

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

Diretor: **Leonel González**

Volumen II



DESAFIANDO A INQUISIÇÃO: IDEIAS E PROPOSTAS PARA A REFORMA PROCESSUAL PENAL NO BRASIL

VOLUME II



© 2018 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 II
Registro de Propriedade Intelectual: A-288370
ISBN: 978-956-8491-46-8

Desenho de capa
Fanny Romero e Eduardo Argañaras

Impressão
Gráfica LOM

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

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

Diretor

Leonel González Postigo

Coordenadora

Paula R. Ballesteros

Autores

Ana Carolina Filippou Stein

André Rocha Sampaio

Camila Ribeiro Hernandez

Eliana Bloizi

Jéssica Freitas

Joane Marcelle de Oliveira e Silva

Lorena Machado

Lucas P. Carapiá Rios

Luiz Gabriel Batista Neves

Mariana Pacheco de Figueiredo

Marina Cerqueira

Moacyr Leonardo Coimbra Mendes

Renato Sigisfried Sigismund Schindler Filho

Rodrigo Oliveira de Camargo

Rosimeire Ventura Leite

Saulo Murilo de Oliveira Mattos

Vinicius Assumpção

SUMARIO

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO 1. A ORALIDADE NO PROCESSO PENAL

- Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura do paradigma inquisitório.13
André Rocha Sampaio e Joane Marcelle de Oliveira e Silva
- A imaginária oralidade dos juizados especiais criminais.....25
Saulo Murilo de Oliveira Mattos
- A possibilidade criação de falsas memórias em julgamentos de crimes com apelo midiático. O enfrentamento do fenômeno por juízes togados e jurados, conforme os modelos de decisão previstos pelo Código de Processo Penal brasileiro.37
Ana Carolina Filippou Stein

CAPÍTULO 2. SISTEMA PENAL POR AUDIÊNCIAS

- Audiência de custódia e *audiencia de control de detención*: análise comparada entre as realidades do Brasil e Chile em matéria de controle da legalidade da prisão.51
Camila Ribeiro Hernandez e Vinicius Assumpção
- A necessária revitalização da fase intermediária do processo: pela implementação de uma audiência de controle da acusação.67
Renato Sigisfried Sigismund Schindler Filho
- Juízo oral e recebimento da denúncia: audiência preliminar para efetivação do contraditório e do controle de insuficiências e excessos na acusação.85
Rodrigo Oliveira de Camargo

CAPÍTULO 3. A PERSISTÊNCIA DA PRISÃO PREVENTIVA

Por que a prisão cautelar no Brasil é uma medida <i>prima ratio</i> (?): uma análise crítica aos desafios para a efetivação da Lei 12.403/2011.	103
<i>Marina Cerqueira e Luiz Gabriel Batista Neves</i>	
A ordem pública como fundamento da prisão preventiva.	127
<i>Rosimeire Ventura Leite</i>	
A prisão preventiva e o conceito de ordem pública na reforma processual penal.	143
<i>Moacyr Leonardo Coimbra Mendes</i>	

CAPÍTULO 4. MINISTÉRIO PÚBLICO E PERSECUÇÃO PENAL ESTRATÉGICA

Por um autor da ação penal parte: a reforma processual penal brasileira deve começar pelo Ministério Público.	159
<i>Lorena Machado</i>	
O Ministério Público na direção da prova criminal e seu papel de controle externo da atividade policial.	171
<i>Eliana Bloizi e Mariana Pacheco de Figueiredo</i>	
<i>Juicio abreviado</i> e eficiência punitiva: considerações críticas sobre a incorporação do <i>plea bargaining</i> no processo penal chileno.	183
<i>Jéssica Freitas</i>	
Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: os riscos da cultura inquisitória e das aspirações neoliberais de eficiência.	197
<i>Lucas P. Carapiá Rios</i>	

APRESENTAÇÃO

A reforma da justiça penal no Brasil requer uma ressignificação das bases teóricas do processo penal. Desde sua última atualização, no ano de 1941, foram introduzidos numerosos avanços que não podem ser ignorados na hora de construir um processo de mudança, como a adoção dos tratados internacionais de direitos humanos e a promulgação da Constituição de 1988, que convoca à instauração de um modelo republicano na justiça penal.

Esta mudança já não é mais uma dívida com a democracia brasileira, mas constitui uma evidente afronta aos compromissos constitucionais que o país assumiu há décadas, uma vez que permanecem descumpridos. De fato, somente a justiça federal de Argentina e o Brasil se encontram nessa situação, passados mais de vinte e cinco anos de profundas mudanças em todos os países da região.

Essa responsabilidade recai em quem tem uma função na aplicação do poder penal estatal. Já não é mais uma demanda apenas legislativa ou normativa. Se trata também da urgente necessidade de repensar as práticas que atualmente estão sendo desenvolvidas.

Por isso mesmo, torna-se iniludível que um novo processo penal tenha uma matriz conceitual que lhe dê sustento e firme claramente as novas regras do jogo. Os programas de capacitação, publicações, seminários, debates abertos e grupos de trabalho sobre o sistema adversarial que estão sendo realizados no Brasil abonam a ideia de que, por um lado, a reforma deve consistir em uma profunda mudança cultural e, de outro, que esta nova base teórica é possível.

Nesse exercício, a publicação que apresentamos contribui na construção de novas ideias e reflexões que partem desde uma análise empírica sobre o sistema atual, mas com um olhar em direção ao desenvolvimento de práticas relativas ao modelo que determina a Constituição e os instrumentos internacionais supervenientes das últimas décadas. Por isso, esta coleção, em geral,

e este livro em particular, não propõem debates isolados da realidade. O que fazem é observa-la e propor sua transformação e melhoria.

Este livro faz parte de um esforço conjunto que iniciamos há alguns anos com diversas instituições brasileiras que compartilham o compromisso republicano de refundar as bases do processo penal. Esse esforço se concretizou em um programa de capacitação que reúne diferentes protagonistas da justiça penal e que tem como principais objetivos contextualizar a situação do Brasil no cenário da justiça latino-americana e identificar as ações que poderiam ser desenvolvidas para implementar um sistema acusatório.

Nesta edição, contamos com trabalhos que abordam as implicações práticas da oralidade e do sistema por audiências, o inacabado debate sobre o encarceramento preventivo, a posição estratégica do Ministério Público e os processos abreviados. Seus autores são parte de todas as instituições do sistema de justiça e acadêmicas que incidem cotidianamente na realidade, o que enriquece os enfoques e nos faz ver que a reforma é, com certeza, um trabalho coletivo.

Convido todos e todas a transferir estas ideias e reflexões ao campo concreto de suas práticas e do funcionamento cotidiano do sistema penal. Não devemos esquecer que estas discussões não são apenas um intercâmbio teórico, mas visam, sobretudo, a desconstruir um modelo cultural muito bem arraigado e profundo que gera desigualdades e arbitrariedades no exercício do poder punitivo. Mudar esta realidade é nossa principal tarefa.

Leonel González
Diretor de Capacitação do CEJA

CAPÍTULO 1
A ORALIDADE
NO PROCESSO PENAL

SUPERANDO A CONTAMINAÇÃO DA SENTENÇA PELO INQUÉRITO POLICIAL: A ORALIDADE COMO ELEMENTO DE RUPTURA DO PARADIGMA INQUISITÓRIO

*André Rocha Sampaio¹
Joane Marcelle de Oliveira e Silva²*

1. Introdução

Longe de realizar-se em consonância com os cânones do sistema acusatório, o sistema processual penal vigente no Brasil carrega consigo um ranço autoritário que se manifesta em suas mais diversas feições.

Em que pese o discurso democrático que envolvia a reforma ocorrida em 2008, esta não logrou êxito em romper com a mentalidade inquisitória que permeia o funcionamento da justiça penal no país. Exemplo disto é o ocorrido com o artigo 155 do Código de Processo Penal que, inicialmente, pretendeu-se impeditivo de fundamentações decisórias baseadas em elementos informativos provenientes do inquérito policial, mas, ao final, restou “formatado” à conveniência da razão inquisitiva de modo a proibir apenas sua exclusiva utilização (ao menos de modo oficial).

A ilusão de se poder conter epistemologicamente as pulsões inquisitórias presentes na fase preliminar enquanto seu produto permanece anexo aos autos processuais até seu termo deve se situar no registro que varia da ingenuidade ao cinismo. Diante disso a questão problemática que exsurge é que a fase processual acaba por funcionar apenas como uma etapa de convalidação de informações já constituídas do que de produção probatória de fato, de modo que sequer os atos de informação repetíveis são submetidos ao contraditório devidamente.

1 Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Mestre em Direito pela UFAL. Professor adjunto de Processo Penal da UNIT/AL. E-mail: andrerochasampaio@gmail.com.
2 Graduada em Direito pela UNIT/AL. Mestranda em Direito pela UNICAP. E-mail: joane-marcelle@hotmail.com.

É diante deste cenário de desamor à democracia que o presente trabalho irá sustentar a necessidade premente da adoção da oralidade enquanto técnica de produção probatória, a única alternativa palpável às práticas jurídicas inquisitórias. Quando operacionalizada em seu sentido forte, real, ela possui o condão de criar as verdadeiras condições para o exercício do contraditório, bem como de preservar as devidas funções e lugares dos atores processuais.

2. Desconfigurações inquisitórias do processo penal brasileiro

Em meados de 2008 o Congresso Nacional teve a oportunidade de modernizar o modelo processual penal brasileiro. Em vez de um novo código, optou-se pela via da reforma, ou seja, eram três as leis – Lei 11.689, Lei 11.690 e Lei 11.719 – que visavam dar novos ares ao processo penal, propiciando um maior alinhamento com os cânones acusatórios que figuram nas cláusulas pétreas constitucionais.

O escopo era romper com as fundações fascistas do nosso código de 1941, permitindo que os princípios reitores insculpidos na Carta Magna pudessem conduzir a elaboração de um modelo de atribuição de responsabilidade criminal mais democrático e moderno.

Entre as medidas propostas estava a modificação da redação do artigo 155 do Código de Processo Penal (antigo artigo 157), cujo projeto inicialmente previa que o juiz da causa não poderia fundamentar sua decisão com base nos elementos informativos provenientes da fase pré-processual, a fase de investigação criminal.

O intuito do legislador era evidente: dotar a prova produzida em contraditório judicial – aliás, só é prova o que assim se produz – de elemento exclusivo para a tarefa judicial de reconstrução fática do acontecimento penal, fazendo com que o que fora colhido pela via de atos de investigação, consequentemente de modo unilateral e longe da fiscalização judicial, tivesse seus efeitos restritos ao momento do recebimento da denúncia. Se partirmos da premissa de que a produção probatória é a espinha dorsal ou o coração pulsante (Tonini; Conti, 2012) do processo penal, tratava-se, talvez, da mais importante medida, aquela que, ao lado da vedação de iniciativa probatória pelo juiz, teria o condão de engendrar um novo paradigma, em verdadeira sintonia com as garantias trazidas pela Constituição de 1988.

Ocorre que, se quisermos compreender melhor como opera o dispositivo penal e suas máquinas a si acopladas, ater-se ao dito significa muito pou-

co. Tratam-se de aparelhos operados de forma subterrânea; melhor dizendo, subjaz a qualquer iniciativa de sintonizar o diploma processual penal com a Carta Magna uma razão mais radical, estruturada e estruturante da sociedade brasileira, cuja análise excederia os limites deste trabalho e por isso chamaremos por ora de mentalidade inquisitória (Silveira; Paula, 2017; Choukr, 2017).

De forma profundamente simplificada, referir-nos-emos a ela como uma espécie de “propriedade emergente”, oriunda do caldo cultural que nos permeia, mas cujas origens são, por ora, menos importante do que seu funcionamento. Para melhor explicarmos este o trataremos de forma bidimensional, através das categorias molar – desde uma perspectiva macro ou social – e molecular – a partir de uma perspectiva micro, ou individualizante (Deleuze, 2012).

Assim sendo, a tentativa de impedir que houvesse o interdito legal para que o juiz se valesse, ao fundamentar sua decisão, dos elementos informativos oriundos da fase preliminar (investigativa) passou por diversas modificações textuais, ambivalentemente, até que a aparente solução salomônica surgisse: permitir o uso dos atos de investigação, contanto que não “exclusivamente”, ou seja, a fundamentação de uma eventual condenação demandaria a fórmula do “cotejo” de elementos de informação com provas obtidas em contraditório judicial (Lopes Jr, 2017).

Os argumentos para evitar a aprovação da redação original foram de variadas ordens, mas todos interligados pela fórmula retórica do “combate à criminalidade”; em última análise, o medo, enquanto afeto político (Safatle, 2015), combustível por excelências dos microfascismos moleculares (Deleuze, 2012) que colmatam a mentalidade inquisitorial, foi, sumamente, o óbice para que esse pilar acusatório se sustentasse.

Entretanto não se poderia ainda afirmar que se tratasse de um rasgo cultural nosso o mecanismo acima ventilado; poderíamos estar diante de características atinentes ao jogo político presente em um determinado contexto espaço-temporal. Porém, se efetuarmos o deslocamento da análise do sistema político para o jurídico veremos que a racionalidade operante continua a mesma.

O texto final determina que “[o] juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”, apesar da derrocada da redação original (notadamente mais próxima de expectativas acusatórias) a que fora aprovada ainda permitiria

a amplitude semântica necessária para que um sistema jurídico dotado de democraticidade (Martins, 2011) pudesse “compensar” eventuais desvios fascistas.

Se o juiz pode “formar sua convicção” apenas com base em provas e não poderá fazê-lo tão somente com base em elementos de informação, que precisarão ser “cotejados” com ao menos uma prova, o raciocínio lógico nos conduz à inevitável conclusão de que esta possui valência maior do que aqueles, devendo, por óbvio, o juiz sempre privilegiá-la. Não é o que se constatara, todavia, empiricamente.

Bastam análises perfunctórias de decisões judiciais oriundas dos mais diversos estados e níveis de jurisdição para perceber a aplicação de uma hermenêutica inquisitória “normalizada” com a bênção do próprio tribunal constitucional.

Assim, como era de se esperar, a fórmula do “cotejamento” posta em prática por conduto do advérbio “exclusivamente” não conseguiu graduar o complexo processo de (auto)convencimento judicial, sempre afeto aos mais variados operadores de contágio (Martins, 2011), sobretudo em um panorama no qual o juiz mais se visualiza com uma força policial do que com um assegurado de garantias fundamentais.

Nesse cenário, o inquérito policial se transmuta de “instrumento voltado a atuar como filtro processual de acusações infundadas” (Lopes Jr, 2017) para uma espécie de “constrangedor epistêmico”, fazendo com que a fase processual, na qual se deveria de fato ocorrer a produção da prova processual, opere menos como etapa de produção do que de mera convalidação, ou seja, fiscalização extemporânea dos atos produzidos em sede de investigação policial (Ferrua, 2012).

Até mesmo os atos de investigação repetíveis, aqueles que por excelência deveriam ser totalmente reproduzidos na fase judicial, padecem do “mal de inquérito”; de posse do fascículo inquisitorial, ora representando o papel de roteiro de reconstrução dos fatos, o magistrado implícita ou explicitamente exige que tudo seja reproduzido exatamente nos mesmos termos, sem se privar, eventualmente, da parresia de afirmar que o que fora produzido na fase policial goza de maior credibilidade por se tratar de fase mais próxima ao “calor dos fatos” e sem a possibilidade de “industrialização” da verdade pela defesa (STJ: Recurso Especial No 983.452 - MT).

Trata-se de mensagens bastante emblemáticas, cuja regularidade compõe, em termos foucaultianos, um verdadeiro conjunto de enunciados (Foucault, 2012) inquisitórios que colonizam nossa praxe processual. Desde

essa perspectiva, a verdade processual se torna menos uma questão de produção democrática, com participação paritária dos atores processuais, do que a confirmação de um sistema de crenças pessoais (Prado, 2012) protegido por um plexo de regras importadas do direito administrativo (presunção de legitimidade dos atos dos policiais, interesse público, etc), que só evidenciam o caráter gerencialista de nosso modo de atribuição de responsabilidade criminal.

A democraticidade tem sua morte decretada com a perda do contraditório (Martins, 2011), pelo menos em seu sentido forte, restando tão somente o chamado “contraditório débil” (Ferrua, 2012), aquele que, privado do direito ao confronto (Malan, 2009), torna-se mero arremedo estéril do que fora projetado para verdadeiramente ser.

Curiosamente muitos são os autores que insistem realizar a leitura de nosso sistema como sendo de matriz acusatória, talvez herdeiros de uma ciência menos empírica do que contemplativa, iludidos pelas promessas insolventes da Constituição Federal, ou até mesmo reproduzem a falácia do sistema misto, persistindo na preservação de um oximoro epistêmico (Coutinho, 2001).

A inquisitorialidade aqui denunciada prossegue a composição de sua regularidade enunciativa se valendo de elementos amplamente proclamados por nosso sistema judicial, como um sistema de nulidades absolutamente relativizado (*pas de nullité sans grief*) (Gloeckner, 2017) e o livre convencimento à brasileira, que fornece ao julgador os instrumentos necessários para reger a produção da verdade processual conforme seus apetites (Nobili, 1974).

Por óbvio que nessa configuração a centralidade processual, visto ser a reconstrução do fato probando a espinha dorsal do processo penal, situa-se na fase policial, invertendo a lógica difundida de que a polícia é órgão auxiliar da justiça (Foucault, 2013). Esta, em última análise, apenas dota de legitimidade o que fora produzido prematuramente, em um teatro cujo roteiro só se desvia do previsto diante de grotescas falhas presentes na fase preliminar.

O que se percebe, então, é que de nada adianta encampar reformas processuais em um cenário no qual a *episteme* (Foucault, 2012) que engendra a política-criminal é de cariz autoritário e as engrenagens que movem a maquinaria judicial possuem estofamento inquisitivo.

Nessa senda, qualquer iniciativa meramente reformista será sempre cooptada pelo espírito da ancestralidade; é mais do que premente uma ruptura

ra paradigmática, uma revolução que desloque nosso processo penal do núcleo no qual se assenta, e tal revolução pode ser propiciada por uma verdadeira oralidade.

3. A oralidade enquanto metodologia alternativa

É preciso estar atento para não se deixar confundir entre a oralidade real e aquela considerada falsa. Explica-se: no sistema brasileiro tem-se, em função de artigos como o 204 do Código de Processo Penal, trâmite que, à primeira vista, pode aparentar ser estruturante da aplicação da metodologia oral quando, em verdade, ocorre o oposto.

O artigo em questão disciplina que o depoimento das testemunhas deve ser prestado oralmente, sendo proibido que as mesmas o tragam à audiência por escrito. Todavia o que ocorre é que, quando de tais depoimentos, corriqueiramente observa-se a postura, por parte do magistrado, de ler aquilo que foi dito previamente pela testemunha ora inquirida no momento do inquérito policial para que a mesma apenas o ratifique ou, quando não, do apontamento dos principais itens mencionados por ela seguido de perguntas como “isto procede?”.

Ou seja, a vedação da escritura para o depoimento testemunhal acaba por ser violado pelo próprio agente que deveria acima de todos zelar pela sua observância. Dessa forma, lastreado num sistema de crenças legalmente sustentado por cânones do direito administrativo (gerencialistas) o magistrado revela sua adesão ao conhecimento produzido na fase policial, reduzindo o contraditório a uma fiscalização póstuma dos atos previamente praticados.

Estas conformações, em que pese disfarçadas por uma espécie de esboço de aparente oralidade, não caracterizam aquela que se defende no presente trabalho, ao contrário, configuram mera verbalização. Neste sentido, Alberto Binder (2005, p. 99) assegura que a oralidade não serve à imediação quando, por exemplo, “se realizam audiências públicas mas nelas não se produzem provas, de modo que o juiz que tem que tomar a decisão não tenha observado a prova diretamente ou já tenha a sua opinião formada (pré-formada)” além de quando se lê “o que foi produzido na fase de investigação para tomar uma decisão independente do que se tenha feito em juízo”.

Em tal contexto verifica-se muito mais uma teatralização da oralidade pretendida que sua observância de fato, ou seja, uma farsa construída “através da ‘confirmação’ de uma declaração já produzida, que em muitas

vezes é a confirmação de uma confirmação feita em fase de instrução das declarações realizadas na delegacia” (Massa, 1976, p. 278). Esta realidade acaba por instrumentalizar uma fraude processual, haja vista a prova, colhida na fase inquisitória, ser integralmente transportada para os autos e “legitimada” pelo discurso do julgador (Lopes Jr, 2016). Deste modo, tem-se a construção de sentenças lastreadas, em sua maioria (quando não integralmente), em elementos informativos, logo, inconstitucionais (Binder, 2003).

Diante desta “inquisitorialidade” conferida à prática de um discurso que se pretendia acusatório³ é que irrompe a necessidade de busca por estratégias que evitem tal deturpação.

Nos dizeres de Binder (2012), seria a oralidade real – a qual refere-se neste trabalho como uma alternativa à verve inquisitória – um elo fundamental no que tange ao sistema de garantias que tem como finalidade a proteção de todo cidadão de quaisquer abusos de poder. Entendida também como uma metodologia por Leonel González Postigo (2017, p. 25) esta, sob o presente ponto de vista, “(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”.

Considerando, portanto, que a metodologia apontada tem o condão de preservar a função e o lugar dos atores processuais (juiz julga, Ministério Público acusa e defesa defende); conferir às partes a gestão das provas que, por sua vez, serão produzidas em sede de audiência, apenas e diante de todos os presentes; bem como fortalecer o contraditório e por corolário a ampla defesa (Colavolpe, 2017), alcança-se, através de sua utilização, uma aproximação das bases de um modelo processual acusatório.

Se atualmente o magistrado que recebe a denúncia, ou seja, analisa (e contamina-se com) o inquérito é o mesmo que julga a demanda, logo reproduz seus elementos informativos a fim de valorá-los enquanto elementos probatórios, em um sistema regido pela metodologia da oralidade isso não é o que acontece.

Toma-se como exemplo a operacionalização do processo penal chileno em sede de primeiro grau que, dividido em três audiências – sendo a primeira equivalente ao que seria a nossa de custódia, a segunda destinada ao recebimento ou não da denúncia e a terceira e última designada a toda

3 Refere-se, além de especificamente ao artigo 204 do Código de Processo Penal, à reforma processual ocorrida em 2008 como um todo que, em que pese seu conteúdo estruturalmente acusatório, fora solapada de modo a servir à razão inquisitória.

instrução processual e sentenciamento –, é estruturado de forma a não permitir a contaminação do julgador da demanda pelos elementos informativos do inquérito policial, visto que tratam-se de magistrados diversos, possibilitando que toda a produção probatória a ser utilizada pelos julgadores quando da *decisum* ocorra no momento da audiência de instrução e julgamento, de forma pública e oral.

Paolo Ferrua (2017) considera tal realidade a “regra de ouro do processo acusatório”, na medida em que além do já apontado, observa-se a produção probatória com a contribuição direta das partes. Para o autor, o contraditório, longe de ser um elemento perturbador da “busca da verdade” – como historicamente percebido na atuação de modelos inquisitórios e sintomaticamente constatado em diversas decisões judiciais no modelo processual penal brasileiro contemporâneo – é de fato um método relacionado à maior qualidade da verdade emanada ao cabo da instrução processual. Com efeito, o que resta tenderá a ser uma “verdade” de maior qualidade, visto que resistira às tentativas da eventual parte discordante de desconstituí-la.

Vale a pena mencionar que tal esforço demanda uma complementação no que tange à atuação judicial. De pouco vale o esforço de rompimento de paradigmas anacrônicos se quando da fundamentação da sentença o juiz, respaldado por uma concepção enviesada do livre convencimento motivado, emprega estratégias discursivas atinentes menos ao âmbito da descoberta do que ao da justificação (Prado, 2014), ou seja, decide com base em crenças extraídas da malha sócio-simbólica no qual se encontra inserido, utilizando-se de uma fundamentação evasiva e pasteurizada apenas para ocupar o espaço (minimamente) demandado pelas regras de motivação das decisões (art. 93, IX, da CF).

Por razões como as apontadas acima é que se defende a utilização da metodologia da oralidade como meio de frear as pulsões inquisitórias que permeiam o atual sistema processual penal brasileiro.

Desse modo, dado o potencial democrático encontrado na oralidade enquanto metodologia, haja vista a concessão da gestão das provas às partes, a produção probatória desenvolvida em uma audiência pública e oral, diante de juízes que não tiveram quaisquer contatos com elementos informativos colhidos na fase de investigação, o fortalecimento do contraditório, e, por conseguinte, a construção de uma verdade processual de alta qualidade, acredita-se em sua utilização como uma alternativa concreta à mentalidade inquisitória que insiste em cooptar os cânones acusatórios constitucionais.

4. Conclusão

Ainda que o anacronismo do modelo processual penal brasileiro seja quase que unânime entre seus atores, o concreto teor de suas mudanças ainda prossegue objeto de profundo dissenso. Enquanto que os agentes políticos insistem na lógica da reforma – cuja dinâmica persiste ainda que diante de um “novo” código quando as velhas estruturas lá ainda se encontram – a academia, em boa parte afetada pela grande modernização das recentes mudanças nos modelos latino-americanos, notadamente no chileno, clama por uma verdadeira ruptura paradigmática.

