibilidades econômicas pressupostas, o cálculo de efetividade na persecução, até a pessoa do

10.826/2003, a denúncia foi recebida e o Sr. de Deus foi condenado à pena de três anos de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária). A defesa apelou, mas a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais não conheceu do recurso por ser intempestivo, mas concedeu ordem de ofício para absolver o paciente, em razão da ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pelo tipo. A acusação embargou de declaração. Embargos rejeitados. Insistiu, interpôs um Recurso Especial (n. 1.469.322) para afastar a atipicidade da conduta e cassar a ordem concedida, restabelecendo a condenação. O Recurso Especial foi conhecido e provido, afastando a atipicidade da conduta. A defesa interpôs Agravo Regimental em Recurso Especial, que teve provimento negado pela Quinta Turma do STJ. E é este julgado que enseja a impetração do Habeas corpus ora discutido: o dia em que um pingente de bala chegou, após praticamente 8 (oito) anos da data dos fatos, ao Supremo Tribunal Federal.

35 “Para expor casos absurdos, a realidade sempre supera a ficção” (Tradução livre).

autor e sua posição social e política –, mas são dois os sempre presentes: (1) a impossibilidade de perseguir todos os fatos puníveis que acontecem, o que torna necessária, formal ou informalmente, a seleção e (2) a ausência de controles jurídico e político dos critérios que são utilizados, que a afirmação cega do princípio de legalidade, por melhor que pareça, os oculta e menospreza (Maier, 2016).

Por outro lado, os processos fundamentais de determinação de tais critérios seletivos informais estão identificados na falta de informação dos órgãos de persecução e na seleção de fato diante da impossibilidade de perseguir todos os fatos puníveis ou de dedicar os mesmos esforços a todos eles (Maier, 2016). Além disso, a obrigatoriedade também encontra-se em cheque por aquilo que Bronzo (2017) chama de *schemi presuntivi* (pré-conceitos), que interferem diretamente em como ‘vivem’ as normas penais e processuais penais.

Diante disso, com a legalidade processual, perde-se a possibilidade de conduzir os mencionados critérios de seleção segundo metas políticas claras, referentes à aplicação prática do poder penal do Estado, a serem fixados pelos órgãos responsáveis por estabelecer a política criminal do Estado e aplicados pelas magistraturas estatais que têm a seu cargo a atuação desse poder penal, órgãos que responderão política e juridicamente pelas tarefas que cumprem (Maier, 2016).

Assim como no sistema de mercado, o que mais prejudica o sistema jurídico é a percepção de que as regras não valem igualmente para todos (Zingales, 2015). Por todas as razões expostas, então, mostra-se imprescindível voltar os olhos à antítese teórica da legalidade, o princípio de oportunidade (Roxin, 2003).

3. PRINCÍPIO DE OPORTUNIDADE

Reconhece-se, nesses termos, que o princípio de oportunidade não representa quase que uma heresia para o valor da justiça, como poderiam afirmar os partidários da legalidade, mas sim uma tentativa válida de o Direito conduzir a necessária seleção de fatos puníveis a perseguir, segundo critérios racionais, de acordo com as metas políticas que procura o exercício do poder penal pelo Estado (Maier, 2016).

Por outro lado, a história ensina que os regimes totalitários eliminaram o freio da legalidade e adotaram a oportunidade pura (Giacomolli, 2006), porém tal afirmação não pode ser feita desconsiderando outros fatores. Por exemplo, não é incomum que em contextos assim concepções absolutas de verdade permeiem a lógica dos atores jurídicos, permitindo um

discurso sobre a verdade que, confundindo real e realidade (Coutinho, 2018b)³⁶, justifica medidas como o ‘*Auflockerung*’ nazista (Negri, 2010 *apud* Coutinho, 2018a)³⁷. O princípio de oportunidade, se colocado fora da estrutura adequada, pode ser instrumento de arbítrio. Portanto, esclarece-se que o raciocínio desenvolvido aqui pressupõe uma lógica de fato acusatória que busca afastar-se da farsa da ‘americanização à brasileira’ (Coutinho, 2018c, p. 16)³⁸, pois não existe lugar para a liberdade sem limites: só há jogo se há regras que são levadas a sério (Coutinho, 2018b)³⁹.

Resta evidente, assim, que a democracia, tomada aqui como respeito à diferença, é, e sempre foi, incompatível com um sistema inquisitório⁴⁰ (Coutinho, 2018a). Além disso, sendo o processo um conjunto de atos preordenados ao acerto do caso penal (Coutinho, 2018a, p. 115), sua finalidade não se confunde com a de combate a criminalidades – ou a criminosos – de qualquer sorte. Não é o combate a criminalidades que se busca com um sistema acusatório, mas sim o acerto eficiente – com o mínimo de custo e máximo de garantias ao imputado – de casos penais.

Tendo isso por descontado, passa-se ao que se deve compreender por oportunidade. Oportunidade significa a possibilidade de que os órgãos

36 “A realidade, portanto, expressa o entificado; e não há nenhum problema com isso; ou muito pelo contrário. O problema é querer que ela seja o que ela não é, coisa que se tem pretendido com muito vigor nos dias atuais – e cada vez mais, usando-se para tantos jogos retóricos e, portanto, uma linguagem dissimuladora” (Coutinho, 2018b, p. 137).

37 “Essa estava justo então se liberando dos delírios iconoclastas da ‘*Auflockerung*’ [afrouxamento], o princípio reformador do período nazista segundo o qual seria preciso tornarem-se elásticas, flexíveis, as formas do processo penal, reduzindo ao mínimo indispensável os freios, as preclusões e os obstáculos à atividade do juiz para o fim de buscar a verdade e alcançar assim a justiça material (Schäfer, Dahm, Freisler, Siegert)” (Negri, 2010, *Apud*, Coutinho, 2018a, p. 93).

38 “A farsa, porque ao invés de ajudar a trazer o sistema acusatório (ou adversarial) para o Brasil e, com isso, promover a democratização constitucional do processo penal brasileiro, o que fez foi potencializar o sistema vigente, inquisitorial, inconstitucional e malvado porque ajuda, como nunca, a seletividade dos perseguidos, mesmo dentre os que mais têm” (Coutinho, 2018c, p. 16).

39 “Fora estão, portanto, as ilegalidades. Logo, se alguém imaginou que o processo penal visto pela Teoria dos Jogos é um estudo que incentiva o jogador a levar vantagem a qualquer custo, está enganado. Em tempos de crise e muita confusão, como o que se está a viver, vale sempre a afirmação do abade Lacordaire: ‘A liberdade escraviza e a lei liberta’” (Coutinho, 2018b, p. 138)

40 Em que pese a Alemanha possua um sistema inquisitório e seja difícil negar-lhe o caráter democrático, tal realidade é incompatível com a latino-americana em razão da gritante desigualdade social aqui existente.

públicos que estão a cargo da persecução penal possam prescindir dela, formal ou informalmente, temporária ou definitivamente, de forma condicionada ou não, por motivos de utilidade social ou razões político-criminais, quando presente a notícia de um fato punível ou frente a prova mais ou menos completa de sua perpetração (Maier, 2016). Ademais, apesar de ser apenas mais uma das ferramentas para racionalizar o sistema penal, por meio do procedimento de seleção formal propiciado por esse princípio, a oportunidade adquire importância fundamental (Maier, 2016).

Por essa razão, a regulação legislativa dos critérios de seleção pode servir de auxílio efetivo para corrigir disfunções do sistema, pois: (1) pode ser uma ferramenta eficiente do princípio de isonomia, ao corrigir o efeito seletivo e classista de um sistema formal que, aderido à obrigatoriedade, ignora por completo a seletividade real; (2) contribuirá com a transparência do sistema e da forma, modo e efeito com os quais se opera a seleção, que hoje são ocultos por fundamentos aparentes, quando não hipócritas ou até sem fundamentos perceptíveis; (3) essa transparência contribuirá evidentemente à necessidade de controle jurídico e político da seleção e, com isso, fixar a responsabilidade dos órgãos e funcionários competentes para decidi-la, o que hoje também é ocultado pelas formas que só formalmente aderem à legalidade processual e, finalmente, (4) será possível orientar a seleção a fins político-utilitários plausíveis para um Estado (social e democrático) de Direito, ao invés de abandoná-la ao critério direto do funcionário que a opera de fato ou às circunstâncias (temporais, pessoais, etc.) que circundam o caso concreto (Maier, 2016).

Portanto, como ficou evidenciado, critérios de oportunidade serão sempre utilizados na persecução penal, pois os recursos são escassos. E, como é assim, se a doutrina não pensar como e para quem (Samuelson, 1964)⁴¹ produzir persecução penal, alguém vai, mas de forma incontrolável e arbitrária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese:

(1) as práticas novas (acusatórias) podem advir de um Código de Processo novo que não nasça velho (inquisitório), de modo a alterar um equilíbrio no sentido de favorecimento de um sistema acusatório. Isso pode levar a

41 “O Que produzir, Como e Para Quem não constituiriam problemas se os recursos fossem ilimitados”.

alguns anos, mas é na estrutura acusatória que a oportunidade atinge a maior medida possível dos benefícios apresentados. De modo que a mudança da estrutura legislativa é condição necessária, mas não suficiente para a refundação do sistema brasileiro;

(2) por mais que o desejo punitivo possa ser ilimitado, os recursos do Estado são escassos, o que impede, se a preocupação é com a construção de um Estado de Direito, a adoção da obrigatoriedade desde logo, pois serve, na prática, como máscara para o arbítrio das escolhas sem critérios controláveis dos funcionários da persecução;

(3) a oportunidade, sendo uma realidade, deve ser controlada por seus critérios de aplicação por meio de regulamentação, o que permite a transparência e posterior controle dessas opções.

Conclui-se, então, que a oportunidade, pressupondo uma mudança para o sistema acusatório – que não se dará por mágica legislativa –, é uma barreira ao arbítrio, sendo, portanto, uma exigência democrática.

REFERÊNCIAS

Armenta Deu, T. (2014). *Estudios sobre el proceso penal acusatorio*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Binder, A. (2018). “El cambio de la justicia penal hacia el sistema adversarial. Significado y dificultades”. In Campos, S. P. et al (Coords.). *Código del Proceso Penal: reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal en Uruguay*. Montevideo: CEJA e INECIP.

Bovino, A. (2018). *Principios políticos del procedimiento penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Mauro Gabriel Leopardo.

Bronzo, P. (2017). “Le discriminazioni nel processo penale”. In *Critica del Diritto*, 1/17, 186-194.

Coutinho, J. N. M. (1998). “Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, a. 30, n. 30, 163-198. Recuperado em 28 novembro, 2018, de <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>.

Coutinho, J. N. M. (2003). Manifesto contra os juizados especiais criminais (uma leitura de certa efetivação constitucional)”. In F. F. Scaff (Org.).

Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar.

Coutinho, J. N. M. (2015). *O papel do novo juiz no processo penal*. Florianópolis, 18 abril, Empório do Direito. Recuperado 23 novembro, 2018, de <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>.

Coutinho, J. N. M. (2018a). “Democracia e sistema inquisitório: a farsa do combate à corrupção no Brasil”. In J. N. M. Coutinho et al (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, Vol. 4.

Coutinho, J. N. M. (2018b). “O processo penal pela teoria dos jogos e o respeito às leis”. In J. N. M. Coutinho et al. *Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil*. Florianópolis: EMais.

Coutinho, J. N. M. (2018c). “Prefácio”. In J. N. M. Coutinho et al. *Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil*. Florianópolis: EMais.

Couto, M. (2011). *Murar o medo*. Cascais, Estoril conferences: global challenges, local answers. Recuperado em 22 de novembro de 2018, de: <<https://www.estorilconferences.org/pt/archive/2015/youth/murar-o-medo>>.

Della Villa, G. F. (2017). “A (in)disponibilidade do conteúdo do processo penal brasileiro”. In L. G. Postigo (Dir.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Dias, J. F. (1974). *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1º. Vol. Reimpressão de 2004.

Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009 (2009). Projeto de Código de Processo Penal. Brasília, DF. Recuperado

em 23 novembro, 2018, de <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574315&ts=1540315298311&disposition=inline>>.

Giacomolli, N. J. (2006). *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das carantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.

Hassemer, W. (2003). *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Maier, J. B. J. (2016). *Derecho procesal penal: fundamentos*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Marques, J. F. (2009). *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium Editora, v. I., atualizadores Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem.

Negri, D. (2010). "Agli albori di un paradigma dell'Italia repubblicana: il processo penale come 'diritto costituzionale applicato'". In *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana: materiale dall'incontro di studio – Ferrara, 12-13 Novembre*. A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi. Milano: Giuffrè. p. 25-26. *Apud*. Coutinho, J. N. M. (2018) *Auschwitz, Auflockerung e o processo penal brasileiro*. In J. N. M. Coutinho. *Observações sobre os sistemas processuais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória.

Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (2012). Anteprojeto de Código Penal. Brasília, DF. Recuperado em 23 novembro, 2018, de <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>.

Roxin, C. (2003). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Samuelson, P. A (1968). *Introdução à Análise Econômica* (L. C. N. Silva, Trad.). Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora. (Obra original publicada em 1964).

Taques, P. (2013). *Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal*. Brasília, 10 dezembro, 2013. Recuperado em 23 no-

vembro, 2018, de <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516783&ts=1541013111126&disposition=inline>>.

Tocqueville, A. (2017). *Democracy in America*. New York: Dover Publications, Inc.

Tostes, Y. (2016). "Prefácio". In M. C. P. Ribeiro et al (Org.). *Análise econômica do direito: justiça e desenvolvimento*. Curitiba: CRV.

Vives Antón, T. S. (2011). *Fundamentos del Sistema Penal: Acción Significativa y Derechos Constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2. ed.

Zingales, L. (2015). *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEI Comunicação.

FALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: IMPORTÂNCIA DA ACEITAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE

Izabella Drumond Matosinhos⁴²

INTRODUÇÃO

A adoção de um sistema adversarial passa pela mudança de alguns paradigmas adotados no direito processual penal brasileiro, bem como a necessidade de se buscar uma persecução penal mais estratégica. O primeiro dogma que deve ser deixado de lado é o princípio da obrigatoriedade da ação penal, a partir do assentimento da ideia de que o Estado é incapaz de lidar de forma eficiente com toda as demandas criminais, ainda mais levando em consideração as dimensões territoriais e populacionais do Brasil, bem como seus altos índices de criminalidade. A adoção de um princípio da oportunidade ao invés do princípio da obrigatoriedade implica diretamente na atuação do Ministério Público, que, como titular da ação penal, deve assumir seu papel de direção estratégica de toda a persecução criminal. Somado a isso, é cada vez mais necessária a adoção medidas negociais, com saídas alternativas, para resolução de conflitos de natureza penal em substituição às penas tradicionais que, em regra, culminam na privação da liberdade.

Nesse sentido, o presente trabalho visa a apresentar uma visão crítica acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal e do dogma que se formou sobre ele, bem como a necessidade de adoção de uma gestão estratégica de toda a persecução penal por parte do Ministério Público. Assim, em um primeiro momento, será feita uma contextualização do princípio da obrigatoriedade, rebatendo-se as principais críticas que têm sido feitas à adoção do princípio da oportunidade. A seguir, será feita uma correlação entre o princípio da oportunidade e a importância de

42 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

realização de uma releitura das funções institucionais do Ministério Público, que, em um sistema adversarial, deve assumir a condução da persecução penal de maneira estratégica, criando mecanismos que servem para pensar uma política criminal mais ampla.

Por fim, será tratado do tema do acordo de não persecução criminal, apontando as vantagens de sua adoção dentro de um sistema adversarial, realizando uma abordagem crítica da Resolução nº 81/2017 do CNMP, que incorporou o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

1. OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E SELETIVIDADE

O princípio da obrigatoriedade da ação penal é quase um dogma no ordenamento jurídico brasileiro. Parte do pressuposto de que o Estado é capaz de lidar, de forma eficiente, com toda a demanda criminal da sociedade, por meio da percepção de que todos os crimes são investigados, processados e julgados. Além dessa falsa ideia, a função simbólica do direito penal ainda é bastante arraigada na cultura brasileira, fazendo parte do imaginário coletivo a presunção de que o processamento e, mais ainda, a punição de todos os crimes praticados servem como exemplo e evitam a prática de novos delitos, abrindo margem para o surgimento de teorias como Tolerância Zero, Janelas Quebradas⁴³, entre outras. Como se sabe tais teorias, em grande parte populistas, em nada contribuem para a queda ou controle dos índices de criminalidade, assim como a obrigação de processar e julgar todo e qualquer crime também não, sendo quase nula a chamada função preventiva do direito penal.

A espetacular queda do crime em Nova York é apontada como prova irrefutável de que a teoria funciona. Entretanto, ela diz muito pouco, senão nada, sobre a *Broken Windows Theory*. Basta ver que outras grandes cidades ao longo dos EUA experimentaram uma queda notável da criminalidade ao longo dos anos 90. Muitas delas — incluindo Boston, Houston, Los Angeles, St. Louis, San Diego, San Antonio, San Francisco e

43 Coutinho e Carvalho (2003), em artigo sobre o tema afirmam: “A Broken Windows Theory foi articulada no artigo supracitado de James Wilson e George Kelling, sendo baseada na premissa de que “desordem e crime estão, em geral, inextricavelmente ligadas, num tipo de desenvolvimento seqüencial” (Wilson e Kelling, 1982, p. 31). Segundo eles, pequenos delitos (como vadiagem, jogar lixo nas ruas, beber em público, catar papel, e prostituição), se tolerados, podem levar a crimes maiores. A idéia não é complexa e faz adaptação do ditado popular “quem rouba um ovo, rouba um boi” (Wacquant, 2001, p. 25): se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem. Quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas”.

Washington, D.C. — com índices maiores que os de Nova York, sem que tivessem implementado a mesma política. Nova York teve uma queda de 51% na taxa de homicídios no período de 1991 a 1996; Houston, 69%; Pittsburgh, 61%; Nova York ficou em quinto lugar (Joanes, 1999). O que é marcante é que nenhuma dessas cidades implantou a política Wilson e Kelling. Algumas, aliás, fizeram o contrário. Entretanto, a taxa de homicídios em Nova York vem aumentando desde 1998, de 633 para 671 em 1999, um acréscimo de 6% (Relatório Preliminar Anual Uniforme de Crimes, 1999, p. 5).

Mais importante, todavia, é notar que a política de Tolerância Zero não foi a única implantada em Nova York, sendo que outros fatores contribuíram para a queda nos índices de crimes no período de 1993 a 1998: a duplicação do número de policiais nas ruas; a mudança no consumo de crack para heroína; um orçamento do NYPD de 2,6 bilhões de dólares; condições econômicas favoráveis nos anos 90; novos sistemas computadorizados; a queda no número de jovens de 18 a 24 anos e a prisão de grandes gangues de traficantes (Karmen, 1996, Fagan, Zimring e Kim, 1998; Butterfield, 1998; Coutinho & Carvalho, 2003).

Assim, a partir da observação dos sistemas adversariais já instalados na América Latina e que já abandonaram há muito o princípio da obrigatoriedade, verifica-se que essa obrigatoriedade, além estar fundada em um mito (inverdade), não contribui em nada ou muito pouco na resolução de crimes mais complexos, nos quais o Estado deveria investir seus esforços. Essa excessiva demanda toma conta da rotina das Promotorias de Justiça e das varas criminais, que acabam adotando uma prática reativa ao invés de proativa (González Postigo, 2018), dando-se preferência à resolução dos casos urgentes, em regra de réu preso, o que faz com grande parte dos casos seja esquecido em uma prateleira, até ser atingido pela prescrição.

Em razão desse dogma que se formou em torno da obrigatoriedade da ação penal, o abandono desse princípio enfrenta diversas críticas, não só entre membros do Ministério Público, mas também entre advogados e membros da magistratura. As principais críticas concentram-se na ideia de que o Estado estaria escolhendo os crimes que pretende processar e criando com isso uma certa seletividade.

Ocorre que o sistema penal brasileiro já é extremamente seletivo, no entanto, essa seletividade vem sendo exercida, em grande parte, por agências policiais, sem qualquer critério estratégico ou controle estatal, fazendo com que haja nichos de crimes e pessoas que são preferencialmente processadas. Segundo a última pesquisa realizada pelo IFOPEN, 28% da

população carcerária cometeu crimes relacionados ao tráfico de drogas, 37% furtos e roubos enquanto que 11% representam homicídios.

Do universo total de presos no Brasil, 55% têm entre 18 e 29 anos. Levando em consideração a cor da pele, o levantamento mostra que 64% da população prisional é composta por pessoas negras. Quanto à escolaridade, 75% da população prisional brasileira não chegou ao ensino médio. Menos de 1% dos presos tem graduação⁴⁴.

Esses dados deixam claro que, mesmo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, há uma certa preferência por determinados tipos de crimes que, por sua vez, acabam atingindo determinados grupos da população. No entanto, essa escolha, como se sabe, não é feita de maneira estratégica. Nesse sentido:

Seu descumprimento prático está dado por um diagnóstico muito amplo entre nossos países: o caráter seletivo dos sistemas penais, com base em recursos humanos e materiais limitados para cuidar de todos os casos. A pergunta, então, é sobre o modo como se realiza essa seleção. Zaffaroni descreveu este fator como “criminalização secundária”, ou seja, a ação punitiva exercida por pessoas concretas que pressupõe que o processo que vai desde a detenção até a prisão do acusado”. Sob a roupagem do princípio da obrigatoriedade, é um dado concreto que essa seleção é realizada pela agência policial sem critérios objetivos nem controle real. (González Postigo, 2018,, p.7)

Outra crítica possível à adoção de um princípio da oportunidade vem daqueles que acreditam que essa seria uma maneira, não democrática, de se dar atribuição exclusiva ao órgão de execução do Ministério Público para decidir sobre a aplicação ou não da lei penal, dando margem a uma atuação pautada na pessoalidade ao invés do interesse público. Contudo, conforme observado nos sistemas latino-americanos que já adotam esse princípio, em especial no Chile, tal decisão não fica cargo do membro, mas da instituição, como um todo, por meio de regras claras e objetivas e de acordo com o planejamento estratégico traçado, garantindo-se a am-

44 Dados retirados do site Agência Brasil, disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-pa-ra-726712-pessoas>

pla publicidade, e desde que atendidos critérios mínimos estabelecidos em lei.

Tal previsão, por exemplo, encontra-se expressa no art. 170 do Código de Processo Penal Chileno, abaixo transcrito:

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

El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma.

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere.

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

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

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

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas

generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

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

Por meio do dispositivo legal em destaque é possível perceber que além de critérios estabelecidos de forma prévia e de maneira objetiva, a oportunidade passa ainda por duas esferas de controle, uma judicial, feita pelo juízo de garantias, e outra institucional, feita pelo chefe da instituição. Dessa forma, percebe-se que a oportunidade não se traduz em discricionariedade, sendo seus critérios estabelecidos de forma clara e objetiva, em consonância com a política institucional do Ministério Público, havendo pouca margem para ações pautadas por interesses pessoais.

2. PRINCÍPIO DA OPORTUNIDADE E GESTÃO ESTRATÉGICA DA AÇÃO PENAL

Pode-se afirmar que a adoção do princípio da oportunidade implica que o Ministério Público exerça uma gestão estratégia da ação penal, escolhendo de forma racional e objetiva quais os crimes merecem mais atenção e esforço das agências estatais. Essa gestão estratégica pressupõe que a instituição não só assuma a direção da investigação penal, mas também a formulação de uma política criminal.

Assim, é evidente que as novas tarefas da instituição fazem com que ela adote um papel proativo na investigação penal e na estruturação da política criminal, deixando para trás as funções formais que o colocavam somente na elaboração de pareceres e no exercício de um controle da legalidade sobre a etapa da instrução encabeçada pela polícia (González Postigo, 2018, p.4).

Para a adoção desse novo paradigma, é necessário que a instituição passe por algumas mudanças estruturais não só em suas funções de litigância e investigação criminal, mas na própria política institucional, através da criação de mecanismos de análises criminais que permitam relativizar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Nesse sentido, é necessário que o Ministério Público construa uma estratégia de posicionamento institucional que possibilite identificar os objetivos gerais da instituição no

controle e combate à criminalidade, além da maneira de alcançá-los. Essas metas e objetivos devem ser construídos a partir de um constante diálogo com a sociedade, sendo importante não só que a comunidade as conheça, mas tenha ciência dos resultados alcançados, possibilitando uma verdadeira *accountability* da atividade ministerial.

A Lei orgânica do Ministério Público chileno tem previsão expressa deste ponto, conforme transcrito abaixo:

Artículo 21.- El Fiscal Nacional rendirá cuenta de las actividades del Ministerio Público en el mes de abril de cada año, en audiencia pública. En la cuenta se referirá a los resultados obtenidos en las actividades realizadas en el período, incluyendo las estadísticas básicas que las reflejaren, el uso de los recursos otorgados, las dificultades que se hubieren presentado y, cuando lo estime conveniente, sugerirá las políticas públicas y modificaciones legales que estime necesarias para el mejoramiento del sistema penal, para una efectiva persecución de los delitos, la protección de las víctimas y de los testigos, y el adecuado resguardo de los derechos de las personas.

Asimismo, dará a conocer los criterios de actuación del Ministerio Público que se aplicarán durante el período siguiente.

Além da criação desses mecanismos, para que a adoção do princípio da oportunidade e a desestimação⁴⁵ de casos faça parte de uma política institucional, é importante que haja um banco de dados, acessível ao público, onde constem os casos desestimados ou não processados e as justificativas apresentadas. Isso porque, a sociedade tem o direito de saber em quais casos não haverá persecução criminal, em quais haverá soluções alternativas e quais serão efetivamente processados, bem como a justificativa para cada caminho escolhido.

Por outro lado, a capacidade de prestar contas desses dados determinará o reconhecimento e a legitimidade da instituição junto aqueles que ela representa. Além da transparência, o armazenamento e a análise desses dados permitem a substituição de uma demanda geral e abstrata de

45 Conforme já mencionado o Sistema de Justiça Penal não consegue se encarregar de todos os casos, sendo necessário que o Estado envie esforços naqueles em que tem condições de se incumbir razoavelmente. Assim, a desestimação de casos, em sistema adversarial, funciona como um filtro, selecionando os casos que deverão prosseguir e que, portanto, serão investigados e processados, e aqueles que serão denegados ou desestimados, ou seja, não serão levados adiante. Ressalte-se, que a desestimação de casos não é uma tarefa individual de cada membro do Ministério Público, mas resultado de uma política institucional elaborada de acordo com critérios objetivos e previamente estabelecidos.

eficientismo penal por uma persecução penal inteligente, orientada por metas e objetivos mais delimitados. Com objetivos mais demarcados é possível se chegar a resultados mais concretos, o que tem impacto direto na avaliação da população em geral da eficiência do sistema. Assim, por meio de um estudo dos dados levantados é possível se inferir quais tipos de crimes tem mais impacto em determinada localidade, por exemplo, permitindo o redirecionamento da política institucional para o controle ou combate deste delito.

Dessa forma, pode-se afirmar que a gestão estratégica da persecução penal envolve além da escolha dos casos a serem processados ou desestimados a análise constante dos dados obtidos, que devem ser apresentados à comunidade para que exerça um controle constante da atuação do Ministério Público. Isso permite a observação da realidade como um todo para além das demandas individuais. A criação de uma política institucional fundada na análise dos dados obtidos tem reflexo diretamente na atuação individual dos promotores de justiça, que passam a ter o dever de incorporar em sua atuação diária as metas e os objetivos traçados pela instituição, diminuindo as chances de atuações pautadas em convicções pessoais.

É o que nos ensina González Postigo (2018, p.8):

Essa função, em um sistema acusatório, fica a cargo exclusivamente do Ministério Público como titular da ação penal e diretor da persecução estatal. Por isso, torna-se necessário estruturar uma política de trabalho que estabeleça claramente as dinâmicas e critérios de atuação para exercer a seleção dos casos que ingressam na instituição. Seria desejável, neste contexto, que os Ministérios Públicos tivessem dois grandes níveis de decisão: a nível geral, uma política criminal que determine o seguimento de delitos ou fenômenos criminais nos quais quer concentrar os recursos obter resultados concretos; e a nível intermediário, uma política de seletividade cotidiana que opere de maneira consistente e alinhada com as decisões institucionais de política criminal.

Assim, para além das mudanças na atividade diária do membro do Ministério Público, como a complexificação da função de investigação criminal (investigação, coleta de informação, atividades de inteligência), decisões sobre os casos, litigação, entre outros, (González Postigo, 2018), é necessário que haja uma mudança cultural na visão da atividade ministerial como parte de política criminal.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CNMP

A aceitação do princípio da oportunidade implica na adoção de novas formas de lidar com as demandas criminais, entre elas, a adoção de acordos de não persecução criminal.

O acordo de não persecução penal pode ser entendido como uma espécie de negócio jurídico pré-processual de direito público-penal que tem por finalidade racionalizar a persecução criminal evitando o processamento de crimes considerados de menor gravidade, por meio de adoção de medidas alternativas à prisão. Na legislação brasileira, até então, a possibilidade de não persecução penal está prevista em legislações esparsas e demandam uma contrapartida do beneficiado, desde que atendidos alguns requisitos legais.

Essas hipóteses têm sido vistas pela doutrina (Brasileiro, 2014) como exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal⁴⁶.

A primeira possibilidade é a transação penal para crimes considerados de menor potencial ofensivo, com pena máxima até dois anos, estando prevista na lei 9.099/95, nos seguintes termos:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Mi-

46 Existem outras exceções ao princípio da obrigatoriedade da ação penal como o parcelamento do débito tributário, já que a sua formalização antes do recebimento da denúncia é causa de suspensão da pretensão punitiva, impedindo, pois, o oferecimento da peça acusatória pelo Ministério Público (Lei nº 9.430/96, art. 83, §2º).

nistério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

A segunda previsão de não persecução penal veio expressa na lei 12.529/2011, que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, trazendo a possibilidade do chamado acordo de leniência, que poderá ser celebrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção de

informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.⁴⁷

47 Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 2º Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1º deste artigo.

§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do § 4º deste artigo, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais coautores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o inciso I do art. 37 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos às empresas do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de inquérito ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a Superintendência-Geral, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual o Cade não tenha qualquer conhecimento prévio.

§ 8º Na hipótese do § 7º deste artigo, o infrator se beneficiará da redução de 1/3 (um terço) da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

Por fim, o § 4º do art. 4º da Lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas) prevê que o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia, desde que o acusado colabore efetiva e voluntariamente com a investigação e o com o processo criminal, e que da colaboração resulte um ou mais dos resultados ali elencados, como a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, entre outros.

Além disso, para fazer jus ao benefício, o colaborador não poderá ser o líder da organização criminosa e deve ser o primeiro a prestar efetiva colaboração.

Como se observa, a possibilidade de não persecução penal, por meio de um acordo celebrado entre as partes é bastante restrita na legislação brasileira, sendo aceita somente nas hipóteses acima elencadas.

Dessa forma, em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, órgão de controle administrativo das atividades do Ministério Público brasileiro, editou resolução (Res. 181/2017) prevendo expressamente a possibilidade de realização de acordo de não persecução penal pelos membros do Ministério Público brasileiro, estabelecendo os seguintes critérios:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará as normas a serem editadas pelo Tribunal.

§ 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento.

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos

ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto⁴⁸.

No entanto, embora seja salutar a adoção de mecanismos de não persecução criminal, a maneira como foi feita a previsão, através de resolução do CNMP, sem discussão de seus parâmetros com a sociedade e com os próprios atores envolvidos, não se mostra suficiente.

Em primeiro lugar, ainda que haja opiniões divergentes, pode-se facilmente chegar à conclusão que a resolução em destaque é inconstitucio-

48 Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018.

nal, pois claramente envolve matéria de direito penal e processual penal, não podendo ser feita por meio de resolução⁴⁹.

Nesse sentido, o artigo 22, II, da Constituição Federal atribui competência exclusiva à União para legislar sobre direito penal e processual penal. Além disso, a Constituição veda a edição de medidas provisórias sobre a matéria (art. 62, § 1º, I, “b”), não sendo possível que resolução de órgão, que não tem atribuição legislativa, regule o tema.

Sobre o tema, transcreve-se a autorizada lição Clève, Sarlet e Streck (2011, documento eletrônico, sem página), *in verbis*:

Com efeito, parece um equívoco admitir que os Conselhos possam, mediante a expedição de atos regulamentares (na especificidade, resoluções), substituir-se à vontade geral (Poder Legislativo) e tampouco ao próprio Poder Judiciário, com a expedição, por exemplo, de “medidas cautelares/liminares”. Dito de outro modo, a leitura do texto constitucional não dá azo a tese de que o constituinte derivado tenha “delegado” aos referidos Conselhos o poder de romper com o princípio da reserva de lei e de reserva de jurisdição.

Como se sabe, o que distingue o conceito de lei do de outros atos é a sua estrutura e a sua função. Leis têm caráter geral, porque regulam situações em abstrato; atos regulamentares (resoluções, decretos, etc) destinam-se a concreções e individualizações. Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos às matérias com menor amplitude normativa. [...]

O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações:

49 Essa discussão chegou ao STF, por meio da ADI 5240, que questionou a constitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo que disciplinou as audiências do Custódia no âmbito daquele Tribunal. O STF entendeu que o aludido Provimento é constitucional, pois não trouxe qualquer inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, já que que o direito fundamental do preso de ser levado sem demora à presença do juiz está previsto na Convenção Americana dos Direitos do Homem, internalizada no Brasil desde 1992, bem como em dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro. O que nos parece ser diferente do objeto da Resolução do CNMP em análise, visto que ao prever acordo de não persecução penal contraria texto expresso de lei que ainda mantém como regram o princípio da obrigatoriedade ou legalidade da ação penal. Além disso, a Resolução, ao contrário do provimento, acaba restringindo direitos e garantias individuais, o que só poderia ser feito por meio de lei em sentido estrito.

uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional. Em outras palavras, não se concebe - e é nesse sentido a lição do direito alemão - regulamentos de substituição de leis (*gesetzvertretende Rechtsverordnungen*) e nem regulamentos de alteração das leis (*gesetzändernde Rechtsverordnungen*). É neste sentido que se fala, com razão, de uma evolução do princípio da reserva legal para o de reserva parlamentar.

Não bastasse esse ponto, a resolução faz previsão de outros pontos polêmicos, como a necessidade de confissão do crime para a realização do acordo, sem que haja ação penal, colocando em xeque o princípio da não culpabilidade (art. 5º, LVII da CR/88), já que levanta dúvidas sobre a possibilidade da utilização da confissão como meio de prova, no caso de descumprimento do acordo e efetiva propositura da ação penal.

Outro destaque é a ausência de previsão de extinção da punibilidade no caso do cumprimento do acordo e arquivamento do procedimento. Embora a resolução informe que toda a instituição estará vinculada aos termos do acordo, a extinção da punibilidade traz muito mais segurança jurídica ao acordante, que não deve ficar sujeito a mero regramento institucional. Sendo mais um motivo para a defesa da previsão legal do instituto. E mais: mesmo que a resolução alerte que a Constituição Federal de 1988 fez opção pelo sistema adversarial⁵⁰, o que é bastante questionável, principalmente levando em consideração a legislação processual, pois sabemos que o ordenamento jurídico brasileiro ainda trabalha com o sistema misto, não tendo sido implantadas mudanças essenciais, imprescindíveis à efetivação desse novo paradigma, como já demonstrado acima.

Conforme se observa a partir da leitura de seu texto, o ato normativo trata de casos de procedimento investigatório realizados pelo Ministério Público. No entanto, como se sabe, a grande maioria da investigação criminal fica a cargo das polícias judiciárias, órgãos externos e desvinculados da instituição ministerial, que mesmo tendo a função de exercer o controle

50 Em suas considerações iniciais a Resolução traz o seguinte texto: Considerando que, como bem aponta o Ministro Roberto Barroso, em julgamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil” (ADI 5104 MC, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 21/5/2014, publicação em 30/10/2014).

externo da atividade policial, não possui efetiva ingerência sobre a atividade investigativa, que é comandada pela figura do delegado de polícia.

O membro do Ministério Público, como titular da ação penal, pode até requisitar diligências e orientar as investigações, mas o acúmulo de funções e a grande quantidade de demanda o impossibilita de ter esse cuidado investigativo. Ainda que a investigação seja conduzida pelo Ministério Público, nos termos da resolução, grande parte das diligências serão realizadas por órgãos externos ao *parquet*, como perícias de variados tipos, não dotando as Promotorias de Justiça de material técnico, humano e orçamentário para arcar com esse trabalho.

Por fim, cabe ainda questionar a fiscalização dos acordos celebrados, que pelo texto da resolução, ficaria a cargo das Promotorias de Justiça. Da mesma forma, o acúmulo de funções e a falta de estrutura física, humana e técnica impossibilitam a realização dessa tarefa com qualidade. Deste modo, ao prever a possibilidade de acordo de não persecução penal sem as mudanças estruturais e culturais necessárias, a citada resolução acaba criando ainda mais lacunas no sistema de justiça brasileiro. Percebe-se, assim, que da forma como foi previsto, o instituto não se coaduna com os pressupostos de um verdadeiro sistema adversarial.

CONCLUSÃO

São aproximadamente 20 países e territórios na América Latina, e o único país que não adota o princípio da oportunidade da persecução penal na legislação é o Brasil. Nesse sentido, o presente trabalho buscou demonstrar, a partir de breve análise dos sistemas adversariais já instalados na América Latina, em especial do sistema chileno, que o princípio da obrigatoriedade da ação penal torna o sistema brasileiro extremamente ineficiente, sendo incapaz de lidar com a toda a demanda criminal do país.

Como visto, essa incapacidade reforça a seletividade do sistema de justiça, já que a maioria das ações são oriundas de prisões em flagrantes, sem que haja um efetivo trabalho investigativo, privilegiando aqueles que dispõem de recursos para se defender e autores de delitos do colarinho branco. Da maneira como é feito hoje, o sistema penal brasileiro deixa a cargo das instituições policiais a decisão dos crimes e ações penais que devem ser prioridade do Estado, sem que haja uma política criminal estratégica com base em critérios objetivos.

Assim, é preciso reconhecer a falência do princípio da obrigatoriedade na ação penal brasileira, sendo necessário que o Ministério Público, legitimado principal, chame para si a responsabilidade, adotando uma

postura proativa de gestão estratégica de toda a persecução penal. Essa gestão estratégica envolve não só a modificação na atuação dos Promotores de Justiça, mas na capacidade da instituição, em constante discussão com a sociedade, de criar políticas criminais que visem resultados mais objetivos.

A adoção do princípio da oportunidade implica não só na possibilidade de desestimação de casos, não ajuizamento de ação ou arquivamento, mas também na busca por soluções alternativas à pena, entre elas a possibilidade de acordo de não persecução penal.

Apesar de compreender a importância desses negócios jurídicos pré-processuais em um sistema adversarial, entendemos que qualquer previsão nesse sentido deverá ser feita por lei, em sentido estrito, não sendo possível a regulamentação da matéria por meio de resolução de órgão administrativo. Além disso, antes de qualquer previsão nesse sentido, é necessário que as mudanças estruturais e culturais discutidas no presente trabalho sejam efetivamente implementadas.

REFERÊNCIAS

Brasileiro, R. (2014). *Manual de Processo Penal*. Salvador: Editora Juspodivm.

Clevè, C. M., Sarlet, I. W., & Streck, L. L. (2011). *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Recuperado em 28 de novembro, 2018, de <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-constitucionais-das-resolu%C3%A7%C3%B5es-do-conselho-nacional-de-justi%C3%A7a-cnj-e-conselho-na>

Coutinho, J. N. M., & Carvalho, E. R. (2003). *Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro?*. Recuperado em 11 de dezembro de 2018, de <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11716-11716-1-PB.htm>

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1998). Brasília. Recuperado em 27 de novembro de 2018, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

González Postigo, L. (2018). *Pensar na reforma judicial no Brasil: Conhecimentos Teóricos e Práticos*. Mimeo.

Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. (1995). Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF.

Recuperado em 28 de novembro de 2018, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm

Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (2011). Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Recuperado em 28 de novembro de 2018, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm

Lei n. 12.850, de 12 de agosto de 2013 (2013). 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. Recuperado em 28 de novembro de 2018, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm

Resolução, n. 181 de 07 de agosto de 2017 (2017). Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Recuperado em 28 de novembro de 2018, de <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>.

O FORTALECIMENTO DO CONSENSO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A MITIGAÇÃO DA ORALIDADE

*Lidiane Mauricio dos Reis*⁵¹

INTRODUÇÃO

A busca por maior celeridade e eficiência fortaleceram, nas últimas décadas, os mecanismos de consenso no processo penal brasileiro. O modelo traçado no Projeto de Lei nº 8.045/10 aproxima-se do instituto norte-americano denominado de *plea bargaining*, que apesar de sofrer inúmeras críticas, encontra no Brasil muitos adeptos que defendem a imprescindibilidade de sua aplicação para solucionar a “crise do judiciário”, devido a morosidade para julgamento dos processos judiciais, rompendo, em grande medida com as garantias constitucionais do processo.

Assim, o presente artigo tem como objetivo analisar o fortalecimento do consenso no projeto do novo Código de Processo Penal, a luz do modelo constitucional do processo, delimitador do Estado Democrático de Direito.

1. A BUSCA DA EFICIÊNCIA POR MEIO DOS MECANISMOS CONSENSUAIS

As profundas reformas processuais penais da Europa continental, ocorridas no começo do século XIX, influenciaram as reformas da legislação latinoamericana. A adoção do *Code d’instruction criminelle*, pela França, inspirado no modelo inglês, estabelecia um modelo misto, por ter uma investigação preliminar sigilosa e um juízo “acusatório”, oral e público perante um jurado. Esse modelo mais liberal foi rejeitado pela elite latinoamericana (porque acreditavam que as jovens repúblicas não estavam preparadas para receber tal mudança), adotando-se, durante o sécu-

51 Doutoranda em Direito Processual pela Puc Minas, mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM/MG; Especialista em Ciências Penais - IEC Puc Minas. Especialista em Direito Público UNIDERP. Professora e pesquisadora da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDCL. Advogada.

lo XIX e início do Século XX, o modelo inquisitivo, não tanto originário, no sentido de autorizar tortura para obter confissão, mas a atuação do magistrado em duas fases escritas: 1) a investigação preliminar e 2) julgamento e sentenciamento. Os direitos do acusado eram limitados, e a prisão era regra geral (Langer, 2007).

O ordenamento processual brasileiro de 1941 reflete, em vários dispositivos, a concepção ideológica dominante no país no período de sua elaboração. Os regimes autoritários evidenciam um estado centralizador e forte, marcado pelo sistema processual inquisitivo, que estruturava-se a partir da atuação de ofício do juiz para a concretização do poder punitivo do Estado. A busca da verdade real, a presunção de culpabilidade, a ausência de contraditório e a ausência de imparcialidade do juiz evidenciava que o processo era apenas um instrumento para a realização do ideal de justiça.

Com a Constituição Federal de 1988, a concepção ideológica dominante mudou. O marco do Estado Democrático de Direito rompeu com o sistema inquisitivo, estabelecendo o sistema acusatório. Era necessário reformar a legislação processual penal para ajustá-lo a nova ordem constitucional. Transcorrida mais de 70 anos, o Código de Processo Penal sofreu reformas pontuais, sem perder sua natureza inquisitiva.

Enfatiza Flaviane de Magalhães Barros que as reformas parciais transformaram o Código de Processo Penal em uma colcha de retalhos, não conseguindo retirar o seu forte conteúdo autoritário e sua base inquisitorial (Barros, 2009), voltadas para o objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem, nos termos da exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro.

No ordenamento jurídico brasileiro, várias são as normas infraconstitucionais⁵² que incorporaram mecanismos negociais, cada uma delas com as suas peculiaridades, destacando-se atualmente a Lei 12.850/13 - Lei

52 “Com a Lei 9.099/95 iniciou-se a invasão do consenso no campo da aplicação do direito e, mais precisamente, da concretização do poder penal: invasão, porém tímida, vez que as “soluções” alternativas processualmente previstas para as infrações de menor potencial ofensivo, pactuadas tanto entre ofensor e ofendido (composição civil) quanto entre sujeitos processuais estruturalmente desiguais (transação penal), não implicavam o reconhecimento da responsabilidade penal, nem a aplicação de penas privativas de liberdade” (COUTINHO, CARVALHO, 2011, p. 149).

de Organizações Criminosas, que regulamenta o instituto da colaboração premiada.

Citando Hassemar, Nereu José Giacomolli destaca que as razões de introdução destes mecanismos no processo penal, na atualidade, hão de ser buscadas em três patamares básicos:

No âmbito sociológico costuma-se enfatizar a estigmatização social do processo, de condenação e do encarceramento, bem como na ressocialização mediante o cumprimento voluntário da sanção. Em termos de política criminal, critica-se a hipertrofia do direito penal, a incapacidade de sancionar todos os comportamentos criminais, e o abandono à pessoa da vítima. Já no plano jurídico, chama-se pela simplificação do procedimento, no interesse da justiça material, em contrastes com o formalismo legal, e na direção das consequências jurídicas, ou seja, da efetividade da aplicação do direito. (Giacomolli, 2006, p. 76).