No que tange ao trabalho em questão, buscamos ilustrar certo modo de se macular uma aparente acusatoriedade por uma mentalidade inquisitorial a partir da experiência da dotação de efeitos aos elementos informativos oriundos do inquérito policial.

Desde uma perspectiva molar, quando o próprio sistema político deformara a redação original do ora artigo 155 do Código de Processo Penal para introduzir o ilusório modulador epistêmico “exclusivamente” – que em tese teria o condão de atribuir o protagonismo às provas, sem relegar totalmente o que fora produzido na fase investigativa – até a molecular, quando o circuito se completa pela adoção hegemônica e difundida pelo sistema judiciário de hermenêutica que possibilite o uso pleno dos elementos de informação, contanto que “cotejados” por qualquer tipo de ato (re)produzido em (aparente) contraditório judicial público, pode-se perceber tal fenômeno.

O que se percebe, todavia, é que a jurisprudência engendrou uma série de artifícios com o escopo de preservar a imutabilidade do conteúdo produzido no inquérito, reduzindo a fase judicial a momento meramente “referendador” e propiciando certa inversão de perspectiva: a polícia investigativa deixa de ser órgão auxiliar da justiça para que se opere exatamente o oposto.

Nessa senda, entendemos que apenas a técnica da oralidade em seu sentido real, divorciada das falsas oralidades que insistem em assombrar nossa legislação, possui o condão de imunizar o sistema processual penal brasileiro dos operadores de contágio presentes nos elementos de informação. Apenas a restrição sumária dos efeitos destes e, sobretudo, a adoção da técnica oral como única via possível para o ingresso da prova no processo penal possibilitará o protagonismo paritário das partes interessadas no caso penal, evitando que o juiz se torne figura menos afeta à consecução da máquina estatal de arbitramento de responsabilidade criminal do que ao âmbito da segurança pública.

Referências bibliográficas

- BINDER, A. (2003). *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BINDER, A. (2005). *La justicia penal en la transición a la democracia en América latina*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, p. 99, tradução livre.
- BINDER, A. (2012). Qué significa implementar um nuevo sistema de justicia penal? *In: La implementación de la nueva justicia asversarial*. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- COLAVOLPE, L.E. L.S. (2017). A Oralidade na Audiência Criminal como Ferramenta para um Processo Penal de Garantias. *In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda, et al. (Org.). Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina*. Florianópolis: Empório do Direito. 282 p.
- COUTINHO, J.N. de M. (Coord.). (2001). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar.
- COUTINHO, J. N. de M.; Paula, L. C.de; Silveira, M. A.N. da (org.). (2017). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália*, vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito.
- DAUD, H. (2013, novembro 29). Michel Foucault - *La Justicia está al servicio de la Policía*. (I) [vídeo file]. Encontrado em <https://www.youtube.com/watch?v=taUJRSwGHYk>. Acesso em 15 de agosto de 2015.
- DELEUZE, G.; GUATTARI, F. (2012). *Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia 2*, vol. 3. Trad. Aurélio Guerra, et. al.. 2. Ed. São Paulo: Editora 34.
- FERRUA, P. (2017). Gênese da reforma constitucional do “giusto processo” na Itália. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 661-688, mai./ago. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.61>.
- FERRUA, P. (2012). *Il ‘giusto processo’*. 3. Ed. Bologna: Zanichelli.
- FOUCAULT, M (2012). *L’archéologie du savoir*. Gallimard.
- LOPES Jr., A. (2016). *Fundamentos do Processo Penal - Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva.

- MALAN, D. R. (2009). *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MARTINS, R. C. (2011). *O ponto cego do direito: the Brazilian lessons*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MASSA, M. (1976) *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*.
- NOBILI, M. (1974). *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè Editore, 1974.
- POSTIGO, L. G. (2017). Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina, p. 25. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda, et al. (Org.). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o sistema acusatório e a reforma do CPP no Brasil e na América Latina*. Florianópolis: Empório do Direito, 282 p.
- PRADO, G.; MARTINS, R. C.; CARVALHO, L. G., Grandinetti Castanho de. (2012). *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. Madri: Marcial Pons.
- PRADO, G. (2014). *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 5ª Turma, RECURSO ESPECIAL No 983.452 - MT, j. em 15/02/2011, DJ 12/04/2011.

A IMAGINÁRIA ORALIDADE DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Saulo Murilo de Oliveira Mattos⁴

1. Introdução

Com o desafio de dar respostas penais alternativas à criminalidade de menor potencialidade lesiva, os Juizados Especiais Criminais seguem firmes na história do processo penal brasileiro. São mais de vinte anos de vigência da Lei n. 9.099/95. Porém, essa nova estrutura consensual que se acoplou ao processo penal tradicional, de perfil dialético, não passou imune às críticas doutrinárias.

Os institutos despenalizadores apresentados pela lei, como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo, devido à cultura inquisitiva revelada pelas práticas processuais penais que se mostram cotidianamente nos Juizados Especiais Criminais, permanecem como alvos de críticas doutrinárias,⁵ embora se reconheça a existência de novas doutrinas que buscam reconceituá-los. É o que ocorre com a ideia de um Juizado Especial Criminal aos moldes de uma Justiça Restaurativa.

A Lei n. 9.099/95 é assertiva. Quis implantar um novo modelo de processo penal, consensual mesmo, que atualmente passou a ser rediscutido diante do extenso e intenso uso de colaborações premiadas referentes à macrocriminalidade. Pela lei, o processo penal nos Juizados Especiais Criminais será regido pela oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 61).

O presente artigo se propõe a analisar qual a dimensão prática dessa oralidade e se, de fato, ela se revela como uma oralidade característica de um sistema acusatório, que tem sido defendida pelo movimento de refor-

4 Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia

5 Para Aury Lopes (2010, p. 269), a justiça negociada transforma o processo penal num mercado persa e expressa a lógica do movimento de lei e ordem, porque contribui para a banalização do Direito Penal através de uma panpenalização e do simbolismo repressor, que alcança as camadas sociais pobres e periféricas, ressuscitando no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela. Nesse mesmo sentido, Maria Lucia Karam.

mas processuais penais na América Latina (Chile, Colômbia, Equador etc), preocupado em estabelecer um processo penal adversarial.

A primeira observação que se faz é que a tradição do processo penal brasileiro é escrita. A acusatoriedade que se atribui a esse processo penal é mínima, incipiente, focada na separação entre as funções de investigar, acusar, defender e julgar, isto porque a Constituição Federal diz que a ação penal pública, na forma da lei, é privativa do Ministério Público (art. 129, inciso I, da CF/88).

Os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência e da duração razoável do processo são vetores que também ajudam a construir um caminho acusatório, mas a modelagem dessa acusatoriedade ocorre de forma encadernada, escrita, burocrática e pouco dinâmica, dentro, portanto, de um rito processual que não conseguiu se libertar dos grilhões inquisitivos.

Observe-se, desde já, que a oralidade não se resume ao fluxo contínuo da palavra em um sistema de audiências orais, em que as partes (acusação e defesa) expõem seus argumentos para que o juiz decida naquela hora em que o contraditório está presente, caloroso e umidificado pelos argumentos dos contendores. A realização dessa dimensão oral já seria uma avanço para o processo penal brasileiro.

Existem outras dimensões da oralidade que permitem uma reflexão sobre se, de fato, adota-se ou não um sistema adversarial. Os Juizados Especiais Criminais, que legalmente estão predispostos à oralidade, podem ser vistos como uma amostra das dificuldades/ êxitos para a implementação da oralidade.

2. A oralidade

A oralidade que marca o sistema adversarial, e essa é uma grande linha de defesa dos movimentos de reformas processuais na América Latina, é a que permite que todo cidadão tenha possibilidade a que não lhe seja imposta uma pena sem um juízo prévio que se fundamente na imparcialidade, contraditório e publicidade, com a imediatidade e concentração dos atos processuais praticados pelos contendores. A audiência oral passa a ser o centro do processo (Binder, 2012)

A centralidade da oralidade pode ser tanto política quanto técnica, e até mesmo cultural. Politicamente, representa o direito de o imputado, mesmo com os instrumentos de abreviação do procedimento penal, poder

chegar a um Juízo Oral, sendo que a renúncia a esse Juízo deve refletir um consentimento muito bem informado sobre as consequências que pode provocar. Do ponto de vista técnico, a oralidade está associada ao funcionamento das instituições processuais, à observação dos institutos usados na preparação do Juízo, no seu desenvolvimento e nas formas de controlá-lo, o que abrange os grandes atos processuais como as audiências e os pequenos atos processuais como as notificações (Binder, 2012).

Logo, a oralidade, mais do que garantir o direito de verbalizar informações em um sistema de audiências, se refere à necessidade de se efetivar um processo penal em que a imediação, a publicidade do julgamento, o regime de nulidades, entres outras garantias, reorientem o processo penal para uma resposta, ao mesmo tempo, satisfatória à vítima e transparente ao acusado.

Leonel Gonzalez Postigo (2017) lembra que 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”. Adverte, ainda, que “o grande desafio de todas as reformas processuais é instalar sistemas de audiências que evitem as práticas que menosprezam o escopo e o sentido da oralidade.”⁶

Na obra *O Estrangeiro*, de Albert Camus (2014), há um exemplo de que mesmo se estando em um julgamento oral e público, a transparência e clareza das informações podem ser débitos evidentes do sistema de justiça criminal. A personagem principal, o Sr. Mersault, em determinado momento do seu julgamento no júri, relata:

Apesar das minhas preocupações, às vezes eu ficava tentado a intervir e meu advogado me dizia, então: ‘Cale-se, é melhor para o seu caso’. De algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim.

6 Ao tratar da reforma processual penal no Equador, Diego Zalamea León (2017), observa que, a exemplo do que aconteceu com outros países, muitas reformas não incluíram a oralidade na etapa investigativa, o que representa uma forte possibilidade de contaminação dessa falta de oralidade para outras etapas do processo: “la falta de oralidad em la etapa investigativa ha instaurado un problema cultural profundo. Se debe considerar que esta etapa, por así decirlo, es la base del esquema del proceso penal; por la que pasan todos los procesos y de manera adicional en ella se quedan la enorme mayoría de los casos, em este sentido el influjo que ejerce em el funcionamiento real del sistema penal es determinante. Al haber renunciado de manera explícita la ley a um modelo oral, generó una trinchera para que el modelo escrito pueda resistir el embate del cambio, ya que, forjó toda una lógica de trabajo diario em las instituciones, incompatibles com el sistema oral y, de amnera adicional, por su ubicación estratégica – inicio del proceso – se vulve casi imposible de desmontar em las etapas posteriores. De hecho, el solo ingresar a las instituciones hace perceptible cuál es el modelo imperante de trabajo.”

Tudo se desenrolava sem a minha intervenção. Acertavam o meu destino sem me pedir uma opinião. De vez em quando tinha vontade de interromper todo mundo e dizer: 'Mas, afinal, quem é o acusado? É importante ser o acusado. E tenho algo a dizer'.

Por isso, arrisca-se afirmar que a oralidade pretendida e garantida legalmente nos Juizados Especiais Criminais encontra, na prática, vários obstáculos que impedem que o objetivo principal da Lei 9.009/95 não seja realizado: uma consensualidade processual penal marcada pela composição civil dos danos e não aplicação de pena privativa de liberdade.

3. Práticas descaracterizadoras da oralidade no Jecrim

Os três pontos centrais dos Juizados Especiais Criminais são a composição civil dos danos (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Da observação da rotina forense, percebe-se que todos esses institutos são desvalorizados por práticas que ainda não conseguiram assimilar a importância do consenso na minimização de conflitos e de que esse consenso seja previamente informado pelo diálogo entre as partes.

Por uma questão cultura inquisitiva, obstaculariza-se a realização dos institutos despenalizadores como saídas alternativas ao processo penal tradicional, que é longo, burocrático e escrito. E, quando utilizados, preocupa-se mais com o descongestionamento do sistema do que com uma resposta de qualidade aos envolvidos no caso penal.

Serão feitas observações a esses três institutos.

A primeira prática que se destaca se refere à forma como a composição civil é tentada entre as partes. Como são feitas muitas audiências preliminares num só turno, geralmente a composição civil é estimulada apenas com uma pergunta bem objetiva: há possibilidade de acordo entre as partes? Se a resposta for negativa, passa-se à fase seguinte com o oferecimento de proposta de transação penal. As partes acabam não realizando um debate mínimo sobre os pontos sensíveis do caso e muitas vezes não sabem quais são os benefícios que a resolução do caso pela forma compositiva pode proporcionar. Acreditam que a melhor solução é heterogênea: uma resposta puramente estatal.

Quando as partes tentam compor civilmente os danos, a discussão fica muito adstrita a aspectos pecuniários, isto é, a pagamento de valores por danos materiais e/ou morais. Dificilmente, ocorre uma retratação mútua

e quando ocorre se dá em termos de ata de audiência, de formalização documental a prevenir outros dissabores. Não é comum, por exemplo, que uma parte olhe para outra e lhe dirija espontaneamente um pedido de desculpas.⁷

A composição civil dos danos nos Juizados Especiais Criminais mostra-se distante de uma linha de Justiça Restaurativa, que, para além do problema jurídico, reconhece a existência de danos emocionais, que, mesmo com um acordo formal entre as partes, com direito à ata e tudo mais, ainda podem permanecer envolvidas num conflito latente, que será reavivado momentos depois.

De acordo com a Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas, entende-se por processo restaurativo:

qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

A justiça restaurativa conta com o apoio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que por meio do Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa, firmou convênio com a Associação dos Magistrados Brasileiros para que fomente práticas características desse tipo de Justiça. O enunciado 116 do Forum Nacional dos Juizados Especiais (Fonaje) diz que “na transação Penal deverão ser observados os princípios da justiça restaurativa, da proporcionalidade, da dignidade, visando a efetividade e adequação.”

Outro ponto de afronta à oralidade nos Juizados Especiais Criminais é o formato como as transações penais acontecem. Mais parecem com um contrato de adesão, em que o suposto autor do fato tem a opção de aderir ou não ao que é proposto pelo Ministério Público. Geralmente, não são discutidas as condições dessas propostas e as razões são várias: o suposto autor não vai à audiência preliminar acompanhado de advogado, tampou-

7 Recentemente, em audiências nos Juizados Especiais Criminais da comarca de Jequié/Ba, teve-se a oportunidade de observar, na qualidade de promotor de justiça, que uma das partes só conseguiu permitir que a composição civil ocorresse quando a outra lhe pediu desculpas verbalmente. Na realidade, foi uma “exigência” dela para que pudesse acreditar que a justiça estava sendo feita. Relatou que no passado havia sido vítima de violência doméstica e que não obteve uma resposta satisfatória da justiça. Sua fala trazia componente de falta de credibilidade na Justiça Criminal.

co conta com a assistência da Defensoria Pública (art. 76,§3º, da Lei n. 9.099/96); o Ministério Público não consegue assimilar que aquele é um momento de consenso, em que deve ser discutida a proposta de transação penal, considerando-se as condições econômicas e sociais do autor do fato; muitas vezes, o promotor de justiça não se encontra presente e a proposta foi encaminhada por escrito como autoriza o enunciado 71 do Fonaje⁸; o promotor de justiça está posicionado de forma diagonal em relação ao suposto autor do fato, que nessa representação cênica da sala de audiência não consegue compreender que está ali para celebrar um acordo que ao final resultará na aplicação de uma sanção não privativa de liberdade ou multa.

Também percebe-se, a enfraquecer a proposta de oralidade nos Juizados Especiais Criminais, que as denúncias, quando oferecidas pelo Ministério Público, são feitas de forma escrita, reservada em gabinete, fora do que determina o artigo 77, caput, da Lei n. 9099/95, quando diz que a denúncia deve ser feita de forma oral.

Com isso, a suspensão condicional do processo (art. 89), que deve ser proposta no oferecimento da denúncia, também se transforma, à semelhança da transação penal, em um mecanismo despenalizador escrito, burocrático e automático, porque suas condições são postas praticamente como cláusulas inalteráveis pelo seu proponente, o Ministério Público, sem controle horizontal desenvolvido pelo advogado, sendo que o juiz dificilmente se recusa a homologá-la⁹.

Tais inconsistências, dentre tantas outras que poderiam ser apontadas, fragmentam o rito sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais, ordinariizando-o, deixando-o lento, além da falta de confiança que gera naqueles que buscam uma solução mais rápida ao conflito penal que os envolvem.

Tais inconsistências retiram dos Juizados Especiais Criminais o que realmente poderia diferenciá-lo dos demais procedimentos penais: a oralidade. Sabe-se que essa oralidade, mesmos nos ideais termos da Lei n.

8 “Embora a Lei só se refira ao Ministério Público, como proponente da imediata aplicação de pena não privativa da liberdade, nada impede que a iniciativa da apresentação seja do próprio autuado, assistido por advogado. Esse entendimento não é apenas sufragado pelo princípio constitucional da isonomia, como ainda se coaduna com a técnica processual adotada pelo legislador, no tocante à informalidade da audiência de conciliação. Não importa de quem é a iniciativa da proposta, o que interessa é que seja discutida entre os protagonistas da audiência de conciliação sob a orientação do juiz.” (GRINOVER; GOMES; GOMES FILHO; SCARANCE FERNANDES, 2005, p. 152)

9 “As condições da proposta e da suspensão não são pena criminal e a sentença homologatória não tem natureza de condenação. Antes, a suspensão representa justamente a opção legislativa pela não condenação como forma de composição do conflito, em situação bastante semelhante, por exemplo, à prescrição.” (PRADO, 2005, p. 225)

9.099/95, ainda não é aquela que revolucionou os Códigos de Processo Penal de muitos países da América Latina. Porém, essa “típica” oralidade brasileira poderia servir como espaço de preparação para essa outra oralidade, que torna adversarial o processo penal. Não é o que se tem visto.

Nessa mesma tônica, Geraldo Prado (2005) afirma que:

os modelos consensuais da atualidade, portanto, estão em um meio caminho. Inspirados, por um lado, na ideologia da inquisitorialidade, organizam o procedimento de sorte a torná-lo mais célere, para tanto requisitando o consentimento do próprio suspeito ou acusado. Limitados, por outro lado, pelas garantias constitucionais acima referidas, só servem ao direito processual penal do Brasil para evitar a aplicação de pena de prisão e, assim, reduzem o nível de violência que normalmente marca o funcionamento dos Sistemas Penais da periferia.

A questão é cultural. Mesmo em procedimentos simplificados, o ranço inquisitivo continua forte e não se consegue fazer o giro paradigmático para acolher um processo penal adversarial.

4. Saídas alternativas de portas estreitas

Uma reflexão mais profunda leva a notar que, não somente essas práticas que descaracterizam a oralidade nos Juizados Especiais Criminais e a própria intenção despenalizadora da Lei n. 9.099/95, os trâmites estabelecidos pela Lei também tornam burocrático o uso do consenso no processo penal.

Tire-se por exemplo a suspensão condicional do processo (art. 89). Está adstrita aos crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano e para que seja efetivada deve contar com o oferecimento da denúncia pelo promotor de justiça e com a decisão de recebimento do Juiz, respeitadas outras condições legais¹⁰.

10 Do ponto de vista de Direito Comparado, ao tratar da suspensão do processo na Alemanha, Nereu José Giacomolli (p. 2006, p. 134) aponta para a existência de uma suspensão pré-processual e outra processual penal: “ A suspensão sem nenhuma contra-prestação pode ocorrer antes ou depois de formalizada a acusação. Assim, é pré-processual quando põe fim ao procedimento preliminar investigatório e processual quando, após a dedução da pretensão acusatória, o Ministério Público não a mantém. Como regra, as duas espécies de suspensão são submetidas aos mesmos requisitos legais. A diferença, como se verá, está na participação dos sujeitos e nos efeitos.

A saída alternativa de suspensão do processo está condicionada a um conceito estreito do instituto do processo, que seria nesse caso a existência de uma ação penal em curso. Movimenta-se excessivamente, e por conta disso desnecessariamente, o Ministério Público para propositura de ações penais que de imediato serão suspensas. Gasta-se um longo tempo com oferecimento de denúncias que pouco representam para uma solução satisfatória do conflito penal.

Uma postura mais consentânea com os Juizados Especiais Criminais observaria a necessidade de simplificação do procedimento como um todo. Para que oferecer ação penal, se já posso suspender o procedimento antes mesmo de oferecê-la? Muito mais interessante um acordo de não-persecução penal entre Ministério Público e suposto autor do fato, deixando o oferecimento de denúncia para casos excepcionalíssimos em que o acordo fosse descumprido sem possibilidade de ser retomado seu cumprimento.

A lógica seria priorizar a não persecução penal para os casos simples, deixando o Ministério Público com tempo para produzir e gerenciar informação de qualidade em relação a casos socialmente relevantes. Confiar na realização de uma persecução penal estratégica a partir de decisões político-criminais empiricamente vinculadas ao Ministério Público é um desafio a ser experimentado.

A transação penal tem aspectos limitativos que inviabilizam seu uso como opção para descongestionar o sistema penal. A lei exige um período longo, de cinco anos, para que o indivíduo volte a ser beneficiado por esse tipo de acordo. Pensa-se que um período curto, de 01 ano, que pode ser dispensando a depender do caso concreto, atenderia ao propósito legal despenalizador e à ideia de um processo penal alternativo à metodologia tradicional de resolução de conflitos penais.

Essa cláusula de barreira temporal força o promotor de justiça a exercer a ação penal para casos que poderiam ser solucionados via transação penal. Toma-se mais tempo do Ministério Público. A lógica também impera na suspensão condicional do processo, limitada por um máximo de pena mínima correspondente a um ano.

É possível pensar em um crime patrimonial que, a exemplo do furto praticado por duas pessoas cuja pena mínima é superior a um ano, poderia, pela sua baixa ofensividade, ser contemplado pela suspensão condicional do processo não fosse a clausura temporal estabelecida pelo art. 89 da Lei n. 9.09/95.

A composição civil conta com reflexos mínimos na persecução penal. Apenas para os crimes de ação penal de iniciativa privada e condicionada à representação consegue impedir o exercício da ação penal. Não se vê qualquer problema, quando se pensa em qualidade na elaboração da resposta ao conflito, que também nos casos de ação penal pública incondicionada a composição civil produza efeitos impeditivos do início da persecução penal. Por contraste, lembre-se que, quanto à macrocriminalidade, a delação premiada pode ter como efeito o não oferecimento de denúncia do Ministério Público em relação ao colaborador (art. 4,§4º, da Lei n. 12.850/2013)

Se autor do fato e vítima compõem sobre os danos, podem se manifestar sobre o seu interesse em que a ação penal seja iniciada ou, mesmo sem a manifestação destes, mostra-se interessante que o Ministério Público, a partir de uma teoria do caso, verifique se vale a pena propor a ação penal. Deve-se ter em mira que a “justiça penal é, em grande parte, a instituição social encarregada de mediar os conflitos, isto é, de absorvê-los e transformá-los em novos conflitos com menos conteúdo de violência” (Binder, 2006)

A prática revela que em muitas situações nas quais houve composição civil, a vítima não colabora, quando exercida a ação penal, na atividade probatória, anulando-se na prática a pretensão acusatória do Ministério Público. Leticia Lorenzo (p. 37) lembra que “la teoría del caso es la versión que el litigante asume sobre el hecho, su relevancia jurídica y su sustento probatorio. Está compuesta por tres partes: a) la teoría jurídica; b) la teoría fáctica; c) la teoría probatoria.”

Outro ponto que contribui para esse estreitamento das saídas alternativas brasileiras, e possivelmente é a base teórica que impede o desenvolvimento de uma persecução penal estratégica, se refere ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Como a propositura da ação penal segue como meta prioritária do sistema de justiça criminal no qual inserido o Ministério Público, as saídas alternativas existentes são tensionadas pela constante “ameaça” de propositura de ação penal. Para o descumprimento da transação penal, pensa-se logo no oferecimento de denúncia. Um deslize quanto a uma das condições da suspensão condicional do processo, pensa-se logo na retomada da ação penal.

O Ministério Público brasileiro goza de pouquíssima liberdade de conformação político-criminal da persecução penal, de desestimação dos casos que lhe cheguem entre outros caminhos, porque está sob as rédeas da obrigação de acusar para punir.

Para Rua e Gonazález (2017, p. 101):

La instalación del sistema acusatorio supuso el abandono del principio de legalidad procesal (mediante el cual se concebía la necesidad de investigar todos los casos que ingresaban al sistema) y la adopción del principio de oportunidad (que, a través de un conjunto de facultades discrecionales, le otorga al Ministerio Público la posibilidad de tomar decisiones político criminales en relación a los casos que va a decidir investigar o aplicar una salida alternativa).

La razón central de este cambio estuvo dada por el reconocimiento de que los recursos materiales, humanos y financieros (siempre limitados) no permiten perseguir y juzgar eficientemente todos los casos. Con lo cual, bajo la ficción del principio de legalidad procesal, se producía una selectividad natural por parte de las agencias policiales, que hacían un filtro pero sin criterios ni control, atrapan-do las obras más toscas y sencillas de resolver como una lógica de supervivencia burocrática.

Es por ello que un proceso acusatorio se construye sobre esta realidad y plantea la necesidad de darle un tratamiento particular y acotado a aquéllos casos que admitan algún grado de acuerdo entre las partes. Y, en consecuencia, destinar los recursos del sistema hacia aquéllos casos cuya resolución se obtenga a través del desencadenamiento del juicio oral y público.

O uso de qualidade, confiante e amplo das saídas alternativas do processo penal brasileiro reclama etapas de debate e conscientização sobre seus reais propósitos: saber se o Brasil realmente almeja desenvolver um sistema acusatório e focado em casos complexos; avaliar se automaticidade prática dessas saídas alternativas não violam os direitos fundamentais da vítima e imputado mais do que o processo penal em si; reavaliar o papel do Ministério Público no processo penal tanto para a micro quanto macrocriminalidade.

Clama-se por uma mudança do paradigma cultural inquisitório que determinou o conceito de justiça penal equiparando-o à existência de processos escritos, longos, cansativos e esquecidos nas gavetas de seu próprio tempo histórico.

De tempo presente, o que a prática mostra é que se vive num sistema processual penal de saídas alternativas que não conseguem escancarar suas portas para que haja um melhor qualidade na solução dos conflitos que

envolvem vítima e autor, bem como proporcionar o descongestionamento do sistema penal.

5. Conclusões

A dificuldade de cumprir a oralidade mínima exigida pela Lei n 9.009/95 exemplifica como pode ser difícil a recepção da oralidade segundo as características pretendidas pelos movimentos de reforma processual penal na América Latina, que enfatizam a centralidade política, técnica e cultural da oralidade.

Para a realização de uma oralidade digna de um sistema adversarial, no mínimo quatro linhas de mudança contextual precisam acontecer: a) adoção do princípio da oportunidade regrada no processo penal, a conferir maior autonomia ao Ministério Público; b) cursos de capacitação para os agentes do sistema de justiça penal, com experiência jurídica nos países que adotaram a oralidade como regra, em especial na América Latina; c) reestruturação administrativa das instituições da justiça penal para viabilizar a prática da oralidade; d) mudança legislativa com adoção expressa da oralidade como um dos princípios reitores do processo penal.

Ainda assim, medidas imediatas podem ser adotadas para que se efetive minimamente a oralidade da Lei n. 9.009/95: a) discussões promovidas pelos Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público sobre como realizar a proposta de consenso no processo penal (mediação, conciliação e negociação); b) maior acompanhamento das Corregedorias quanto à presença do promotor de justiça nas audiências preliminares; c) definição de uma persecução penal estratégica, reinterpretando-se o princípio da obrigatoriedade da ação penal com aportes constitucionais de direitos e garantias fundamentais até que se chegue à assunção do princípio da oportunidade regrada.

Com esses pensamentos, fica a ideia final de que a oralidade nos Juizados Especiais Criminais ainda está no campo imaginário.

Referências bibliográficas

- BINDER, A. M. (2003). *Introdução ao direito processual penal*. Lumen Juris.
- BINDER, A. (2012). Elogio de la audiencia oral y pública. Em *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CAMUS, A., & QUADROS, A. (2014). *O estrangeiro*. Editora Record.
- FERNANDES, Á. R. A., MAYA, A. M., NOTTINGHAM, A. D. B., MELCHIOR, A. P., LOPES Jr, A., GALÍCIA, C. R., ... & DA SILVA, F. L. A. (2017). Desafiando a inquisição ideias e propostas para a reforma procesual penal no brasil. Ceja.
- GIACOMOLLI, N. J. (2006). *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Livraria do Advogado.
- GRINOVER, A. P., GOMES FILHO, A. M., FERNANDES, A. S., & GOMES, L. F. (2005). *Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09. 1995*. Ed. Revista dos Tribunais.
- LEÓN, D. Z. (2016). La Reforma Procesal Penal en Ecuador. Experiencias de Innovación.
- LOPES Jr, A. (2010). Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional, Vol. 2. *Lumen Juris, Rio de Janeiro*.
- LORENZO, L. (2012). *Manual de litigación*. Ediciones Didot.
- RUA, G., & GONZÁLEZ, L. (2017). Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. *Revista Sistemas Judiciales*, n. 20. Buenos Aires: Inecip.
- PRADO, G. L. M. (2005). *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais: [poderes de investigação no processo penal, transação penal e suspensão condicional do processo mutatio libelli publicidade e mídia, oralidade]*. Lumen Juris.

A POSSIBILIDADE CRIAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS EM JULGAMENTOS DE CRIMES COM APELO MIDIÁTICO. O ENFRENTAMENTO DO FENÔMENO POR JUÍZES TOGADOS E JURADOS, CONFORME OS MODELOS DE DECISÃO PREVISTOS PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.

Ana Carolina Filippon Stein¹¹

Introdução

É sabido que falsas memórias podem ser criadas de forma externa, isto é, sem que o observador tenha estado presente na cena de um crime, por exemplo. Os delitos que causam comoção pública e, portanto, forte apelo midiático (pauta de mídia), adentram ao ambiente social através de notícias diárias sobre o fato, as quais perduram, por vezes, ainda que com sua ênfase reduzida, até o efetivo cumprimento de pena pelo autor do delito condenado.

Diante de tal contexto, e com vistas à realidade processual penal brasileira (processo penal de matriz inquisitória), é que surge a necessidade de se questionar se, dentro das disposições do código de processo penal brasileiro, no tocante aos modelos de julgamento conferidos aos juízes de direito e jurados, quais sejam o livre convencimento motivado e a íntima

11 Mestre em Ciências Criminais/ PUCRS; Especialista em Ciências Penais – PUCRS. Advogada Criminalista. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/RS. Membro do Grupo de Pesquisa em Processo Penal Contemporâneo, sob a coordenação do professor Dr. Nereu José Giacomolli. Membro do IBRASPP. Juíza leiga 7º. JEC Foro Regional Alto Petrópolis

convicção, respectivamente, é possível estabelecer um filtro à contaminação por falsas memórias (?).

A relevância da presente temática se extrai do fato de que cada vez mais a persecução penal tem feito parte da pauta jornalística. A técnica processual que até então ficava restrita aos atores do processo, desde a investigação preliminar até o julgamento final, hoje é assunto tratado nos mais diversos ambientes sociais, debate que é subsidiado pelas informações passadas pela mídia (por vezes, não especializada).

Para buscar responder ao problema proposto, ao longo do trabalho, passaremos pelos conceitos de falsas memórias, imparcialidade judicial, presunção de inocência e processo penal, extraídos da competente doutrina processual penal contemporânea brasileira acerca dos assuntos tratados. A fim de complementar os argumentos doutrinários, acrescentaremos dados de pesquisa documental realizada em materiais de imprensa envolvendo crimes com forte repercussão midiática.

O objetivo do trabalho não é esgotar o tema ou fixar posicionamentos. É tão somente estimular uma reflexão sobre as falsas memórias no âmbito do processo penal e suas consequências frente ao devido processo e à presunção de inocência, e ao final, considerar se a adoção de um procedimento de matriz acusatória, pautado pela oralidade, no rito do júri, tem capacidade de minimizar a contaminação dos julgadores por falsas memórias quando perante um crime de forte apelo midiático.

1. Da formação das falsas memórias

O processo de formação das falsas memórias origina-se não só de forma interna no agente, como *uma distorção endógena* (Stein, 2010), quando as lembranças que aquele possui se criam de forma interna sem que nenhuma interferência externa se opere sobre o mesmo, mas também, através de um meio externo à pessoa, onde, ainda que quem não haja presenciado diretamente o fato, acaba por criar memórias sobre ele. Conforme explica Stein (2010, p. 25-26)¹², “no que tange as Falsas Memórias sugeridas, elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido a aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original”.

12 Isto significa dizer então que nossas memórias são passíveis de serem influenciadas pelas outras pessoas? Informações que recebemos depois do evento que vivenciamos podem interferir na nossa memória? As respostas para estas perguntas são afirmativas. Nossa memória é suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos eventos. Além disso, outras pessoas, suas percepções e interpretações podem, sim, influenciar a forma como recordamos os fatos. (Stein e outros, 2010)

Partindo, portanto, da premissa de que é possível criar uma falsa memória a partir de elementos externos à pessoa, sem que esta tenha efetivamente presenciado um fato, só tendo sido exposta a comentários e dados sobre o caso, é que a mente de um julgador (leigo ou não), como cidadão inserido no meio ambiente social, se mostra local fértil e permeável à construção de convicções, alimentadas pela diuturna exposição midiática de um crime cometido.

As falsas memórias espontâneas podem ser consideradas fatores de contaminação da prova processual, e, *in casu*, fator de contaminação da memória do julgador. “No caso das falsas memórias, as pessoas realmente acreditam que aquilo aconteceu, o que é um problema potencial” (Di Gesu, 2014, p. 137)¹³, que toca a todos os atores que atuarão na persecução penal.

Tanto o juiz de direito quanto o jurado recebem a prova dos autos, como parte da reconstrução histórica do delito ocorrido. No ambiente do processo a história vai sendo contada por testemunhas, perícias e outros documentos, aptos a contribuir para a formação da convicção do julgador. Contudo, tal contexto estaria, em tese, a salvo de maiores contaminações, se aos julgadores, membros da sociedade a qual está submetida e se mostra expectadora de notícias frequentes e diárias acerca de crimes, principalmente daqueles que causam maior comoção social, fosse exposto filtro eficaz a limitar tais contaminações, mormente em momentos decisórios.

A sociedade atual transita pela persecução penal, desde seu início até seu efetivo final (cumprimento da pena) através do olhar jornalístico, por vezes, repleto de conteúdo sensacionalista. Conforme ensinam Giacomolli e Maya (2010, p. 28)

“A mídia acaba familiarizando a população com as investigações policiais, com as decisões acerca de buscas e apreensões, prisões cautelares, concessões de liminares e habeas corpus, entre outras, induzindo-a, sempre de forma parcial (apenas trechos são revelados), sem que se tenha conhecimento acerca da realidade que foi carregada ao processo, gerando um imenso grau de contaminação”.

O problema apresentado no trabalho busca encontrar, dentro do escopo legal, um mecanismo para desvincular (ainda que não totalmente, até

13 “No caso das falsas memórias, as pessoas realmente acreditam que aquilo aconteceu. O que é um problema potencial, principalmente para a polícia. Assim, enquanto a mentira ou simulação por pressão social tem base social, a falsa memória, sugerida ou espontânea, é um fenômeno de base mnemônica, mais precisamente uma lembrança”. (Di Gesu, 2014, p. 137)

porque isto não é possível) da mente do ator processual julgador todos os dados que ele já apreendeu, através de mídias externas ao processo em julgamento. Entretanto, tal tarefa se apresenta com alto grau de dificuldade de uma vez que a mente humana é ambiente complexo. O ser humano é o fruto de seus mandatos educacionais e ambientais, constituído de suas ideias e ideais, os quais são pontos de partida para tomadas de decisões, sejam elas técnicas ou pessoais.

De acordo com Carnelutti (1965), é preciso lembrar que primeiro se julga e depois se raciocina e que as razões fundadas sobre as provas são meios para dar suporte às decisões judiciais, ou seja, o julgador primeiro cria um mapa mental de tudo o que assistiu nos autos (com a complementação das informações extra autos fornecidas pela mídia, aqui absorvidas e cristalizadas de forma inconsciente), forma sua convicção, e só depois buscará nas provas o embasamento para sua decisão. No mesmo sentido afirma Carvalho (2012)¹⁴, que é na colheita da prova e na análise do material fático que mais se instala o *itinerário psicológico inconsciente*.

As informações parciais e, por vezes superficiais e com conteúdo de opinião, acerca de delitos de forte comoção pública, que são divulgadas (quase que à exaustão, diuturnamente) ao público em geral, ambiente de onde saem os julgadores de direito ou leigos, criam falsas memórias, as quais, ainda que de forma inconsciente, influenciarão no momento do julgamento. A interação da sociedade com o crime e o processo penal, e, mormente da maneira como ocorre, ativa o alerta ao máximo, visto que garantias fundamentais são negadas e ou minimizadas àqueles que são submetidos à investigação e posterior processo, ao preço de se satisfazer o populismo penal. A exemplificar, citamos Di Gesu (2014, p. 185), “pelo conteúdo das matérias veiculadas na televisão, os réus dos delitos contra a vida, sem sombra de dúvidas, já foram condenados pelo Júri Popular, mesmo antes do término das investigações”.

14 “A colheita da prova e a análise do material fático, é, por excelência onde mais se instala esse itinerário psicológico inconsciente. (...)A reconstituição dos fatos leva à formação de imagens que, muitas vezes, remetem a outras imagens já experienciadas pelo julgador, atravessadas, portanto, de vivências conscientes e inconscientes (...) O problema assoma quando imagens inconscientes, tanto para o julgador como, obviamente, para as partes, se infiltram no processo psicológico de julgar, sub-repticiamente, e deformam desde a reconstrução da matéria fática, até sua avaliação” (Carvalho, 2012. p. 125). Neste contexto, como manejar com uma decisão, ou decisões, que será entregue aos juízes leigos, a qual conta com a fundamentação de um juiz, atuante desde o início do processo, com contato direto com as partes, e que por vezes decide, abandonando provas não renovadas em juízo, sob o contraditório, à escolha dos atos de investigação, cujas partes são recortadas para irem de encontro a formação de sua convicção, para depois de tudo expresso e confrontado, “lavar as mãos” atribuindo a competência para julgamento aos jurados. Se aos juízes leigos cabe analisar todo o conjunto da persecução, ainda é necessário manter um segundo filtro à acusação (?)

Imaginemos um juiz de direito, de uma Comarca média, o qual assiste, em casa, a notícia de um crime praticado contra uma criança, com requintes de crueldade, onde, em tese, os agentes do fato seriam seus parentes mais próximos, aqueles que detêm o dever de guarda e cuidado, seu pai e sua madrasta. O magistrado, como pai que é, e técnico em Direito, formará sua primeira impressão sobre o caso. Semanas depois, o caso é distribuído e passa a ser da competência de sua Vara o julgamento da causa. Como superar a primeira impressão formada em crime tão comovente e grave? Como observar e manejar com os princípios-pilares do processo penal – a presunção de inocência e a imparcialidade judicial?

De acordo com os ensinamentos de Rosa (2017)¹⁵, válido o ditado popular que diz que “a primeira impressão é a que fica”. Em ambientes forenses, em processos expostos ao público, a primeira avaliação com relação às partes envolvidas e peculiaridades do fato podem acabar contaminando o resultado do processo, por conta da ocorrência do nominado “efeito Halo”.

O efeito halo aparece no âmbito processual penal uma vez que a perseguição se dá via interação humana, por vezes sem que se tenha acesso a informações qualificadas das partes e fato, ficando o julgador suscetível a informações indiretas, prestadas por terceiros (Rosa, 2017)¹⁶.

Entretanto, além da necessidade de superação da primeira impressão, em casos de repercussão midiática (crimes), os julgadores, sejam eles leigos ou não, precisarão ainda ultrapassar a força da dissonância cognitiva no momento de decidir. A dissonância cognitiva representa o desafio da cognição judicial imparcial, uma vez que os julgadores, assim como qualquer pessoa, buscam internamente manter coerência com suas crenças e comportamentos, a cada nova informação advinda do exterior (Rosa, 2017).¹⁷

Diante do exposto, a imparcialidade que se espera do julgador no momento de decidir, no âmbito do processo penal, desafia o decisor a supe-

15 Muitas vezes a primeira impressão, tanto positiva quanto negativa, acaba se estendendo aos atos processuais. Se o acusado aparente ser honesto pode implicar uma série de adjetivos positivos, enquanto que a impressão desonesta, negativos. Lembre-se de que nem todas as informações se dão pelo nível da consciência. (ROSA, 2017)

16 O efeito halo opera pela expansão, contaminação de uma característica da pessoa às qualidades que se imagina, tanto positiva quanto negativamente. E como o processo penal acontece por meio da interação humana, na imensa maioria das vezes, sem que tenhamos informações qualificadas sobre as pessoas que interagimos, em geral somos suscetíveis às informações indiretas. (Rosa, 2017)

17 A força do novo argumento/informação, quando dissonante à cognição pré existente, faz com que haja maior pressão para se reduzir a dissonância introduzida, impondo ao sujeito que manipule (consciente ou inconscientemente) as razões para manutenção de sua crença, comportamento, opinião ou atitude (Rosa, 2017)

rar suas primeiras impressões (efeito halo), o confronto com suas crenças, opiniões e comportamentos (dissonância cognitiva) e ainda, minimizar o impacto das notícias recorrentes acerca de fato que está sob seu julgamento, a fim de tentar identificar e afastar falsas memórias que por ventura possam lhe permear o inconsciente, criando uma realidade que não se afirma nos fatos do processo.

2. O ato de julgar: de juízes de direito aos jurados

Como visto, o ato de julgar é complexo, mormente por depender de atividades ínsitas à mente humana, sobre a qual não possuímos ingerência completa. A carga de trabalho, o estresse diário, os compromissos, por vezes nos fazem adentrar em um modo automático de trabalho, onde buscar filtrar informações e confrontar crenças, ainda que em momento decisório, se mostra tarefa sequer questionada.

O momento de decidir, para um julgador, pode ser considerado o ápice de seu ofício, onde diretrizes humanistas internacionais reclamam a sua imparcialidade e observância à presunção de inocência. Em um procedimento processual penal como é o brasileiro, onde o magistrado faz as vezes de inquisidor, ao ser autorizado por lei a buscar provas com o fito de comprovar a sua convicção, propicia-se um ambiente para a cristalização e não questionamento de falsas memórias internalizadas (Brasil, 1941).

Neste contexto, entendemos que o fato do princípio norte das decisões judiciais exigir do magistrado a fundamentação do seu livre convencimento pode significar um filtro às falsas memórias criadas por fatores externos ao processo. Uma vez que o julgador técnico precisa fundamentar com base nas provas produzidas nos autos, ainda que alguma leitura escape pelas entrelinhas, a justificativa de uma condenação através do caderno probatório incluso ao processo minimiza o impacto que suas opiniões, crenças, primeira impressão e falsa memória criada possam ter em sua decisão.

Ao contrario da exigência imposta aos juízes de direito, qual seja de fundamentar a decisão com base na prova produzida nos autos pelas partes, quando falamos em jurados, a situação se mostra mais complexa. O julgador leigo é cidadão comum, por vezes sem conhecimento técnico acerca do mundo do Direito, mais permeável às informações noticiadas pela mídia acerca de crimes, e tem permissão legal para julgar por íntima convicção, sem qualquer necessidade de explicar seu voto. As mais severas críticas com relação ao rito do Júri residem na falta de uma fundamentação por parte dos jurados, a justificar sua decisão.

As análises negativas com relação ao julgamento por íntima convicção que tocam aos jurados se mostram corretas, mormente se aceitarmos a criação de falsas memórias através de informações externas. O jurado, ao não precisar motivar a sua decisão, poderá chegar ao plenário de julgamento com sua convicção já formada, e confirmar sua decisão com base nos elementos dos autos que a justifiquem, mesmo que estes sejam isolados e carentes de formação em contraditório.¹⁸

A formação de uma memória coletiva sobre um fato, isto é, “*aquela elaborada no seio dos grupos sociais, produzindo tradições vivas*” (Gesu, 2014, p. 122)), baseada em informações que tecnicamente são conflitantes ou inverídicas, que posteriormente poderão ser contraditadas ou anuladas ou, ainda, desconsideradas, acaba por gerar uma falsa memória que afetará o senso julgador de um jurado. *As falsas memórias podem ser formadas de maneira natural, através da falha na interpretação de uma informação ou ainda por uma falsa sugestão externa, acidental ou deliberada, apresentada ao indivíduo* (Ávila, 2013, p. 111).

A lei processual penal operou, com a reforma de 2008, mudanças que de certa forma, serviram a minimizar a influência dos conteúdos externos recebidos pelos atores jurados, quando ao estabelecer, no art. 473 e parágrafos, do CPP, que a prova testemunhal será colhida em plenário de julgamento, com a participação dos membros do conselho de sentença, os quais poderão formular perguntas tanto à vítima, quanto às testemunhas, bem como requerer acareações, solicitar esclarecimentos aos peritos, reconhecimento de pessoas e coisas e solicitar a leitura de peças do processo.

Tal “*instrução plena*” (Lopes Jr, 2013), disponível aos jurados, poderia ser o filtro às falsas memórias criadas pelo conteúdo disponibilizado na imprensa, ou, no pior dos cenários, o jurado buscaria, na produção da prova, fatos a amparar sua versão já preconcebida sobre o fato posto em julgamento. Os riscos são grandes de que a tese escolhida pelos julgadores leigos, após a formação das falsas memórias, ainda no seu meio ambiente

18 (...)os jurados estão muito mais suscetíveis a pressões e influências políticas, econômicas, e principalmente midiática (...) eles não são juizes, senão que estão temporária e precariamente investidos, carecendo, por evidente, das necessárias garantias orgânicas – que suportam a independência. A falta de profissionalismo, de estrutura psicológica, aliados ao mais completo desconhecimento do processo e de processo, são graves inconvenientes do Tribunal do Júri. (...) o golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Trata-se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. (Lopes Jr., 2013).

social, sirva de ponto de partida para a elaboração de seus questionamentos em plenário.

Contudo, reduz-se a esperança nesta proposta de enfrentamento da questão, quando frente ao alerta de Choukr (2014, p. 953), “o que ocorre quando o réu permanece em silêncio, não há vítima ou testemunhas a serem ouvidas ou ainda, não há leitura de peças?”. Nesses casos, o pretendido filtro às falsas memórias externas se mostraria inócuo.

A fiscalização por parte do Poder Judiciário, sobre o conteúdo que a mídia expõe à sociedade, em se tratando de crimes com forte apelo midiático, deve ser centrada nos abusos e excessos da atividade jornalística, mormente quando esta colide com a presunção de inocência. A relação entre a imprensa e a garantia constitucional envolve “um duplo sentido: no primeiro, importa analisar a exposição abusiva do imputado; e, em um segundo sentido, releva os efeitos que a mídia projeta na persecução penal, notadamente na decisão judicial”. (Zanoide de Moraes, 2010, p. 510)).

O Brasil tem se mostrado, ao longo dos últimos anos, terreno fértil para uma amostra sobre possíveis abusos por parte da imprensa, envolvendo crimes de repercussão. Segundo Zanoide de Moraes (2010), para uma sociedade que se diz democrática, não se pode mais tolerar que processos ditos sigilosos sejam alcançados à mídia, antes mesmo antes de o juiz do caso ter acesso aos autos. Ainda, esta mesma sociedade não pode mais aceitar a sua própria manipulação, com objetivo de influenciar decisões sob pressão, sob pena de estar criando um fato onde a inocência deixará de ser assunto a ser debatido.

O direito humano fundamental à presunção de inocência poderia se transformar no eficaz limitador aos abusos e excessos midiáticos em delitos de grande repercussão, se tal garantia fosse reconhecida e respeitada pelos atores processuais. Ao se tomar por base a presunção de inocência como norma de tratamento, onde o olhar a ser depositado sobre o acusado é o de inocência desde sempre, certo é que as notícias veiculadas devem transitar no limiar do respeito a sua honra, imagem e direito à intimidade.

Muitas vezes a imprensa não replica exatamente os fatos como lhes foram narrados. Ao contrário, em alguns casos, dependendo de quem os apresenta ou a ideologia do programa que os expõe, os fatos acabam sendo moldados, redesenhados para alcançar o potencial sensacionalista, e ao final, percentual significativo de audiência. A “‘causa criminal’ passa a ser uma mercancia por meio da qual as notícias se auto-alimentam em uma sucessão de versões dentro das quais o fato original perde a importância e elas passam a ser o fato” (Zanoide de Moraes, 2010).

Exemplos pátrios notórios da criação de falsas memórias externas em cidadãos comuns e atores do processo podem ser visualizados no famoso Caso Escola Base (1994), e também nos julgamentos do Caso Nardoni (2008) e Caso Goleiro Bruno (2009). No primeiro, a construção do caso pela mídia influenciou a investigação preliminar e culminou na destruição de vidas de pessoas inocentes, onde a retratação e indenização posterior por veículo de imprensa foi de extensão mínima se comparada com a exposição do fato. Nos outros dois casos, se verificou que tão logo iniciada a investigação policial, a mídia já contava com a versão dos fatos pronta, sem possibilitar a defesa trabalhar de forma isenta a versão dos réus (aqui, importante pautar, que se verdadeira ou não, não é a questão, e sim o poder trazer sua versão aos autos e que ela fosse investigada e confrontada).