Os mecanismos consensuais vinculam-se a concepção de celeridade e eficiência, tornando-se uma alternativa para solucionar a “crise da justiça”, “pelo excesso de formalismo da sua estrutura centralizada, hierarquizada, burocrática e lenta, incompatível com o imediatismo que permeia as relações sociais” (Oliveira, 2015, p. 31). A crise passou a se revelar não só em relação ao próprio operador judiciário⁵³, como também do cidadão e da sociedade em geral, por gerar uma consciência social, uma presunção de impunidade, diante do aumento da criminalidade e a impossibilidade do Estado de punir todas as infrações penais⁵⁴.

A justiça negocial “é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu da posição de resistência” (Vasconcelos, 2015, p. 55), como resultado há a simplificação do procedimento e a antecipação do poder punitivo estatal. “A necessidade de “simplificar” o processo penal misto, ou inquisitivo reformado, vem fundamentada no sentido de que ele mesmo não pode dar resposta ao menos não em

53 “A crise da justiça pode reconduzir-se, a um só tempo, a uma “crise de pendências” e a uma “crise de dependências” nos labirínticos corredores do fórum. As respectivas causas ou o seu diagnóstico têm sido sobejamente enunciados: aumento inusitado de processos (...) insuficiência de meios; falta de eficiência ou baixa produtividade na prestação laboral dos operadores judiciários; uso de expedientes dilatórios; resistências à mudança por (todos os) operadores do Direito; inovação escassa, etc”. (Teixeira, 2006, p. 12).

54 Anitúa, analisando a importação de mecanismos negociais, com a finalidade de perseguir todos os crimes, adverte que o modelo corresponde a um modelo perigoso e mitológico, considerando que é irrealizável em razão da quantidade de condutas criminalizadas atualmente. (Anitua, 2017).

tempo oportuno, à quantidade de causas que resulta necessário atender” (Anitua, 2017, p. 98).

2. CRÍTICAS À PREVISÃO DO PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO NO PROJETO DE LEI nº 8.045/10

O Projeto de Lei nº 8.045/10 - que trata do novo Código de Processo Penal, no seu art. 308, texto substituto publicado em 13/06/2018, prevê a possibilidade de julgamento antecipado do mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumárrissimo e cuja a sanção máxima prevista não ultrapasse oito anos. O ato deve ser regular, legal e voluntário. O art. 309, estabelece as condições para a realização do acordo, que deverá ser realizado por escrito e conter: 1) confissão dos fatos que são imputados; 2) indicação da pena a ser aplicada e o regime inicial de cumprimento; 3) declaração expressa dispensando as provas por elas indicadas; 4) renúncia ao direito de impugnar a sentença homologatória, sendo vedada a participação do juiz na transação realizada entre as partes. No ato da homologação, tendo como limite a proposta pactuada, o juiz poderá reconhecer circunstâncias que abrandem a pena, substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou até mesmo aplicar a suspensão condicional da pena.

Após uma breve análise dos dispositivos legais, verifica-se que o fortalecimento do consenso na legislação processual penal é perigoso e questionável, porque “o consentimento, geralmente é obtido via coação; a transação pode ser realizada por quem não possui autoridade, a ausência de instrução processual e de julgamento cria um subsequente e emblemático envolvimento do juiz” (Fiss, 2017, p. 135).

Vasconcelos, categoricamente, afirma que os mecanismos negociais acarretam inevitáveis violações as premissas fundamentais do processo penal democrático, por inviabilizar o exercício da defesa, aumentar a condenação de inocentes, desvirtuar a presunção de inocência e princípio do contraditório (Vasconcelos, 2015).

No mesmo sentido é o entendimento de Rosimeire Ventura Leite:

No Estado democrático de direito, a imposição de pena pressupõe a existência de um processo justo, paritário, cercado de garantias, em que a produção probatória e o debate entre as partes conduzem ao reconhecimento e à delimitação da culpabilidade, legitimando o exercício do poder punitivo. Acusador e acusado colocam-se em posições antagônicas, apresentando seus argumentos e provas a um terceiro imparcial, que dita a decisão com base nos dispositivos legais e no livre convencimento. Trata-se de um cenário marcado pelo poder-dever do

Estado de punir os infratores do direito penal, mediante a aplicação de normas de natureza pública (Leite, 2009, p. 30-31).

O desenvolvimento do procedimento penal está submetido ao princípio da legalidade, que confere ao “ministério público o dever de proceder a inquérito e deduzir acusação sempre que se verificarem os pressupostos jurídicos-factuais da incriminação e os requisitos de procedibilidade da ação penal” (Teixeira, p. 2006, p. 48), ou seja, “uma vez conhecida a prática de um fato com aparência de infração penal, a investigação da materialidade, da autoria e de todas as demais circunstâncias é obrigatória” (Giacomolli, 2006, p. 52).

Os mecanismos de consenso, ao contrário, são norteados pelo princípio da oportunidade. “A oportunidade se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza ou não o oferecimento da denúncia ou a suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal com fundamento em critérios utilitários, político criminais, econômicos, etc” (Vasconcelos, 2015, p. 48).

O princípio da oportunidade, conforme defende alguns autores, decorre do princípio da legalidade, porque é a própria legislação que traz a previsão da possibilidade da aplicação dos mecanismos negociais no procedimento penal, ou seja, “o princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade” (Vasconcelos, 2015, p. 49). No entanto, é necessário analisar essas exceções à luz do modelo constitucional de processo.

A oportunidade viabiliza um processo de flexibilização⁵⁵ da persecução penal, da seleção penal, com a exclusão de fatos relevantes, da formulação ou não a acusação, da substituição da pena ou aplicação de medidas diversas (Giacomolli, 2006).

Esse novo modelo procedimental, inserido sem nenhuma cautela no ordenamento jurídico brasileiro, estrutura-se a partir do modelo norte americano, já utilizado a partir do final do séc. XIX, denominado *plea bargainig*. É importante destacar que o *plea bargaining* começa a ser importado para países de modelo jurídico distintos. No *common law* pre-

55 O processo de flexibilização notado em diversos acordos de delação premiada da operação lava jato, evidencia um uso discricionário do instituto. A ausência de parâmetros para fixar os benefícios concedidos ao delator e criação de novos regimes de cumprimento de pena destacam-se.

valece o princípio da oportunidade e discricionariedade, lado outro, o modelo continental-europeu, o *civil law* é orientado pelo princípio da legalidade.

O procedimento penal norte americano⁵⁶, estrutura-se em um conflito de partes, *adversary system*, em que os autores processuais, o ministério público - responsável pela acusação, e o acusado e seu defensor, são os encarregados de toda a produção probatória, que pode ser dispensada quando o acusado negocia com o órgão responsável pela acusação, a redução da pena, ao admitir a culpabilidade, não há controle judicial sobre a atuação da acusação. Esse modelo comercial desenvolveu-se, inicialmente, sem a aprovação do congresso americano e dos tribunais superiores, contudo, atualmente, apresenta previsão legal na maioria dos estados americanos, e é declarada constitucional pela Suprema Corte, em diversas decisões (Schünemann, 2002).

Para os autores do sistema, conforme cita Anitua, o modelo do *plea bargainig* é um método conveniente, sobre o qual repousa o “bom” funcionamento do sistema, conduzindo a realização da pretensão punitiva do Estado, evitando, assim, o colapso (Anitua, 2017). Para Schunemann:

Nesse modelo, há a negociação entre o ministério público e a defesa, o reconhecimento da culpabilidade do acusado de antemão, quer dizer, de certa forma, se compra por meio do reconhecimento da culpabilidade, uma considerável redução da pena, que determina o ministério público de maneira formal ou informal, com o tribunal. (Schunemann, 2002, p. 289).

Como aponta John H. Langbein, “o *plea bargaining* aparece quando o promotor induz um acusado de um crime a confessar sua culpa e renunciar o seu direito de ser julgado em troca de uma sanção penal mais branda do que aquela que seria imposta caso o acusado fosse julgado culpado após o processo” (Langbein, 2017, p. 137).

Contudo, o modelo estadunidense causa insatisfação e críticas de doutrinadores. Conforme Bernd Schunemann, “esse julgamento negativo pode ser surpreendente à primeira vista, já que os acordos parecem não ser apenas uma necessidade de descarregar à justiça a enorme quantidade de procedimentos e a longa duração dos mesmos” (Schünemann, 2002, p. 294, tradução nossa), contudo, diante dessas vantagens objetivas, há

56 Ressalta-se que o processo penal norte americano apresenta algumas variações, devido a diversidade de legislações em nível estadual e federal.

uma enorme diminuição das exigências técnicas e da complexidade do trabalho dos atores envolvidos, afetando a estrutura do Estado, pautado nas garantias fundamentais.

Para John Langbein:

o plea bargaining concentra o efetivo controle do processo penal nas mãos de um única agente público. Nosso formal direito ao julgamento prevê uma divisão de tarefas. Nós esperamos o promotor tomar a decisão sobre a imputação,, o juiz e especialmente o júri para decidir, e o juiz para definir a sentença. O plea bargaining faz desaparecer estas fases acusatórias, de determinação e sancionatórias do processo nas mãos do promotor. (Langbein, 2017, p. 145).

Contudo, “este procedimento sem julgamento tornou-se o dispositivo processual ordinário do direito norte-americano” (Langbein, 2017, p. 138), e expandiu-se para vários sistemas jurídicos, em prol da celeridade e eficiência, destacando-se o Brasil, mesmo sacrificando garantias constitucionais. A previsão genérica do mecanismo de oportunidade sem uma delimitação precisa dos casos de incidência para a concessão de benefícios, demonstra o alto nível de discricionariedade que poderá ser exercido pelo Ministério Público.

A previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, de “realização de acordo criminal sem a presença de um magistrado atribuí ao Ministério Público a função de julgar, transformando-o ao mesmo tempo em acusador e Juiz, ofendendo-se o princípio acusatório” (Giacomolli, 2006, p. 102).

Em sentido contrário, Gonzalo Rua e Leonel Gonzalez defendem que as saídas alternativas só mantêm a eficiência com a lógica subjacente dos sistemas acusatórios⁵⁷, porque os incentivos concedidos são direcionados a pacificar o conflito, concedendo à vítima uma resposta satisfatória sobre o conflito. Ressaltam ainda:

A aplicação do sistema acusatório implicou o abandono do princípio da legalidade processual (mediante o qual se concebia a necessidade de investigar todos os casos que ingressavam no sistema) e a adoção do princípio da oportunidade (que, por meio de um conjunto de poderes discricionários, permite ao Ministério Público tomar decisões político-criminais em relação aos casos que vai decidir investigar ou aplicar uma saída alternativa (Rua e Gonzalez, 2017, p. 4).

57 Para Aury Lopes Jr. a tese de que as formas de acordo são um resultado lógico do “modelo acusatório” e do “processo de partes” é totalmente ideológica e mistificadora (Lopes Jr. 2006, p. 141).

Em que pese o entendimento acima, compreendemos que os modelos consensuais aproximam-se mais do modelo inquisitorial, afastando-se do sistema acusatório, pôr colocar em causa direitos e garantias processuais. É necessária muita cautela ao aplicar um modelo de justiça que prioriza reduzir volume de processos – em prol da celeridade e eficiência. A partir dessa concepção, preleciona Aury Lopes Jr., “começa então, o sacrifício lento e paulatino dos direitos fundamentais. É o óbito do Estado Democrático de Direito e o nascimento de um Estado Policial, autoritário”. (Lopes Jr., 2006, p. 137).

Ademais, “a lógica do *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado Juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito” (Lopes Jr., 2006, p. 139) porque nos termos do § 1º do art. 308, o juiz não participará da transação realizada entre as partes, limitando-se a verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade para homologar o acordo. Nesse sentido, “a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco submete-se aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade” (Lopes Jr., 2006, p. 139).

Coadunando com o mesmo entendimento, assevera Giacomolli:

Com efeito, nos casos em que se deixa nas mãos do órgão acusador a discricionariedade de investigar ou não, de suspender ou não o procedimento investigatório; no momento em que a decisão é homologada pelo órgão jurisdicional, sem possibilidade de exame dos requisitos formais e substanciais, o Ministério Público assume as funções típicas do órgão julgador (Giacomolli, 2006, p. 103).

A discricionariedade do Ministério Público fica mais evidente ao analisar o art. 315 do projeto, que estabelece: o julgamento antecipado não constitui direito público subjetivo do réu. Não garantir a realização do acordo, a todos os acusados que cumprirem as exigências legais previstas no art. 308 e seguintes é autorizar que o Ministério Público atue norteado pela conveniência. No julgamento do HC 127.483, o STF consolidou o entendimento de que o acordo (de delação premiada) é direito subjetivo do colaborador à sanção premial, isso porque:

o direito subjetivo exprime a soberania jurídica (limitada embora) do indivíduo, quer garantindo-lhe certa liberdade de decisão, quer tornando efetiva a afirmação do “poder de querer” que lhe é atribuído. Poder (disponibilidade), liberdade (vontade) e exigibilidade (efetividade) são, deste modo, elementos básicos para a construção do conceito de direito subjetivo. (Andrade, 1987, p. 163-164).

Sendo um direito subjetivo, o acusado tem direito de exigí-la judicialmente, inclusive com a possibilidade de recorrer da sentença que deixar de reconhecê-la ou vier aplicar em desconformidade com o ajustado e homologado, sob pena de ofender os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança (STF HC 127.483). Ademais, “o excessivo poder – sem controle – do Ministério Público e seu maior ou menor interesse no acordo fazem com que os princípios como os da igualdade, certeza e legalidade não passem de ideias historicamente conquistados e sepultados pela degeneração do atual sistema” (Lopes Jr. 2006, p. 145).

É importante ressaltar que, na prática, o principal elemento que norteia a elaboração do acordo é coação sofrida pelo acusado, diante da mínima possibilidade de restrição do direito de ir e vir. Certo é que “com o investigado preso é muito mais fácil negociar para ele abrir mão de direitos e ter benefícios na redução da pena privativa de liberdade” (Barros, 2017, p. 814) É muito mais fácil negociar desta forma, por meio do acordo, “compra-se sua liberdade”

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar auto acusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra (Lopes Jr., 2006, p. 143).

A previsão do novo procedimento sumário, apresenta ainda, como agravante do modelo consensual, a mitigação da oralidade, considerando que, por disposição expressa, privilegia a forma escrita. É facultado apenas na hipótese de se verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade, a possibilidade de oitiva do defensor e da defesa.

A oralidade deve ser compreendida não na estrutura tradicional - vinculada a um sistema processual de audiência de instrução e julgamento, com atos concentrados na figura física do juiz, é necessário compreender a oralidade a partir de uma nova mentalidade, vinculada às garantias processuais (Barros, 2017).

“A oralidade precisa ser vista como uma boa técnica processual vinculada a uma estrutura processual baseada no sistema acusatório, construída de forma a impor a efetividade dos princípios constitucionais”, segundo Barros (2017, p. 812). A construção de uma decisão penal legítima deve superar a mentalidade inquisitória, e pautar-se na “atuação judicial que julga com imparcialidade; e efetivação de forma plena e integral da ga-

rantia da ampla defesa do acusado; a formação da cognição pelos julgadores baseada exclusivamente nas provas apresentadas ao juízo oral de forma pública e inédita aos julgadores” (Barros, 2017, p. 813).

CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, verifica-se que é importante analisar, de forma crítica, o modelo abreviado previsto no projeto de lei 8.045/2010, à luz das garantias processuais penais, previstas no texto constitucional.

No modelo constitucional do processo, adotado no Estado Democrático de Direito, a justiça é administrada à proteção dos direitos e garantias fundamentais, assegurados a todos, afastando a superada concepção que reduz o processo a um mero instrumento a serviço da jurisdição.

Georges Abboud (2016) destaca que em face do constitucionalismo, a positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional garante plena normatividade, permitindo apontar como ilegítima qualquer organização estatal totalitária que restrinja ou diminua direitos fundamentais do cidadão.

A partir dessas considerações é necessário conjugar a Constituição e Processo, para que, por meio da implementação “da democracia, permitindo uma comunidade de intérpretes do direito” (Araújo, 2003, p. 120-121), as garantias fundamentais possam ser devidamente efetivadas.

As decisões penais, nessa concepção, devem ser construídas observando o contraditório, a ampla defesa e a oralidade, como garantias processuais, sendo inamissível a construção de decisões lançadas previamente a partir de um acordo firmado, com a finalidade de obter vantagens que afastarão a aplicação penal.

REFERÊNCIAS

- Abboud, G. (2016). *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Andrade, J. C. V. de. (1986). *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Amedina.
- Anitua, G. I. (2017). *Jueces, fiscales y defensores*. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot.
- Araújo, M. C. de. (2003). *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- Barros, F. de M. (2009). *(RE)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- Câmara dos Deputados. *Projeto de novo Código de Processo Penal (PL 8.045)*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichaDetramitacao?idProposicao=2082761>. Acesso em: 05 de janeiro de 2019.
- Coutinho, J. N. de M.; Carvalho, L. G. G. C. de. (2010). *O novo processo penal à luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Fiss, O. (2017). *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. 2ª ed. Curitiba: Juruá.
- Giacomolli, N. J. (2006). *Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Gloeckner, R. J. (2017). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito (Obra original publicada em 1977).
- Langer, M. (2007). *Revolución en el proceso penal latino-americano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago de Chile: CEJA.
- Langbein, J. H. (2017). "Tortura e plea bargaining". In: Gloeckner, R. J. *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis SC: Empório do Direito.
- Leite, R. V. (2009). *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. Disponível em <http://>

www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php. Acesso em: 06 de janeiro de 2019.

Lopes Jr, A. (2016). *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Oliveira, R. S. (2015). *Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015.

Rua, G. e Gonzalez, L. (2017). “As saídas alternativas ao processo penal na América Latina. Uma visão de sua regulamentação e propostas de mudança”. *Revista Sistemas Judiciales*, n. 20.

Schünemann, B. (2002) *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*. Madrid: Tecnos.

Texeira, C. A. (2006). *Princípio da oportunidade*. Manifestações em sede processual penal e sua conformação jurídico-constitucional. Coimbra: Almedina.

Vasconcelos, V. G. de (2015). *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM.

CAPÍTULO 3

IMPACTO DA ORALIDADE E MUDANÇA CULTURAL

CHE COS'È METTERE IL PUBBLICO MINISTERO AL SUO POSTO – ED ANCHE IL GIUDICE? RIFLESSIONI SU UNA MENTALITÀ ACCUSATORIA⁵⁸

*Luiz Eduardo Cani*⁵⁹

*Paulo Silas Taporosky Filho*⁶⁰

INTRODUÇÃO

Nosso objetivo geral neste texto é compreender em que consiste uma mentalidade acusatória. Essa indagação é importante porque temos, no Brasil, um Observatório da Mentalidade Inquisitória, criado após a re-

58 Este artigo tem como ponto de partida um aspecto não explorado em dois textos. O primeiro, *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto*, de Francesco Carnelutti. O segundo, *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto – ed anche il Giudice*, de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Daí o título deste texto, cuja tradução livre é: **O que é meter o ministério público no seu lugar – e também o juiz? Reflexões sobre uma mentalidade acusatória.**

59 Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (2013), especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (2015), pós-graduando em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra em convênio com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2018-2019) e mestrando em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado (2017-2019), bolsista do Programa de Bolsas Universitárias do Estado de Santa Catarina - UNIEDU. Professor na Universidade do Contestado, campi Mafra e Canoinhas, pesquisador no Grupo de Pesquisa em Direito Penal da Universidade Regional de Blumenau e no Grupo de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas da Universidade do Contestado, escritor da coluna Campo de Concentração no portal jurídico Sala de Aula Criminal, diretor executivo na Revista Profanações, advogado e consultor jurídico. E-mail: <luizeuardocani@gmail.com>.

60 Professor na Universidade do Contestado (Campus Canoinhas/SC). Advogado. Mestrando em Direito - UNINTER. Especialista em Ciências Penais (2014), em Direito Processual Penal (2016) e em Filosofia (2016). Graduado em Direito pela FANEESP (2012). Membro Efetivo da Rede Brasileira de Direito e Literatura. Membro da Comissão de Prerrogativas da OAB/PR. Pesquisador do “Núcleo de Estudos Criminais” (UFPR), do Grupo de estudos “Jurisdição Constitucional Comparada: método, modelos e diálogos” (UNINTER) e do Grupo de Pesquisa “Recortes da relação entre Judiciário, Executivo e Legislativo na perspectiva penal: a conformação do poder punitivo diante da complexa interação entre poderes” (UNINTER). E-mail: <paulosilasfilho@hotmail.com>.

alização do curso *Herramientas para la implementación de un Sistema Acusatorio en Brasil* no Centro de Estudios de Justicia de las Américas, em 2016, com a finalidade de refletir acerca da mentalidade inquisitória da qual está repleta a nossa prática jurídica.

Por isso, uma mentalidade inquisitória é algo que conhecemos muito bem. Por outro lado, falar em mentalidade acusatória, para a maioria de nós, não significa muita coisa, sobretudo para aqueles que pensam que um sistema acusatório é meramente resultado da criação de um órgão responsável pela acusação, ainda que o juiz possa produzir provas.

Nossos objetivos específicos são: (a) Situar os pensamentos de Francesco Carnelutti e de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho acerca da imprescindível colocação do Ministério Público e do Judiciário nos lugares constitucionalmente demarcados; (b) Descrever a mentalidade inquisitória brasileira; e (c) Explicitar o que é uma mentalidade acusatória a partir do contato com a experiência chilena, sem descuidar do fato de que remeter a uma mentalidade é não excluir a multiplicidade, a existência de outras mentalidades acusatórias forjadas em tempos e espaços distintos. A cada um desses objetivos específicos corresponde um dos tópicos deste texto, cujo percurso analítico permite compreender o que é uma mentalidade acusatória.

O método de raciocínio é o indutivo, porquanto partiremos da análise das especificidades do tema para, ao final, elaborar uma formulação geral. Na pesquisa, consultamos fontes primárias e secundárias, sendo anotações acerca das observações participantes e não participantes nas atividades do *Programa Brasileiro de Capacitación sobre la Reforma Procesal Penal*, bem como artigos científicos, livros e capítulos de livros.

1. *METTERE IL PUBBLICO MINISTERO AL SUO POSTO – ED ANCHE IL GIUDICE: FRANCESCO CARNELUTTI E JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, EM BUSCA DE UMA MENTALIDADE ACUSATÓRIA*

O senador Renato Casagrande propôs a criação de uma Comissão formada por sete juristas para elaborar um Anteprojeto de Código de Processo

Penal em março de 2008, no Requerimento nº 227/08, o que foi aprovado no dia 25 daquele mês (Senado Federal, 2008). Entre os anos 2008 e 2009, os juristas, dentre os quais estava o professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, reuniram-se e elaboraram um anteprojeto.

O professor Jacinto presenciou a reforma global do Código de Processo Penal italiano, em 1987, quando estava em Roma, cursando o doutorado, e já sabia que um novo código é só a primeira etapa do processo de reforma que não se esgota com a sanção da lei. Daí porque, logo após a entrega do anteprojeto ao Senado, alertou: “pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar” (Coutinho, 2009a).