O estudo das falsas memórias criadas por fatores externos ao fato deve ser enfrentado no âmbito do processo penal, seja pela apreensão de conceitos e técnicas com relação à psicologia do testemunho, seja com relação ao comportamento dos atores processuais, técnicos ou leigos, se estes acabam afetados ou não pela exposição de notícias acerca de crimes pela imprensa. Devemos refletir com o fito de criar mecanismos mais eficientes de filtros, em momentos decisórios, para reforçar as garantias humanistas do processo penal, sob pena de seguirmos a sustentar um processo penal de matriz inquisitorial, com vistas tão somente a eliminar o inimigo réu do ambiente social.

3. Considerações Finais

Por todo o exposto, entendemos necessária a abertura de debates sobre a influência de falsas memórias em julgadores, em se tratando de crimes de forte repercussão midiática. A aproximação do estudo do processo penal com conceitos da psicologia se mostra imprescindível na busca do fortalecimento das garantias conferidas ao acusado exposto à perseguição penal, mormente no que diz respeito à presunção de inocência e a imparcialidade judicial.

Cientes somos de que não há, sequer se espera, neutralidade por parte de um julgador. Mesmo sendo um ator técnico, o juiz de direito é um ser inserido na sociedade, com crenças, opiniões e ideais que se manifestam em seu ambiente profissional. Contudo, dentro do que se pretende com o princípio da imparcialidade judicial, é um magistrado distante das partes e com foco único em analisar as provas que lhe são trazidas por aquelas – acusação e defesa.

Neste contexto, entendemos que um processo penal que se submeta a um sistema acusatório, com a função de cada parte bem localizada no processo, onde o juiz julga com as provas trazidas pela acusação e defesa, formaria um maior filtro às contaminações externas apreendidas da mídia, uma vez que o foco do julgamento cingir-se-á na análise do material probatório dos autos, sem possibilidade ao magistrado de buscar provas para satisfazer a sua convicção. Este afastamento do juiz da produção de provas, que o sistema acusatório propõe, nos parece limitar o impacto do meio ambiente social sobre o ator julgador, reforçando a sua imparcialidade ao decidir.

Nesta linha de raciocínio, nos parece que um julgamento pautado pela oralidade, desde seu início – admissibilidade da acusação – até seu final, também teria a capacidade de refrear a contaminação por falsas memórias em casos de repercussão midiática. A oralidade, por ser mais dinâmica, e exigir das partes um maior foco na apresentação e colheita de provas, pode fazer com que se distancie do conteúdo já absorvido através das notícias de imprensa acerca do crime repercutido.

Por fim, mesmo em se trabalhando com a lei processual penal brasileira, entendemos que a fundamentação das decisões pelo magistrado, quando do exercício de confronto do caderno probatório com o seu convencimento, acaba por filtrar as falsas memórias que por ventura tenham sido formadas. Entretanto, mesmo que pareça eficaz tal limitação, a lei, ao manter a possibilidade de o juiz buscar provas nos autos, colabora para a afirmação do que pode ser uma falsa memória criada de forma externa, uma vez que o juiz de direito vai buscar elementos que não foram trazidos aos autos pelas partes, com a finalidade de satisfazer a sua convicção.

Com relação aos jurados, juízes leigos, para o enfrentamento da criação de falsas memórias por notícias da mídia em crimes de repercussão, a lei oferece a realização de instrução em plenário de júri. Contudo, ao manter o modelo de julgamento por íntima convicção, sem aposição de justificativa, a memória criada, ainda que falsa, poderá provocar a confirmação de julgamento prévio em contraposição ao caso exposto em plenário.

Certo é que alimentamos os monstros que nos atacam. A criminalidade, a sensação de medo abstratamente concebida, as inseguranças sociais, não são outro reflexo que não o descaso com os princípios básicos de civilidade, o respeito aos direitos humanos que a todos tocam, proibindo qualquer tipo de estigmatização ou pré-julgamentos. Talvez a reiterada cobrança, educação e respeito às regras do jogo, mormente em se tratando de crime e seu caminho para aplicação da pena – processo – possa

transformar o cenário, trazendo um melhor ambiente processual penal para todos.

O estudo das falsas memórias criadas por fatores externos ao fato delituoso (repercussão midiática de crime) e a posterior contaminação de seus participantes diretos, *in casu*, os juízes e os jurados, deve ser realizado buscando dar efetividade a mecanismos mais eficientes de filtragem de tais impactos, dentro do processo penal, visto que o prejuízo que decorre da superexposição midiática de um acusado, só a ele atinge, só o *imputado perde em direitos e interesses*, até porque, no caso de ao final ser absolvido, sua inocência não será noticiada com a mesma ênfase e espaço com que as acusações contra a sua pessoa o foram, pelo simples fato de que *a inocência nunca é notícia* (Zanoide de Moraes, 2010, p. 514).

Referências bibliográficas

- ÁVILA, G. N. de. (2013) *Falsas Memórias e Sistema Penal*. A prova testemunhal em xeque, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BRASIL. (1941). *Código de Processo Penal*. Brasília
- CARNELUTTI, F. (1965). Verità, dubbio e certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, p. 4 - 9, vol. XX.
- CARNELUTTI, F. (2012). *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Ed. Servanda.
- CARVALHO, L. G. G. C. (2012). Estado de Direito e Decisão Jurídica: As Dimensões Não-Jurídicas do ato de julgar. In: Prado, G., Martins, R. C. & Carvalho, L. G. G. C. (Orgs). *Decisão Judicial. A cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Editora Marcial Pons.
- CHOUKR, F. H. (2014). *Código de Processo Penal. Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial*. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.
- DI GESU, C. (2014). *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado.
- GIACOMOLLI, N. J. & MAYA, A. M. (Org.) (2010). *Processo Penal Contemporâneo*. Porto Alegre: ed. Nuria Fabris.
- LOPES Jr, A. (2013). *Direito Processual Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva.

ROSA, A. M. da. (2017). *Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*. Editora Florianópolis: Empório do Direito.

STEIN, M. L. et al. (2010). *Falsas Memórias*. Porto Alegre: Ed. Artmed.

ZANOIDE DE MORAES, M. (2010). *Presunção de inocência no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.

CAPÍTULO 2
SISTEMA PENAL POR AUDIÊNCIAS

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN: ANÁLISE COMPARADA ENTRE AS REALIDADES DO BRASIL E CHILE EM MATÉRIA DE CONTROLE DA LEGALIDADE DA PRISÃO

*Camila Ribeiro Hernandes*¹⁹
*Vinícius Assumpção*²⁰

1. Introdução

Resultado do cumprimento tardio de obrigação assumida pelo Brasil quando da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a implementação das audiências de custódia representa importante instrumento de preservação de garantias constitucionais, viabilizando o imediato contato de qualquer pessoa presa com a autoridade judicial e a pronta verificação sobre a necessidade de manutenção da medida encarceradora, a fim de contribuir com a redução dos alarmantes índices de prisões provisórias no país.

Ademais, um dos principais objetivos do ato se refere à contenção e apuração de ilegalidades praticadas por agentes públicos em face de indivíduos custodiados, consoante pode ser verificado a partir da regulamentação prevista pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n. 213/2015, que dedica considerável espaço ao procedimento a ser adotado para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de irregularidades e abusos perpetrados por ocasião da prisão.

19 Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Advogada. E-mail: camilarhernandes@gmail.com

20 Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade Ruy Barbosa/Devry e dos cursos de Pós-Graduação da Escola de Magistrados da Bahia e da Universidade Católica do Salvador. Membro Diretor do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Advogado. E-mail: vinciciusassumpcao@outlook.com

Neste cenário, a partir de breve estudo comparativo acerca do embasamento legal relativo à audiência de controle de detenção, no Chile, e à audiência de custódia, no Brasil, bem como de uma análise geral das diferenças verificadas na prática dos atos nos dois países, o presente artigo visa analisar se, na sistemática adotada pelo direito interno, a audiência de custódia consegue contribuir para um efetivo controle acerca da legalidade das prisões submetidas imediatamente ao crivo judicial.

2. Contexto de implementação das audiências de custódia no Brasil

Em fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça do Brasil (CNJ) adotou uma medida inédita ao lançar o então chamado “Projeto Audiência de Custódia”. Tratava-se de uma experiência embrionária cujos primeiros passos dependeram diretamente da parceria do Conselho com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), primeiro a adotá-lo²¹.

É inegável que houve - e há - resistência à iniciativa. Antes mesmo da nacionalização do projeto-piloto das audiências de custódia foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5240²², buscando o reconhecimento da impossibilidade de tratamento do tema através do Provimento Conjunto n. 03/2015 do TJSP. O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação, mas aprofundaria a discussão no mês de setembro de 2015, quando julgou em plenário a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). A ação resultou no reconhecimento, pela primeira vez no Brasil, do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI), nesse caso direcionado especificamente ao sistema prisional do país. Uma das consequências, gravada no dispositivo da decisão, foi a determinação de medidas que pudessem reduzir o encarceramento, dentre elas a implementação de audiências de custódia em todo o país, no prazo de 90 (noventa) dias.

Foi nesse contexto que o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 213/2015, com o objetivo de regulamentar o artigo 7, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O comando convencional do alcunhado “Pacto de São José da Costa Rica” prescreve o direito que qualquer pessoa detida ou retida tem de ser conduzida, “sem demora”, à presença de uma autoridade judicial. À míngua de dispositivo processual penal que disciplinasse detalhadamente do tema, a Resolução veio

21 Recuperado em 11 dezembro 2017, de <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62438-lewandowski-quer-levar-projeto-audiencia-de-custodia-a-outras-capitais-e-comarcas-do-pais>

22 A autora da ação é a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil).

em boa hora, especialmente por convergir com os objetivos da Lei n. 12.403/2011, que instituiu as novas medidas cautelares no processo penal brasileiro.

O contexto histórico, jurídico e social em que se criou a Resolução é essencial para se compreender o propósito da implementação das audiências de custódia. É possível afirmar que a apresentação “sem demora” do preso a uma autoridade judiciária serve a três finalidades básicas²³: (a) verificação da legalidade da constrição à liberdade, que pode ser uma prisão em flagrante, temporária ou preventiva; (b) a análise da necessidade de decretação de medidas cautelares pessoais e (c) a identificação de eventuais maus-tratos praticados quando da realização da prisão, o que atende a exigências civilizatórias mínimas, em que pese tardias. A questão central deste estudo se relaciona ao primeiro dos pontos referidos.

3. Audiência de custódia e *audiencia de control de detención*: comparação teórica e prática entre a realidade no Brasil e no Chile

3.1. *A estrutura das audiências conforme as normas brasileiras e chilenas*

A denominação “Audiência de Custódia” não só é largamente empregada pela doutrina brasileira como foi a expressão cunhada oficialmente, no plano legislativo. Acredita-se que a opção do legislador não é adequada. Mais apropriado e convergente com o conteúdo do ato procedimental talvez fosse algo próximo de “audiência de apresentação” ou “audiência de controle da legalidade da prisão”. O Chile, país que adotou o sistema adversarial no ano 2000, denomina de “audiência de controle de detención” aquela voltada à análise da conformidade da prisão realizada. Não é o rótulo a maior diferença entre as audiências de um e de outro país, sim a dinâmica da sua realização. Distinguem-se no que tange à observância detida dos pressupostos materiais e processuais, bem como à dedicação de parte da audiência à verificação da legalidade da prisão e, em sequência, de um momento nitidamente destacado, destinado à verificação da necessidade de decretação de medida cautelar.

No Brasil, o regramento constante da Resolução n. 213/2015 determina a apresentação da pessoa presa em até 24 horas à presença de autoridade

23 Em sentido semelhante, Paiva (2015, pp. 34-42) elenca as seguintes finalidades da audiência de custódia: a) ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos; b) prevenir a tortura policial, assegurando a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade; e c) evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por qualquer motivo, desnecessárias.

judicial, contados da comunicação do flagrante ou o cumprimento de mandado de prisão cautelar ou definitiva (artigos 1º e 13), para realização de audiência em conjunto com o Ministério Público (MP) e a defesa técnica (artigo 4º), sendo certo que o cidadão terá direito de entrevista prévia e reservada com seu defensor, público ou constituído (artigo 6º). A disciplina do Código de Processo Penal (CPP) para as prisões não inclui essa exigência, senão a mera formalidade de remessa dos autos de prisão em flagrante para o juiz, no prazo de até 24 horas. Sobre a coexistência dessas normas, sintetiza Nicory:

A audiência de custódia é um procedimento mais adequado para a tutela do direito individual à liberdade, na sua perspectiva de não intervenção indevida do Estado, porque a apresentação do preso ao juiz permite um controle efetivo das circunstâncias da prisão, pelo magistrado, do que a mera comunicação escrita da prisão pela autoridade policial, tanto porque o flagrado será entrevistado pelo juiz, como porque estará na presença do seu defensor (Nicory, 2017, p. 21).

O conteúdo da audiência está regulamentado a partir do artigo 8º da norma, que determina que o juízo indague sobre as circunstâncias da prisão (inciso V), se abstenha de formular perguntas tendentes à produção probatória (VIII) e oportunize ao MP e à defesa “reperguntas compatíveis com a natureza do ato” (§1º). Embora se entenda que não foi adotada a melhor técnica na edição do texto, é inegável que o dispositivo elencou um rol de posturas para uma primeira etapa, de apreciação dos contornos da prisão realizada e, a partir do art. 8, §1º, tenha reservado um segundo momento da audiência para a formulação dos requerimentos de relaxamento da prisão, concessão de liberdade e/ou adoção de medida cautelares pessoais.

A *audiencia de control de detención* e suas regras afins estão previstas expressamente no Código de Processo Penal do Chile, nos artigos 131 a 138. De modo geral, o regramento é similar ao brasileiro, com algumas diferenças próprias da adoção de um sistema em que a investigação é atividade coordenada pelo Ministério Público, o que instaura mais um filtro na legalidade das prisões. Apenas a título de exemplo, prevê o código chileno que a prisão em flagrante deve ser comunicada ao órgão ministerial em até 12 horas, podendo a *fiscalía* torná-la sem efeito. Não sendo o caso, a apresentação ao juízo deverá ocorrer no mesmo prazo, de 24 horas, contados da detenção (artigo 131).

Em termos meramente legais, o maior destaque que se pode conferir à legislação chilena é a previsão explícita de que a ausência do Ministério

Público ou do seu assistente corresponderá à soltura da pessoa detida. Ademais, a norma é mais precisa que a brasileira ao indicar que os requerimentos de cautelares pessoais estão necessariamente vinculados à presença dos “antecedentes necessários” (artigo 132), o que busca inviabilizar o recurso a argumentos genéricos ou padronizados, muito comuns no Brasil, para a decretação de prisões ou cautelares diversas. Por outro lado, consta do Código do Chile nefasta previsão de possibilidade de decretação das cautelares mesmo quando a ilegalidade da prisão é decretada (artigo 132, parte final, acrescentada pela famigerada “contrarreforma” de 2008²⁴). Como se anotará a seguir, essa prática é comum nas audiências de custódia brasileiras e é manifestamente paradoxal, revelando incongruências preocupantes e de matriz inquisitorial.

3.2. Do acompanhamento das audiências de custódia e das audiências de control de detención: aspectos práticos e problemas encontrados

A análise comparada entre as duas realidades (Brasil e Chile) foi feita do seguinte modo: no Chile, através do acompanhamento de audiências realizadas em alguns dos 15 *Juzgados de Garantías* da cidade de Santiago, nos dias 4 e 5 de outubro de 2017²⁵; no Brasil, com o monitoramento das audiências realizadas no Núcleo de Prisão em Flagrante localizado na cidade de Salvador, estado da Bahia²⁶, nos meses de janeiro, junho e dezembro de 2016, em autos de prisão em flagrante nos quais foram atribuídos, de forma isolada ou em concurso, os delitos de furto, roubo e/ou tráfico de drogas, em qualquer de suas modalidades²⁷.

3.2.1. Audiencias de control de detención: a experiência chilena

Segundo observado no período indicado, as audiências de controle de detenção realizadas em Santiago, no Chile, têm início com a apresentação dos representantes do Ministério Público e da defesa e a qualificação da pessoa conduzida. Em nenhuma das oportunidades o ato ocorreu sem

24 A reforma foi implementada através da Ley 20253, no Chile.

25 As visitas à Corte chilena constituíram parte da segunda etapa do “Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal”, realizado pelo Centro de Estudos Jurídicos das Américas – CEJA, em parceria com o Instituto Baiano de Direito Processual Penal – IBADPP, entre os dias 3 e 6 de outubro de 2017.

26 Na Bahia, as audiências de custódia foram implementadas em agosto de 2015, mas somente em abril de 2016 entrou em vigor o Provimento Conjunto n. 01/2016, editado pela Presidência do TJ/BA, juntamente com a Corregedoria-Geral da Justiça e a Corregedoria das Comarcas do Interior.

27 O acompanhamento dessas audiências foi realizado a partir de convênio celebrado entre o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e o Instituto Baiano de Direito Processual Penal. No total, foram analisadas decisões proferidas em relação a 590 indivíduos, divididas em 433 audiências de custódia.

que juízo, *fiscalía* e defesa estivessem todos presentes. O registro, apesar de soar despiendo, é da maior relevância, dada a prática recorrente no Brasil, segundo a qual a ausência da promotoria, órgão de acusação e fiscal da atividade policial, não constitui óbice à realização das assentadas.

Após a apresentação e qualificação, são formuladas perguntas acerca da data e horário da prisão, bem como sobre se a pessoa conduzida foi esclarecida quanto a seus direitos – notadamente o direito de conhecer o motivo da custódia, o direito a ser acompanhada por um defensor e o direito ao silêncio, como foi apresentado a uma conduzida que afirmou não ter sido cientificada no momento do flagrante – e se, não tendo constituído advogado particular, aceita a assistência da Defensoria Pública. Os custodiados também foram informados quanto à obrigação de manter atualizados seus dados pessoais, especialmente quanto à residência, sob pena de detenção. É visível a insistência da autoridade judiciária em tornar a informação bastante explícita para o flagranteado, evitando que parem dúvidas quanto ao que foi perguntado.

Nos casos em que o Ministério Público requeria a aplicação de medidas cautelares ou a decretação de prisão preventiva, restou bastante evidente a divisão da audiência de controle da detenção em dois momentos distintos: o primeiro, de análise quanto à legalidade da custódia realizada; o segundo, de formalização da investigação e requerimentos do órgão acusador. A etapa de formalização da investigação não encontra correspondência no Brasil, tendo em vista que o Ministério Público não coordena as atividades de investigação policial. Na realidade brasileira, a continuidade das investigações – e mesmo o seu prazo – ocorrem de maneira autônoma em relação à audiência de custódia.

No primeiro momento, a autoridade judicial questiona às partes se existe alguma controvérsia sobre a prisão efetivada. Nesse ponto, a oralidade se apresentou extremamente decisiva para que os pressupostos fáticos pudessem ser controlados pelas partes e, dentro da perspectiva adversarial, fosse viável qualificar o debate. Nas audiências presenciadas pelos articulistas, não houve questionamento específico sobre eventuais abusos policiais, mas em um dos casos houve alegação, pela defesa, de violação a domicílio e conseqüente ilegalidade da custódia, do que se depreende a provável ocorrência de entrevista anterior entre o defensor e o flagranteado – garantia prevista em ambas as normas, brasileira e chilena.

Aportados à audiência os contornos fáticos da prisão realizada, o magistrado profere de imediato a decisão quanto à legalidade do flagrante, também de forma oral. Recorde-se que, segundo o Código de Processo Penal chileno, a ilegalidade não implica obstáculo aos requerimentos de

decretação de medidas cautelares. De todo modo, em todos os casos observados houve juízo positivo acerca da conformidade da custódia com o regramento legal, constatando-se, na audiência em que se realizou a alegação de abuso policial, a efetiva manifestação judicial sobre os argumentos apresentados pelas partes, após o que teve início a fase seguinte do procedimento.

Definida a validade legal do flagrante, o Ministério Público apresenta pedido de prosseguimento das investigações e narra os fatos até então apurados em desfavor da pessoa conduzida, capitulando ao final o crime em tese perpetrado. Ato contínuo, a autoridade judicial questiona se o flagranteado compreendeu a acusação contra si formulada, independentemente de concordar com ela, e, diante de resposta positiva, retorna a palavra à *fiscalía* para os requerimentos que entender cabíveis.

O órgão da acusação indica, de forma minuciosa, os elementos de autoria e de materialidade delitiva colhidos por ocasião do flagrante, bem assim justifica a necessidade de vinculação do conduzido mediante adoção de medidas cautelares. A audiência segue com a manifestação da defesa, que apresenta questionamentos acerca dos elementos de autoria e materialidade e/ou sobre a necessidade das medidas requeridas pela acusação, podendo sugerir, nos casos em que foi pleiteada a prisão preventiva, que sejam preferencialmente utilizadas outras medidas cautelares menos gravosas. A decisão é também oral nessa fase, contemplando os indícios de materialidade e de autoria e acolhendo ou rejeitando os argumentos das partes.

Como não foram observadas situações de ilegalidade que tenham chegado até a *audiencia de control de detención*, não é possível afirmar se, na prática, é habitual a convalidação de prisões ilegais através do requerimento e concessão de medidas cautelares. Seria de grande valia poder analisar esse dado, tendo em vista que essa possibilidade foi trazida pela alteração legislativa chilena de 2008 e, como antecipado, guarda íntima correlação com a realidade brasileira.

De modo geral, restou nítido nos casos presenciados a relevância da informação qualificada para a condução dos debates, expressão natural da oralidade própria do sistema adversarial – não implantado no Brasil. Notou-se a consistência da oralidade pela dinâmica de arguição e contraditório viabilizada durante a audiência, com supervisão do juízo. Muito além da garantia da existência de sustentar oralmente os argumentos, como há no Brasil, no Chile ficou evidente a possibilidade de controle do que se alega quando, por exemplo, não há amparo nos elementos da apuração preliminar, ou mesmo suporte jurídico para o pleito formulado.

3.2.2. *Audiências de custódia: a realidade brasileira e seus problemas*

Em Salvador, as audiências de custódia ocorrem todos os dias da semana, no Núcleo de Prisão em Flagrantes (NPF) da capital. A realização do ato tem como substrato o Auto de Prisão em Flagrante (APF) lavrado pela autoridade policial e remetido ao judiciário, o qual contém, em apertada síntese, as declarações prestadas pelo agente condutor, o recibo de entrega do preso, os depoimentos de, no mínimo, duas testemunhas²⁸, o interrogatório do flagranteado, a nota de culpa e os eventuais laudos e/ou guias periciais expedidos. Ao APF se soma a certidão de antecedentes judiciais do indivíduo custodiado, extraída antes da assentada e anexada aos autos digitais disponibilizados às partes e à autoridade judicial.

Em obediência ao que prevê o artigo 8º, §2º, da Resolução CNJ n. 213/2015, a oitiva da pessoa conduzida e o conteúdo das postulações feitas pelo Ministério Público e pela defesa são registradas preferencialmente em meio audiovisual, arquivando-se a mídia na própria unidade. Da assentada se extrai um termo que varia conforme a autoridade judicial que preside o ato: como regra, os termos possuem as informações de qualificação das partes presentes e os pedidos formulados; infelizmente, apenas uma minoria registra a resposta da pessoa flagranteada no que tange a eventuais abusos policiais²⁹ e/ou a própria decisão judicial, que normalmente constitui documento apartado, elaborado após o encerramento da audiência.

A dinâmica do ato em muito difere com o modelo observado em Santiago/Chile. Nas audiências realizadas em Salvador, após a qualificação do conduzido, realiza-se sua entrevista pessoal e colhe-se os pronunciamentos do Ministério Público e da defesa, os quais compreendem, de forma

28 Em regra, os demais policiais que participaram da prisão, ou que presenciaram a apresentação da pessoa conduzida. De acordo com o artigo 304, § 2º do Código de Processo Penal brasileiro, “A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.”

29 De acordo com a pesquisa realizada no âmbito do IBADPP, 78% das decisões analisadas não faziam menção à resposta da pessoa conduzida quanto a eventual abuso policial sofrido, informação que tampouco constava dos termos de audiência lavrados nas respectivas audiências de custódia. Na medida em que o registro audiovisual do ato, contendo as declarações do preso, não acompanha os autos a serem apensados ao inquérito policial ou à ação penal, a ausência desses dados torna inviável o controle quanto à efetiva formulação de perguntas a respeito do emprego de violência na diligência que culminou com a prisão em flagrante. Romão (2017), a partir de pesquisa empírica realizada também no NPF de Salvador/BA, consignou, ainda, que “mesmo quando houve pergunta sobre possível violência por algum dos autores, questionamentos básicos, como o local da agressão e suas circunstâncias, não foram realizados. Isto pode dificultar não só a adoção de medidas institucionais, mas também a reflexão sobre medidas preventivas que poderiam ser adotadas durante os momentos que antecedem, circundam ou sucedem à audiência.”

conjunta, questões relativas à legalidade do flagrante e ao cabimento e necessidade de aplicação de medidas cautelares em face da pessoa presa. Considerando que as tarefas de investigação não são coordenadas pelo órgão de acusação, inexistente um momento próprio de formalização das medidas apuratórias a serem adotadas e a previsão de prazo para sua conclusão, existindo, por outro lado, regramento legal de que o inquérito policial seja finalizado no prazo de 30 dias, em caso de réu solto, ou de 10 dias, se preso (artigo 10 do CPP).