Partindo dessa advertência, faremos uma digressão para situar o pensamento do jurista, considerando também o que está pressuposto naquela fala, ou seja, o pensamento de Francesco Carnelutti, jurista cujo pensamento foi objeto de intensos estudos pelo professor Jacinto no doutorado.

Inicialmente precisamos esclarecer uma discussão acerca dos sistemas processuais⁶¹. Existem duas correntes de pensamento acerca do critério distintivo entre os sistemas processuais penais. A primeira, focada na estrutura, situa o debate na existência de um terceiro ator processual, um acusador. A segunda, focada tanto na estrutura quanto no funcionamento, situa o debate, a partir do pensamento do italiano Franco Cordero, na gestão da prova, de modo que acusatório é o sistema cujas provas são produzidas exclusivamente pela acusação, o que pressupõe um terceiro ator, e inquisitório é o sistema cujas provas podem ser produzidas também pelo juiz, prescindindo ou não de um terceiro ator⁶².

Em 1953, Carnelutti publicou o texto *Mettere il Pubblico Ministero al suo posto*. Iniciou o artigo com um estudo ontológico do Ministério Público e advertiu a ambiguidade da instituição nos processos penal e civil. Essa ambiguidade decorre da tentativa de construir uma parte imparcial. Enquanto o Ministério Público tem a função de parte no processo penal, no

61 Existe uma divergência também acerca da quantidade de sistemas processuais. Não existe sistema misto, somente um procedimento misto (Coutinho, 2018: 48-56).

62 A primeira corrente só pode estar errada, pois, dentre outras coisas, as Ordonnance Criminelle francesas de 1670 previam uma figura encarregada da acusação, cuja função era de auxiliar do juiz na produção probatória (Coutinho, 2018: 37-42).

processo civil tem uma posição sobreposta, superior às partes (Carnelutti, 1994).

Posteriormente passou à análise dos sentidos de parte, identificando um dualismo entre parte do direito civil e parte do direito processual. Para os civilistas, parte é um sujeito de interesse, para os processualistas é um sujeito de poder. A ambiguidade da parte está situada entre o interesse e o poder. Isso, para ele, indica que a ambiguidade é a de um “ser mais do que é”, pois o poder é próprio do Estado (Carnelutti, 1994, p. 211-212).

Contrapondo o juiz às partes, o jurista percebeu que enquanto as partes nascem, o juiz é criado. Daí porque a parte é natural, independente, e o juiz é artificial, dependente do Estado. O poder é posterior ao interesse, é atribuído a parte em razão do interesse. Todavia, com o Ministério Público ocorre o contrário, o interesse que é atribuído à parte depois do poder. Para Carnelutti, o Ministério Público é uma parte artificial, pois é gerado a partir do juiz, enquanto o defensor o é a partir do arguido. Por isso, enquanto a parte “é mais do que é”, o Ministério Público “é menos do que é” (Carnelutti, 1994, p. 212-213).

As partes têm a função de realizar um duelo que é o contraditório. Desse duelo, cuja etimologia remonta a *duellum* e, em última análise, ao *duo*, do qual também deriva o *dubium*, tem a finalidade de permitir ao juiz a união, que remete ao *juicio*, *uno*, a tarefa de unir dois pontos que pressupõe a separação da dúvida, do *dubium* (Carnelutti, 1994).

A missão de “meter” o Ministério Público em seu lugar passa pelo fim do desequilíbrio com a parte defensiva. Por isso, é necessário compreender a *ratio distinguendi* entre as partes e entre os magistrados⁶³. Nessa direção, Carnelutti afirma que a concepção tradicional é de que o Ministério Público foi criado para exercer a ação penal. Contudo a ação penal, entendida como um poder exclusivo do Ministério Público, é a superstição do *ne procedat iudex ex officio*, pois para que o juiz não pudesse atuar também sem requerimento das partes, seria necessário um poder de disposição do qual o Ministério Público ainda não dispunha⁶⁴ (Carnelutti, 1994).

A ação, enquanto direito subjetivo, um poder de comando do interessado, não comporta um dever como aquele do Ministério Público. Ou-

63 Na Itália o Ministério Público integra a carreira da magistratura. Os juízes podem optar por seguir a carreira do Ministério Público ou do Judiciário e podem alternar quando convir de uma carreira a outra.

64 No Brasil, embora a Constituição contenha uma estrutura acusatória, enquanto não

trossim, o Ministério Público não é um interessado. Com isso, a ação é convertida de direito em dever e, assim, deixa de ser ação no sentido da teoria do processo. Essa contradição abre uma discussão acerca do que é o Ministério Público, então, e sobre a existência de *ne procedat iudex ex officio* que culmina na instrução, na medida em que remanescem às partes funções acessórias (Carnelutti, 1994).

Nos debates, em sede de alegações finais, o juiz necessita que as partes atuem como partes pois necessita da parcialidade das partes para que possa julgar. Ao se fazer de juiz, o Ministério Público trai o próprio ofício, mas, para ser parte, deve ser exonerado das funções de juiz. É necessário que as partes sejam iguais para que exista equilíbrio processual: *“Mientras el espectador de un proceso penal no se escandalice de que el ministerio público esté arriba, al lado del juez, y el defensor abajo, al lado del imputado, no se habrá creado el ambiente propicio para una verdadera civilización penal”* (Carnelutti, 1994, p. 217-218). As funções das partes, portanto, seriam as de expor as razões de acusação e as razões de defesa para abrir uma dúvida sobre a qual germinará o juízo (Carnelutti, 1994).

Ao comentar o texto produzido por Carnelutti, Jacinto Coutinho menciona que o autor italiano tinha por intento lançar luzes sobre uma das principais problemáticas do processo penal italiano, mas que nem tinha cogitado, nem o próprio a partir de seu texto - assim como ninguém mais, que se “conseguiria – até hoje – um antibiótico eficaz para a cura” (Coutinho, 2009b, p. 23). E é este o problema que reside e impera no processo penal até hoje, resultando naquilo que aqui se chama de mentalidade inquisitória.

Por mais que inúmeras e dificultosas sejam as etapas para se enfrentar, com rigor, todo esse arcabouço de pensar autoritário que se estabelece nos códigos de processos penais, é preciso destacar que “no fundo, para se colocar o juiz no seu devido – e constitucional – lugar foi necessário *mettere il pubblico ministero al suo posto*; ou quase” (Coutinho, 2009b, p. 24). E é partir dessa noção de “cada um em seu lugar devidamente marcado e agindo conforme suas próprias atribuições” (Coutinho, 2009c) que buscamos estabelecer que a mentalidade inquisitória surge a partir do momento em que não se cumprem esses ditames previamente estabelecidos. Do contrário, cada parte age conforme as próprias convicções,

forem declaradas inconstitucionais as disposições em contrário, estabelecidas no Código de Processo Penal, esse poder continuará não existindo.

ensejando numa verdadeira mácula processual que corrompe a noção de sistema.

2. A MENTALIDADE INQUISITÓRIA BRASILEIRA

No Brasil, a comunidade jurídica está dividida quanto ao sistema processual penal adotado pelo ordenamento pátrio. Para os que se contentam com a mera divisão de atribuições entre o Ministério Público (acusar) e o juiz (julgar) como fator determinante da estruturação do sistema, o Brasil adotaria o sistema o acusatório, pois assim funciona a fase procedimental do processo penal.

Reconhecem estes, no entanto, que há uma fase prévia ao processo que não atende às demais particularidades que fundam o sistema acusatório, quais sejam, o exercício do contraditório, a publicidade dos atos, entre outros. Daí que, vão dizer, o processo penal teria uma fase inicial, pré-processual, carente de alguns elementos norteadores do sistema acusatório, o que levaria essa fase, a do inquérito policial, a ser direcionada pelo sistema inquisitório.

Já na fase processual, com o oferecimento e recebimento da denúncia, teríamos a fase procedimental onde estariam asseguradas todas as garantias constitucionais aos acusados, de modo que, considerando ainda a divisão das funções entre a acusação e o julgador, constituída estaria a fase em que o sistema acusatório rege. Nesse sentido, aduzem que o processo penal brasileiro seria composto por uma fase inquisitorial, o inquérito policial, e por uma fase regida pelo sistema acusatório, a fase do processo propriamente dito, levando-os a sustentar, com ênfase, que o sistema processual adotado pelo Brasil seria o sistema misto.

No entanto, incorrem em equívoco aqueles que assim sustentam, pois, conforme já adiantado, há outro fator responsável pela fundação dos sistemas que é relegado por aqueles que vão falar em sistema misto: a gestão da prova. Por mais que tenhamos uma separação entre as funções de julgar e acusar, a atenção deve ser chamada sobre a forma com a qual se obtém o conhecimento junto ao processo, isto é, questionar quem, como, quando e de que modo isso tudo é trazido para o processo.

Em sendo a função do julgador a de julgar, num pretendido local equidistante das partes, acaba por corrompida a própria estrutura acusatória do processo quando se dá o poder ao julgador para que também possa

trazer elementos para o processo, objetivando assim a produção de conhecimento.

Dessa forma, a partir do momento em que a prova é gerida por aquele que julga, a estrutura na qual se firma o sistema acusatório acabada caindo por terra, uma vez que o julgador acumula a função de julgar com base nas provas que ele mesmo produziu, de modo que aquele chão no qual se funda o processo deixa de ser aquilo que se dizia (ou pretendia) ser. Nesse sentido, o professor Jacinto Coutinho (2017, p. 58): “Eis, então, por que para o sistema ser acusatório, não basta tão só ter partes nele, mas serem elas as protagonistas-mor do conhecimento, tenha ele a qualificação que tiver”.

No cenário processual penal brasileiro, permite-se ao juiz que aja para além das funções esperadas de um magistrado naquilo que deveria ser um sistema acusatório. Ao juiz brasileiro, o Código de Processo Penal possibilita, a título de exemplo, produzir provas de ofício, no artigo 156 do Código de Processo Penal (1941), condenar mesmo quando o Ministério Público (que é parte) pede a absolvição do acusado, no artigo 385 do Código de Processo Penal (1941), discordar do pedido de arquivamento feito pelo inquérito formulado pelo Ministério Público e tentar forçar o oferecimento da denúncia, no artigo 28 do Código de Processo Penal (1941), além de também poder prender de ofício, no artigo 311 do Código de Processo Penal (1941).

São todas hipóteses legais em que, além de afastar a ideia de uma dinâmica processual adequada dentro de um sistema acusatório, evidenciam que há algo por trás, algo que está envolto à própria pessoa que representa o papel do juiz no caso concreto, um alguém que pensa a partir de toda a sua subjetividade e acaba condicionando o processo a partir de sua forma de pensar, forma essa que é influenciada (ou também influência) pelas disposições legais que permitem um agir situado no âmbito de uma lógica inquisitória. Não estando o juiz ciente desse risco que o poder do cargo, os fatores sociais que o rondam e as normas possibilitam, temos o grande risco de passar a atuar segundo a lógica de uma mentalidade inquisitória que ali se instaura.

Elencar a categoria de distinção entre as funções de acusar e julgar, portanto, com sendo suficiente para se falar da constituição do sistema acusatório, é incorrer em equívoco. Isso porque, conforme menciona Camilin Poli (2016, p. 187), “a gestão da prova é o critério determinante para caracterização do princípio unificador do sistema processual penal, justo

porque a finalidade diz com a obtenção de conhecimento sobre o crime que se imputa”.

O juiz brasileiro atua de maneira amplamente ativa, tendo permissividade normativa para tanto, fato este que macula o processo penal brasileiro, não podendo se falar assim em sistema misto. Ora, mesmo que não se tenha um sistema puro, que tenha em si toda a estrutura primeva que o funda enquanto tal, resultando assim numa coisa não condizente com os reflexos pretendidos pela estrutura de base, aquela coisa a que costumam dar o nome de “sistema misto” não o é, uma vez que, leciona Aury Lopes Jr. (2015, p. 158), “o misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo”, ou seja, não existe um terceiro sistema, o misto.

Isso porque, ensina Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 286-287), “a compreensão de sistema decorre da existência de um princípio unificador, capaz de derivar a cadeia de significantes dele decorrentes, não se podendo admitir a coexistência de princípios (no plural) na origem do sistema kantiano”.

Deste modo, em sendo a gestão da prova a que figura como o ponto nevrálgico do processo penal, a distinção das funções não basta quando ao juiz é possibilitado o produzir de provas. A mentalidade inquisitória é, nesse sentido, operante e atuante, arrebatando cada vez mais adeptos, ardilosos e ingênuos, uma vez que a mesma matriz inquisitória que estabeleceu o atual Código de Processo Penal brasileiro é a que continua presente e produzindo criticáveis reflexos.

Conforme pontua o professor Marco Aurélio Nunes da Silveira (2016, p. 71), “apesar de toda a modulação operada por reformas pontuais e pela emergência de uma construção democrática ‘garantista’, a estrutura [do processo penal brasileiro] segue regida pelos mesmos elementos culturais inerentes à práxis inquisitória”.

Diante disso, podemos apontar, pelo menos parte da responsabilidade, para a problemática da gestão da prova que, no campo formal (previsão legal), confere tal poder ao juiz. Mas há, também ou independente disso, o fator da mentalidade do ator jurídico – e aqui não falamos de um aspecto exclusivo da magistratura, pois essa moléstia assola todas as partes que atuam, de qualquer modo, na roda que gira o processo penal brasileiro. Temos que “a lógica inquisitorial presente nos operadores do direito (e demais envolvidos) é o grande problema para a real superação

do sistema inquisitório, bem como para a efetiva consolidação do sistema acusatório” (Poli, 2017, p. 113).

O estado de coisas assim permanece influenciando numa intragável manutenção da mentalidade inquisitória operante em todo o sistema processual brasileiro. É com razão que Jacinto Coutinho (2018, p. 309) vai dizer que “para um projeto de Justiça Criminal dura e insensível, nada melhor que a *manutenção do sistema inquisitório*”. De igual modo, não por menos que as duras críticas que são feitas contra o código atual e a forma de se pensar o processo hoje no Brasil são altamente válidas e devidas. Vale lembrar que o atual Código de Processo Penal brasileiro é datado da década de 1940, “sendo considerado atualmente o mais antigo da América Latina, além de ser manifestamente contaminado pelo fascismo e, nessa medida, por ideais autoritários” (Neves & Cerqueira, 2018, p. 117).

Deste modo, aponta-se para o fato de que é sobre os atores que deve ocorrer uma profunda mudança. Nesse sentido, Camilin de Poli pontua que “não basta mudar a lei. É necessário mudar a racionalidade. É preciso mudar a mentalidade dos operadores do direito, dos legisladores, bem como de todos os envolvidos, a fim de se criar uma cultura de respeito aos direitos individuais, isto é, uma cultura de respeito à cidadania” (Poli, 2017, p. 108-109).

Para combater a mentalidade inquisitória que paira e assombra o cenário processual brasileiro, é preciso que se faça um exercício de autorreflexão. Todos. Sem exceção. O ator jurídico, jurista, agente processual ou como preferir se chamar, o qual julga que pode pensar e agir de maneira racional em toda a parte do tempo, sem que receba nenhum tipo de influência endoprocessual ou exoprocessual, peca por ingenuidade ou por arrogância.

É necessária a compreensão de que todo cuidado é pouco quando se está inserido em um ambiente no qual vários e diversos fatores, internos e externos, tendem a influenciar comportamentos. No caso do Brasil, a pressão social para que se pense conforme a lógica inquisitória é grande, de modo que devemos estar sempre atentos para tudo aquilo que estabelece um caso penal, para evitar armadilhas.

A mentalidade inquisitória brasileira é um pensar que se forma a partir de vários fatores. O juiz é alguém no mundo e, enquanto tal, pensa, fala, come, conversa, ri, alegre-se, chateia-se, frustra-se, irrita-se. O que a racionalização moderna tentou impedir é que leve essa roupagem que constitui o seu eu para dentro do caso penal, ainda que hoje tenhamos consciência de quão difícil pode ser isso. O processo penal deveria ser

blindado contra esse tipo de influência que repercute no e a partir do próprio julgador. Entretanto, como já se viu, a própria legislação dá guarida para que o juiz assim aja – numa espécie de convivência estatal que zomba do acusado e das outras partes que atuam ativamente no jogo processual.

Não deve ser permitido que se abra margem para esse tipo de situação. Os dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro devem ser filtrados a partir de um exercício de hermenêutica constitucional. Há amparo jurídico e legal para tanto. Porém, optam os juízes, atores jurídicos responsáveis pela realização desse filtro, por se quedarem inertes, mantendo-se o trágico estado atual das coisas no processo penal brasileiro: a mentalidade inquisitória reinante.

3. MAS O QUE É UMA MENTALIDADE ACUSATÓRIA, AFINAL? CONTATO BRASILEIRO COM A REALIDADE CHILENA

No Chile⁶⁵, que reformou seu sistema processual penal a partir do ano 2000 e hoje apresenta um modelo acusatório, as audiências têm propósitos diversos: controle de detenção, formalização, audiência intermediária preparatória dos juízos orais e juízos orais. Além disso, podem ser apresentadas, em qualquer momento de qualquer audiência, petições orais.

As audiências de controle de detenção são chamadas de audiências de custódia no Brasil, no qual são analisados a legalidade da detenção e a existência de pressupostos materiais e processual, previstos no art. 140, a, b, c, do CPP (2000)⁶⁶.

A formalização é um misto de portaria do inquérito policial com indiciamento. É o ato de abertura das investigações e comunicação do investiga-

65 Em 2018 o CEJA realizou um novo percurso formativo acerca dos sistemas acusatórios, voltado aos brasileiros, único país do continente americano cujo sistema processual ainda segue inquisitório (González Postigo, 2017, p. 15-35). Iniciamos a formação no Programa brasileiro sobre reforma processual penal na edição de Curitiba, nos dias 23 a 26 de abril de 2018, no qual participamos de aulas comparativas entre o processo penal brasileiro e o sistema acusatório, bem como participamos de audiências simuladas em um modelo acusatório de processo. Esse curso foi complementado por uma etapa internacional, realizada em Santiago, no Chile, de 25 a 28 de setembro de 2018, no qual participamos de aulas sobre a elaboração, a implantação e as características centrais do Código Procesal Penal do Chile, Lei nº 19.696, de 12 de outubro de 2000. Além das aulas teóricas com professores vinculados ao CEJA, participamos de visitas guiadas ao Poder Judicial, à Fiscalía e à Defensoria Penal Pública, bem como acompanhamos audiências no Centro de Justicia de Santiago.

66 Artículo 140.- Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá

do, realizado pelo fiscal perante o juiz, o defensor e o acusado, prevista nos art. 229 a 233 do CPP chileno (2000)⁶⁷.

decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado.

NOTA

La letra b) del Artículo 3 de la Ley 20603, publicada el 27.06.2012, modifica el presente artículo en el sentido de reemplazar en el inciso cuarto, la oración 'gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas alternativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley' por lo siguiente: 'cumpliendo alguna de las penas sustitutivas a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley', pero dicha modificación no fue posible hacerla debido a una inconsistencia en el texto.

67 Artículo 229.- Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

Artículo 230.- Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Pelo que observamos, a formalização geralmente ocorre durante a audiência de controle de detenção, realizada em até 24 horas para adultos e em até 12 horas para adolescentes. A pessoa presa é conduzida à presença do juiz das garantias, do fiscal e do defensor para análise da legalidade da detenção e para que o fiscal possa, eventualmente, pleitear medidas cautelares.

Obviamente, só é necessário formalizar se o fiscal tiver interesse na persecução, isto é, se não for inidônea a tentativa, se não for insignificante a ofensa ao bem jurídico ou se não houver um acordo reparatório ou saída alternativa equivalentes à composição civil dos danos, à transação penal ou à suspensão condicional do processo.

Na audiência intermediária de preparação para o juízo oral, o fiscal oferece a denúncia e as partes discutem os fatos controvertidos que serão objeto do juízo oral, bem como as provas admitidas no juízo.

O sistema chileno concebe o juiz natural como um tribunal natural. Podem atuar no processo todos os juízes que integram o tribunal até o mo-

Quando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley.

Artículo 231.- Solicitud de audiencia para la formalización de la investigación. Si el fiscal desee formalizar la investigación respecto de un imputado que no se encontrare en el caso previsto en el artículo 132, solicitará al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima, mencionando la individualización del imputado, la indicación del delito que se le atribuyere, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo.

A esta audiencia se citará al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes en el procedimiento.

Artículo 232.- Audiencia de formalización de la investigación. En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente.

A continuación el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen.

El imputado podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público, según lo dispone la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que ésta hubiere sido arbitraria.

Artículo 233.- Efectos de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación producirá los siguientes efectos:

- a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal;
- b) Comenzará a correr el plazo previsto en el artículo 247, y
- c) El ministerio público perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

mento da infração criminal. A designação do juiz é feita pelo administrador do tribunal, equivalente ao chefe de cartório brasileiro, que é quem organiza administrativamente a agenda dos juízes vinculados àquela unidade judiciária, chamada por eles de tribunal.

O júízo oral corresponde à nossa audiência de instrução e julgamento, com algumas diferenças importantes. Os fatos incontroversos e as provas admissíveis já foram delimitadas no controle da acusação e das provas realizado na audiência intermediária. O julgamento é colegiado, realizado por três juízes, dentre os quais não podem participar os juízes das garantias, cuja carreira é distinta. As partes produzem todas as provas perante os juízes, exceto as antecipadas, mas todos devem ser ouvidos presencialmente, inclusive peritos.

Alguns aspectos intrigantes para quem, como nós, opera no sistema judicial brasileiro foram o distanciamento completo dos juízes em relação aos interesses nos casos e uma aproximação total em relação às informações sobre os casos, a excelência dos trabalhos de policiais, fiscais e defensores, o respeito a todos os envolvidos, sobretudo aos arguidos, a estética das salas de audiências e a simplicidade com a qual são realizadas as audiências.

O distanciamento dos juízes se apresenta de dois modos. Primeiro, exigindo provas exclusivas da acusação para determinar a prisão preventiva ou para condenar. Segundo, somente interferindo na produção oral de provas para que os inquiridos falem mais devagar ou esclareçam alguns pontos, como o bairro e a região onde mora o acusado, pois não conhecem o local. Nada é perguntado por juízes acerca dos fatos imputados. A aproximação se dá pela inexistência de intermediários no trabalho judicial. Os juízes devem conduzir e decidir imediatamente.

Defensores, fiscais e policiais desempenham as atividades com excelência. Aos fiscais incumbe provar tudo, aos defensores incumbe uma função de controle da legalidade e da qualidade das informações produzidas. Como tudo é feito oralmente, não há tempo para pedir vistas, nem para manifestações escritas. Os documentos da *carpeta* (pasta) de investigação precisam ser apresentados pela Fiscalía e analisados em sequência, o que exige controle emocional e conhecimento prévio dos fatos, das disposições legais e da jurisprudência.