Poucas são as decisões judiciais proferidas de forma oral, no momento da assentada, constatando-se, na maioria dos casos, a disponibilização das decisões, em “blocos”, apenas ao final de cada turno. Outrossim, mesmo quando prolatados durante a audiência, os pronunciamentos judiciais são reduzidos a termo, constituindo, junto com o APF, os antecedentes e a ata, os autos que serão apensados ao inquérito policial ou à ação penal, nos termos do artigo 12 da Resolução nº 213/2015.

Conquanto, num panorama geral, sejam positivos os resultados verificados a partir da implementação das audiências de custódia no Estado da Bahia, vez que o número de casos nos quais foram aplicadas medidas cautelares diversas da prisão têm se revelado superior à quantidade de conversões em preventiva³⁰, é relevante apontar que o judiciário baiano se encontra adstrito ao binômio prisão-liberdade condicionada ao cumprimento de medidas cautelares, sendo ínfimos os casos de relaxamento da prisão e de liberdade plena³¹, caracterizada pela não adoção de nenhuma das cautelares elencadas no artigo 319 do CPP.

Embora um dos principais objetivos da audiência de custódia seja controlar a legalidade da prisão, a prática revela que, no espectro de pesquisa eleito (NPF de Salvador/BA), muitas decisões não apresentam qualquer manifestação sobre a conformidade legal do flagrante. Outras se limitam a referências meramente genéricas, sem a indicação concreta de elementos que corroborem o juízo positivo de validade da custódia³². Esse proceder

30 De acordo com o Sistema de Audiências de Custódia – SISTAC, sistema eletrônico de amplitude nacional, disponibilizado pelo CNJ, gratuitamente, para todas as unidades judiciais responsáveis pela realização da audiência de custódia (artigo 7º da Resolução CNJ n. 213/2015), no período de 28/08/2015 a 30/06/2017 foram realizadas na Bahia um total de 6.330 audiências de custódia, as quais resultaram em 3.877 (61,25%) concessões de liberdade provisória e 2.453 (38,75%) decretações de prisão preventiva.

31 Novamente usando como referência os dados colhidos pelo IBADPP, no universo de 590 decisões analisadas, somente 14 culminaram com o relaxamento da prisão em flagrante do conduzido. Por sua vez, nada obstante tenham sido proferidas 290 decisões de liberdade provisória, apenas 4 (menos de 1,5%) não envolviam a fixação de pelo menos uma das medidas cautelares diversas da prisão elencadas no artigo 319 do CPP.

32 Conforme dados da pesquisa utilizada como referência, 32% das decisões analisadas não apresentaram qualquer manifestação acerca da legalidade/ilegalidade da prisão, ao

viola o comando da Resolução, que determina (art. 8º) que sejam apuradas as circunstâncias da custódia para que se possa decidir, em seguida, sobre eventual relaxamento da prisão. A ilegalidade da prisão deve corresponder a liberdade do agente, ressalvada, sempre, a possibilidade de investigação e busca de elementos que confluam para a suspeita existente.

No período de observação das audiências de custódia em Salvador, constatou-se a ausência de divisão do ato em momentos distintos, relativos ao exame de conformidade legal da custódia e de cabimento/necessidade da adoção de medidas cautelares. Além de extremamente grave, a praxe termina por resultar em análises sobrepostas, confusas e indiscriminadas dos requisitos que compreendem cada uma das decisões. Como na primeira fase tem sido aceito o aproveitamento de prisões ilegais, a não adoção de critério distintivo e específico dessas etapas permite, na prática, a “reciclagem” ou convalidação dos elementos irregularmente produzidos, autorizando até mesmo a decretação de prisão preventiva, a mais grave das medidas cautelares.

Nesse momento é que se nota a diferença entre um sistema efetivamente acusatório, pautado pela oralidade, e uma audiência com oportunização da palavra às partes, para que sustentem seus argumentos. A linha que separa essas duas realidades não é tênue. No Chile, implementado o sistema adversarial, ao aventar um argumento a parte sabe que a outra poderá questioná-lo, para afastá-lo ou corrigi-lo. Ademais, o juízo toma ciência das circunstâncias fáticas naquele momento, sem contaminação prévia por elementos produzidos de maneira escrita. No Brasil, a dinâmica é inteiramente diversa. Em primeiro lugar, a autoridade judicial tem acesso prévio a todos os documentos colhidos no bojo do flagrante, abrindo espaço para que, tendo se convencido pela necessidade de manutenção da custódia, o órgão julgador se contamine e se incline a desconsiderar os fatores impeditivos desse resultado, incluindo o obrigatório relaxamento do flagrante ilegal.

A pesquisa realizada no NPF de Salvador revelou que, nos casos em que a pessoa conduzida afirmou expressamente ter sofrido alguma espécie de abuso policial³³, o percentual de pedidos de relaxamento pelo Ministério

passo que, nas demais (68%), o pronunciamento judicial se deu quase sempre de forma genérica, apenas indicando que o APF foi lavrado em conformidade com o CPP. Apesar de ser possível considerar como válida tal fundamentação nos casos em que não houve alegação de ilegalidades pelas partes, o estudo verificou situações de ausência de manifestação concreta mesmo quando formulado pedido de relaxamento ou suscitado abuso policial.

33 Os tipos de abuso mais relatados foram o emprego de violência/tortura, a violação de domicílio e o flagrante forjado, este último bastante associado a prisões decorrentes de suposta imputação do delito de tráfico de drogas.

Público e pela defesa foi de apenas 14,8% e 33,3%, ao passo que somente 7,4% das decisões judiciais efetivamente reconheceram a ilegalidade da custódia. A baixa quantidade de pronunciamentos, inclusive da própria defesa, que tenha levado em conta as declarações prestadas pelo preso indica que pouca importância tem se dado ao momento do flagrante e à regularidade da custódia realizada, aparentemente vistos como irrelevantes para a análise quanto ao cabimento e necessidade das medidas cautelares de natureza pessoal.

Noutros termos, vê-se que a audiência de custódia concede um maior enfoque ao momento de exame sobre a manutenção da custódia, sem proceder a uma análise mais aprofundada quanto à própria legalidade do flagrante. Nada obstante, é justamente do APF lavrado por ocasião da prisão que são extraídos os elementos utilizados para subsidiar os indícios de autoria e de materialidade em desfavor do conduzido e, ainda, de onde a autoridade judicial normalmente retira os argumentos utilizados para fundamentar eventual decreto de prisão preventiva.

De fato, em uma das decisões estudadas³⁴, o conduzido D. M. de O., preso em 15/06/2016, foi conduzido à audiência de custódia apenas 14 dias após em razão de ter sido hospitalizado logo após a prisão, inclusive com necessidade de procedimento cirúrgico. Afirmando ter sido agredido pela guarnição policial, a decisão proferida em audiência de custódia – entendendo pela legalidade do flagrante e decretando a preventiva de D. M. de O., com base na ordem pública, dada a existência de outras ações penais em seu desfavor – consignou que

(...) os possíveis abusos cometidos, não possuem o condão de interferir na autoria e materialidade do delito, sendo uma apuração a parte em processo disciplinar pela corporação a que se encontrar subordinada a autoridade policial, se requerimento houver do interessado, não cabendo nesta oportunidade em audiência de custódia a apuração ou avaliação de circunstâncias de lesões já submetidas a autoridade médica, para possível abrandamento do que determina a resolução 213/2015 do CNJ.

Ademais, nas decisões em que, relaxado o flagrante por ilegalidade, foi decretada, no mesmo ato, prisão preventiva em desfavor da pessoa conduzida, resta claro que a abordagem judicial em torno da legalidade da custódia segue pautada em uma perspectiva meramente formal, sem revelar efetivo comprometimento com as finalidades do instituto. Com efeito, o reconhecimento de irregularidades no momento da prisão que, ao mesmo tempo, não inviabilizam a manutenção de suas consequências, muito

34 Decisão proferida nos autos tombados sob o n. 0317934-21.2016.8.05.0001.

bem ilustra a prevalência da mentalidade inquisitória e da cultura do encarceramento, entraves evidentes à consagração da audiência de custódia enquanto instrumento de preservação de direitos e garantias individuais.³⁵

Em quatro decisões analisadas na pesquisa³⁶, o relaxamento da custódia restou fundado na ausência de situação de flagrância, pelo decurso de elevado lapso temporal entre o suposto crime e o momento da prisão. Nada obstante, a própria construção da fundamentação judicial demonstra, de forma bastante nítida, a prevalência da análise quanto à necessidade de decretação da prisão preventiva, relegando o reconhecimento da ilegalidade do flagrante a apenas uma frase, ao final do veredito, que não compromete a utilização das informações obtidas naquela ocasião para o fim de embasar o decreto prisional proferido. De forma exemplificativa, da decisão exarada em relação ao conduzido C. S. da S.³⁷ se extrai que

A prova da materialidade delitiva está consubstanciada nos documentos já carreados aos autos pela Autoridade Policial, constatando-se suposta prática de crime de latrocínio, já que o roubo resultou na morte de uma das vítimas, conforme depoimentos do condutor e das testemunhas às folhas 04/10, bem como pelo boletim de ocorrência de folhas 22/23. (...)

São suficientes os indícios da autoria delitiva para decretação da prisão preventiva, pois em termo de declarações de outra vítima às folhas 17/18, o autuado foi reconhecido como autor de delito de roubo na passarela do Iguatemi, inclusive portando arma branca, no mesmo dia em que ocorrido o homicídio ora analisado. Além disso, o autuado no momento da abordagem apresentou-se com as características informadas na denúncia às folhas 22.

Cumprir registrar, ainda, que o autuado possui antecedentes criminais maculados, o que acarreta fundado receio de reiteração criminosa na hipótese de ser mantido em liberdade.

35 A preservação da mentalidade inquisitiva como elemento dificultador da plena efetividade da audiência de custódia no Brasil é também suscitado por outros autores, a exemplo de Poli (2017) e de Carvalho e Silva (2017, p. 460). Na mesma linha, a realização do ato como mera formalidade foi corroborada no "Relatório sobre a implementação das audiências de custódia", elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, ao afirmar que "as audiências ocorrem muito mais voltadas ao cumprimento do ritual que lhes foi imposto do que para averiguar a real necessidade de manutenção da prisão e as reais circunstâncias da prisão" (Ballesteros, 2016, p. 25).

36 Decisões proferidas nos autos dos Autos de Prisão em Flagrante ns. 0300808-55.2016.805.0001, 0300472-51.2016.805.0001, 0301473-71.2016.8.05.0001 e 0341158-85.2016.805.0001

37 Decisão proferida no bojo do APF n. 0301473-71.2016.8.05.0001.

Na atual conjuntura da cidade de Salvador, atos criminosos que re-presentem gravidade concreta precisam ser repreendidos através da segregação do indivíduo, para que não se tornem meio usual para auferir renda e bens de modo fácil e sem labor, bem como para que se proteja a sociedade em geral.

Ademais, vale destacar a repercussão midiática do caso, tendo em vista que o indiciado confessou a prática do delito de latrocínio, demonstrando frieza e ausência de remorso pela morte da vítima, bem como justificando sua atitude diante da reação ao assalto em jornais e programas televisivos.

Por isso, em análise dos fundamentos da medida, é imperiosa a restrição cautelar da liberdade do indiciado, a fim de se salvaguardar a ordem pública de ações violentas que estão tornando-se rotina na capital da Bahia, em que a vida humana é desprezada e descartada de maneira infame. Além disso, a prisão preventiva se impõe por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, tendo em vista que outros indivíduos foram citados nos autos como autores de delitos em conjunto com o autuado, bem como pelos antecedentes criminais que foram apresentados.

Quanto a homologação do flagrante, há de se frisar que em virtude do lapso temporal entre o delito e a prisão, eiva-se o mesmo de ilegalidade.

Pelo exposto, RELAXO A PRISÃO EM FLAGRANTE LAVRADA pela Autoridade Policial, DECRETANDO, ENTRETANTO, A PRISÃO PREVENTIVA do indiciado C. S. DA S., para a garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal, com espeque nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. (sem grifos no original)

Assim é que, em que pese o controle jurisdicional da detenção, em audiência especialmente designada para tal finalidade e com a presença da pessoa custodiada, bem como de representantes da acusação e da defesa, represente um significativo avanço em matéria de proteção de garantias individuais, o efetivo alcance de suas finalidades declaradas não pode prescindir de uma alteração muito mais ampla no ordenamento processual penal em vigor – a partir da adoção de um sistema acusatório e adversarial – e, sobretudo, na cultura punitivista de grande parte dos magistrados brasileiros.

4. Considerações finais

O estudo comparado das sistemáticas adotadas no Chile e no Brasil, tocante às audiências de controle de detenção e às audiências de custódia, respectivamente, evidencia os prejuízos que decorrem da ausência de uma demarcada divisão, no modelo brasileiro, entre os momentos de análise da legalidade da prisão e de manifestação acerca do cabimento e necessidade de sua manutenção, aliada ainda à preservação de um procedimento inquisitivo e eminentemente escrito.

A pesquisa realizada a partir das audiências de custódia ocorridas no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador/BA apresenta graves problemas de fundamentação na abordagem judicial a legalidade/ilegalidade da prisão, na medida em que a referência a elementos meramente genéricos e a dispositivos normativos não supre as exigências constitucionais e nem atende à finalidade do instituto. Ademais, as situações em que os vícios constatados no momento da custódia ou de sua lavratura pela autoridade policial, embora reconhecidos pela autoridade judicial, não foram considerados aptos a macular os elementos colhidos em consequência da prisão, reforçam o papel secundário a que é relegada a apreciação de eventuais abusos perpetrados por agentes públicos.

A partir de todas as considerações formuladas, é imperioso salientar que o dever estatal de verificar a existência de circunstâncias e/ou violações que conduzam à ilegalidade da detenção deve necessariamente transcender à mera constatação dessa irregularidade, produzindo efeitos práticos de relaxamento da custódia ilegal e a desconsideração dos elementos extraídos a partir desse ato, diferentemente do que se tem constatado, muitas vezes, no Brasil. A autoridade incumbida do papel de salvaguardar as garantias individuais asseguradas às pessoas privadas de sua liberdade não pode manter juridicamente válidas as consequências de custódias ilegais, mormente diante dos alarmantes índices de prisões provisórias e do grave quadro de violações a direitos fundamentais nos presídios do país.

Referências bibliográficas

- BALLESTEROS, P. R. (2016). *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional. Diretoria de Políticas Penitenciárias. Coordenação-Geral de Alternativas Penais.
- CARVALHO, L. G. G. e SILVA, L. T. da (2017). A audiência de custódia no Brasil e a audiência de controle de detenção no Chile: um estudo

- comparado. In González, L. (Ed.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil* (pp. 443-463). Santiago: CEJA-JSCA.
- CHILE (2000). *Ley n. 19.696, de 29 septiembre 2000*. Establece Código Procesal Penal. Chile. Ministerio de Justicia. Recuperado em 10 dezembro 2017, de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=8646681&idVersion=2017-03-29>
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2015). *Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recuperado em 10 dezembro 2017, de <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>
- NICORY, D. (2017). *A prática da audiência de custódia*. Salvador: JusPodivm.
- PAIVA, C. (2015). *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito.
- POLI, C. M. de (2017, dezembro). A (in)efetividade da audiência de custódia face à mentalidade inquisitória. *Justificando*, recuperado em 21 dezembro 2017, de <http://justificando.com/2017/12/20/inefetividade-da-audiencia-de-custodia-face-mentalidade-inquisitiva/>
- ROMÃO, V. de A. (2017, fevereiro). A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Rio de Janeiro, vol. 128.
- VICENCIO, C. A. (2005). El control jurisdiccional de la detencion. *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago, n. 6, pp. 225-253.

A NECESSÁRIA REVITALIZAÇÃO DA FASE INTERMEDIÁRIA DO PROCESSO: PELA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA AUDIÊNCIA DE CONTROLE DA ACUSAÇÃO

*Renato Sigisfried Sigismund Schindler Filho*³⁸

1. Introdução

A inquietação que inspirou a investigação científica do presente trabalho nasceu no curso promovido pelo *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), realizado em Salvador (Brasil) e Santiago (Chile), o qual versou sobre as reformas dos sistemas processuais na América Latina, abordando a transposição de um sistema inquisitivo para o sistema acusatório.

Foi possível verificar que existe uma tendência de implementação do sistema acusatório na América Latina, sensivelmente após as reaberturas democráticas, como mecanismo de oposição a um modelo de justiça nitidamente inquisitorial que fundamentava os regimes autoritários precedentes. Esse movimento de reforma ganhou força em meados da década de 80 do século passado, onde países como Argentina, Chile, Bolívia, Peru – dentre outros – começaram a superar em sua história institucional um período de ditaduras militares.

Na fase prática do curso foi possível verificar a aplicação dos conceitos básicos estudados, permitindo, através do experimento, a conclusão de que o caminho para um processo democrático reside, impreterivelmente, na adoção de uma plataforma acusatória de processo.

Assim, levando em consideração a realidade experimentada do modelo de processo penal chileno – base das mencionadas reformas –, bem

38 Cursando Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais (Faculdade Baiana de Direito). Pós-Graduado em Direito e Magistratura (Universidade Federal da Bahia em convênio com a Escola de Magistrados da Bahia). Professor da Escola de Magistrados da Bahia. Coordenador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Advogado.

como a constatação de que no Brasil ainda se vive sob a égide de um modelo processual inquisitório - outrora plagiado do modelo fascista da lavra de Vincenzo Manzini -, surgiu a inquietação de realizar um estudo comparativo entre as realidades processuais, propondo algumas possíveis soluções.

Para objetivar a pesquisa, optou-se pelo recorte da análise no que tange à fase intermediária do processo, em razão de seu parco tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial.

Dessa forma, o presente texto tem como objetivo demonstrar as vulnerabilidades da fase intermediária do processo penal brasileiro, que se encontra esvaziada de eficácia, seja pela não delimitação precisa do momento de análise, seja pela base processual inquisitória fincada na escritura, que reduz a possibilidade concreta de controle democrático.

Com essa finalidade será realizado um panorama dos elementos que deveriam ser trabalhados na fase intermediária do processo, dentro de um procedimento modelo padrão, utilizando como referência as reformas processuais que estão sendo implementadas na América Latina, mais especificamente tomando como base modelo Chileno.

Partindo desses elementos, serão identificados, no procedimento penal brasileiro, os institutos que seriam condizentes com a função de controle da fase intermediária, demonstrando eventuais vícios e imprecisões, para, posteriormente, propor possíveis soluções que viabilizem um maior controle.

Far-se-ão alguns aportes teóricos, com base em Binder (2003), sobre os sistemas processuais e a garantia do juízo oral, que representam o marco teórico da investigação; bem como serão realizadas considerações quanto ao sentido do devido processo legal, com base em Jardim (1997), Canotilho (1998) e Ramalho Jr. (2016).

Considerando a abordagem que será realizada no presente texto quanto aos procedimentos técnicos, este estudo se valerá principalmente de análise bibliográfica, mais precisamente a análise de livros, artigos e legislações.

A impressão inicial, que foi testada durante o trabalho, é que seria necessária a implementação de uma audiência de controle da acusação para viabilizar o efetivo exame da pretensão ministerial, somente submetendo a juízo os casos aptos (formalmente e materialmente) a processamento.

2. Da garantia do juízo oral

Falar em oralidade no processo não se limita a meras posturas em audiência, mas sim em aplicação de um modelo de justiça criminal republicano e democrático, que se opõe de forma clara ao modelo de processo marcado pelo sistema inquisitivo. Nesse modelo de justiça propõe-se, dentre outras coisas, o rompimento com a escritura, com a burocratização, a aproximação do órgão jurisdicional da prova que passa ser produzida em audiência pública, a inviabilidade de delegações de atividades pelos operadores de justiça, a efetividade da prestação jurisdicional, uma administração de justiça que supera o modelo de petição em direção ao modelo de litígio, o controle democrático da atividade jurisdicional etc.

Quando falamos de “oralidade”, não estamos falando simplesmente sobre as atuações dos papéis cênicos em um espaço mais ou menos majestoso. Se trata de conseguir passar de um modelo administrativo de justiça baseado na diligência, na petição (que é o modelo de petição administrativa), a uma administração da justiça baseada no litígio. (Binder, 2012, p.180)

A oralidade funciona como o núcleo, o centro do sistema de garantias, entendido como o conjunto de princípios que possui como finalidade a proteção do indivíduo em face do abuso do poder.

Como esclarece González (2016, p. 24):

poderíamos afirmar que 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.

Existe uma relação muito próxima entre os sistemas processuais e os modelos de organização política. Assim, é possível dizer que os sistemas processuais foram e são braços de concretização do modelo político. Existiu, dessa forma, um pendulo histórico onde é possível verificar a existência de sistemas próximos de marcos inquisitivos em regimes autoritários, e sistemas mais aproximados aos ditames acusatórios em regimes republicanos/democráticos.

Sobre a relação entre modelo de justiça e poder, esclareceu Foucault (2014, p. 78):

La acumulación de la riqueza y el poder de las armas y la constitución del Poder Judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la Alta Edad Media y alcanzó su madurez con la formación de la primera gran monarquía medieval, el na segunfa mitad del siglo XII (...) Las monarquías occidentales se fundaron sobre la apropiación de la justicia, que les permitia la aplicación de estos mecanismos de confiscación. He aquí el fondo político de esta transformación.

Com a ascensão do modelo inquisitivo houve a criação de um modelo de justiça como aporte fundante do exercício do poder monárquico absoluto. A justiça passou a ser a justiça do rei, aparato utilizado para consolidar o poder das casas reais, assim, *“el modelo inquisitorial no es algo inventado para perseguir brujas sino un complejo mecanismo politico-legal – organizacional y cultural al servicio de la concentración del poder en el marco de las monarquias”* (Binder, 2012, p. 218).

É verdade que o poder modela a forma de pensar, a construção teórica, em linhas gerais, o saber; existe, portanto, uma relação de reciprocidade entre o saber e o poder, não existindo um sem o outro. A atividade do conhecimento não se relaciona, portanto, isoladamente com o indivíduo, mas sim com o poder-saber, “os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento” (Foucault, 2013, p. 30).

Assim, é possível concluir, com certa segurança histórica, que os sistemas inquisitivos são incompatíveis com a ascensão democrática. Não há que se falar em base inquisitiva e suas características, em um estado que se diga democrático, como no caso brasileiro que na Constituição da República (1988) profetiza em seu artigo 1º que: “ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”

Não seriam necessários, nem ao menos outros dispositivos constitucionais para ser possível afastar o modelo inquisitivo, já que como dito, existe uma incompatibilidade entre tal sistema e o modelo de organização política/institucional traçado na Constituição.

Assim, afastar o modelo inquisitivo é afastar suas características, dentre elas, uma das mais centrais, a escritura. Da mesma forma que falar em oralidade não é somente falar sobre gestos em audiência, falar em escritura não é somente salientar a forma de acesso ao juízo, mas sim em um modelo que remonta uma tramitação burocratizada, que permite eternas

delegações de funções, o distanciamento do órgão jurisdicional do controle popular etc.

o julgamento escrito acaba por não ser um verdadeiro julgamento, porque não existe imediação e não existe uma verdadeira e profunda controvérsia (...) Não existe uma verdadeira controvérsia, já que se trata de um procedimento sequencial, em linha reta, que impede o verdadeiro diálogo que permite a contradição. O julgamento escrito é uma falsificação do verdadeiro julgamento que surgiu da desconfiança e da rotina. (Binder, 2003, pp. 80-81)

Ninguém pode sofrer a imposição de uma pena sem prévio juízo; mas não qualquer juízo, e sim aquele imparcial, que permita a publicidade e a contrariedade. Nesse sentido, analisando historicamente o fenômeno da justiça criminal, parece ser claro que a oralidade assegura essas condições.

É oportuno ainda salientar que, apesar de existir uma clara incompatibilidade entre o sistema inquisitivo - e sua característica da escritura - com as concepções de Estado Democrático e de Sistema Acusatório, o que já satisfaz à exigibilidade de um processo fincado na oralidade, existe previsão convencional da garantia do juízo oral, mais especificamente no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - em seu texto original.

Por essa rápida análise da garantia do juízo oral é possível perceber uma clara incompatibilidade de grande parte dos dispositivos processuais penais brasileiros que nitidamente são fincados em uma base inquisitória de processo, a despeito da exigência constitucional e convencional de um sistema fincado em um marco acusatório.

3. Da fase intermediária

É possível verificar, com algumas variantes, um procedimento modelo implementado nos países que reconhecem, ainda que em tese, a necessidade de proteger a liberdade individual contra a ação punitiva do estado. Esse procedimento modelo seria composto de conjuntos parciais de atos, que por sua vez seriam chamados de "fases", que precisam estar bem reguladas para viabilizar a proteção dos direitos dos imputados (Ramalho Jr., 2011, p. 665).

Assim, a divisão do procedimento em fases viabilizaria uma maior eficácia da finalidade pretendida, naquele conjunto parcial de atos, evitando

que fosse esvaziado sob o ponto de vista substancial sua eficácia. É possível falar, portanto, em fase de investigação preliminar; fase postulatória; fase intermediária; fase instrutória; fase decisória.