Ainda relacionado à excelência dos trabalhos, não vimos policiais arrolados como testemunhas. Pelo contrário, o que percebemos foi um bom trabalho integrado entre a *Fiscalía* e as duas polícias, os *Carabineros* e a *Policía de Investigación*, ambos responsáveis por investigar, sendo a

Policía de Investigación encarregada das investigações mais complexas, sobretudo com necessidade de perícias. Nesse trabalho integrado pudemos ver a preferência por arrolar como testemunhas terceiros que presenciaram a infração criminal em detrimento dos policiais.

O respeito a todos os envolvidos é percebido de imediato, mas exclui pedantismos. Os pronomes *señor, señora e señoría* são utilizados *indistintamente em relação a todos. Ninguém é excelente, mas, para a surpresa dos brasileiros, isso é suficiente para que todos se respeitem. Os acusados são tratados como concidadãos e ninguém os esculacha publicamente.*

A estética das salas de audiências envolve um tablado para o juiz, ao fundo da sala, uma mesa ao lado do tablado, mas separada a mais de um metro, para um assessor que cuida da gravação do áudio, redige atas de audiências, alvarás e certidões de comparecimento, duas mesas dispostas em frente ao tablado para as partes, uma divisória atrás das mesas, bancos para aguardar ou assistir às audiências. As mesas destinadas às partes não são pré-destinadas às partes. A cada audiência, o administrador do tribunal decide quem será o juiz que atuará em cada sala e assinala uma das mesas para a acusação e outra para a defesa.

Por fim, a simplicidade torna as audiências menos rígidas, menos formais e menos tensas. As manifestações de todos, livres de pedantismos, não têm longa duração. Uma abertura de caso em juízo oral dificilmente chega a 10 minutos. As alegações finais dificilmente chegam a 20 minutos. Contudo as inquirições são muito mais consistentes e extensas, pois, como eles sabem bem, são o cerne, a instrução é a construção de todo o caso e as dúvidas são interpretadas a favor dos acusados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, apresentaremos algumas teses com sugestões para a implementação de um processo penal acusatório no Brasil. Dentre essas sugestões, pensamos que sequer precisamos de alterações no Código de Processo Penal, pois basta a aplicação da estrutura processual constitucional. Ao final arriscaremos uma resposta ao problema de pesquisa.

- a. O distanciamento dos juízes em relação aos interesses nos casos com exigência de provas exclusivas pela acusação e com a não produção de provas pode se dar pela simples efetivação dos direitos ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição), bem como à presunção de inocência (art. 5º,

LVII, da Constituição), aliados ao princípio dispositivo (art. 129, I, da Constituição);

- b. A aproximação do juiz às informações pode se dar no proferimento de sentenças orais, durante a audiência, de modo que tudo seja apreciado naquele momento e sem intermediários. Contudo, é necessário que também as partes apresentem alegações finais orais;
- c. Ainda que as partes não apresentem alegações finais orais, os juízes poderiam designar audiências para proferir as sentenças orais a fim de assegurar às partes o direito a compreender o raciocínio realizado pelo juiz e, quiçá a médio prazo, criar uma cultura acusatória;
- d. A qualificação das atividades de acusadores, defensores e policiais carece de formação continuada de qualidade para prepará-los para atuação em um modelo acusatório. Sugerimos dois incentivos para impulsionar mudanças nesse sentido. Primeiro, o afastamento dos juízes da produção de provas, que forçará os atores a se qualificarem. Segundo, uma reorganização do trabalho policial, orientado pelo Ministério Público na condição de controlador externo da atividade policial (art. 129, VII, da Constituição);
- e. Precisamos compreender que os policiais são interessados nos casos em que atuam, sobretudo porque a detenção ilegal de alguém é fato criminoso. No Brasil parece que ainda não compreendemos isso suficientemente na medida em que os policiais são as testemunhas preponderantes;
- f. O respeito mútuo entre os envolvidos no processo já deveria ter sido atingido com a constitucionalização da dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição). Uma mudança nessa direção talvez só possa ser obtida por meio do intercâmbio de atores processuais para que vejam que o respeito mútuo não reduz a efetividade do processo penal;
- g. A alteração da estrutura das salas de audiências simboliza muito sobre as relações estreitas ou sobre o afastamento entre juízes e acusadores. A alteração da cenografia das salas de audiências pode ser feita sem nenhum custo, basta a reorganização

dos móveis já existentes, bem como podem ser utilizados os salões de Tribunal do Júri; e

- h. A simplicidade é resultado da oralidade, da imediação, do afastamento do juiz das funções das partes (alheamento ou imparcialidade), da realização das atividades de partes com excelência por todos e, sobretudo, do respeito ao outro.

Uma cultura acusatória é, enfim, a soma de todas essas pequenas práticas, o conjunto de comportamentos relacionados a esse modelo de atuação processual por parte de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 5 outubro 1988* (1988). Brasília: Diário Oficial da União.

Brasil (1941). *Decreto-lei n. 3.689, 3 outubro 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: Diário Oficial da União.

Carnelutti, F. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro.

Chile (2000). *Lei n. 19.696, 12 outubro 2000*. Establece Código Procesal Penal. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Coutinho, J. N. M. (2009a). “*Mettere il pubblico ministero al suo posto – ed anche il giudice*”. *Boletim IBCCRIM*, 17(200), 23-24.

Coutinho, J. N. M. (2009a). “Novo código de processo penal pede nova mentalidade”. *Consultor Jurídico*. Recuperado 20 novembro 2018, de <https://www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio>.

Coutinho, J. N. de M. (2009c). “Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado”. *Revista de Informação Legislativa*, 46(183), 103-115.

Coutinho, J. N. M. (2017). “Os sistemas processuais agonizam?”. In J. N. M. Coutinho, L. C. Paula, & M. A. N. Silveira (Orgs.). *Mentalidade*

inquisitória e processo penal no Brasil (Vol. 2, Capítulo 2, pp. 47-64). Florianópolis: Empório do Direito.

Coutinho, J. N. M. (2018). *Observações sobre os Sistemas Processuais Penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória.

González Postigo, L. (2017). "Bases da reforma processual penal no Brasil". In L. González Postigo (Dir.). *Desafiando a inquisição* (Vol. 1, Introdução, pp. 15-35). Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Lopes Jr., A. (2015). *Fundamentos do processo penal*. São Paulo: Saraiva.

Neves, L. G. B; Cerqueira, M. (2018). "Por que a prisão cautelar no Brasil é uma medida *prima ratio* (?): uma análise crítica para a efetivação da lei nº. 12.302/11". In L. González Postigo (Dir.). *Desafiando a inquisição* (Vol. 2, Capítulo 3, pp. 103-125). Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Poli, C. M. (2016). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito.

Poli, C. M. (2017). "Acusatório de corpo e inquisitório de alma: quando a prática desdiz a lei". In J. N. M. Coutinho, L. C. Paula, & M. A. N. Silveira (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil* (Vol. 2, Capítulo 5, pp. 99-114). Florianópolis: Empório do Direito

Rosa, A. M. (2017). *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito.

Senado Federal (2008). *Requerimento nº 227, de 06 de março de 2008*. Brasília: Diário Oficial de la Unión.

Silveira, M. A. N. (2016). "A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do código de processo penal brasileiro". In J. N. M. Coutinho, L. C. Paula, & M. A. N. Silveira (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil* (Vol. 1, Capítulo 3, pp. 57-72). Florianópolis: Empório do Direito.

REPRESENTAÇÃO CÊNICA E ARQUITETURA DAS SALAS DE AUDIÊNCIA NO CHILE: ELEMENTOS PARA REPENSAR A DINÂMICA NO BRASIL

Maia Gelman Amaral⁶⁸

INTRODUÇÃO

A ideia inicial era responder a incumbência de produzir um artigo sobre os temas abordados no Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal, promovido pelo CEJA, com um artigo que ponderasse acerca do caráter abstrato das decisões que determinam a prisão preventiva no Brasil. Uma questão rotineiramente observada na atuação como Defensora Pública do Estado da Bahia.

Contudo, a qualidade da racionalização do uso espaço do Tribunal criminal e o *layout* das salas de audiência no Chile pareceram elementos que concretizavam uma das maiores diferenças com o que estamos acostumados na dinâmica da Justiça criminal do Brasil. No Chile, aquele espaço parecia se refletir na eficiência e na própria aparente qualidade do jogo dialético que ali se desenvolvia.

Foi possível observar dentre outras coisas, que o uso dado à sala de audiência no Chile tornava absolutamente inconcebível que o representante do Ministério Público sentasse exatamente ao lado do juiz, na mesma mesa, algo que ainda é muito comum no Brasil.

Essa me parecia ser a questão mais importante a ser trabalhada neste artigo, contudo, tal ideia foi ampliada a partir do momento em que outros elementos em comparação, e igualmente importantes para a dinâmica espacial de uma sala de audiências criminal, foram sendo percebidos.

É que a experiência física naquele espaço, para alguém que vivencia rotineiramente uma sala de audiência criminal no Brasil, por horas a fio, foi realmente desconcertante. Como aquele espaço triste, pouco criativo e enfadonho tinha se revestido daquela atmosfera solene e ao mesmo

68 Defensora Pública do Estado da Bahia. Mestre em Direito pela UFSC.

tempo vibrante? Como essa percepção visual e sensorial da experiência das audiências criminais no Chile se manifesta arquitetonicamente e o que ela representa do ponto de vista do Processo Penal?

Há, de fato, uma percepção subjetiva sobre a Justiça que pode ser moldada a partir dos aspectos físicos espaciais e pela dinâmica dos atores de uma audiência criminal? O que a disposição cênica de uma sala de audiência pode comunicar à sociedade?

Esses foram os principais questionamentos que surgiram e que permitiram a construção desta reflexão, levada adiante por uma breve pesquisa teórica e pela percepção e experiência cotidiana de quem é um agente externo aos Tribunais, mas que opera dentro de suas instalações.

Digno de registro também que a percepção prática que fomenta as reflexões escritas neste artigo são fruto da vivência dentro de salas de audiência de algumas comarcas do interior do Estado da Bahia. Obviamente o texto aqui apresentado não é o retrato fiel de um país continental como o Brasil com tantos tribunais e milhares de salas de audiência cuja diversidade não é possível esgotar no momento.

1. POR UMA ARQUITETURA ACUSATÓRIA DA JUSTIÇA CRIMINAL

1.1. Matrizes teóricas para uma experiência espacial do sistema acusatório no Brasil

Pensar espacialmente a Justiça criminal implica necessariamente ter como base incontestável o fato de que a Justiça criminal deve ser racionalizada. Isso porque, em tese, a sociedade abandonou a ideia de vingança e adotou como prática a retribuição por meio de uma resposta punitiva institucional por parte do Estado.

Assim, o uso arquitetônico que se faz em uma sala de audiências é a metáfora da garantia constitucional ao devido processo legal e o reflexo profundo de como a enxergamos, em que pese ainda haja pouco interesse em estudar as conexões entre a operacionalização da Justiça e a estrutura e o uso do espaço onde ela é feita.

Diante disso, é possível considerar que presença em uma audiência criminal é um ato cívico, um ato que repercute o sentir de uma civilização

que abandonou a barbárie e considerou a racionalidade e a proporcionalidade como elementos essenciais para a aplicação de uma pena.

No filme *O Expresso da Meia Noite* (Alan Parker, 1973) há uma cena memorável, que sempre vem a memória quando penso numa típica audiência criminal. Nela, o réu tem um momento de fala catártica. Ele está de barba feita, bem vestido. Há uma sala solene, escura. O ambiente contrasta com a prisão suja e superlotada cheia de homens maltrapilhos na qual se passa a maior parte do filme.

Ali, há um advogado de defesa acanhado sentado numa mesa distante das outras autoridades e resignado com a injustiça da decisão proferida. Há um promotor retratado de maneira insensível, sentado logo ao lado do juiz, no seu mesmo patamar.

Nessa cena o réu expressa sua revolta acerca da injustiça da sentença que lhe é aplicada, expõe o quão é ela desproporcional e critica duramente o Estado turco: *“a natureza da misericórdia dada por uma sociedade expressa a qualidade da sua civilização”*, diz ele.

A fala do réu reflete toda indignação e agonia de alguém que vê o filme. O espectador sente ali o quão submisso e impotente é o cidadão diante de um processo criminal capaz de lhe tolher a liberdade por completo. Fica também a mensagem de que de nada adianta a aparente seriedade de um ambiente de audiência se ali se esconde a injustiça de um processo e a desproporção de uma pena.

Sob essa representação cênica surge a consciência que de fato a realização da boa Justiça independe de apetrechos físicos ou da aparente solemnidade de um ato. A boa Justiça pode ser feita até mesmo numa cabana sobre o chão de terra⁶⁹, afinal, o ambiente no qual se realiza a Justiça não pode ser confundido com a Justiça em si, que é muito mais profunda.

Contudo, a racionalização do processo penal como mecanismo de controle do Estado e de garantia de direitos do cidadão ganha mais força e se reveste de natureza institucional quando é apreensível por algo tangível,

69 Vide o exemplo do “Ngaanytjarra Land Claims Open Court”, realizado no “Victoria Desert”, na Austrália em 2005, quando uma corte federal viajou por quilômetros para fazer uma sessão de julgamento, no meio do deserto sob tendas de cabanas e no chão de terra, para tentar dirimir conflitos entre indígenas e não indígenas acerca da posse de uma área de terra. Para mais ver TAIT, 2003.

como uma sala de audiência⁷⁰. Sem dúvidas isso representa um ganho democrático significativo para o Estado.

Pois bem, pensar uma sala que comporta uma audiência criminal em um sistema acusatório, como no Chile, pressupõe a nítida separação de funções (acusar, defender e julgar). Também pressupõe a igualdade entre as partes e a noção de que o juiz é sobreposto a todos e está em uma posição de imparcialidade e afastamento da gestão da prova.

O sistema acusatório também infere que há uma divergência paralela e de mesma intensidade entre acusação e defesa, e de que esse antagonismo deve ser privilegiado por meio do contraditório e de debates orais que irão evidenciar todos os aspectos e nuances do caso que está em discussão.

É que, dentro das linhas triangulares de comunicação que moldam o espaço adversarial de uma sala de audiências, os participantes fazem e testam a representação acerca de uma disputa presencial e em tempo real (Spaulding, 2012) É exatamente isso que precisa ser valorizado pelo uso arquitetônico que se dá aquele espaço em um sistema acusatório.

O sistema acusatório deve ter também como base o fato de que o réu é parte e não objeto e que o espaço da audiência e tudo que ali ocorre é público. Dessa maneira, tudo deve convergir para que seja facilitada a compreensão daquela dinâmica.

Em que pese esses pressupostos parecerem óbvios e, ainda, que nossa matriz constitucional também seja direcionada ao sistema acusatório, a prática da justiça criminal no Brasil mantém uma tensão permanente com a ideia de processo como um direito.

Nos mantemos como no filme de Alan Parker, encenando uma prática judicial desconectada com a verdadeira dignidade da Justiça, o que perpetua uma experiência prática irracional e ineficiente do ponto de vista do que se propõe naquele ambiente: realizar a Justiça. Assim, nos afastamos a léguas do que seria considerado um espaço minimamente respeitável do ponto de vista dos requisitos mínimos para a aplicação do sistema acusatório.

Não raro nossa matriz acusatória constitucional é superada por práticas de tradição autoritária, elitista e pessoalizada que se refletem principal-

70 Como o que já está ocorrendo no Chile.

mente na arquitetura do espaço, na dinâmica das audiências e na forma de se operacionalizar a Justiça.

Cruz (2014) sugere que a falta de cientificidade e de uma clara linha sistêmica do nosso direito processual penal é responsável pela confusão normativa e funcional dos papéis de juízes, promotores e policiais na persecução penal. Essa confusão causa uma atenção inadequada aos fatos, uma informalidade que é incompatível com uma sala ritualística que acolhe conflitos tão dramáticos.

Assim, no Brasil, presenciamos dinâmicas que se desformalizaram de tal maneira que desorganizaram o uso do espaço, o processo e o próprio procedimento. Relativizaram-se nulidades e ficou a cargo de uma decisão escrita de gabinete, sem qualquer fidedignidade com o fato que está sendo julgado, a solução privativa de um fato público.

Entretanto, é preciso reconhecer o fato de que no Brasil a existente legislação permite a reestruturação da forma de operacionalizar as audiências criminais dentro de um sistema acusatório eficiente e capaz de propiciar um encontro digno do cidadão com o sistema de Justiça.

Entretanto, há grande dificuldade de ressignificar o uso do espaço das salas de audiência, sobretudo das audiências criminais. Lidamos não apenas com limitações estruturais mas, principalmente, com uma visão do processo tendente a minimizar violências, desprestigiar direitos e garantias fundamentais e se contentar com o que temos porque não enxergamos o que poderíamos ter.

1.2. Elementos para pensar a disposição cênica dos Tribunais e das salas de audiência criminais.

Os Tribunais de Justiça são edifícios icônicos do Estado. Muitas vezes, por essa razão, são construídos edifícios imponentes e espetaculares, o que se pretende que corresponda a uma materialização do poder do Estado.

Cortes de Justiça devem ser, simultaneamente, *“um teatro, um templo e um fórum”* (Garapon *apud* Tait, 2013, p. 528). Elas representam a interseção entre a lei, a cultura e o ritual que um Estado leva séculos para construir.

A proporção como um princípio do arranjo espacial da Justiça já podia ser encontrado no Código de Hammurabi (século XVIII antes de Cristo) mesmo porque, já havia, àquela época, a compreensão de que devia

existir proporcionalidade na responsabilização por um delito, o que necessariamente deve ser simbolizado por instrumentos de medição.

Por isso é que as distâncias proporcionais e calculadas no espaço arquitetônico de uma corte de julgamento são um símbolo de que ali os procedimentos são justos (Somos & Lewys, 2018).

Em um trabalho que analisou o design criado pelo engenheiro Dan Kiley's para o Tribunal de Nuremberg, Mark Somos e Morgan Gostwyck-Lewys (2018) evidenciam como esse trabalho conseguiu se transformar em um precedente único para uma verdadeira "*manifestação espacial da Justiça*", isso em um momento da história no qual esse tipo de arquitetura era totalmente negligenciado.

Ali, Somos e Lewys (2018, p. 3) enumeram características importantes de uma sala de audiências, com base nas descobertas de Kiley's, tendo como base que a posição face-a-face não necessariamente é a manifestação de uma oposição hostil mas também um posicionamento que existe quando há diálogo e acordo:

- Quais partes estão alinhadas na mesma direção;
- Quais partes estão encarando diretamente a outra;
- Qual a distância entre uma parte e outra, e qual o tipo de divisão entre elas;
- Quão elevada é a posição de uma parte em relação a outra – o que normalmente quer dizer que há um grau de autoridade entre as partes;
- O que deve estar retratado nas paredes de uma sala de audiência.

Assim, temos que uma sala de audiências é caracterizada pela existência de um espaço isolado e definido especificamente para o juiz, mas que deve deixar visualmente em evidência as interações entre juízes, advogados, promotores e cidadãos. Deve ficar nítida a ideia de arena, de um palco, de um espaço diferenciado do espaço cotidiano. Por isso, é também essencial a separação física entre os profissionais que estão naquela sala de audiência e o público, o que serve para destacar o relativo poder destes e garantir-lhes um acesso ao espaço que não é acessível ao público em geral (Stoham, 2017), ainda que a sala deva ser planejada e

desenhada para emoldurar, facilitar e mediar o encontro do cidadão com o sistema de Justiça de maneira digna (Tait, 2013).

Desse modo, o planejamento racional de uma sala de audiências especializa o uso do espaço e pode provê-lo de eficiência, assim como pode, por outro lado, excluir da percepção dos juízes informações prejudiciais ao seu papel de julgador. Igualmente, pode minimizar as paixões ingovernáveis, que são provocadas pelo conflito, para promover deliberações racionais. (Spaulding, 2012).

No que tange a uma sala de audiências criminal, esse é um ambiente que invariavelmente carrega o peso de um sistema que está focado na retribuição, na criminalização e na proibição. Exatamente por isso a arquitetura contemporânea das salas de audiência criminal não deve favorecer aspectos como a dor, o sofrimento e o castigo, mas sim se preocupar em cumprir os efeitos do julgamento que ali ocorrerá: a efetividade da responsabilização, a reparação, a legitimidade e a Justiça da decisão.

Daí a necessidade de considerar as características acima identificadas que fizeram parte do planejamento do Tribunal de Nuremberg. O ambiente de uma sala de audiências criminal deve permitir que o réu seja confrontado com as provas da sua acusação e que isso esteja sob a observação de todos os presentes.

Contudo, na maior parte das representações físicas de uma sala de audiências criminal o réu tem a posição de um observador passivo, que tem sua capacidade e habilidade de afetar ativamente dos procedimentos minimizada (Stoham, 2017). Além disso, não é possível desconsiderar o banco dos réus como uma posição distante e estigmatizante.

Por sua vez, o isolamento do juiz também pode ser lido como símbolo da autoridade de suas decisões, já que há uma necessidade de diferenciá-lo das demais pessoas presentes na sala de audiência. Isso se justifica porque o juiz precisa ter uma visão privilegiada de todas as pessoas naquela sala, bem como todas as pessoas tem que ter o foco nele. Por isso, muitas vezes, está em uma posição mais alta do que os demais. Seu poder, naquele momento, é hierarquicamente superior ao dos demais.

A posição da parte na audiência pode ser sinônimo do seu destaque naquele momento. Desse modo, é igualmente importante o lugar de destaque para que sejam ouvidas vítimas, testemunhas, peritos e o próprio acusado. Tal destaque revela os elementos do processo no ambiente do julgamento. Normalmente esse espaço de destaque é delimitado por um

parlatório mais elevado para evitar o contato visual direto da pessoa em destaque com o acusado.

Assim, também a existência de espaços segmentados de circulação (juízes, público, réus) podem ser compreendidos como uma hierarquização de classe, mas também podem ser vistos como uma necessidade para o juiz não ter que se confrontar com aqueles que vai julgar, o que lhe permitiria uma relativa segurança e maior autonomia.

Além disso, os prédios de tribunais criminais devem ter em conta que os réus não deveriam ser expostos a olhares de espectadores nos corredores públicos.

De fato, é um desafio da utilização do espaço das audiências a presença do público, que pode trazer a possibilidade de interrupções e surpresas incompatíveis com o rito de uma audiência. Contudo, a cautela não pode se transformar em ausência de transparência⁷¹.

Outro desafio é manter a segurança da sala de audiência sem minar o princípio da presunção da inocência. No Brasil há tendência da jurisprudência em proibir o uso de algemas, no entanto há presença de muitos policiais com postura ostensiva de posse de armas longas dentro da sala de audiências e réus ainda vestidos com os uniformes da unidade prisional. Pior ainda é o réu ter que ser ouvido à frente de policiais da mesma guarnição daqueles que efetuaram sua prisão. Vivemos, no Brasil, assim, num “faz de conta” da presunção de inocência e da busca da verdade real⁷².

Não há uma solução absoluta e definitiva para a questão, mas a não utilização de algemas por si só não é a solução de todos os problemas em uma sala de audiência. Transparência e acessibilidade são, por exemplo,

71 E isso pareceu estar bem equilibrado nos Tribunais criminais do Chile

72 No Chile há uso de algemas, inclusive nos pés, e um colete, mas apenas um policial de arma curta faz a escolta do acusado na sala de audiências, que é ali um sujeito e não um objeto.

condições de legitimação da Justiça. Então, o que dizer das salas fechadas por pequenas portas de madeira nos Fóruns criminais no nosso país?

É possível perceber assim que a história da prática local da Justiça não ensinará nada aos cidadãos a não ser que o espaço na qual ela se realiza expresse o que nós pensamos o que ela de fato é.

No Brasil, no mais das vezes, esse espaço é apenas o reflexo do mandonismo e da seletividade da Justiça criminal, que mina o princípio da presunção de inocência das suas mais variadas formas e que anda no sentido contrário da eficiência e da construção social de um símbolo de Justiça pautado pelo sistema acusatório e no respeito as garantias fundamentais.

2. A SALA DE AUDIÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL E O PROBLEMA DA POSIÇÃO CÊNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

No ano de 2005, Maria Lucia Karam e Rubens Casara publicaram na Revista de Estudos Criminais o artigo *“Redefinição Cênica das Salas de Audiências e de Sessões nos Tribunais”*. O artigo questiona a posição física diferenciada do Ministério Público ao se colocar em destaque exatamente ao lado direito do órgão julgador *“em inaceitável posição insinuadora de uma suposta imparcialidade e/ou superioridade”* (Karam & Casara, 2015, p.123).

Passados 13 (treze) anos da publicação desse artigo o posicionamento do Ministério Público continua na maior parte das vezes o mesmo: juiz, Ministério Público e Defesa estão no mesmo patamar (altura), com o Ministério *“coladinho”* no juiz, do lado direito na mesma mesa e o defensor/advogado na mesa à frente, juntamente com réu, testemunhas e vítimas.

Existiriam supostamente impedimentos legais para que haja uma modificação dessa disposição cênica, mas as razões de existir dessa composição merecem ser questionadas com o mesmo vigor.

Como podemos minimizar a preocupação com a equidistância das partes em relação ao juiz como se isso não tivesse qualquer relevância ou influência na sua imparcialidade? Agimos como se isso fosse uma coisa menor e sem efeitos práticos para os direitos individuais, para a liberdade e para um contraditório efetivo.

Ora, tal posição não se resume a uma questão meramente formal. Esta é uma questão fundamental para a prática da Justiça nas salas de audiências e de sessões do Brasil, uma demanda que é expressão da forma e dos signos que externalizam estruturas processuais vinculadas a práticas

concretas, com consequências reais na vida das pessoas que enfrentam uma questão criminal, pois “A arquitetura de uma sala de audiências é não metaforicamente e metaforicamente estruturante de um julgamento” (Somos & Lewys, 2018, p.25).

Por isso, esses signos e estruturas necessitam ser pensados a partir de suas funções levando-se especialmente em consideração que, no Estado Democrático de Direito, cuja essência se vincula ao reconhecimento da dignidade do indivíduo, as formas, estruturas e simbolismos judiciais devem existir para proteger o réu “da violação de princípios pensados para salvaguardar sua pessoa do uso abusivo do poder penal” (Karam & Casara, 2005, p.124).

Pode-se dizer que atualmente a racionalização e a globalização do modelo adversarial de justiça criminal produziram padrões básicos para a arquitetura de uma sala de audiências que já são implicitamente compreendidos por seus usuários e não necessitam de uma explicação teórica. Intuitivamente, qualquer um irá considerar injusto que o promotor mantenha uma proximidade ao juiz desproporcional em relação a da defesa, e vice e versa.

É óbvio que isso ofende o senso comum de Justiça que a história da arquitetura dos Tribunais sugere como minimamente racional. Deveria ser desnecessário reinterpretar o inciso XI do artigo 41 da Lei nº 8.625/93⁷³, para fazer entender as autoridades que o fato de se sentar à direita do magistrado não retira a necessidade de manter a equidistância deste e da Defesa do julgador.

Ou como bem aponta Casara (2005), ainda que a referida norma quisesse dizer que o representante do Ministério Público deve se sentar no mesmo plano e exatamente ao lado direito do juiz, isso jamais deveria prevalecer

73 Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica:

[...]

XI - tomar assento à direita dos Juízes de primeira instância ou do Presidente do Tribunal, Câmara ou Turma.

sobre a necessidade de legitimar os atos estatais, em especial os atos judiciais, sob pena de esvaziar o sentido da própria Justiça para a sociedade.

Hoje, a manutenção dessa resistência do Ministério Público no Brasil se impõe como um obstáculo a racionalização e a eficiência dos julgamentos e à adoção do sistema acusatório na prática.

Diante desse impasse, não é mais possível pensar e avaliar o uso racional daquele espaço e ficamos condenados a uma forma estanque de pensar a percepção espacial da Justiça, superando toda a boa teoria que foi produzida até aqui e se ferindo de morte os princípios republicanos.

Esse é um dos sintomas do apego à forma tão somente pela forma. É um vício fruto da incapacidade de reinventar modelos de atuação sob o argumento de que qualquer modificação para melhorar a distribuição da Justiça seria violação à tradição. Na verdade o que há é uma vaidade que impede o respeito aos direitos e garantias processuais penais e, principalmente, um respeito a imparcialidade do julgador.

Streck (2011) insinua que não é possível explicar o que seria uma sala de audiência discursivamente democrática, segundo Junger Habermans. Ora, faltou ele perguntar ao réu ou a qualquer indivíduo presente em uma sala de audiência qual a percepção que ele obteve daquele evento. Qualquer um é capaz de perceber, através da dinâmica cênica e da sensação espacial, se o jogo dialético ali realizado transmitiu ou não a sensação de Justiça. O que dizer, então, da proximidade física de uma das partes com o juiz?

Obviamente, para qualquer um há impressão de promiscuidade funcional e de parcialidade, o que, não raro, se confirma por conversas ao pé do ouvido, entre o acusador e o juiz, ainda mais se consideramos que há por vezes uma convivência de décadas entre eles.

Casara afirma que essa conformação atual, de promotores e juízes lado a lado, mais parece um “complô para a expiração dos pecados do réu” (Casara, 2005, p.6). Isso, igualmente, se manifesta na maneira de conduzir as perguntas, ou seja, essa disposição cênica reflete diretamente na dinâmica da atuação das partes naquele ato processual. Não reflete apenas na forma do órgão acusador atuar, mas também na de atuar do juiz: uma verdadeira contaminação.

Nesse ponto discutir a inconstitucionalidade formal ou material da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar nº75 de 20 de maio de 1993 - LOMIN) no que diz respeito à afirmação de sua “pre-

rogativa de sentar-se ao lado à direita do julgador” é uma “falsa causa” (Carraher, 1983) ou seja a “designação de um fenômeno como causa de outro, sendo que, na realidade não constituiu uma causa”.

Pois bem, a atual interpretação da LOMIN acerca da configuração cênica das salas de audiência retira do contexto todas as “premissas subjacentes” (Carraher, 1983) necessárias a uma interpretação racional do seu sentido, quais sejam: a necessidade da paridade de armas, a equidade, a imparcialidade de Juiz, as garantias do sistema acusatório e a própria razão de existir de um tribunal que é a distribuição da Justiça para a sociedade.

Ficam de fora, portanto, todas os princípios necessários para a compreensão adequada dessa norma, revestindo-se a discussão como algo centrado na semântica interpretativa da Lei quando, na verdade, essa resistência em mudar representa apenas uma questão corporativa, sem qualquer relevância para a sociedade.

Não é possível sublimar o fato de que o papel do Ministério Público ali é o de tão somente acusar e levar adiante o poder de punir do Estado. Isso efetivamente o coloca na posição de alguém que tem um interesse específico no resultado daquele processo. A atuação como fiscal da lei é apenas um aspecto do seu papel maior naquele momento que é o de acusar, afinal, é o Ministério Público que formula a acusação, inegável, portanto, sua condição de parte do processo.

Diante de tais argumentos a atual resistência do Ministério Público brasileiro em acatar a necessidade de redefinição cênica das salas de audiência e sair da junção cênica com o juiz é totalmente irracional e incompatível com a sua função constitucional de ser um garantidor da lei, neste particular, um garantidor do devido processo legal. Só é possível compreender essa resistência pelo apego a uma condição de prestígio e a uma suposta superioridade, imparcialidade e altivez que só poderiam se concretizar neste espaço de poder que é o poder de julgar.

Talvez haja por parte do Ministério Público uma crença de que há uma sacralidade de sua natureza no ordenamento jurídico capaz de lhe conferir a dubiedade do “sexo dos anjos”, o que o retiraria da posição de acusador pura e simples e o transformaria em uma espécie de criatura amorfa e mimética que adere a determinadas formas a partir de estímulos imprevisíveis.

Por outro lado, o argumento utilizado para refutar às críticas à localização do Ministério Público na sala de audiência, de que a posição de

destaque do juiz também seria algo que feriria a própria isonomia, já que o coloca em uma posição “superior” em relação aos demais, não tem qualquer sentido.

O sistema de representação da Justiça pressupõe que evidentemente o juiz esteja em uma posição hierarquicamente superior aos demais, afinal, ali ele é materialização do poder, de um poder independente do Estado capaz de decidir uma questão, acima do interesse das partes adversárias.

Obviamente essa superioridade conferida pelo poder de decidir é extremamente desconfortável, principalmente no momento que um juiz deixa a sala após proferir uma decisão que frustra a família do réu ali presente, ou que incita o sentimento de vingança no réu ou na quadrilha a qual pertence.

Talvez por isso mesmo haja uma tolerância dos membros da magistratura em permanecer ao lado do Ministério Público num grau de proximidade que muitas vezes confunde a identificação da autoridade judicial naquele espaço e dilui o peso da sua própria responsabilidade e do *munus* de condenar.

É que a devida triangularização espacial dentro de uma sala de audiência criminal, consolidada em um sistema acusatório, não legitima apenas o Poder Judiciário mas todos os outros atores que operam dentro do sistema de Justiça, já que “A garantia do devido processo legal, em sua moderna concepção, engloba, além dos direitos subjetivos das partes, fatores objetivos, garantias do processo e elementos concretos que ajudem na legitimação da função jurisdicional” (Casara, 2005, p.7).

Isso quer dizer que deixar o juiz isolado e em posição superior dentro da cênica da sala de audiências é favorável inclusive ao próprio Ministério Público, pois reforça simbolicamente a sua posição dentro do sistema acusatório e evidencia socialmente a relevância de sua atribuição.

Sob a falsa argumentação que não deveríamos considerar a sociedade (Streck, 2011), cujo representante na sala de audiências é o Ministério Público, inferior ou contraposta ao Estado, cujo representante é o juiz, se cria uma barreira para que a dinâmica do sistema de Justiça favoreça a compreensão e o funcionamento racional do sistema para o cidadão que será o destinatário final daquela decisão e para quem, também, se produz o ato da audiência: o réu.

Defende Streck (2011) que colocar defesa e acusação no mesmo patamar é compreender o “estado como necessariamente mau”, uma ideia que,

segundo ele, estaria totalmente superada. Então como acolher a ideia de que o “Estado é amigo dos direitos fundamentais” defendida por Streck (2011), no país com mais de seiscentas mil pessoas presas em condições sub-humanas, sendo que dessas pelo menos 40% (quarenta por cento) não foram sequer julgadas, segundos dados do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ)? (CNJ, 2018).

De fato, só na total negação da realidade é possível ignorar a hostilidade enfrentada por um acusado em um processo altamente estigmatizante e aflitivo como é o processo criminal no Brasil e ainda por cima manter a confusa representação de um juiz, fundido com um órgão acusador não só por meio de determinadas práticas inquisitoriais ainda atribuídas ao julgador, como na simbologia da distribuição cênica dos atores.

Tal situação sustenta um privilégio que gera prejuízos diretos aos direitos do réu e afeta sobremaneira a qualidade da percepção da Justiça feita naquele espaço.

3. JUSTIÇA SENSORIAL: PERCEPÇÃO SUBJETIVA E SOCIAL DA JUSTIÇA A PARTIR DE UMA DINÂMICA ARQUITETÔNICA ACUSATÓRIA

Um indivíduo que acredita que é igual perante a lei tem um sentimento de que a Justiça é imparcial, impessoal, racional e que tem resultados previsíveis.

O sistema legal tem uma natureza hierárquica. Isso lhe confere duas consequências emocionais: despertar os sentimentos de lealdade e aceitação do sistema como algo justo e apropriado ou despertar os sentimentos de impotência, humilhação, intimidação, frivolidade e descrença (Stoham, 2017).

O que para os atores da sala é mais um processo para o acusado é algo essencial, único, e que põe em jogo sua vida e sua liberdade. Além disso, “a disposição cênica das salas de audiência ou de sessões é uma forma de comunicação, que é recebida, consciente e, por vezes, inconscientemente, pelas partes, pelo juiz e pelo conjunto da sociedade” (Karam & Casara, 2005, p. 124).

Relevante é também ter em mente que a Justiça de primeiro grau é a mais capilarizada e mais próxima do cidadão, é a Justiça com a qual a maior parte das pessoas tem contato presencial e ao vivo, algo que produz uma

percepção sensorial da Justiça, uma temperatura e uma simbologia capazes de retroalimentar as bases de existência do próprio sistema.

Nesse aspecto o *layout* e a dinâmica de um sistema adversarial parece tornar possível, ao mesmo tempo, elevar níveis de produtividade do ponto de vista quantitativo e manter as condições para uma análise individualizada e concreta de cada caso, o que leva a prolação de decisões de qualidade.

Em um trabalho acerca da importância da percepção do réu sobre a justiça do seu próprio julgamento Frazer (2006) faz um estudo interessante sobre a confiança da sociedade no sistema de Justiça nos Estados Unidos. Ele parte do princípio de que um processo imparcial tem o potencial de gerar benefícios de caráter geral através do fortalecimento da confiança da sociedade no sistema de Justiça e benefícios de caráter específico, através do fortalecimento da confiança do réu que vive a experiência daquele processo.

Assim, Frazer (2006) conclui que até mesmo o resultado de um julgamento de quem foi condenado severamente ou perdeu uma disputa importante formará uma opinião positiva daquela instituição se houver equidade e imparcialidade nos procedimentos.

Fica claro que em um sistema cujo propósito é a responsabilização a imparcialidade no tratamento é um elemento definidor do grau de engajamento do cidadão no cumprimento das decisões emanadas de um determinado Tribunal. Assim, quanto maior a imparcialidade no tratamento das partes, maior a resignação com a decisão da Justiça, ainda que desfavorável para quem irá cumpri-la.

Nesse aspecto, a qualidade da comunicação e o papel desempenhado pelo juiz em uma audiência parecem ser fundamentais para agregar ou para desagregar valor ao sistema de Justiça. Daí a necessidade de se pensar esse espaço triangular racionalmente, tendo como objetivo facilitar essa comunicação e a colocação dos fatos à mesa.

Certamente a publicidade irrestrita de uma audiência oral obriga o juiz a que atue de maneira respeitosa com as partes e que adote procedimentos justos. Claro que isso pode falhar, mas, se feito publicamente, essas falhas estarão facilmente reveladas. Além disso, essa prática pública da audiência pode deixar evidente a indeterminação do fato em relação à norma e

revelar como é feita a aplicação de parâmetros legais, o que pode impelir a esforços políticos de mudança da lei (Tait, 2013).

Como tal, uma audiência criminal é um evento com consequências do ponto de vista emocional e comportamental para aqueles que dela participam. Por essa razão, não deveria nunca ser subestimada e tratada como um procedimento exclusivamente burocrático que tem apenas fins adjudicatórios ou de responsabilização, nem tratada informalmente como um ato sem importância, realizado em um espaço sem qualquer tipo de significado.

A percepção positiva de uma audiência é sinônimo de que aquele procedimento foi compreendido. Por sua vez, a compreensão do julgamento é fundamental para o sentimento de responsabilização e de confiança no sistema. Por isso a importância de que o réu, vítimas e testemunhas sejam devidamente ouvidos em um ambiente planejado para isso.

Disposição cênica assimétrica, comportamentos incongruentes e a confusão funcional entre os atores processuais (juiz que se retira da centralidade ou que atua como acusador, defensor que acusa ou que se subjugua à acusação sem contra argumentar, acusador que se comporta como julgador, julgador que não respeita o contraditório) tornam a audiência, mais do que falha, incompreensível, o que esvazia a percepção da Justiça para a cidadão.

A arquitetura de um Tribunal deve acolher a irregularidade e a flexibilidade necessárias para acompanhar a evolução das necessidades do sistema (Somos & Lewys, 2018). Nesse aspecto, a arquitetura de uma sala de audiência tem um papel estruturante e profundo no que tange ao procedimento, a concretização da Justiça e a experiência da equidade entre os participantes.

Uma resolução efetiva surge não apenas porque os ambientes das salas de audiência foram planejados de forma precisa, nem porque haja possibilidade direta de participação no processo de definição do Direito, mas sim porque esse espaço está organizado de tal maneira que a ansiedade dos participantes e do público acerca da indeterminação da Justiça pode ser posta em jogo (Spaulding, 2012)

Ainda que uma sala de audiências seja um ambiente visto como despoliticizado e no qual se produz um tipo de Justiça objetiva, é inegável que ali

há total politização bem como uma dinâmica de poder que tem reflexos imediatos na qualidade das decisões que ali são proferidas.

A arquitetura, o *layout* e o uso espacial de uma sala de audiências reflete e reproduz a noção hegemônica das práticas legais, tanto para os atores processuais como para o público em geral.

Isso deve levar os Tribunais e as universidades a repensarem a maneira de utilizar o espaço das salas de audiência criminal no Brasil, com um olhar aberto e arejado para o que está acontecendo em outros países como o Chile, e a ter uma vigilância permanente para não cristalizar formas de viver a Justiça que se esquecem da sua premissa principal: a legitimação da Justiça na democracia exige a participação da comunidade porque é para ela e por ela que a Justiça é feita.

CONCLUSÃO

De tudo que foi possível considerar até aqui ficou claro que a adoção do sistema adversarial nas audiências criminais é fundamental não apenas para manter o respeito ao procedimento e, por consequência, ao próprio Processo Penal, como também para o desenvolvimento de uma ritualística que valoriza o espírito dramático da audiência, a tensão e a experiência sensorial e emocional irrepetível daquele evento.

Do ponto de vista do Processo Penal e das garantias processuais penais, nesse modelo de justiça criminal, a preocupação com a transparência e a publicidade do ato de julgar parece ter conseguido manter o difícil equilíbrio da participação da comunidade naquele evento, sem quebrar o seu caráter solene.

A disposição espacial, somada à prática oral dos debates, consegue sustentar a dialética do processo penal acusatório, da apresentação entre tese e antítese e é um estímulo para a elevação da qualidade da argumentação, das provas do processo e das decisões judiciais.

No Chile, por exemplo, há uma disposição espacial que facilita a distinção de papéis e a visualização e a escuta dos atores da audiência. Há uma arquitetura que favorece a presença do público e o entendimento do leigo do que está se desenrolando naquele lugar. O uso racional do espaço também permite a visualização das evidências do caso para todos os presentes na audiência que, antes mesmo de começar, já está pensada na

maneira de organizar o tráfego das partes de maneira segregada (público, réus, testemunhas, vítimas, juízes) dentro do Tribunal.

A arquitetura de um Tribunal e, em especial, de uma sala de audiências criminal, molda a percepção subjetiva que se têm da Justiça, pois é capaz de afetar significativamente a dinâmica dos atores que fazem a sua distribuição.

A adoção dessas práticas no Brasil representaria um salto qualitativo na nossa Justiça Criminal e um passo definitivo no rumo da implementação de um sistema processual verdadeiramente acusatório, o que tornaria clara a intenção do Estado em abandonar práticas inquisitivas.

Entretanto, no Brasil, se mantém no centro das atenções a discussão sobre a morosidade da Justiça, como se isso prescindisse de atitudes que dessem maior publicidade às audiências, tornando-as mais produtivas, ou como se fosse dispensável a necessidade da verificação da qualidade das decisões e a legitimação do sistema por meio de práticas que favorecem a sua transparência.

Da mesma forma, ignoramos que uma Justiça eficiente passa não apenas pela celeridade dos julgamentos, mas também pela correta aplicação das penas, pela utilização eficiente de medidas de proteção e reparação às vítimas, pela investigação de qualidade e pela adoção de medidas que desestimulem a necessidade de revisão de sentenças.

Atualmente, no Brasil, o *modus operandi* das nossas audiências criminais não é mais objeto de crítica ou de reflexão, porque se perderam no tempo as razões que estabeleceram as suas práticas. Torna-se normal o uso de um senso comum que muitas vezes não se sabe nem o porquê de existirem.

As sentenças são totalmente abstratas, produzidas fora da irrepetibilidade das argumentações, da imprevisibilidade e da tensão que gera a produção de decisões de qualidade. Os elementos e as evidências do processo são transformados em papel (físico ou virtual) e retirados do domínio do público, o que torna o ambiente da audiência criminal no Brasil de uma monotonia e de um desânimo acachapantes.

Caminhamos com antolhos de cavalo, ignorando os reais problemas da Justiça criminal. Pior que isso, nos submetemos à noção equivocada de

que a eficiência do sistema punitivo é incompatível com as conquistas que se refletem em direitos e garantias fundamentais.

Assim, recrudescemos dia-a-dia o conjunto de faltas e uma série de opções equivocadas que nos levam ao abandono de elementos muito importantes na operacionalização prática da Justiça.

Assim, também desconsideramos que uma Justiça eficiente passa pelo uso racional de verbas públicas na aplicação de penas, pela consideração dos danos sociais e do alto custo do encarceramento e pela necessidade de a Justiça se abrir para alcançar, cada vez mais, a raiz dos conflitos e não apenas as suas consequências.

E, em que pese tais argumentos parecerem compatíveis apenas com o sentimento de um defensor público, essa necessidade de racionalização da aplicação de penas e do funcionamento da Justiça criminal é algo que já é realidade até mesmo no projeto de um Governo tido como de extrema direita como hoje os EUA⁷⁴.

No final das contas então, como não acreditar no avanço, na qualificação e na modernização da Justiça?

Já passou da hora de rejeitar a ascensão do Estado penal como vingança como uma solução apropriada e como uma resposta oficial à altura dos nossos problemas. Deixemos esse Estado Penal no campo do simbólico, para o deleite e gozo de alguns ávidos pelo exercício de algum poder punitivo que lhe dê um mínimo sentido de existência.