Pois bem; como salientado em tópico anterior, existe uma clara incompatibilidade de diversos dispositivos processuais com a garantia do júri oral, sendo possível, portanto, efetuar uma crítica geral. Entretanto, adotou-se no presente trabalho, um recorte específico, no que tange a fase intermediária do processo.

O mencionado recorte teve como base a constatação de que a fase intermediária do processo penal brasileiro é relegada à marginalidade normativa, acadêmica e jurisprudencial. Em outras palavras, não é dada a devida importância a este momento procedimental, seja pelo tratamento legislativo simplório, seja pela curta abordagem nas faculdades, seja pelo tratamento dado pelos Tribunais Superiores à matéria.

Assim, dentro de um mar de incompatibilidades do processo penal brasileiro com o sistema acusatório, a fase intermediária talvez seja a que mais precise de tratamento imediato por parte da doutrina.

3.1. Rápida introdução ao conteúdo da fase intermediária

Antes de analisar especificamente como a legislação processual brasileira regula a mencionada fase, é necessário fazer uma análise mais genérica, de como normalmente esta fase é tratada pela doutrina.

A fase investigativa, que alguns doutrinadores chamam no Brasil de fase pré-processual, viabiliza um acúmulo de informações que serve para verificar se é possível submeter determinada pessoa a júri. A maioria dos sistemas processuais não passa automaticamente de uma fase de acúmulo de informação para a fase de julgamento.

A importância da fase intermediária se vincula à ideia de que o processo deve-se desenvolver de forma responsável, em razão do potencial lesivo que a própria instância processual pode gerar na vida do imputado. Assim, o processo edificado em uma ordem de garantias deve permitir um controle jurisdicional rígido da passagem para a fase de júri. Em síntese, na *“etapa intermedia se decide si existe o no suficiente fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento”* (Canches, 2012, p. 8).

Assim, é possível identificar dois filtros de análise no que tange a este momento processual, quais sejam: o controle formal e controle substancial da pretensão acusatória. Ambos possuem variação nos sistemas proces-

suais, seja pela diferença entre as legislações dos Estados, seja pelo grau de intensidade do sistema acusatório/inquisitório, entretanto é possível identificar que:

a) O primeiro viabiliza, como o nome denota, um controle dos vícios formais da acusação, visando evitar o desenvolvimento maculado do processo, uma vez que se conecta umbilicalmente com o grau de precisão das decisões judiciais, repercutindo, por exemplo, no exercício do direito de defesa.

b) Já o segundo se relaciona com uma análise substancial, se referindo a matérias de fundo para a admissão da acusação; em outras palavras, os atos conclusivos da acusação no que tange à investigação podem apontar para diversas alternativas - por exemplo a imputação formal através de denúncia - assim, é necessário que existam fundamentos que denotem que os fatos serão provados em juízo.

A fase intermediária, portanto, existe para permitir um amplo debate sobre as questões formais e substanciais, evitando assim a remessa de um caso inapto a juízo e, por dedução lógica, todas as consequências nefastas de responder uma ação penal.

O controle exercido nessa fase, como já adiantado, pode variar de acordo com o grau de intensidade do sistema acusatório. Assim, nas palavras de Binder (2003, p. 192):

Si es acusatorio en un sentido extremo, la acusación obligará a la apertura a juicio y la decisión judicial se limitará al control formal que asegure el desarrollo normal del juicio. Si el sistema es acusatorio, pero de un modo mitigado, el juez podrá admitir o desechar la acusación cuando ésta no tenga suficiente fundamento. Si es acusatorio en un sentido restringido, el juez podrá, incluso, obligar al fiscal a presentar una acusación cuando considere que existen razones para que la persona imputada sea acusada y el fiscal no lo hubiera hecho. Aún más: si el sistema es acusatorio en un sentido más amplio —es decir, si incorpora activamente a la víctima—, el juez podrá decidir si ella acusará en lugar del fiscal, o admitirá la acusación de la víctima aun cuando el fiscal no hubiere acusado. Todas estas son variantes que permiten estructurar el proceso de diferente modo.

A bem da verdade, parece que a primeira hipótese colide com a própria lógica que fundamenta a necessidade da fase intermediária, uma vez que se admitiria o processamento da demanda, que apesar de preencher os

requisitos formais, não estaria apta ao processamento no sentido substancial. Se uma das finalidades dessa fase é justamente evitar que o imputado sofra desnecessariamente os efeitos nefastos do processo, não teria lógica admitir o desenvolvimento do caso. De qualquer sorte, é possível encontrar as mencionadas variações nos diversos sistemas processuais.

É possível identificar outras características da fase intermediária na legislação dos países vizinhos. No Chile, por exemplo, a fase intermediária comporta, além do que já suscitado, a análise da prova (Artigo 272), englobando a discussão sobre sua legalidade, bem como as convenções probatórias (Artigo 275); o julgamento de possíveis exceções apresentadas (Artigo 271); dentre outras possibilidades. Mas apesar de existirem outras finalidades, parece ser central a função de controle da acusação, pelas razões já expostas.

3.2 Da Disposição da Fase Intermediária no Procedimento

Nesse ponto é necessário realizar mais um recorte no que tange ao procedimento para viabilizar o desenvolvimento prático do trabalho. Adotar-se-á como foco de análise o procedimento comum ordinário por ser o mais amplo estabelecido no Código de Processo Penal.

Ao analisar as disposições legais, percebe-se que não há expressamente uma definição da fase intermediária no procedimento, o que não quer dizer que o mencionado controle (formal e substancial) não exista.

Mas antes de continuar se faz necessária uma pequena digressão.

É que na programação originária do projeto de Lei nº4.207/2001 (2001) existia um desenho mais claro da fase intermediária, já que colocava a análise do recebimento da denúncia para o momento posterior à apresentação da defesa. Constava, portanto, “um juízo prévio de admissibilidade da acusação, para dar fim aos recebimentos automáticos de denúncias infundadas, inserindo o mínimo de contraditório (...)” (Lopes Jr, 2017, p.724). Por essa razão, inclusive, que o artigo 399 menciona o recebimento da denúncia.

Ocorre que, às vésperas da promulgação da lei, foi alterado o Art. 396 para constar que o juiz “recebê-la-á” – se referindo à denúncia –, mantendo o texto do artigo 399, criando uma incongruência procedimental que sugeriria dois atos de recebimento. Assim, o recebimento da denúncia que no projeto original ocorreria após a defesa – o que chancelaria a ótica de fase intermediária –, passou a ser realizado antes, conforme dicção alterada do artigo 396. É oportuno salientar que parte da doutrina entende que

existe uma análise posterior ao recebimento, já que o primeiro – do Art. 396 – seria precário, nesse sentido Ramalho Jr. (2017, p. 292).

Além disso, antes da reforma processual penal de 2008 a decisão de recebimento/rejeição englobaria a análise tanto de questões processuais, como aquelas relacionadas ao mérito. Após a reforma, foram separadas as questões, ficando na análise do recebimento a aspectos processuais, transportando a análise de aspectos meritórios para a análise da absolvição sumária.

Feitas essas considerações, e partindo dos conceitos e finalidades fixados anteriormente, é possível verificar que o momento da análise de recepção/rejeição de denúncia é um momento processual típico de controle da acusação.

Percebe-se, na exegese do artigo 395 do Código de Processo Penal (1941), que é permitido um controle formal, quando, por exemplo, define que a denúncia será rejeitada quando for manifestamente inepta, bem como um controle substancial quando preconiza, por exemplo, que será rejeitada se não houver justa causa - entendida por boa parte da doutrina como lastro probatório mínimo. A bem da verdade é possível interpretar a ausência de justa causa como controle formal, a depender do conteúdo e da natureza jurídica que se conceba ao instituto.

Professor Binder (2003, p. 189), por exemplo, trabalha a ausência de suporte probatório mínimo como ausência de requisito substancial, ou seja, controle substancial pelo magistrado:

Por ejemplo: si se trata de una acusación, tendrá que ser una acusación fundada; esto no significa que ya debe hallarse probado el hecho, porque ello significaría una distorsión de todo el sistema procesal. La acusación es un pedido de apertura a juicio, por un hecho determinado y contra una persona determinada, y contiene una promesa, que deberá tener fundamento, de que el hecho será probado en el juicio. Supongamos que un fiscal acusa, pero no ofrece ninguna prueba o presenta prueba notoriamente insuficiente, inútil o impertinente. Esa acusación carecerá de fundamento y tendrá un vicio sustancial, ya que no se refiere a ninguno de los requisitos de forma, sino a las condiciones de fondo necesarias para que esa acusación sea admisible.

Prosseguindo na análise do procedimento comum ordinário, resta verificar se a análise que envolve a absolvição sumária caracterizaria atividade própria da fase intermediária. Partindo mais uma vez das funções garanti-

doras dessa fase, parece clara a possibilidade de sua incidência. Como já esclarecido, a função garantidora da fase intermediária seria justamente evitar a remessa a juízo de um caso inapto (formalmente ou substancialmente), evitando, dessa forma, lesões indevidas aos direitos fundamentais do imputado. Assim, é possível verificar com uma certa clareza, a perfeita compatibilidade da análise com a mencionada fase.

Ocorre que o instituto da absolvição sumária está disposto no procedimento comum ordinário, após o recebimento da denúncia e da apresentação da defesa. Ou seja, já teria iniciado o juízo em que a fase intermediária pretenderia controlar a instauração.

Nesse ínterim, a questão que se coloca é a seguinte: seria possível, no momento da análise do recebimento/rejeição de denúncia, o juiz absolver sumariamente o réu? Respondendo negativamente a indagação, Lopes Jr. (2017), entende que a absolvição sumária impescinde de processo, pelo que não haveria que se falar em sua incidência antes do recebimento da denúncia. Por outro lado, Ramalho Jr. (2016) sustenta que, interpretando os artigos 395 e 396 à luz da Constituição (1988), é necessário admitir, desde o primeiro momento até o final do processo – sempre que o juiz perceber que persecução do Estado constitui uma coação ilegal – que o processo seja extinto, com ou sem resolução do mérito, rejeitando a denúncia, retratando-se do recebimento ou absolvendo sumariamente o réu.

Parece que o termômetro da análise deve ser conduzido pelo grau de certeza alcançado. Não é possível excluir aprioristicamente a hipótese de o juiz alcançar um grau de certeza alto no momento da análise do recebimento/rejeição, no que tange à hipótese de absolvição sumária. Nessa hipótese, não haveria lesão ao devido processo legal em razão de sua estrutura constitucional protetiva. Em outras palavras, a ideia de processo é formada historicamente “como obstáculo à atuação direta do poder punitivo e, portanto, como instrumento de proteção à liberdade, de forma que jamais poderá militar contra ela” (Ramalho Jr., 2016, p. 282).

Analisando comparativamente o Código de Processo Penal Chileno (2000) percebe-se que nesse diploma, entre a fase de investigação e o juízo oral, é possível que seja requerido “*sobreseimiento definitivo*” do caso – que obsta definitivamente o seu prosseguimento; existindo hipóteses que muito se aproximam do cabimento da absolvição sumária. Veja, por exemplo, que na alínea “a” do Artigo 250 se prevê a possibilidade da incidência do instituto –de “*sobreseimiento*” quando “*el hecho investigado no fuere constitutivo de delito*”.

Assim, é possível dizer, com certa clareza, que a análise da absolvição sumária pode ser tratada como uma manifestação da fase intermediária, mais especificamente no controle substancial da pretensão punitiva, já que é impossível demonstrar o plano de fundo material quando existe certeza de absolvição.

No procedimento comum ordinário, não existe um momento processual próprio para se debater – contraditório e ampla defesa - o controle da acusação. Assim, a análise se queda completamente esvaziada de sentido, dando lugar a recebimentos automáticos de denúncia. Como já dito anteriormente, a divisão do procedimento em fases viabiliza uma maior eficácia da finalidade pretendida, impedindo a análise meramente superficial.

Em paralelo a este problema, encontra-se a natureza claramente inquisitória do processo penal brasileiro, fincado na característica central da escritura, que reduz significativamente a higidez das garantias.

Seria dizer: além de não termos um momento claramente recortado no procedimento para a fase intermediária, o que existe de mais próximo ao controle formal e substancial se queda esvaziado pela estrutura burocratizada da escritura.

4. Das possíveis propostas

Inicialmente é necessário esclarecer que, em razão dos estreitos termos do presente trabalho, não se pretende esgotar a matéria envolvida, mas tão somente propor/testar, ainda que provisoriamente, possíveis soluções.

A primeira proposição, e que possui maior potencial resolutivo, se refere a uma alteração legislativa que recorte o procedimento em fases bem claras viabilizando a adequada atenção às respectivas finalidades. Assim, seria possível estabelecer uma fase de controle da acusação, com ampla participação da defesa -, que englobasse o controle formal e substancial, esclarecendo, de logo, a possibilidade de análise antecipada das hipóteses de absolvição sumária.

No que tange a esse último ponto – possibilidade de incidência de absolvição sumária na fase de controle – é oportuno salientar que o Projeto de lei nº 80452010 (2010), com origem no Projeto 156-2009, estabelece, no artigo 268, que “São causas de extinção do processo, com resolução do mérito, **a qualquer tempo** (...) I- as hipóteses de absolvição sumária (...)” (grifos nossos).

O mencionado Projeto de lei – que trata da reforma do Código de Processo Penal Brasileiro –, mais precisamente no artigo 274, estabelece o momento de recebimento da acusação após a apresentação da defesa, o que representa um avanço, já que delimita de forma mais clara a fase intermediária no procedimento e viabiliza a intervenção do defensor – tendo mantido, de qualquer sorte, a hipótese de rejeição liminar no artigo 271 -.

Além do recorte do procedimento, seria necessária a absoluta reforma para um modelo de justiça fincado na garantia do juízo oral, superando, dessa forma, uma estrutura inquisitória de processo pautada na escritura.

Como já salientado no tópico 2, da mesma forma que falar em oralidade não é somente falar sobre gestos em audiência, falar em escritura não é somente aduzir a forma de acesso ao juízo, mas sim em um modelo que remonta uma tramitação burocratizada, que permite indevidas delegações de funções, o distanciamento do órgão jurisdicional do controle popular, que inviabiliza um controle horizontal efetivo da informação etc.

Nesse ponto o projeto não parece ter avançado significativamente já que, apesar de o artigo 4^o³⁹ prever a vinculação do processo, ainda que de forma modesta, a uma base acusatória, não evolui para assegurar a garantia do juízo oral, mantendo, paradoxalmente, a característica da escritura.

Como salientado no início do presente tópico, a primeira proposição, qual seja, de alteração legislativa parece ser a mais segura, entretanto não oferece uma resposta imediata para os problemas apresentados. Assim, é necessário testarmos, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, a possibilidade do juiz, ainda que sem reforma infraconstitucional, aplicar a garantia do juízo oral e maximizar as garantias do procedimento.

Essa proposta passa necessariamente pelo que se entende por devido processo legal, já que a depender da concepção que se tenha, é possível se concluir seja pela inviabilidade, seja pela viabilidade da proposta.

O princípio do devido processo legal está disposto na Constituição (1988) da seguinte forma: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Pelo tratamento constitucional, verifica-se uma clara adoção de uma ótica de processo como limite à efetivação do poder punitivo, uma vez que para ser alterada a situação de liberdade do indivíduo, se faz necessário que a sentença penal condenatória seja precedida de um obstáculo, qual seja o processo.

39 Artigo 4. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição probatória do órgão de acusação.

A ideia de processo, como já dito, se constitui, historicamente, como obstáculo a atuação direta do poder punitivo e, portanto, como instrumento de proteção a liberdade, de forma que jamais poderá militar contra ela. (Ramalho Jr. , 2016, p.282)

Assim, fica claro que a eficácia do mencionado princípio não limita o próprio interesse que pretende proteger e maximizar, qual seja a liberdade. A sua eficácia obstativa é dirigida diretamente ao poder punitivo.

Partindo desse pressuposto, sempre que o juiz praticasse um ato processual visando à ampliação da proteção à liberdade, ainda que sem previsão nas formas do procedimento, não ocorreria violação ao princípio. Em outras palavras, o ato processual não seria atingido pela eficácia obstativa do devido processo legal.

A pessoa não tem somente direito a um processo legal, mas sim a um processo devido e justo, devendo-se considerar, portanto, o devido processo legal como uma *“proteção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais, quer nas dimensões substanciais”* (Canotilho, 1998, p.450). A ótica do devido processo está umbilicalmente ligada ao desenvolvimento do sistema acusatório, que resultou da evolução do sistema acusatório individualista, passou pelo inquisitório, e alcançou a publicização estrutural nos dias de hoje. Dessa forma, falar em processo devido é falar em processo com base acusatória (Jardim, 1997).

Ocorre que a característica da escritura, como já sustentado, é uma das marcas mais claras dos sistemas inquisitórios, já que inviabiliza o controle democrático da atividade jurisdicional, favorece a burocratização e a delegação indevida de funções, bem como afasta o órgão jurisdicional do caso. Ademais, a garantia da oralidade torna efetivas as garantias da publicidade, contrariedade e imparcialidade.

Assim, é possível considerar que, em verdade, o magistrado estaria dando cumprimento à dicção constitucional de exigência do sistema acusatório, evitando o esvaziamento das garantias operado pela *“escritura”*, reforçando a proteção aos direitos fundamentais. Reforço ao devido processo legal e não violação. Partindo dessas considerações, não parece crível o reconhecimento de nulidade do ato.

Nesse ponto, é oportuno lembrar o alerta do professor Alberto Binder, quando sustenta que *“a nulidade nunca se declara a favor da lei, mas sempre para proteger um interesse concreto, que foi danificado”* (Binder, 2003, p.17). No caso em análise, qual interesse concreto seria lesado para viabilizar a declaração de nulidade? As formas são garantias do respeito

aos princípios subjacentes ao processo, não havendo que se falar em declaração de nulidade sem a afetação do objeto de tutela.

É necessário ainda indagar qual seria o parâmetro de análise no caso? A Constituição (1988) que impõe um sistema acusatório, ou o Código de Processo Penal (1941) pautado em uma base inquisitória? A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) ao garantir em seu artigo 8º - texto original - a oralidade ou o Código de Processo (1941)? Admitir a invalidade no presente caso seria subverter toda ótica hierárquica do ordenamento, seria o reconhecimento de uma invalidez que atende aos preceitos constitucionais, uma espécie de “invalidez constitucional” – o que não parece lógico, já que o próprio conteúdo da forma processual deve ser conformado pelos ditames constitucionais.

A garantia da oralidade, além de ser marco claro do sistema acusatório, está prevista no artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica (1969), - diploma este que possui força normativa supralegal, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal⁴⁰ -. Em razão dessa natureza é possível sustentar a eficácia paralisante/conformadora do dispositivo do Pacto em relação ao normativo processual infraconstitucional, o que, por si, afastaria não só a invalidade, como também a própria desconformidade.

Em síntese, não seria crível o reconhecimento de algum vício, seja pelo caráter do devido processo legal de limite ao poder punitivo; seja pela exigência do juízo oral como elemento central do sistema acusatório; seja pela eficácia paralisante das disposições adjetivas do Pacto de São José da Costa Rica (1969).

Alguns poderiam brandir o argumento de que ao agir dessa forma o magistrado violaria a segurança jurídica, bem como a igualdade de tratamento. O primeiro ponto, já que não existiria um critério claro na lei de como se deveria proceder; e o segundo, em função da diferença de tratamento que seria dispensado aos outros sujeitos que respondem processos criminais perante outros órgãos jurisdicionais.

Quanto ao primeiro tema – segurança jurídica – não parece existir violação ao princípio, levando-se em consideração que o órgão jurisdicional estaria apenas conformando o procedimento à exigência constitucional e convencional de sistema acusatório, fincado na garantia do juízo oral – já

40 (Recurso Extraordinário, nº 466.343, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Cezar Peluso, julgado em: 03/12/2008) “diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.”

que a oralidade é historicamente vinculada ao modelo processual democrático. Não se trata de uma conformação discricionária do magistrado, mas sim de um dever de controlar a constitucionalidade e a convencionalidade do procedimento, sempre precedida por uma ampla fundamentação - que antes de ser critério de legalidade do provimento jurisdicional é critério de legitimidade da intervenção -.

Em relação ao segundo argumento – igualdade de procedimento -, também não parece crível a violação, já que, como sustentado acima, o juiz estaria conformando o procedimento às normas superiores. Analisando-se, por exemplo, o controle difuso de constitucionalidade do procedimento realizado por alguns órgãos jurisdicionais, é possível verificar com certa clareza que, em razão dele, pessoas são submetidas a um procedimento diversificado, sem que vozes se levantem para questionar a violação da igualdade. Assim, não é possível que o magistrado seja impedido de conformar o procedimento à constituição, somente pelo fato de outros não o fazerem.

Estaria correto dizer que um juiz não poderia reconhecer a inviabilidade de produzir prova de ofício sob pena de violação ao sistema acusatório, só pelo fato dos outros juízes assim não procederem? Pensar dessa forma seria a completa refutação da ótica de conformidade constitucional e convencional. A garantia da igualdade não deve nivelar os sujeitos de direito em um âmbito de ilegalidades e inconstitucionalidades, muito pelo contrário, deve prestigiar a efetivação da constituição para todos.

Em um Estado de Direito, que se diga democrático, é claro que o magistrado não pode fazer o que bem entende em relação ao procedimento, mas também é certo que existe a vinculação constitucional à efetivação dos direitos fundamentais. Fica claro, portanto, que em situações como essa, o termômetro deve ser o reforço ao devido processo legal, em outras palavras, o reforço da proteção em face do poder punitivo.

5. Considerações finais

Em face de tudo quanto foi exposto, pode-se sintetizar que:

1. Existe uma vinculação clara entre os sistemas processuais e os modelos políticos adotados historicamente pelos Estados. Assim, é possível constatar que existe um pêndulo na história onde são verificados regimes autoritários vinculados a modelos inquisitórios, bem como regimes democráticos vinculados à ótica acusatória;

2. Dessa forma, a garantia do juízo oral está vinculada historicamente a um modelo de justiça que se colocou como oposição ao modelo inquisitório que funcionava como um mecanismo de efetivação do poder dos regimes autoritários;
3. É possível verificar, claramente, que a fase intermediária do processo penal brasileiro se encontra absolutamente relegada à marginalidade do tratamento legislativo, doutrinário e jurisprudencial;
4. Existe a necessidade de adequação do procedimento penal às exigências do sistema acusatório, através de uma plataforma oral, afastando dessa forma o modelo inquisitório, e, por consequência lógica, sua característica central da escritura
5. É possível se trabalhar com duas propostas resolutivas, que não se excluem, quais sejam: **a)** a de alteração legislativa para delimitar de forma precisa a fase intermediária do procedimento, bem como para incluir uma plataforma oral, afastando, dessa forma, a escritura; **b)** enquanto a alteração legislativa não é realizada, a de que o magistrado realize a conformação do procedimento aos mandamentos constitucionais e convencionais, determinando, dessa forma, a realização de uma audiência para o controle da acusação, viabilizando, inclusive, a manifestação precedente da defesa. Nessa audiência seriam realizados controles formais e substanciais da pretensão ministerial, permitindo a análise tanto dos elementos estabelecidos no código de processo no que tange ao recebimento/rejeição da denúncia, quanto dos elementos vinculados às hipóteses de absolvição sumária;
6. A conformação do procedimento como sustentado não violaria o devido processo legal, uma vez que reforça a proteção do indivíduo em face do poder punitivo do Estado. Como salientado, interpretar de forma diversa seria utilizar o princípio contra a liberdade, subvertendo a ótica da tutela; também não existira violação à segurança jurídica, já que a conformação não se daria ao bel-prazer do magistrado, mas sim estaria vinculada à conformidade constitucional e convencional dos institutos, pautado em uma ampla fundamentação; e, por fim, não lesaria a igualdade, já que a conduta estaria viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais, permitindo o nivelamento “por cima”;

Referências bibliográficas

- BINDER, A. (2003). *Introdução ao direito processual penal*. (F. Zani, trad). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BINDER, A. (2003). *Descumprimento das formas processuais: Elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. (A. Pessoa, trad). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BINDER, A. (2012). *Que significa implementar un nuevo sistema de justicia penal?* Em: La implementación de la nueva justicia penal adversarial. Buenos Aires: Ad Hoc.
- BINDER, A. (2012). *Elogio de la audiència oral y pública*. Em: La implementación de la nueva justicia penal adversarial. Buenos Aires: Ad Hoc.
- BRASIL (1941). *Código de Processo Penal*. Brasília. Recuperado em 12 dezembro 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm
- BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. Recuperado em 12 dezembro 2017, de http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/constituicaocompilado.htm
- BRASIL (2010). *Projeto Lei n. 8045 de 2010*. Brasília. Recuperado em 12 dezembro 2017, de <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamiento?idProposicao=490263>
- CANCHES, O. (2012). *Importancia de la aplicacion de la etapa intermedia en el proceso penal*. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Recuperado em 12 dezembro, 2017, de www.incipp.org.pe.
- CANOTILHO, J. (1998). *Direito constitucional e teoria da constituição* (2a ed). Coimbra: Liv. Almeida.
- CHILE. (2000). *Código Procesal Penal*. Santiago. Recuperado em 12 dezembro 2017, de www.leychile.cl
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. (1969). *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José. Recuperado em 12 dezembro 2017, de http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm
- FOCAULT, M. (2013). *Vigiar e punir*. Nascimento da prisão (41a ed). Petrópolis: Editora Vozes.