Certamente, a percepção de um sistema incompreendido e falho está contribuindo para o recrudescimento de um sentimento primário de vingança privada e para o fortalecimento da ideia de que é por meio de punições exemplares e penas implacáveis, que se deve fazer a boa Justiça criminal.

No campo técnico urge reconhecer que a tradição marcada pelo isolamento e pela falta de dinamização da Justiça não se adequa mais à con-

74 <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/12/congresso-dos-eua-aprova-lei-que-reforma-justica-criminal.shtml>.

temporaneidade e ao interesse pela dominação compartilhada do Direito e da sua aplicação por parte da sociedade.

Estamos diante de um momento que nos exige uma noção mais aberta e mais democrática da Justiça e a humildade de reconhecer que há inevitavelmente um impacto físico do ambiente e do ritual de uma audiência criminal na realização da Justiça.

REFERÊNCIAS

Andrade, M. F. (2014). “Sistema processual penal democrático: reflexos de sua proposição no projeto de código de processo penal”. *Revista eletrônica de direito penal e política criminal UFRGS*, v. 2, n. 1. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/52316>>. Acesso em: 16 out. 2018.

Badaró, G. H. (2018). “Garantias processuais e o sistema acusatório”. In: _____. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, cap. 1. E-book. Disponível em: <<http://www.rt.com.br/proview/>>. Acesso em: 16 out. 2018.

Carraher, D. W. (2002). *Senso crítico: do dia-a-dia às Ciências Humanas*. 6ª reimpr. da 1 ed de 1983. São Paulo: Pioneira, Thomson Learning.

Casara, R. R.R e Karam, M. L. (2005). “Redefinição Cênica das Salas de Audiência e de Sessões dos Tribunais”. *Revista de Estudos Criminais*, ano V, Jul/Set, -nº19, pp. 123-129.

Casara, R. R.R. (2015). “Um banquinho o Ministério Público e a Constituição em Busca de um espaço público republicano”. *Boletim IBCCRIM*, Ano 13, nº151, Junho.

Conselho Nacional de Justiça (2018). *BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>. Acesso em: 01 dez. 2018.

Cruz, R. S. M. (2014). “Processo penal democrático”. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 236–251, maio-ago. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista65/revista65_236.pdf> Acesso em: 15 out. 2018.

Dezem, G. M. (2018). “Sistemas processuais penais”. In: _____. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, cap. 3. E-book.

Disponível em: <<http://www.rt.com.br/proview/>>. Acesso em: 16 out. 2018.

Frazer, M. S. (2006). *The Impact of the Community Court Model on Defendant Perceptions of Fairness – A Case Study at the Red Hook Community Justice Center*, September. Center For Court Innovation. Disponível em <https://www.courtinnovation.org/sites/default/files/Procedural_Fairness.pdf> Acesso em: 01 dez. 2018.

Neves, L. G. B. N. (2014). “A função do processo penal no estado democrático de direito”. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n.163, jan. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/index>>. Acesso em: 16 out. 2018.

Nicolitt, A. (2015). “Medidas cautelares e sistema acusatório”. In: _____. *Processo penal cautelar: prisão e demais medidas cautelares*. São Paulo: Revista dos tribunais. cap. 3. E-book. Disponível em: <<http://www.rt.com.br/proview/>>. Acesso em: 16 out. 2018.

Somos, M. & Lewis-Gostwyck, M, (2018). “A new architecture of Justice: Dan Kiley’s design for the Nuremberg Trial’s courtroom”. Max Planck Institute. *MPIL Research Paper Series*. Nº 04. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3165374> Acesso em 15 de out. 2018.

Spalding, N. W. (2012), “The Enclousure os Justice: Courthouse Architecture, Due Processo, and Dead Metaphor of Trial”. *Yale Journal of Law & Humanities*. Vol 24:Iss 1, Article 16. Disponível em: <<https://digital-commons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1390&context=yjlh>> Acesso em 15 out de 2018.

Stohan, C. (2017). “Courtroom Design and the politization of legal space”. University of British Columbia, UA – *The Undergraduate Awards Library*, 07.11.2017. Disponível em: <<http://www.undergraduatelibrary.org/system/files/UA511.pdf>>Acesso em 15 out de 2018.

Streck, L. L. (2011). “O mito da concepção cênica da sala de audiências (sic) e o problema dos paradoxos - a geopolítica do foro da restinga”. *Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.amprs.org.br/artigos/4059/o-mito-da-concepcao-cenica-da>>

-sala-de-audiencias-sic-e-o-problema-dos-paradoxos-a-geopolitica-do-foro-da-restinga>. Acesso em 09 de janeiro de 2019.

Tait, A. A. (2013). "Constructing Courts: Architecture, the Ideology of Judging, and the Public Sphere". *Richmond School of Law. Law Faculty Publications*. UR Scholarship Repository. 515-545. Disponível em: <<https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2184&context=law-faculty-publications>> Acesso em 15 out de 2018.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: UMA PRÁTICA REATIVA AO PROCESSO PENAL DE CARIZ INQUISITORIAL

Ana Carolina Filippon Stein⁷⁵

Brunna Laporte Cazabonnet⁷⁶

INTRODUÇÃO

Este trabalho se concentra no exame da implementação das audiências de custódia, desde a sua previsão, na resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, até a atualidade. Com a pesquisa objetiva-se tocar num dos pontos mais caros à linha minimalista do direito penal desenvolvida no Brasil, qual seja: a centralidade do uso do cárcere e, conseqüentemente, os agigantados números de vidas aprisionadas no país, apesar da inserção, nos últimos tempos, de uma série de mecanismos forjados na sua ótica.

A questão que orientou o trabalho foi definida assim: pode-se caracterizar a audiência de custódia, nos moldes atuais, como uma prática reativa ao modelo processual penal de cariz inquisitorial?

Como hipótese ao problema, sustentou-se a colonização de mais esse mecanismo pelo eficientismo penal, que é afincado num modelo escrito e burocratizado, travestido de oralidade, que garante a centralidade do uso da prisão cautelar. Portanto, barra-se a plena concretização da audiência de custódia enquanto prática afinada com um modelo de proces-

75 Mestra 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. Professora Universitária Unicnec/Osório (RS). Advogada. Membro da Comissão de Direitos Humanos Sobral Pinto OABRS.

76 Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Bolsa Capes); Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Bolsa ProBolsas); Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professora de direito penal e processual penal da Urcamp – Campus Alegrete e São Gabriel – e da Faculdade São Francisco de Assis - Porto Alegre. Advogada.

so penal acusatório e democrático, constitucional e convencionalmente adequado.

Dito isso, na primeira parte da pesquisa será estudada a principal funcionalidade atribuída à audiência de custódia, ou seja, o seu emprego quando ocorrem prisões em flagrante. Nessa etapa, são analisados dados disponibilizados quanto à forma de condução do instituto e os resultados obtidos, para, assim, confrontá-los com os objetivos traçados quando da sua implementação pelo CNJ, que seriam a redução da população carcerária provisória e a identificação de possíveis maus tratos e violência policial no momento da prisão.

Na segunda parte da pesquisa será observado o emprego dessas audiências na hipótese de decretação de prisão cautelar, fora dos casos de flagrante. Afirma-se que esta parte da resolução supracitada, conforme as pesquisas examinadas, foi relegada a um segundo plano. Não obstante, é disposição tão essencial quanto a previsão em caso de flagrante delito. Veja-se que a prisão em flagrante pode ou não ocorrer; se ocorrer, após a audiência, estará vencida essa etapa. Já as medidas cautelares pessoais, propriamente ditas,⁷⁷ podem ser aplicadas desde a investigação policial até antes do trânsito em julgado de sentença penal, ou seja, a extensão procedimental na qual cabe seu uso é absolutamente maior. Dessa forma, estabelecer-se-á como fulcral a sua realização nessas hipóteses. Por fim, na última etapa do trabalho, será feita uma análise crítica da utilização das audiências de custódia, bem como a insuficiência das disposições do novo Código de Processo Penal (CPP), em trâmite de aprovação no Congresso Nacional, para proceduralizá-la, uniformizado-a. A metodologia usada foi a pesquisa bibliográfica.

1. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PRISÃO EM FLAGRANTE

O instituto da audiência de custódia aporta no ambiente processual penal brasileiro com a Resolução nº 213, editada pelo CNJ, somente no ano de 2015, tendo como finalidade secundária cumprir com diretriz internacional de direitos humanos, através da aderência às normas do Pacto de San José da Costa Rica, tendo como objetivo principal a tentativa de

77 Coloca-se “propriamente ditas”, pois há que se destacar que a prisão em flagrante cuida de medida que antecede a cognição cautelar, um prelúdio ao possível emprego da tutela cautelar na seara penal. Ou seja, é uma medida de natureza administrativa que, necessariamente, deverá ser examinada por um juiz.

redução do passivo carcerário do país que, em 2015, já superava a marca de 600 mil presos.

Em que pese a apresentação de pessoa presa, de forma imediata, a um juiz competente, ser determinação que emerge em forma de artigo-diretriz da Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948 (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 2012), e a previsão legal dela decorrente, a qual nasce através de disposição do art. 6º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujas normas entraram em vigor no Brasil em 1992, através do Decreto nº 678, dispondo que: “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora, à presença de um juiz [...]” (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 424), o Brasil levou mais de 23 anos para conceber e receber a audiência de custódia em seu âmbito normativo.

De acordo com Andrade e Alfen (2016), apesar de em algumas legislações esparsas já existir a previsão de apresentação imediata de pessoa presa a um juiz competente,⁷⁸ os legisladores brasileiros mantiveram-se inertes quanto à regularização de uma audiência de apresentação do custodiado ao juiz. Uma oportunidade que restou perdida, inclusive, quando da alteração do Código de Processo Penal, realizada em 2011, no capítulo que tratava das prisões.

O comando constitucional, previsto no art. 5º, inciso LXII, da Constituição Cidadã, se mostrou sem aplicação prática até o reconhecimento do efetivo colapso do sistema penitenciário brasileiro, sendo, até então, mera argumentação a fundamentar *habeas corpus* ao longo do tempo.

No ano de 2011, através do Projeto de Lei nº 554/2011 (BRASIL, 2011), houve concreta movimentação no sentido de introduzir a audiência de custódia no CPP, com a reforma do art. 306, mas o surgimento do referido instituto, conforme já indicado, se deu somente no ano de 2015, com a Resolução n. 213 do CNJ, a qual determinou a implantação das audiências de custódia pelos Tribunais dos Estados e Regiões, e estabeleceu diretrizes de postura aos magistrados que fossem realizá-las.

Neste contexto, as audiências de custódia foram previstas para atender casos de prisões em flagrante, cabendo ao juiz condutor questionar sobre possível violência e maus tratos praticados no momento da detenção e

78 Como exemplo, citam-se o Código Eleitoral, lei 4737/65, artigo 236, parágrafo 2º; LO-MAN, LC 35/79, art. 33, II; anterior à CF/88, o Código de Menores então Lei 6697/79, artigo 99.

analisar os requisitos do flagrante, verificando não só a legalidade da apreensão efetuada, mas também a necessidade de manutenção da segregação do custodiado ou a concessão de sua liberdade. Esse é o teor dos artigos 1º e 8º da resolução:

Art. 1o Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. [...] Art. 8o Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: (...) VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar (Conselho Nacional de Justiça, 2015).

Em que pese a teoria aplicada e as boas intenções que fundamentam a regulamentação e a aplicação do instituto da audiência de custódia em solo brasileiro, os números de presos provisórios só faz aumentar, cabendo ao Brasil ostentar o triste terceiro lugar mundial em número de custodiados, contando com um contingente de mais de 726 mil presos, dos quais quase 50% cuidam-se de presos provisórios (Ministério da Justiça, 2017).

Os números das audiências de custódia coletados pelos Tribunais de Justiça dos Estados mostram realidades diferentes conforme o comprometimento de cada justiça local com a efetividade do instituto. A média nacional de prisões preventivas decretadas em audiência de custódia, até junho de 2017, foi de 55,32%, enquanto que o percentual de liberdade provisória concedida ficou em 44,68% (Conselho Nacional de Justiça, 2017).

Entre os Estados que produziram melhores resultados em percentuais de liberdade provisória concedidas, comprometendo-se, portanto, com o real objetivo das audiências de custódia, que seria de reduzir o contingente de presos provisórios, está a Bahia, com 61,25% de liberdade provisória concedida e 38,75% de decretação de prisão preventiva.

Ainda que se pretenda dar às audiências de custódia um viés utilitário, de colaboração na redução dos números de presos provisórios, certo é que

o instituto reveste-se de caráter humanista, uma vez que a apresentação imediata de pessoa presa a um juiz competente visa o reconhecimento pessoal das partes, a aproximação do magistrado com o custodiado, a fim daquele perceber a real necessidade e motivação da prisão realizada, e assim decidir pela manutenção ou não da segregação cautelar, lembrando sempre o norte da prisão como *ultima ratio*.

Na pesquisa realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (2017), a conclusão aponta que as audiências de custódia têm contribuído para a redução de decretação de prisões preventivas, em face dos percentuais apresentados, muito embora a liberdade provisória plena não está sendo contemplada na maioria dos casos onde ela é concedida, visto que vinculada a fixação de cautelares diversas:

Há que se destacar uma resistência dos magistrados em decretar a liberdade plena dos conduzidos, tendo em vista que, do total das 590 decisões analisadas, o maior resultado obtido foi o de liberdade com fixação de cautelares, totalizando o número de 286 decisões. Tal fato indica que houve um desvio de finalidade quanto ao escopo da Lei n. 12.403/2011, fazendo com que as medidas cautelares se tornassem, em verdade, alternativas à liberdade plena, e não à prisão provisória, como esperado (Instituto Baiano de Direito Processual Penal, 2017).

Reside, ainda, no imaginário não só dos atores técnicos processuais, *in casu*, magistrados, bem como no da sociedade, a ideia de que a prisão regenera e produz efeito pedagógico nos demais cidadãos, isto é, produz-se com a prisão a ilusão de segurança e de punibilidade atribuída ao sistema criminal. Neste contexto, alerta Zaffaroni (2009, p. 76-77): “o direito penal sempre ‘aspira’, ‘tende’, ‘procura’, mas não realiza ‘magicamente’” A construção, a realização virá do confronto do dado real com soluções concretas, visando sempre a intervenção mínima e menos violenta do direito penal.

Dessa forma, apesar dos bons números produzidos pelo Estado da Bahia, o relatório explicita os problemas encontrados nas fundamentações das decisões, as quais demonstram certo “receio” em enfrentar de forma pontual e objetiva a legalidade/ilegalidade do flagrante realizado e a real necessidade de implementação de medidas cautelares junto com a concessão da liberdade provisória, em confronto com o caso concreto. Nesse sentido:

Diante da pouca expressividade de decisões proferidas em audiências de custódias que tenham concluído pela concessão de liberdade plena, aliada à ausência de fundamentação concreta para a aplicação das cautelares previstas no art. 319 do CPP na maioria dos casos analisa-

dos, recomenda-se maior estímulo por parte do TJ/BA à utilização efetivamente excepcional de quaisquer medidas cautelares de natureza pessoal, ainda quando menos gravosas ao indivíduo autuado. Ainda no tocante à fundamentação das decisões, entende-se como imprescindível que a abordagem judicial sobre a legalidade/ilegalidade da situação de flagrância e da lavratura do APF seja realizada a partir da concretude de cada caso. A referência a elementos meramente genéricos e a dispositivos normativos não supre as exigências da audiência de custódia. (Instituto Baiano de Direito Processual Penal, 2017).

Há, por parte dos magistrados, forte resistência em aceitar a prisão ou a concessão de liberdade com restrições como medidas excepcionais a serem impostas, as quais, inclusive, demandam uma análise mais profunda do caso concreto a justificá-las. A prisão provisória, no Brasil, virou regra. Na dúvida, restringe-se a liberdade.

Seguindo com os números das audiências de custódia, muito embora a Capital do Estado do Ceará, Fortaleza, mantenha seus percentuais próximos à média nacional, sendo 40,57% de liberdade provisória concedida e 59,43% de prisão preventiva (Conselho Nacional de Justiça, 2017), a estruturação para a realização das solenidades de custódia se mostra diferenciada e, ao que parece, busca cumprir com os objetivos de aproximação do preso em flagrante com o magistrado com competência para apreciação do caso. A concentração da realização das audiências de custódia na Capital Cearense, desde 2017, se dá em instalação específica, qual seja a Vara Única e Privativa de Audiências de Custódia, preparada para a recepção do preso em flagrante e realização imediata da audiência com o custodiado. (Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 2017).

Tal preocupação demonstra que, em que pese o longo caminho a ser trilhado com relação ao enfrentamento de prisões e do contingente carcerário, há locais onde houve efetivo comprometimento com as audiências de custódia e sua real efetividade.

Em sentido contrário, há Estados que possuem os piores percentuais quando o assunto é audiência de custódia, como é o caso do Rio Grande do Sul. Em solo gaúcho, são 84,83% de decretações de prisão preventiva, contra apenas 15,17% de concessão de liberdade provisória (Conselho Nacional de Justiça, 2017). Através da Resolução nº 1.087 de 2015, do Conselho da Magistratura, o Tribunal de Justiça deste Estado regulamentou a implantação do projeto-piloto para realização de audiências de custódia na Comarca de Porto Alegre.

A norma atribui competência para processamento das audiências de custódia ao serviço de plantão do Foro Central da Capital, onde as audiên-

cias ocorrem em salas do complexo prisional, da Cadeia Pública de Porto Alegre (homens) e Penitenciária Feminina Madre Peletier (mulheres). Abaixo o teor da resolução:

O Conselho da Magistratura, no uso de suas atribuições legais e dando cumprimento à decisão deste órgão tomada na sessão de 07-07-15 (proc.themis admin nº 0010-15/000975-2) RESOLVE: Art. 1º Fica instituído o projeto-piloto para realização de audiências de custódia pelo serviço de plantão do foro central da capital do estado do Rio Grande do Sul, com prazo inicial de 120 dias, a contar de 30-07-15, abrangendo os autos de prisão em flagrante da comarca de Porto Alegre, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato. Art. 2º A audiência de custódia será realizada diariamente, inclusive nos dias não úteis, a partir das 14 horas, incluindo-se em pauta os autos de prisão em flagrante protocolados no período de plantão que se encerrou às 9 horas do mesmo dia. Parágrafo único. Nos casos excepcionais, não sendo possível a realização da audiência de custódia no dia indicado no caput, a sua realização não excederá o prazo de 48 horas contados da efetiva prisão do flagrado, ressalvada a hipótese de força maior. Art. 3º as audiências de custódia serão realizadas em salas de audiências instaladas no posto avançado da 2ª Vara de Execução Criminal de Porto Alegre, junto ao Presídio Central de Porto Alegre, e na Penitenciária Feminina Madre Peletier, iniciando os trabalhos naquele local. Art. 4º A audiência de custódia terá como objeto o exame da legalidade da prisão e da necessidade da prisão cautelar ou a sua substituição por medida diversa da prisão, bem como a prevenção à tortura e a qualquer tratamento desumano ou degradante, e, ainda, a atos constitutivos de abuso de autoridade. Art. 5º O Ministério Público e a Defensoria Pública do estado serão cientificados sobre a rotina estabelecida, horário, bem como locais de realização das solenidades previstas no presente provimento. Parágrafo único. Na hipótese de defesa técnica constituída pelo flagrado, a comunicação sobre o local, a data e o horário de realização das audiências de custódia será cumprida pelo serviço de plantão do foro central, se não cientificado quando da lavratura do auto de prisão em flagrante. Art. 6º A audiência de custódia será gravada em sistema audiovisual, lavrando-se termo sucinto que conterá o inteiro teor da decisão. Parágrafo único. A mídia será encartada em envelope, que acompanhará o auto de prisão em flagrante. Art. 7º Todos os autos de prisão em flagrante, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato delitivo, serão distribuídos diretamente no serviço de plantão judiciário do Foro Central de Porto Alegre. Parágrafo único. Após a realização da audiência de custódia, o serviço de plantão judiciário providenciará o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao cartório de distribuição e contadoria, para distribuição às varas criminais de Porto Alegre (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2015).

A realidade mostra o caminho percorrido pelo custodiado em flagrante como o mais complexo possível. Após a prisão em flagrante efetuada pela Polícia Militar em algum local da Capital gaúcha, o preso é conduzido a uma delegacia, onde será lavrado seu flagrante. Após, os autos da prisão em flagrante são encaminhados para o serviço de plantão do Foro Central, enquanto que o custodiado segue para a Cadeia Pública de Porto Alegre (antigo Presídio Central), onde aguardará na triagem a chamada para a sua audiência de custódia. Importante ressaltar que neste momento, o preso em flagrante já se encontra dentro do sistema prisional a aguardar solenidade, no qual a sua prisão cautelar, inclusive a em flagrante, deveria ser analisada pelo juiz competente.

Entretanto, em sendo o mesmo magistrado que homologa o auto de prisão em flagrante quem realizará a audiência de custódia, aquele se dirigirá à penitenciária com a decisão de homologação e decretação de preventiva já definidas, restando à audiência de custódia as questões sobre possíveis maus tratos e violência policial no momento da prisão. Não será, ao menos no momento da audiência de custódia, (re)analisada a legalidade e necessidade da decretação de prisão, frustrando, assim, pressuposto de nascedouro da audiência de custódia. Talvez, a estruturação das solenidades seja um dos motivos pelos quais os números do Estado do Rio Grande do Sul se mostrem tão distantes da média nacional.

Necessário e urgente, portanto, questionar a efetiva (in)eficácia das audiências de custódia implantadas no Brasil. O discurso humanitário permanece em patamar quase que abstrato. Cediço que trabalhar diretrizes de direitos humanos em sede de processo penal é algo que vem se tornando proibitivo na cultura social brasileira:

É desalentador perceber postura tão refratária à audiência de custódia, que é instituto consagrado em muitos países, inclusive latino-americanos, o que faz crer que, malgrado as misérias do sistema processual penal e sociais sejam parecidas com a brasileira, estão em nossa frente no que pertine ao respeito aos mais básicos direitos de qualquer cidadão acusado da prática de crime (Leonardo et al., 2015).

Falar em audiências de custódia é falar em diretriz de direitos humanos; é transitar pelo processo penal sob o olhar constitucional e deveria ser possível enfrentar questões ainda não postas da maneira devida no ambiente jurídico, mas que debatidas há muito no âmbito do processo penal contemporâneo, como é o caso de ter o magistrado desvinculado

da causa principal para realizá-la, como encontramos no procedimento chileno, por exemplo.

A justiça criminal chilena conta com a competência de um juiz de garantias para condução das audiências de controle de detenção (Chile, 2000). Tal magistrado não será o julgador do processo e tampouco teve contato prévio com o *case fato* gerador da prisão, tomando conhecimento dos fatos no momento da audiência, pautando nesta seu conhecimento para análise da legalidade e necessidade da manutenção do cárcere provisório. O afastamento do juiz do caso e o contato direto e inicial com o custodiado permite uma descontaminação para análise do caso concreto e verificação dos requisitos de manutenção da prisão ou concessão de liberdade. Exemplo de procedimento processual penal democrático, norteado por diretrizes humanistas, que o Brasil deveria seguir, mormente por possuir um texto constitucional como o de 1988.