- FOUCAULT, M. (2014). *La verdad y las formas jurídicas*. Buenos Aires: Gedisa.
- GONZÁLES POSTIGO, L. (2017). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no brasil*. Chile: CEJA.
- JARDIM, A. (1997). *Direito processual penal* (10a ed). Rio de Janeiro: Forense.
- LOPES JR., A. (2017). *Direito processual penal* (14a ed). São Paulo: Saraiva.
- RAMALHO JR., E. (2011). *Direito processual penal* (3a ed). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- RAMALHO JR., E. (2016). *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2008). *Recurso extraordinário nº 466.343*. Recuperado em 10 dezembro, 2017, de www.stf.jus.br.

JUÍZO ORAL E RECEBIMENTO DA DENÚNCIA: AUDIÊNCIA PRELIMINAR PARA EFETIVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DO CONTROLE DE INSUFICIÊNCIAS E EXCESSOS NA ACUSAÇÃO.

*Rodrigo Oliveira de Camargo*⁴¹

1. Os processos de reforma no Brasil e as bases das reformas latino-americanas

Apesar de a Carta Republicana de 1988 outorgar uma nova série de direitos e garantias fundamentais individuais inaugurados em inspirações de preceitos democráticos e republicanos, as experiências políticas ocorridas no Brasil nos momentos em que vigoravam regimes de matrizes autoritárias forjaram e seguem ditando as práticas jurídicas que se desenvolveram nos anos pós período constitucional (Prado, 2010). O modelo vigente, “ápice da incorporação de uma estrutura inquisitorial na legislação processual penal no país”, está fundado na ideologia autoritária e antidemocrática orientada pela defesa do corpo social e pela fragilização dos direitos e garantias individuais⁴². Tais práticas, conforme sustenta Prado (2010), impediram o êxito em assegurar o primado do processo penal acusatório, tal qual idealizado no plano normativo com a estrita observância do devido processo legal, sobretudo no que diz respeito ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Desde a edição do Código de Processo Penal de 1941, falar em reformas processuais no Brasil significa trabalhar com perspectivas de reformas pontuais. Essa realidade é o resultado de distintos movimentos políticos

41 Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS (2011). Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Avaliador e Coordenador Estadual Adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Membro da Comissão Especial de Prevenção à Corrupção da OAB/RS. Advogado. E-mail: rodrigo@rodrigodecamargo.com.br

42 Para uma visão ampla sobre a formação institucional do Brasil e seus impactos nos processos de reformas do Código de Processo Criminal, *vide* Melchior (2017).

estabelecidos no âmbito do Congresso Nacional, que, desde o início dos anos 90, baseia-se na estratégia de fracionamento das modificações da legislação processual penal, que, paradoxalmente, se de um lado implementa ideias de aplicação de uma justiça criminal mais equilibrada, eficiente e voltada para a observância de direitos e garantias fundamentais; de outro denuncia as dificuldades de manutenção de coerências sistêmica e simétrica entre a lei e o sistema de garantias fundamentais.

Entre o período pós-constitucional e a primeira década deste século, promoveu-se uma série de modificações na estrutura originária do Código de Processo Penal, frutos dos trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Juristas presidida pela Profa. Ada Pellegrini Grinover, que se responsabilizou pela elaboração de textos legislativos que objetivavam reformular e promover a adequação constitucional dos sistemas de investigação preliminar, de provas, de medidas cautelares, de procedimentos, recursal e de ações de impugnação (Prado, 2010). Dessas propostas, até o momento concretizaram-se apenas aquelas concernentes ao interrogatório (Lei 11.690/2008), aos procedimentos (Lei 11.719/2008) e às medidas cautelares pessoais (Lei 12.403/2011).

Essas alterações tiveram o objetivo declarado de atualizar, sempre que possível, a estrutura legislativa do processo penal brasileiro – idealizado em um período autoritário e executado através de práticas flagrantemente ditatoriais – à mentalidade acusatória proposta pelo legislador constitucional (Coutinho, 2017), mas acabaram sendo alvo de críticas não só dos setores mais conservadores e que defendiam o endurecimento da resposta ao crime, como também por parte daquela parcela que esperava avanços significativos no sistema de garantias constitucionais através da imposição de uma estrutura essencialmente acusatória (Prado, 2010).

Ainda que visíveis os avanços inspirados no Código de Procedimento Penal Modelo para a América Latina, não se pôde observar a tão esperada radicalização da estrutura: muitos traços inquisitoriais permaneceram inalterados (Prado, 2010). Conforme bem esclarece Melchior (2017), os arranjos sociais, culturais e políticos brasileiros, sobretudo pela forma com que o país enfrentou os anos de ditadura e como se posicionaram os atores e organizações judiciários após o encerramento dos regimes, acabam por denunciar as dificuldades encontradas para a aprovação de um Código de Processo Penal constitucional, essencialmente liberal e acusatório.

Os primeiros impulsos por reformar a justiça penal na América Latina igualmente aconteceram no contexto do abandono de longos regimes autoritários e da imposição de um redesenho institucional do sistema de

mocrático. Conforme indica González Postigo (2017), era necessária a reorientação de objetivos para a consolidação dos novos sistemas voltados para a prática de um Estado de Direito verdadeiramente orientado à proteção dos direitos humanos, após uma época caracterizada por sua violação sistemática.

A instrumentalização de mecanismos democráticos promove mudanças nos sistemas processuais, caracterizadas por duas ideias que surgiram de maneira quase que uniforme nos países que reformaram a justiça, através: (I) da substituição da escrituração pela oralidade, deixando para trás a tradicional maneira de administração da justiça e estabelecendo um sistema de juízos que privilegiam audiências orais, tendo como principal e importante consequência o fato de que todas as decisões jurisdicionais são feitas nas salas de audiências, e; (II) da promoção da divisão entre as funções persecutórias e decisórias (González Postigo, 2017).

A partir da consolidação desse sistema, o autor identificou o aparecimento de novas demandas enfrentadas pelos movimentos da reforma do sistema de justiça criminal (González Postigo, 2017). Além do reconhecimento da complexidade implicada na substituição de todo um modelo de institucionalidade tradicional afincado por muitos séculos e do pouco interesse dedicado a produzir transformações significativas nos modelos de gestão⁴³, a instalação da oralidade como eixo central do sistema de trabalho nos julgamentos demonstrou que uma etapa de investigação substanciada de forma escrita gerava condicionamentos muito fortes no julgamento oral. Era necessária a implementação de um terceiro eixo de mudanças, orientado pela instalação de audiências orais na fase investigativa, sobretudo para formulação de imputação, da discussão de medidas cautelares e do controle do mérito da acusação formulada pelo promotor.

As reformas promovidas no Brasil não chegaram a propor o sistema de audiências preliminares idealizado pelo modelo latino-americano, mas enquanto projeto chegou a prever a efetivação de um contraditório prévio. Entretanto, nem mesmo essa previsão, que estabelecia a possibilidade de manifestação da defesa antes do recebimento da acusação, acabou se consolidando quando da aprovação da redação final do texto legislativo.

Ainda que tenham produzido alterações interessantes, as reformas pontuais do Código de Processo Penal não se mostraram radicais o suficiente para romper com toda a estrutura inquisitorial arraigada no ordenamento

43 Conforme González Postigo (2017), isso permitiu observar com clareza a dimensão política central da gestão judicial, a qual deveria se adequar a esse novo formato de trabalho: abandonar a função histórica de apoio ao expediente e adotar uma nova função ligada à necessidade de realizar as audiências orais de forma a efetiva.

jurídico durante séculos. Isoladas, reformas não têm condições de fazer desmoronar a sistemática inquisitorial que funda o modelo processual penal, já que acabam sendo absorvidas pelas práticas e pensamentos antidemocráticos impregnados nos atores do sistema. Em alguns casos, parece ser o caso do problema que a seguir será apresentado, pois inclusive acabam por fortalecer práticas disfuncionais ao Estado Democrático (Melchior, 2017).

2. Delimitando o problema: o juízo de admissibilidade da acusação no processo penal brasileiro.

Ao propor um ensaio sobre a interpretação sistemática dos arts. 396 e 399 do Código de Processo Penal, introduzidos pela reforma pontual que alterou os procedimentos e buscou adequá-los à estrutura acusatória, Prado (2010) expõe a gravidade da problemática criada pelo legislador. A engrenagem do recebimento da denúncia ou queixa, decisão que submete o sujeito a todos os custos decorrentes do enfrentamento de um processo penal, previu dois momentos distintos para a emissão da decisão sobre o recebimento da denúncia ou queixa: enquanto o art. 396 dispõe que, não sendo o caso de rejeição, o juiz deverá receber a denúncia ou queixa determinando a citação do acusado para o oferecimento de resposta à acusação no prazo de 10 dias, o art. 399 do mesmo diploma estabelece que, oferecida a resposta à acusação pelo acusado e não sendo o caso de absolvição sumária, a denúncia ou queixa será recebida e o juiz designará dia e hora para a instrução e julgamento do feito. Esta sistemática expõe a manifesta incompatibilidade dos atos identificados, pois ou a inicial é recebida logo após o oferecimento da denúncia ou o recebimento da acusação se dará após o oferecimento da resposta do acusado! (Prado, 2010).

Ocorre que a mecânica constitucionalmente adequada foi alterada ainda no projeto inicial, introduzindo-se aquilo que Lopes Jr (2014), denomina como a *mesóclise da discórdia* através da inserção do vocábulo “recebe-la-á” na sistemática do art. 395 do Código de Processo Penal, originalmente previsto para regulamentar exclusivamente o ato de rejeição da denúncia. Isso possibilitou a essa dupla interpretação acerca da ocasião do recebimento da denúncia ou queixa, pois, se em um primeiro momento a engrenagem normativa determina que, em não sendo o caso de rejeição da acusação, o juiz “recebe-la-á” e ordenará a citação do acusado para o oferecimento de sua defesa preliminar; em um segundo momento ela refere que, após analisada a defesa oferecida pelo acusado e em não sendo o caso de absolvição sumária, o juiz deverá novamente “receber” a acusação, designando dia e hora para o desenvolvimento da instrução processual.

O projeto originário desenhava uma fase intermediária, em que o recebimento da acusação se daria somente após o oferecimento da defesa preliminar, condição essa há muito reclamada pelos processualistas e que, preferencialmente, deveria ocorrer em audiência observando a oralidade (Lopes Jr., 2014). Pode-se dizer também que a orientação vinha muito bem referendada pela Comissão formada por juristas, que a todo momento se mostraram preocupados com a adequação do processo penal à sistemática de matriz acusatória, seguindo a orientação da Constituição Federal e dos Pactos de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil.

Entretanto, certamente fruto de articulações entre representantes que reverteram a política criminal contemporânea brasileira e que tem buscado se guiar na forma do sistema de Justiça Criminal de nossos últimos períodos autoritários, cujas matrizes estão edificadas na atrocidade e no segregacionismo (Prado, 2010), às vésperas da promulgação da Lei 11.719/2008, a *mesóclise* antidemocrática ingressou no texto normativo, de modo que o juízo prévio de admissibilidade, que estava estruturado para ocorrer somente após a efetivação do contraditório judicial, quando ouvidas ambas as partes, foi trazido para o mesmo momento em que o juiz deve analisar as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, ou seja, antes mesmo da comunicação ao sujeito sobre a existência de uma acusação (Lopes Jr., 2014).

O desenho seguiu virtualmente inquisitorial! As reformas parciais foram embaladas pelo anseio punitivo⁴⁴, ainda que houvesse vigilância de muitos espíritos democráticos autores das propostas de reformas⁴⁵, sendo cer-

44 “Incabível, portanto, sugerir – como tem sido comum perceber nos discursos de inúmeros agentes públicos pouco preocupados com os dados da realidade – que a sociedade brasileira vive período de afirmação de política criminal de índole minimalista ou garantista. Ao contrário, passados mais de 20 anos da publicação da Constituição Federal, os atores da cena judicial ainda buscam encontrar mecanismos que permitam limitar o populismo punitivo, que coloquem freio ao incremento de políticas criminais autoritárias que se materializam, fundamentalmente, em propostas legislativas voltadas tão somente à satisfação dos reclamos sociais passionais e contingentes.
(...)”

Apesar do idealismo otimista dos autores tradicionais em relação à capacidade da ciência e à instrumentalidade da técnica (política), seria possível dizer que uma reforma legislativa democrática necessariamente deveria estar ancorada nos princípios definidos pela Constituição (base normativa). Todavia a coerência normativa não é suficiente, sendo imprescindível às reformas a base empírica”. (Wunderlich & Carvalho, 2010).

45 Como ensina Coutinho (2008), “infelizmente, no entanto, é, no fundo, o anseio punitivo que pauta e motiva as reformas parciais, em que pese o espírito democrático (sincero) de muitos dos autores das idéias reformistas; e é por isso que o país continua assim: porque se reforma e se reforma para não mudar nada, seguindo na crença que se melhora com mais pena, mais prisão, mais punição. Faz-se reforma pelas mudanças que, de fato, só se darão quando mudar a base epistêmica. Contudo, quanto sabem, de fato, os juristas, de epistemologia? Se é preciso, efetivamente, mudar o sistema, nota-se que não é algo

to que o modelo ideal seria a concretização do direito ao exercício de um contraditório prévio ao recebimento da acusação, havendo de se pensar ou reconhecer soluções a partir da hermenêutica para a resolução da disfunção entre o texto normativo e o preceito constitucional. No campo jurídico, regras que outorgam direitos e garantias estão sendo condicionadas a interpretações que quase sempre relativizam o alcance de direitos individuais, identificando na prática hermenêutica uma importante aliada para “disfarçar e esconder o caráter político das escolhas jurídicas” (Prado, 2010, p. 80-81).

As soluções possíveis passam evidentemente pela análise e reconhecimento da instrumentalidade garantista do processo penal, que oferece os melhores métodos e critérios para a identificação da adequada interpretação à problemática apontada. Em outras palavras, conforme explica Prado (2010), trata-se de encontrar a configuração normativa que possibilite assegurar da forma mais efetiva as garantias constitucionais do processo penal, sobretudo por intermédio do exercício do contraditório (Prado, 2010).

Para Coutinho (2017), em havendo diferenças estruturais a solução passa por posicionar-se ou em favor de um processo penal de defesa social, característico de regimes autoritários, ou então observar o processo penal constitucional, cujas principais funções são o resguardo de direitos e garantias individuais, bem como o estabelecimento de limites à atuação do *jus puniendi* estatal (Coutinho, 2008).

Reconhecer que o oferecimento da resposta à acusação busca assegurar o exercício ao contraditório em relação à hipótese acusatória formulada na denúncia ou queixa é de suma importância para promover a interpretação constitucionalmente adequada de que o momento do recebimento da denúncia não pode e nem deve ser o previsto no art. 396, mas sim o do art. 399 do Código de Processo Penal. Sendo exigência imposta pelo art. 363 do mesmo diploma assegurar que a formação do processo se dê exclusivamente com a efetiva citação do acusado, apenas após a citação e o oferecimento da defesa que será possível ao magistrado verificar se estão presentes as hipóteses de rejeição da peça inicial (art. 395 do Código de Processo Penal) ou de absolvição sumária (art. 397 do Código de Processo Penal) (Prado, 2010).

Fica claro que é a defesa preliminar a responsável por implementar o contraditório no ato do recebimento da denúncia ou queixa, decisão de extrema relevância aos interesses do acusado no processo penal e única

simples nem fácil: é inquisitório, foi inquisitório, e se tudo se reduzir à aprovação destas reformas parciais, continuará inquisitório”

interpretação aliada ao projeto Democrático e à concretização de direitos. Não se pode fechar os olhos para o fato de que a reelaboração legislativa se deu com manifesto propósito de concretização do preceito constitucional esculpido no art. 5º, LV da Constituição Federal, assegurando aos acusados em geral o direito ao contraditório judicial.

3. O direito ao contraditório e à oralidade do procedimento como uma questão de Direitos Humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, cuja potencialidade se sobrepõe às regras positivadas pelos Estados e que proíbe afronta à afirmação internacional de bases humanitárias, elenca os direitos e liberdades fundamentais ancorados em um alicerce universal de respeito e proteção aos paradigmas éticos e humanitários, inclusive aplicáveis ao sistema de justiça criminal e às regras de processo penal (Giacomolli, 2014). É ela que estabelece os limites axiológicos e éticos, positivos e negativos, da intervenção estatal criminal por intermédio do processo penal, assegurando de forma expressa em seu art. 10 os direitos de audiência e de um julgamento público ao conferir a “toda pessoa o direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

O cumprimento do regramento de proteção de direitos humanos é obrigação assumida pelo Brasil e incorporada em seu ordenamento jurídico interno, o que lhe impõe adaptação legislativa às regras comuns estabelecidas no plano internacional. Por estarem essas regras em condição de prevalência sobre as demais, havendo conflito entre normas convencionais e constitucionais, aplicam-se aquelas que melhor assegurem o direito humano violado, produzindo tal efeito, inclusive, no âmbito do processo penal. Nesta perspectiva, Giacomolli (2014) reafirma o direito a um devido processo como reconhecimento das normas legais, constitucionais e convencionais adequadas ao Estado de Direito, “independentemente do direito material violado e do modelo de processo penal de determinado país, adversarial, misto ou acusatório”.

Esta normatividade humanitária, emanada da Convenção Americana de Direitos Humanos, impõe que todos os países signatários a observem tanto no que toca à produção legislativa, como também no que guarda relação com a necessidade de observar as normas internas sob a perspectiva dos direitos humanos na interpretação de casos criminais. Trata-se daquilo que a doutrina busca chamar de controle de convencionalidade, assim compreendido como o compromisso assumido pelo país signatário

da norma internacional em adotar medidas legislativas com o escopo de emprestar efetividade aos Direitos preconizados na Convenção (art. 2º da CADH)⁴⁶.

Neste viés, igualdade processual é uma das garantias assegurada ao cidadão pelas convenções internacionais de direitos humanos, sendo tarefa do legislador e do magistrado promover a regularidade do processo por intermédio da adoção de critérios legítimos e que proporcionem o afastamento de qualquer ocorrência de arbitrariedades. Dessa igualdade emanam condições de utilização dos mesmos mecanismos jurídicos para a promoção do debate em torno do objeto do processo, de forma equilibrada e simétrica, sendo vedado o reconhecimento de qualquer tipo de superioridade de uma parte sobre a outra, em qualquer plano. Como condutor do processo, cabe ao magistrado assegurar a igualdade de armas entre as partes em absolutamente todas as situações processuais no plano formal e no plano substancial, de aplicação das normas à realidade e aferível pela dinâmica processual e por conta do conteúdo e efeitos das decisões (Giacomolli, 2014).

É papel do magistrado, no procedimento em contraditório, atuar ativamente para assegurar a regularidade do devido processo legal e da produção dos significantes de prova, essências ao sistema acusatório. Ou seja, essa tarefa não se resume exclusivamente em relação à gestão da prova, mas também lhe outorga o poder de delimitar o objeto do processo, a verificação de qual a conduta a ser apurada e da existência de elementos mínimos que fundamentem o enorme custo do enfrentamento do processo (Rosa & Silveira Filho, 2009). Significa creditar-lhe a função de exercer o controle dos excessos de pretensão e insuficiências no que diz respeito ao controle do exercício da acusação.

O nivelamento, a igualdade de oportunidades e o oferecimento de mecanismos em mesmo grau de intensidade entre as partes são reconhecidos por Giacomoli (2014) como a principal funcionalidade da *par conditio*, única condição capaz de proporcionar à defesa poderes e capacidades em situação de equilíbrio com a acusação. Neste cenário, o contraditório exerce papel central e essencial em todo o momento e em todas as etapas

46 Conforme Giacomolli (2014, p. 20-27), o referido controle poderá ser assegurado em três diferentes perspectivas: “Primeiro, com a utilização da jurisprudência da CIDH (função jurisdicional) e das opiniões consultivas na interpretação dos casos penais internos de cada país. Segundo, com o controle difuso de convencionalidade, a ser exercido pelos magistrados, em cada caso concreto (...). Por fim, no controle concentrado ou abstrato da convencionalidade, a ser realizado pela CIDH, em sua jurisdição contenciosa e consultiva, e pelos Tribunais, após a EC n.º 45/2004, conforme suas competências, legitimidades, procedimentos e mecanismos internos utilizados no controle de constitucionalidade das leis (...).”

do processo, função que se expande e alcança o conteúdo e os efeitos da decisão judicial.

Ferrajoli (2002) estabelece que a *estrita jurisdiccionariade* do processo penal somente é satisfeita mediante a observância de três garantias fundamentais, condições essenciais para justificar a indução judicial: (I) como garantir a necessidade de prova ou verificação; (II) como garantir a possibilidade de contraprova ou refutação e, (III) como garantir, contra a arbitrariedade e o erro, a decisão imparcial e motivada sobre a verdade processual fática. Nos limites do presente ensaio, importa-nos compreender o sentido e alcance da garantia de defesa e refutação no instrumento processual, definindo o autor italiano como a “institucionalização do poder de refutação da acusação por parte do acusado”, de modo que quaisquer implicações decorrentes da hipótese acusatória – e a submissão do acusado ao processo o é –, para que sejam aceitas como verdadeiras, devam ser “explicitadas e ensaiadas” a partir não somente a partir de provas, mas também de contraprovas (Ferrajoli, 2002).

Por isso a importância da criação de mecanismos jurídicos pelo legislador para uma equânime distribuição da justiça, tratando de reconhecer que a igualdade de partes é um instrumento em que se busca coibir arbitrariedades, na medida em que, para decidir, o magistrado é submetido às manifestações de ambas as partes, legitimando qualquer decisão que se suceda de forma justificada (Giacomolli, 2014). O axioma *nullum iudicium sine acusacioni* impõe como garantia não apenas a separação orgânica entre acusação e julgador, como também assegura ao imputado a contestação a uma acusação como ato judicial prévio e delimitador da atividade jurisdicional (Ferrajoli, 2002).

Da mesma forma, o direito à fundamentação das decisões não somente está previsto no art. 93, IX da Constituição Federal, mas também, ainda que não decorra de imposição direta, se infere dos pactos estabelecidos em favor dos direitos humanos. Compreendida como uma forma de respeito dos direitos e liberdades do sujeito, garante-se o direito à fundamentação como um limite a qualquer tipo de restrição a direito ou liberdade emanada de um ato jurisdicional, de forma a assegurar o afastamento de qualquer forma de arbitrariedade ou discriminação.

Em se tratando o processo criminal – no caso de nossa abordagem, especificamente a decisão que submete o sujeito a ele – de uma realidade que projeta impactos imediatos na vida do sujeito, a decisão judicial deve ser confrontada com a complexidade jurídica de cada caso, permitindo-se uma relação entre a teoria e a prática, ou seja, de compreensão e aplicação, pois, conforme as palavras do autor, “para que o juiz possa compre-

ender e interpretar, há que compreender-se, ou seja, se faz necessário que se compreenda para que compreenda, interprete, fundamente e julgue” (Giacomolli, 2014, p. 211).

Para Rosa e Silveira Filho (2009), significa exercer um papel diante da conjuntura social e política de seu tempo, guiando-se pela possibilidade de reduzir as desigualdades sociais, ancorado nos princípios e postulados processuais constitucionais. Trata-se de uma especial posição do juiz no contexto democrático, postando-se de maneira imparcial a fim de assegurar o equilíbrio contraditório, pelos autores reconhecido como a “verdadeira democracia processual”. Sua atuação – e decisão – no processo como procedimento em contraditório⁴⁷ se legitimará somente a partir da consideração dos argumentos formulados, em situação de igualdade, por ambas as partes (Rosa & Silveira Filho, 2009).

Isso decorre da especificidade do Direito, o qual impõe que a interpretação de um texto normativo dependa de sua conformidade com um texto de superioridade hierárquica: a Constituição, detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária. Contudo, como adverte Streck (2004), a ausência de uma adequada noção do novo paradigma democrático apresenta-se como fator decisivo da falta de efetividade na implementação de verdadeiros valores constitucionais no Brasil (Streck, 2004).

Qualquer decisão que implique restrições ao estado de liberdade individual, para que seja constitucionalmente adequada, deve ser devidamente fundamentada. Não é diferente o caso da decisão que determina o recebimento da peça acusatória e efetiva a sujeição do indivíduo ao processo penal, pois encontrará sua legitimidade apenas ao ser submetida ao controle das partes e aos filtros da fundamentação e da motivação, “ferramenta utilizada para formatar, ou seja, atribuir sentido à massa bruta representada pelo fato, lei e argumentação” (Giacomolli, 2014, p. 217).