Por derradeiro, retornando ao Brasil, regularizaram-se as audiências de custódia com a finalidade de justificar o comprometimento do Brasil com a Convenção Americana de Direitos Humanos e só. A não realização correta das solenidades só reafirma a resistência no trato da liberdade, bem como no reconhecimento da decretação de prisão preventiva e medidas cautelares para a concessão da liberdade como medidas excepcionais, que demandam fundamentação pontual e objetiva a justificar a sua aplicação, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto.

2. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM HIPÓTESES DIVERSAS DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Há não muito tempo atrás, tratar de contraditório, no âmbito da tutela cautelar penal pessoal, parecia de todo desarrazoado, haja vista a crença de que o perigo decorrente da liberdade do indivíduo não poderia ser compatibilizado com um ato que permitisse o contra-argumento.

Raciocínio este que ainda não foi totalmente transposto. Exemplo disso é a reforma mais recente sofrida no título da prisão e liberdade do CPP, que ficou muito aquém, em termos de inserção do contraditório, do esperado. Observe-se o teor do art. 282, §3, do CPP, que traz a seguinte redação: “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” (BRASIL, 1941).

Isso se respaldou no “histórico modelo administrativista da adoção dessas medidas” (Choukr, 2018, p. 647) e foi reforçado, inclusive, pela sua

redação incerta, que não determina a necessidade de uma audiência para possibilitar a reação da defesa, tampouco estabelece prazo, apenas fala em “intimação da parte contrária”. Ainda,

o automatismo das medidas cautelares penais, desvinculadas que estão de um processo cautelar em que medidas são incidentais, sempre sujeitas a um contraditório ainda que posterior, e obedientes a determinada procedimentalização, soa incompatível com a ideia de cognição e contraditório prévios à decretação. Sob esse enfoque, a norma em vigor parece, realmente, desnecessária e ilógica. (Choukr, 2018, p. 647).

Portanto, não se avançou em termos de contraditório, na aplicação de medidas cautelares pessoais, uma vez examinada a ausência de uma procedimentalização cautelar penal própria, “que materialize, com o emprego substancial do devido processo legal, o caminho cognitivo a ser percorrido pelo Magistrado para que alcance seu provimento” (Choukr, 2018, p. 645).

Foi apenas alguns anos depois da reforma da Lei nº 12.403/2011, no ano de 2015, com a Resolução nº 213 do CNJ, que o direito do preso cautelar, de ser levado à presença de um juiz, começou a tomar forma, conforme se extrai da primeira parte deste trabalho.

Todavia, apesar de se iniciar com a realização das audiências de custódia, logrando reduzir os índices de conversão da prisão em flagrante em preventiva (art. 1º), o art. 13º da Resolução permaneceu bastante esquecido. Segue o seu teor: “a apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução” (Conselho Nacional de Justiça, 2015).

Se se observam as pesquisas apresentadas anteriormente, que produziram uma espécie de observatório de implementação das audiências, constata-se que o cerne destas são as prisões em flagrantes e o controle da sua execução. Ou seja, como regra, permanece-se sem contraditório, anterior ou contemporâneo, à decretação de prisão cautelar.

Nesse contexto, o *input* ao sistema prisional foi diminuído, em razão do menor índice de conversão de flagrantes em prisão cautelar, entretanto manteve-se intocado o *input* decorrente de mandados de prisão cautelar decretados fora dessa hipótese. O *output* também se mantém inalterado, pois os presos já acautelados não passam por uma audiência para a revisão da permanência da necessidade da segregação, reavaliando-se os

fundamentos cautelares dispostos no CPP, quais sejam: conveniência da instrução criminal; assegurar a aplicação da lei penal; garantia da ordem pública e de ordem econômica.⁷⁹

Por essa razão, é essencial a ampliação das hipóteses de realização da audiência de custódia, para que, efetivamente, se possa falar em contraditório no âmbito da tutela cautelar. As audiências devem sempre preceder o uso de qualquer medida cautelar de natureza pessoal, bem como estabelecer-se um prazo para utilizá-la para fins de exame de permanência de necessidade de medidas já aplicadas.

Este é um passo inarredável para garantir a isonomia processual penal, com paridade de oportunidades e armas, bem como a humanização do exercício da jurisdição cautelar, soterrando finalmente o tratamento do preso como objeto probante, dando-lhe um lugar de fala, o lugar que corresponde a um sujeito de direitos. Sustenta-se, portanto, que para ampliar o espaço pífio concedido à liberdade, é imperativo alargar o uso da audiência de custódia.

É precisa a lição de Martins (2013) quando afirma que é a observação imediata que altera e desenvolve o sentido das palavras, o que, em termos de conteúdo, poderá ser favorável ou desfavorável ao sujeito detido, sendo, entretanto, fundamental.

Para romper com a lógica inquisitorial, que funda a tutela cautelar e respalda a sua aplicação administrativizada, garantido-lhe o espaço de instrumento central do modelo persecutório penal contemporâneo, devem-se combinar estratégias de diversas ordens, já que não basta tão somente uma alteração no plano normativo, administrativo, mas é fulcral tocar no plano cultural.

Com razão Binder, quando aduz que não basta a substituição de um diploma legal por outro como meio de modificar a racionalidade de atuação dos atores envolvidos no processo, pois se impõe delinear, no campo da justiça criminal, práticas reativas à tradição inquisitorial, aptas a enfraquecer a estrutura atual desse campo (Binder, 2017). Nessa ótica, explica Leite que:

O aperfeiçoamento de um sistema jurídico exige iniciativas diversas e interconectadas. A primeira delas é a alteração legislativa, a fim de que

79 Por não ser objeto do presente artigo, não se analisará a crítica quanto à presença da garantia da ordem pública e da ordem econômica como fundamentos processuais aptos a embasar o encarceramento cautelar.

haja o ajustamento dos dispositivos legais à realidade social e à necessidade de resguardar direitos e garantias fundamentais em níveis cada vez mais avançados. No entanto, criação de novas leis ou modificação das já existentes não acarreta necessariamente melhorias concretas no âmbito em que se pretende intervir. Nesse sentido, o segundo aspecto importante é a mudança cultural, a disponibilidade dos agentes que atuam em determinado segmento jurídico de incorporar novos paradigmas, conferindo-lhes efetividade. O terceiro ponto é o interesse do Poder Público em destinar recursos suficientes para implementar a reforma (Leite, 2018, p. 137).

Dessa forma, para que se possa falar num processo penal acusatório/democrático e numa tutela cautelar ajustada a ele, deve-se manter a busca por mecanismos aptos a romper as lentes autoritárias que o leem.

3. DIAGNÓSTICO PRELIMINAR: DA COLONIZAÇÃO DE MAIS UM MECANISMO PELA ÓTICA PROCESSUAL DOMINANTE

O controle social, no capitalismo globalizado, tem no controle penal uma ramificação central. Este último não pode ser definido como uma tendência unidirecional, mas como um conjunto de tendências, que combinam a sua expansão quantitativa e qualitativa, bem como a exploração do controle social informal.

Tampouco são isoladas as tendências de recrudescimento e expansão penal, pois, no Brasil, somam-se a estas as correntes vinculadas a um minimalismo reformista, atrelado a reformas em matéria penal, processual penal e penitenciária. Em apertada síntese, elas englobam propostas despenalizadoras e de intervenção mínima, com o objetivo final da substituição do uso do cárcere (ANDRADE, 2012, p. 258).

Dito isso, não há dificuldade de inserir as audiências de custódia nesse último discurso: o de redução do uso do cárcere no Brasil. Esse é o posicionamento do CNJ quando se manifesta contrário à cultura do encarceramento, à crença de que a prisão resolve a criminalidade, de modo que a audiência de custódia foi posta em sintonia com uma mudança de paradigma. (Conselho Nacional de Justiça, 2016).

Como pano de fundo dessas tendências, deve-se ressaltar a nada lisonjeira posição, que ocupa o Brasil, como um dos maiores encarceradores do mundo. No ano de 2011, quando sobreveio a Lei nº 12.403, estava-se frente a uma tentativa, pautada pelo discurso minimalista reformista,

da redução do emprego da prisão, buscando colocá-lo como derradeira hipótese.

Não obstante, os mecanismos alternativos à prisão preventiva, previstos na legislação supracitada, não lograram tocar de forma significativa o núcleo duro da seletividade prisional. Lembrando que esse núcleo, no país, é formado por crimes de tráfico de drogas e contra o patrimônio. Por isso, mais uma vez, a alteração da centralidade da prisão cautelar foi frustrada, não se logrou uma mudança significativa do quadro prisional brasileiro, e se aparatou ainda mais o braço da seara penal, já que “há um excesso de expectativa em relação à prisão preventiva, como se fosse o principal instrumento de política de segurança pública eficaz, o que naturalmente é um equívoco” (Leite, 2018, p. 129).

Relegitimou-se a ideia da prisão cautelar para crimes “graves” e o uso de medidas cautelares diversas para a criminalidade “leve”, apesar de que nunca se tenha travado uma discussão acadêmica séria para criar-se essa distinção. Dessa forma, conforme apontado nas pesquisas da primeira parte do trabalho, se estabeleceu uma descrença na cautelaridade dessas medidas, sendo utilizadas em hipóteses que, muitas vezes, não exigiriam nenhuma medida. Também se reforçou o papel saneador da prisão, pois frustrando-se as expectativas depositadas na aplicação daquelas, esta está lá para ser utilizada em caso de descumprimento, ainda que em crimes de “menor gravidade” que não autorizariam aprisionamento. Em síntese, um arcabouço de medidas criado para a ampliação da liberdade terminou por reduzi-la ainda mais.

É importante perceber que tanto as audiências de custódia quanto as medidas cautelares alternativas foram apresentadas como novos mecanismos a serem utilizados no âmbito da Justiça Criminal. Todavia, foram desprovidos de qualquer estudo de impacto. Não houve definição quanto à implementação, tampouco capacitação ou mesmo exame dos aparatos disponíveis para garantir a concretização das suas funções declaradas. Em consequência disso, termina-se por retroalimentar o falso discurso de que tudo se tenta, mas nada logra modificar o papel central ocupado pela prisão cautelar.

Veja-se. Com esse atropelo, retornando ao objeto audiência de custódia, facilmente esta foi colonizada pelo discurso eficientista saneador, relegitando a expansão do controle pelo viés penal. E, apesar de terem sido atingidos bons índices de não conversão da prisão em flagrante em

preventiva, reduziu-se o pequeno espaço direcionado à liberdade incondicionada.

O que foi pensando como mecanismo humanizador das decisões em matéria cautelar, de controle da arbitrariedade policial, de oportunidade de contato do preso com o juiz e com o seu defensor, transformou-se em mais uma etapa burocratizada e escrita, que se traveste de oralidade.

A oralidade, enquanto prática de formação do litígio, não é sinônimo de ler material probante previamente produzido e escriturado, mas se assenta em formá-lo oralmente, tendo na audiência a metodologia central para a tomada de decisões do processo penal. Cuida de reunir os atores do processo para produzir informação de qualidade em audiência, na frente do juiz, pelas partes, permitindo-se o controle da contraparte e possibilitando a tomada de decisões também de qualidade (Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal: Etapa Internacional, 2018).

Nesse caminhar explica Binder que:

a utilização de audiências orais e públicas para resolver todos os litígios prévios ao próprio julgamento é uma das melhores formas de introduzir uma prática massiva totalmente contrária à tradição inquisitorial, com grande benefício para a celeridade e eficiência do próprio processo penal (2017, p. 53).

A realização de audiência como elemento contra cultural é essencial, “produz uma ruptura na cultura de trabalho dos juízes já que os leva diretamente ao litígio público, à fundamentação oral e evita de modo radical toda delegação de funções” (Binder, 2017, p. 77).

Portanto, impõe-se a exploração da Resolução do CNJ no que toca à disposição sobre a realização de audiências de custódia para além das prisões em flagrante, conforme a previsão já existente. Este parece ser um ponto fulcral, pois apesar dos dados estimulantes de alguns Estados do país, que garantiram a liberdade provisória de 40/50% dos presos em flagrante, permanece intocada a situação de pessoas já presas ou com prisão decretada após o flagrante ou no curso do processo penal.⁸⁰

Pelo exposto, não parece incorreto afirmar que se reduz, em parte, o *input* ao sistema prisional com a realização das audiências de custódia,

80 Não se ignora que, em alguns Estados, a Justiça Federal tem realizado audiências de custódia que antecedem as prisões cautelares como um todo, mas também se sabe que esses crimes não são os grandes responsáveis pela superlotação carcerária brasileira,

mas o *output* permanece intocado. Evidentemente que não se menospreza o enorme passo dado com a implementação dessas audiências, mas ainda tem se mostrado um passo tímido e insuficiente, dada a forma com que é realizada e em quais oportunidades.

4. AVANÇANDO NA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Pelos pontos desenvolvidos até aqui, sustenta-se como relevante para uniformizar a realização da audiência de custódia, além da sua previsão legal, já que, no Brasil, ela não ocorre em todas as comarcas da mesma forma e no mesmo prazo, a definição dos contornos desse ato.

Para tanto, utiliza-se como parâmetro as disposições processuais penais chilenas. Desse modo, deve anteceder a utilização de quaisquer medidas de cunho cautelar a postulação do órgão acusador. Não compete ao juiz aplicá-las de ofício, sob pena de quebra irreparável da imparcialidade e equilíbrio processual. A atuação de ofício é um dos principais ranços do processo inquisitório, representa “um símbolo da administrativização do modelo e de sua potencial inquisitividade, nada obstante sua possibilidade de estar, agora, restrita ao curso do processo e não mais desde a investigação (ao menos na forma da imposição inicial)” (Choukr, 2018, p. 645).

Conforme já destacada, a discussão do emprego das medidas deve se dar em audiência, que estimule a procedimentalização oral, de competência de juiz diverso daquele que julgará o processo penal. Na legislação chilena há um juiz para conduzir aquelas audiências realizadas previamente ao juízo oral (Chile, 2000), criando-se condições, assim, de garantir a originalidade cognitiva por ocasião do julgamento do caso penal.

Nessa audiência, inicialmente, se examina a existência dos requisitos, ou pressupostos materiais (art. 140, alíneas a e b, do CPP Chileno), que tratam do relato do fato delitivo e a concorrência do imputado nele. Aqui insere-se o questionamento quanto à condução do flagrante, por exemplo, se a prisão decorreu dele. Segue-se, apenas se estabelecidos os pressupostos materiais, com a análise dos fundamentos cautelares, ou pressupostos processuais (art. 140, alínea c, do CPP Chileno), que se assentam nas causas de procedência (Chile, 2000). Esta segunda etapa é

conforme dados disponibilizados pelo Infopen (2017).

balizada por medidas previamente definidas em lei e com o estabelecimento, como regra, de prazo de duração.

Lamentavelmente, pelo andamento do Projeto de Lei atinente ao novo CPP, está-se longe de um modelo que prima pela audiência como metodologia de tomada de decisões em matéria cautelar. Diga-se, nas disposições originárias, sequer há a previsão da realização da audiência de custódia. Todavia, após a coleta de pareceres e emendas de outros deputados, o relatório final, ainda pendente de aprovação, que traz um texto substitutivo ao CPP, de relatoria do Deputado Federal João Campos, a inclui (Brasil, 2018).

Contudo, os núcleos fundantes da tutela cautelar permaneceram intocados, o que, inexoravelmente, conduzirá a mais do mesmo. As audiências de custódia não foram uniformizadas como ato processual obrigatório sempre que se decreta alguma medida cautelar pessoal. O julgador segue podendo atuar de ofício, apesar de agora ter-se a previsão de um juiz de garantias.

Ademais, o fundamento que garante a funcionalidade de defesa social da prisão permanece hígido (garantia da ordem pública), além de ampliar-se o significativo cautelar para acobertar toda e qualquer medida que restrinja a liberdade (incluindo-se aqui a temporária e, novamente, a prisão em flagrante). Dessa forma, se está na iminência de dar-se um passo à frente, com a inserção de algumas disposições, e dez para atrás, pois práticas reativas ao modelo inquisitorial serão facilmente abortadas pela permanência de mecanismos que garantem que a funcionalidade da tutela cautelar esteja vinculada a escopos não processuais.

Avançamos na compreensão de que um dos passos para a mudança, somado a outras estratégias, é a alteração legislativa como meio de resguardar “direitos e garantias fundamentais em níveis cada vez mais avançados” (Leite, 2018, p. 137). Não obstante, pela redação atual do futuro CPP, não parece que se criará um novo paradigma para o emprego dessa tutela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O aporte das audiências de custódia no Brasil na legislação atende à necessidade de adequação à normativa internacional protetiva de direitos humanos. Ainda que com significativo atraso, passados mais de vinte anos da aderência à CADH e sua efetiva inserção em am-

biente legislativo pátrio, o Brasil avançou, mesmo que por meio de ato administrativo do CNJ.

2. Partindo do exame dos dados e realidades regionais expostos, é possível concluir que a audiência de custódia se apresenta, ainda, como um instituto que não atinge os objetivos pretendidos. Isso se deve à centralidade da segregação cautelar como mecanismo de controle penal, respaldada na ausência de compreensão da excepcionalidade da restrição de liberdade através de medidas cautelares de natureza pessoal. Somando-se ainda a forma como são realizadas essas audiências, muitas vezes, produzidas apenas para convalidar decisão já tomada pelo julgador.
3. Em termos de procedimentalização da oralidade e do contraditório, no âmbito cautelar, há um déficit, apesar do emprego das audiências de custódia. Deficitárias também são as hipóteses de realização (prisão em flagrante), de modo que o seu uso é reduzidíssimo, quando não inexistente, em outras situações de segregação cautelar propriamente ditas.
4. Entretanto, sustenta-se o aprimoramento da inserção da audiência de custódia, estabelecendo aquele que deve ser o seu conteúdo, bem como dar-lhe uniformidade de uso, de modo a anteceder a aplicação de toda e qualquer medida cautelar que prive a liberdade ou restrinja outros direitos, reafirmando-se uma proposta de um processo penal democrático e menos violento.

REFERÊNCIAS

Andrade, V. R. P. de (2012). *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan.

Andrade, M. F. & Alfen, P. R. (2016). *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. 2ª edição. Livraria do advogado: Porto Alegre.

Binder, A. (2017). *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Org.: Aline Gostinski, Leonel González Postigo, Geraldo Prado. Trad. Augusto Jobim do Amaral. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito.

Brasil. (1941). *Código de processo penal*. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em 04 de set. de 2018.

Brasil. (2011). Senado Federal. *Projeto de lei nº 554 de 7 de setembro de 2011*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=95848&tp=1.>> Acesso em: 31 de ago. de 2018.

Choukr, F. H. (2018). *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 8 ed. Belo horizonte: Editora D'Plácido.

Conselho Nacional de Justiça (2016). *Audiência de custódia*. Brasília: CNJ. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br> > Acesso em: 27 de jul. de 2018.

Conselho Nacional de Justiça. (sem data) *Mapa de implantação: audiência de custódia*. 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: 30 de jul. de 2017.

Conselho Nacional de Justiça (2015). *Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> > Acesso em: 31 de ago. de 2018.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Pacto San José Da Costa Rica* (2012). Capítulo II, Artigo 6º, item 5. Legislação de Direito Internacional. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva.

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). *Resolução n. 217-A – Assembleia Geral da ONU – 1948*. Legislação de Direito Internacional. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Instituto Baiano de Direito Processual Penal. (2017). *Relatório final de atividades: grupos de pesquisa sobre audiências de custódia*. Convênio de Cooperação Técnico-Científico TJ/BA e IBADPP. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/2139/o-ibadpp-divulga-o-resultado-da-pesquisa-sobre-as-audiencias-de-custodia-realizadas-no-estado>.> Acesso em: 15 de jul. de 2018.

Leite, R. V. (2018). "A ordem pública como fundamento da prisão preventiva". In: *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Dir. Leonel González. Vol II. Santiago: CEJA.

Leonardo, H.; Vieira, R. S.; Kedhi, A. P. de A.; Bezerra, A. A. S. (2015). *Não há qualquer esquizofrenia na implantação da audiência de custódia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-09/nao-qualquer>>

-esquizofrenia-implantacao-audiencia-custodia?> Acesso em: 31 de ago. de 2018.

Martins, R. C. (2013). *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3 ed. São Paulo: Atlas.

Ministério da Justiça. *Infopen*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal>> Acesso em: 8 de dez. de 2017.

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. (2017). *TJCE e Governo inauguram nesta segunda-feira novas instalações da vara de custódia de Fortaleza*. Notícia de 04 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/noticias/tjce-e-governo-inauguram-nesta-segunda-feira-novas-instalacoes-da-vara-de-custodia-de-fortaleza/>> Acesso em 20 de ago. de 2018.

Zaffaroni, E. R.; Pierangeli, J. H. (2009). *Manual de direito penal brasileiro*. Vol. 1. Porto Alegre: Editora RT.

Este terceiro volume do livro *Desafiando a Inquisição*, publicado pelo Centro de Estudos de Justiça das Américas, atesta o amadurecimento e a ampliação dos debates acerca do modelo de justiça penal adversarial no cenário brasileiro.

Baseados em pesquisas empíricas em profundidade realizadas especialmente para esta obra, e na autorreflexão sobre os papéis desempenhados por cada um dos profissionais que atuam no sistema de justiça criminal, os artigos aqui apresentados aliam a crítica consistente a propostas de mudanças concretas e exequíveis, mas sem deixar de evidenciar o desafio que legal e culturalmente a tradição do exercício punitivo no Estado brasileiro representa para aqueles que se dispõem a trabalhar pela subsunção das normas e práticas do processo penal aos ditames constitucionais de caráter acusatório.

O livro está dividido em três capítulos: o primeiro apresenta os trabalhos referentes à reorganização estrutural das instituições jurídico-penais, enfocando as atribuições inquisitórias que ainda restam aos magistrados na instrução processual, a necessidade de desencarrega-lo das funções administrativas e de instituir a figura do juiz de garantias essencialmente acusatório; o capítulo ainda traz uma discussão sólida sobre a investigação defensiva e sobre a possibilidade de mudanças práticas sem necessidades de alterações legislativas. O segundo capítulo trata de novas ferramentas para a gestão da conflitividade, com especial foco no princípio da oportunidade e na possibilidade de negociação por parte do Ministério Público. Já o capítulo final se encarrega de apresentar as discussões sobre mudanças culturais e simbólicas na justiça criminal e sobre a implementação efetiva da oralidade, e outras diretrizes constitucionais, na realização das audiências de custódia.

Esperamos que esta obra seja mais um convite ao diálogo construtivo e propositivo entre CEJA, os autores e autoras, e todos os demais estudiosos e profissionais da área no Brasil.