47 A ideia de processo como desenvolvimento de procedimento em contraditório parte da concepção de Fazzalari (2006, p. 113), que compreende o procedimento como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, o qual deve descrever “uma certa conduta (...) e a qualifica como ‘direito’ ou como ‘obrigação’”, e sua estrutura é obtida através de uma série de normas, cada qual a regular uma determinada conduta, “mas que enuncia como pressuposto de sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série”. É exatamente nesta sucessão que reside a ideia de procedimento, ressaltando-se que o efeito jurídico dele decorrente não está obrigatoriamente ligado a esta complexidade de atos que o compõem, mas sim ao ato final, que é o resultado deste procedimento. Para o autor, “dado que tal sequência é destinada a verificar e/ou a pôr em movimento, no contraditório dos interessados, os específicos pressupostos do ato final com o qual a série é destinada a concluir-se, então vale dizer que o discernimento do que seja o processo é feito principalmente dos temas e pelo modo de desenvolvimento do contraditório.

A decisão que determina o recebimento da acusação e o prosseguimento do processo tem a capacidade de alterar uma situação jurídico-processual do sujeito, que deixa a condição de cidadão comum para passar a ostentar o estigma de acusado ou processado. Trata-se de deliberação de elevado grau de importância e que potencialmente tem como consequência uma alta carga de restrição de direitos, sendo impositivo ao magistrado, com a mais ampla observância de garantias que lhe for possível, apontar racionalmente e com base nos subsídios concretos (motivação fática e jurídica) quais são os elementos que o convenceram e dar andamento a uma acusação.

Jamais se pode perder de vista que a legislação de 1941, concebida em um momento histórico de privilégios da acusação sobre a defesa e prevalência do *ius puniendi* estatal sobre o *status libertatis* do sujeito, segue sendo a espinha dorsal do processo penal brasileiro (Giacomolli, 2014). Neste viés, o recebimento da acusação reveste-se de importância tal que não deve deixar de lado absolutamente nenhuma garantia assegurada aos indivíduos que se encontram na condição de acusados, sendo essencial, neste momento, possibilitar o exercício de direitos humanos e fundamentais, sobretudo o direito de enfrentar em iguais condições a acusação antes que seja dado início ao processo.

4. Audiência preliminar e participação do acusado no recebimento da acusação.

Em decorrência do contexto histórico-político vivenciado no momento da edição do Código de Processo Penal de 1941, embebido no ranço inquisitorial de um regime totalitário e fascista, o procedimento sedimentou-se na forma escrita, cartorial, extremamente formal e burocrática. Até pouco tempo atrás, seria impossível de imaginar o reconhecimento da oralidade como mecanismo inerente ao sistema.

Contudo, em um sistema predominantemente acusatório, tal qual estabelece o constitucionalismo, o processo escrito e cartorial demonstra-se totalmente incompatível, razão pela qual Moreira (2017) defende como essencial que a deflagração da pretensão acusatória e sua respetiva admissão sejam submetidas a uma audiência pública, essencialmente oral. Nela, deve o acusador se preocupar em delimitar o objeto do processo, assim como promover de forma clara as provas que pretende produzir, sendo que neste ato também deverá ser oportunizado à defesa o exercício do contraditório prévio, antes mesmo do recebimento da acusação pelo magistrado (Moreira, 2017).

Nesta esteira, Deu (2012) considera elementar a participação do imputado na fase anterior ao juízo, atribuindo a intensidade do alcance de seus direitos proporcional ao caráter acusatório do processo. Quanto mais democrático o sistema processual, maiores as garantias asseguradas em todas as fases do processo, quanto menos democrático, menores as garantias conferidas ao sujeito.

Isso importa na compreensão de que a fase de exercício da ação penal não pode ser imoderada, alheia aos padrões constitucionais e sem qualquer controle sobre seus excessos e insuficiências. Conforme assevera a autora, “la máxima acusatoriedad genera una desigualdade en perjuicio del imputado” (Deu, 2012), razão pela qual o exercício da ação penal deve ser objeto de uma atividade que oportunize não só o controle judicial, mas também o controle de partes, garantindo e tornando objetivo o exercício do contraditório.

Não se pode esquecer o caráter político do processo e da influência dos poderes executivo e judiciário enquanto agentes configuradores da ação penal, e, em última análise, do exercício do poder punitivo estatal. Por isso, a importância de que as tensões e mecanismos de pesos e contrapesos nos momentos de exercício e de controle da acusação devam ser analisados sob uma dupla perspectiva: (I) aquela segundo a qual existe um maior ou menor âmbito de discricionariedade na hora do exercício da ação penal, e; (II) aquela em que se examina a amplitude na revisão judicial desse exercício.

Apenas dessa forma, com a eficácia do controle judicial no exercício da acusação, é que estariam salvaguardadas as garantias dos cidadãos. É tarefa dos órgãos judiciais assegurar ao máximo os direitos fundamentais dos acusados quando de sua necessária intervenção sobre a adoção de certas medidas, como é o caso do recebimento da acusação, em que se deve promover um eficiente controle do exercício da acusação, tanto sob a perspectiva dos excessos de imputação, como também de suas insuficiências, principalmente no que diz respeito à existência de justa causa.

Dentre as alternativas processuais para o efetivo controle do exercício da acusação, que estariam baseadas em diferentes regras, importa considerar o modelo que privilegia a oralidade e estabelece um sistema de audiências em que o juiz deve analisar, em caráter prévio e condicionante ao desenvolvimento do processo, os fundamentos da acusação para que ela seja dado trânsito. Nele, é comum a indicação de que o órgão judicial deve analisar efetivamente a acusação, devendo rejeitá-la sempre que a reputar equivocada, desvirtuada, inconsistente ou infundada (Deu, 2012).

Um dos principais instrumentos capazes de abrir brechas na tradição inquisitorial é a oralização dos procedimentos, o que, segundo Binder (2017), faria com que nascesse uma função verdadeiramente jurisdicional durante a etapa preparatória, potencializando as tarefas de controle e resolução de conflitos. No que diz respeito ao nosso objeto de estudo, essencial de se atribuir ao procedimento a possibilidade de controle dos excessos e insuficiências da acusação em audiência preliminar, voltada exclusivamente para o recebimento da peça inaugural ou a declaração de absolvição sumária do acusado.

Para Goldschmidt (s/d), o princípio da oralidade é compreendido como a capacidade de basear a resolução dos conflitos exclusivamente no material processual produzido via juízo oral, cuja observância traduz o mínimo de obediência à matriz acusatória. O princípio, sob essa perspectiva, encaminha à necessidade de assegurar às partes o direito de audiência, em que se permitem alegações mútuas, em forma de juízo oral. Daí decorre o direito à contradição, compreendido pelo autor como o direito de outorgar às partes (acusação e defesa) a palavra para que façam a exposição de suas considerações, assegurando-se ao acusado o direito de falar por último⁴⁸, obrigatoriamente acompanhado por defensor (Goldschmidt, s/d).

Serve a audiência preliminar como filtro às pretensões acusatórias deduzidas em juízo, excluindo-se aquelas que se mostrarem inviáveis de prosseguimento sempre que não houver condição para o exercício da ação penal, aquilo que Cordero (2000) chama de *epílogo negativo de la audiencia preliminar*, ou seja, a declaração de sobrestamento do feito diante da ausência de elementos aptos a justificar o processo: hipóteses de extinção da punibilidade, identificação de obstáculos ao curso do processo, de atipicidade da conduta ou de quando se demonstra desde já evidente que o fato não existiu, que o acusado não cometeu o delito ou que o autor é inimputável (Cordero, 2000). Em simetria com o Código de Processo Penal brasileiro, seria conceber um sistema de audiência em que, obedecendo os pactos internacionais de Direitos Humanos assumidos pelo Brasil e à principiologia do sistema acusatório incorporada à Constituição Federal – sobretudo no que diz respeito à oralidade e ao contraditório –, o magistrado concentrasse o ato de verificação das causas de rejeição da denúncia (art. 395 do CPP) e de decretação de absolvição sumária (art. 397 do CPP) após a manifestação de ambas as partes, conferindo direito de manifestação à defesa e controle de partes em relação à atividade decisória do recebimento da denúncia. O ato processual também tem a capacidade de funcionar como forma de controle aos excessos e equívocos por-

48 VER STF DECISÕES

ventura promovidos no exercício da acusação, ainda que essa faculdade de propor às partes outra classificação do ilícito seja compreendida, por Goldschmidt (s/d), como uma excepcionalidade.

Os processos de reforma instituído nos últimos 25 anos na América Latina têm se estabelecido tendo como eixo central a amplificação e reformulação dos sistemas de controles das decisões judiciais, estruturados sob a realização de audiências orais inclusive para a etapa preparatória do processo, como garantia de observância do devido processo legal e às regras do contraditório. Os códigos modelo propõem uma radical mudança ao sistema de controle das decisões judiciais, consagrando o juízo oral como elemento norteador do conjunto do processo e estabelecendo uma fase preparatória ao seu desenvolvimento, que apenas teria valor se desenvolvida mediante as regras do contraditório (González Postigo, 2017).

González Postigo (2017) ressalta a importância da oralidade e do processo do sistema por audiências, concebendo-os como o exercício de 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. O grande desafio de todas as reformas processuais é instalar sistemas de audiências que evitem as práticas que menosprezam o escopo e o sentido da oralidade, já que constitui um modelo de trabalho que põe a sala de audiências – ao invés do gabinete privado - como o espaço natural para o trabalho dos juízes e das partes (González Postigo, 2017).

Referências bibliográficas

- BINDER, A. (2017). *Fundamentos para a reforma da Justiça Penal*. Gostinski, Aline; PRADO, Geraldo; POSTIGO, Leonel Gonzáles (org.); AMARAL. Augusto Jobim (trad.). Florianópolis: Empório do Direito.
- CORDERO, F. (2000). *Procedimiento Penal*. Editora Temis: Bogotá.
- COUTINHO, J. N. de M. (2008). *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Disponível em <http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-as-reformas-parciais-do-cpp-e.html>, acesso em 21 de novembro de 2017.
- _____. (2017). Para passar do Sistema Inquisitório ao Sistema Acusatório: jouissance *In*: González Postigo, L. (2017). *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 en Europa y América*. Madri: Marcial Pons.
- FAZZALARI, É. (2006). *Instituições de direito processual*. Campinas: Book-seller.
- FERRAJOLI, L. (2002). *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GIACOMOLLI, N. J. (2014). *O Devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de San José da Costa Rica*. São Paulo: Editora Atlas.
- GOLDSCMIDT, J. (s/d). *Principios Generales del Proceso: problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- GONZÁLEZ POSTIGO, L. (2017). Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In: *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA.
- GONZÁLEZ POSTIGO, L. (2017). *A oralidade na etapa recursal do processo penal chileno: as audiências perante a corte de apelações de Santiago*. Santiago: CEJA.
- LOPES Jr, A. (2014). *Direito Processual Penal*. 11 Ed. São Paulo: Saraiva.
- MELCHIOR, A. (2017) Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal Brasileiro. In: González Postigo, L. (2017). *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA.
- MOREIRA, R. de A. (2017). A oralidade e o sistema por audiências: uma proposta para o Brasil a partir da experiência chilena. In: González Postigo, L. *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA.
- PRADO, G. (2010). Entre a teoria e a prática...ou a luta pelo Estado de Direito. In. Prado, G. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro. Lumen Juris.
- _____. (2010). Sobre Procedimentos e antinomias. In. Prado, G. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro. Lumen Juris.
- _____. (2010). La reforma del proceso penal en Brasil. In. PRADO, Gerardo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro. Lumen Juris.

ROSA, A. M. DA & SILVEIRA FILHO, S. L. da. (2009). *Para um Processo Penal Democrático: crítica à metastase do Sistema de Controle Social*. Rio de Janeiro: Editora Lummen Juris.

STRECK, L. (2004). A Jurisdição Constitucional e as Possibilidades Hermenêuticas de Efetivação da Constituição: breve balanço crítico nos quinze anos de Constituição Brasileira. In Rúbio, D. S.; Flores, J. H.; Carvalho, S. de. (org.) *Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Editora Lummen Juris.

WUNDERLICH, A. & CARVALHO, S. de. (2010). Reformas legislativas e populismo punitivo: é possível controlar a sedução pelo poder penal? *Boletim do IBCCrim*. São Paulo, ano 18, n. 214, set.

CAPÍTULO 3
A PERSISTÊNCIA DA PRISÃO
PREVENTIVA

POR QUE A PRISÃO CAUTELAR NO BRASIL É UMA MEDIDA *PRIMA RATIO* (?): UMA ANÁLISE CRÍTICA AOS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DA LEI Nº. 12.403/2011

Luiz Gabriel Batista Neves⁴⁹
Marina Cerqueira⁵⁰

1. Introdução

O presente trabalho possui como objetivo abordar, sob as lentes de uma racionalidade crítica, a aplicação da prisão preventiva no Brasil que tem se revelado como medida *prima ratio*, mesmo com o advento da Lei n. 12.403/2011 que trouxe diversas medidas cautelares pessoais diversas daquela.

Pretendeu-se, inicialmente, fixar algumas premissas fundamentais para a melhor compreensão do aludido artigo, tratando da atuação seletiva do poder punitivo do Estado e, nessa medida, abordando questões relacionadas à raça, gênero e classe, das quais, aliás, qualquer estudo sério sobre as ciências criminais não pode prescindir.

Posteriormente, se buscou abordar a conjuntura jurídico-social da criação da mencionada Lei n. 12.343/2011, além de tecer algumas considerações

49 Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Ciências Criminais pelo Juspodivm. Professor da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Vice-Presidente da Escola Superior de Advocacia Orlando Gomes da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA/OAB-BA). Diretor Executivo do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Advogado Criminalista.

50 Assessora de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Graduada em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Presidenta do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Membro da Comissão Temporária instituída pela Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado da Bahia (OAB-BA) para apresentar sugestões ao Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal.

críticas sobre o manifesto desvirtuamento (para utilizar o eufemismo) do (tão caro) princípio, constitucionalmente assegurado, da presunção de inocência.

Nessa perspectiva, o presente trabalho se propõe a convidar o leitor a compreender, ainda que sucintamente, as principais características do sistema adversarial que, por excelência, se revela como autenticamente acusatório e, portanto, democrático.

Dito mais claramente, pensar em qualquer reforma processual penal imprime um dever de observância a determinados métodos, como, por exemplo, a oralidade, que associado à possibilidade concreta de realização do contraditório entre os atores do sistema de justiça, garantirá um processo penal que se anseia: verdadeiramente democrático.

2. O racismo como pressuposto essencial do sistema de funcionamento da justiça criminal

Não é possível (ou não deveria ser) abordar qualquer tema de direito e processo penal⁵¹ sem reconhecer e destacar as premissas de uma questão grave, que constitui a pedra angular no funcionamento do sistema penal no Brasil, que é a questão racial⁵². Isso porque, como afirma Marcelo Biar (2016, p. 7), “(...) uma sociedade que encarcera, por mais de duzentos anos, o mesmo grupo social não pode falar de causalidade. Os presos brasileiros (...), afrodescendentes, jovens e de baixa escolaridade, hoje moradores de favelas, antes escravos e negros libertos (...), explicitam o projeto histórico de nossa elite”.

O aspecto de maior gravidade, e que interessa mais de perto para o objeto do presente trabalho, é que 40% das pessoas presas no Brasil não possuem sequer condenação de primeiro grau, percentual que alcança 58% dos presos se consideramos apenas o Estado da Bahia⁵³. Em sua maioria, são presos provisórios e vítimas de alguma prisão cautelar. Segundo o último levantamento oficial, são 726.712 (setecentos e vinte seis, setecentos e doze mil) pessoas encarceradas no Brasil, número que superaria mais de

51 Sem deixar de alertar que direito e processo penal são partes vistas por perspectivas distintas, há entre ambas um “caráter dialógico”, não podendo construir uma ciência dissociando direito e processo penal. Ver Neves (2017).

52 Sob o risco de ser seduzido pelo argumento de neutralidade na construção do conhecimento científico, tese que contribui para caos teórico e dogmático das ciências sociais, conforme aponta Bunge (2000).

53 Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) publicado no ano de 2016, disponível no link, acessado em 19 de fevereiro de 2018: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf

1.300.000 (um milhão e trezentos mil) caso fossem cumpridos todos os mandados de prisão⁵⁴, proporcionando, para além de toda discussão dogmática do (mal) uso das medidas cautelares pessoais no processo penal, um completo caos do sistema prisional, que possui como principal característica taxas desumanas de aprisionamento. Somam-se a essas questões preliminares as nuances do encarceramento das mulheres, que cresceu 567% nos últimos 15 anos⁵⁵. Na Bahia, atualmente 97% das mulheres aprisionadas são negras, não deixando qualquer dúvida de qual é o público selecionado pelo sistema penal⁵⁶.

A seletividade do sistema criminal em relação ao homem e à mulher negra não surpreende a quem conhece um pouco da realidade (“o como”) do seu funcionamento, especialmente das abordagens policiais, prisões em flagrantes, audiência de custódia, recolhimento cautelar no sistema penitenciário, indiciamento, oferecimento de denúncia, audiência de instrução, sentença e eventuais recursos, que funcionam organicamente, aprisionando, sem nenhum pudor ou segredo, o público mais vulnerável da nossa sociedade. Aliás, até quem somente teve acesso à literatura teórica que tange o tema já foi alertado, de uma forma ou de outra, que “todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena” (Zaffaroni, Batista, ALagia & Slokar, 2003, p. 43), advertência feita, por exemplo, ao se denunciar o processo de criminalização⁵⁷.

O que nem sempre é percebido (ou é invisibilizado de maneira intencional, para atender a determinados fins) é que essa seletividade está nas entranhas culturais de nossa sociedade e começa já no primeiro acesso à educação formal, quando não dá seus primeiros sinais nos ambientes de convivência familiar. O homem e a mulher negra aprendem, logo cedo, na escola, que o que se espera dele ou dela é “(...) a obediência, não o desejo ardente de aprender, mesmo porque “(...) a excessiva ânsia de aprender era [é] facilmente entendida como uma ameaça à autoridade branca” (Hooks, 2017, p. 12).

54 Conforme se pode conferir no Banco Nacional de Mandados de Prisão, disponível no link, acessado em 17 de fevereiro de 2018: <http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/relatorio>

55 O Instituto Baiano de Direito Processual Penal divulgou nota sobre a situação do sistema carcerário brasileiro, disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: <http://www.ibadpp.com.br/2032/nota-publica-sobre-a-situacao-do-sistema-carcerario-brasileiro>

56 <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80853-populacao-carceraria-feminina-aumentou-567-em-15-anos-no-brasil>

57 Zaffaroni et al. (2003) ensinam que a “(...) criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”, ao passo que a “criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”.

Bell Hooks, quando retrata a realidade educacional da população negra depois do fim do *apartheid* nos Estados Unidos, narra situação não muito diferente do racismo institucional ainda presente na sociedade brasileira:

(...) Para as crianças negras, a educação já não tinha a ver com a prática da liberdade. Quando percebi isso, perdi o gosto pela escola. A sala de aula já não era um lugar de prazer ou de êxtase. A escola era um ambiente político, pois éramos obrigados a enfrentar a todo momento os pressupostos racistas dos brancos, de que éramos geneticamente inferiores, menos capacitados que os colegas, até incapazes de aprender. Apesar disso, essa política já não era contra-hegemônica. O tempo todo, estávamos somente respondendo e reagindo aos brancos (2017, p. 12).

No Brasil é importante posicionar essa ausência de distinção, porque – no princípio dos anos 30 do século passado – (1) “em geral os brasileiros, negros e brancos, tendiam a perceber o racismo ‘como aquilo que há nos Estados Unidos’, como extinto *apartheid* da África do Sul” (Santos, 2005, p. 19), além do que (2) o branqueamento da população negra foi pensada, após a escravidão, como uma política de Estado, conforme anuncia o diretor do Museu Nacional do Rio de Janeiro, João Batista Lacerda, durante o I Congresso Internacional das Raças, em meados de 1911, ao dizer que “O Brasil mestiço de hoje tem no branqueamento em um século sua perspectiva, saída e solução” (Schwarcz, 1993, p. 15-16).

Com a proibição de condutas clássicas, surge um racismo mascarado, erigido sob a tese de que existia em nosso país uma democracia racial⁵⁸, sem distinção de tratamento entre negros e brancos, com a necessidade de um esforço e autodisciplina do negro, assim como do branco, para alcançar os espaços através do mérito, ainda que esteja em condições pessoais de desigualdade. Esta nova ordem consubstancia, no seu aspecto mais violento, o genocídio silencioso da população negra no Brasil⁵⁹, cuja

58 Nascimento (2009, p. 19-20) defende que “(...) a construção dessa imagem de “democracia racial” se deu por meio do que chamarei de sortilégio da cor, característica que fundou e demarcou as relações sociais no Brasil.

59 Nascimento (2017, p. 83) explica como se dá primeiro processo de genocídio da população negra: “Para a solução deste grande problema – a ameaça da “mancha negra”- já vimos que um dos recursos utilizados foi o estupro da mulher negra pelos brancos da sociedade dominante, originando os produtos de sangue misto: o mulato, o pardo, o moreno, o pardo-vasco, o homem-de-cor, o fusco, e assim por diante, mencionados anteriormente. O crime de violação e de subjugação sexual cometido contra a mulher negra pelo homem branco continuou como prática normal ao longo das gerações. Situado no meio do caminho entre a casa grande e a senzala, o mulato prestou serviços importantes à classe dominante. Durante a escravidão, ele foi o capitão-de-mato, feitor e usado noutras tarefas de confiança dos senhores, e, mais recentemente, o erigiram como um símbolo da nossa “democracia racial”.

delicadeza e complexidade se vê desvendada em todas as dimensões do Estado, a exemplo da aplicação das medidas cautelares pessoais de prisão e diversas da prisão.

Nas palavras de Abdias Nascimento:

Devemos compreender “democracia racial” como significando a metáfora perfeita para designar o racismo estilo brasileiro: não tão óbvio como o racismo dos Estados Unidos e nem legalizado qual o *apartheid* da África do Sul, mas institucionalizado de forma eficaz nos níveis oficiais de governo, assim como difuso e profundamente penetrante no tecido social, psicológico, econômico, político e cultural da sociedade do país. Da classificação grosseira dos negros como selvagens e inferiores, ao enaltecimento das virtudes da mistura de sangue como tentativa de erradicação da “mancha negra”; da operatividade do “sincretismo” religioso à abolição legal da questão negra através da Lei de Segurança Nacional e da omissão censitária – manipulando todos esses métodos e recursos – a história não oficial do Brasil registra o longo e antigo genocídio em se vem perpetrando contra o afro-brasileiro. Monstruosa máquina ironicamente designada “democracia racial” que só concede aos negros um “privilegio”: aquele de se tornarem brancos, por dentro e por fora (2017, p. 111).

Não é por outro motivo que a “Teoria do escravo-coisa” afirma que “o primeiro ato humano do escravo é o crime” (Gorender, 1978, p. 76), embora Sidney Chalhoub (2011, p. 315), entre outros, expliquem que essa “resistência por parte dos negros eram a única maneira de eles se afirmarem como pessoas humanas, como sujeitos de sua própria história”, contexto que ajuda a compreender o porquê da estruturação seletiva do sistema de funcionamento da justiça criminal desde o período escravagista até os dias atuais.

Nesse sentido que uma análise da utilização das medidas cautelares pessoais diversas da prisão não pode deixar de conhecer a denúncia do uso do “encarceramento em massa da população negra como mecanismo de controle e dominação (...)”, destacando que “o sujeito negro foi aquele construído como violento e perigoso, inclusive a mulher negra, cada vez mais encarcerada” (Davis, 2016, p. 12).

Essa premissa deve também estar presente na lógica do viés processual penal, pois “(...) tudo que poderia representar recrudescimento da carga punitiva, em termos de violência estatal contra o indivíduo, passou a ser feito pelo processo penal. O direito penal é intervenção em termos me-

diata, distante, indireta, enquanto que processo em cinco minutos, entre aspas, se resolve o problema” (Neves, 2013, p. 19). Em síntese, a política do encarceramento da população negra se apoia, especialmente, em um mecanismo dogmático processual penal: da [indiscriminada] aplicação de medida cautelar pessoal, sem que se tenha, na enorme maioria dos casos, decisão penal com trânsito em julgado para justificar com um grau maior de certeza prisão do sujeito (não que isso torne justo, por si só, o aprisionamento de alguém).

3. Das medidas cautelares pessoais diversas da prisão preventiva e o contexto da criação da Lei nº. 12.403/2011.

Em 04 de maio de 2011, após dez anos de tramitação, foi aprovado o Projeto de Lei n. 4.208 de 2001, surgindo, assim, mais uma reforma no Código de Processo Penal com a promulgação da agora Lei 12.403/2011, que já havia sofrido algumas graduais alterações com o advento das Leis 11.689/2008, 11.690/2008, 11.719/2008 e 11.900/2009.

A lei é aprovada quando: (1) uma comissão de juristas apresenta ao Senado Federal o Projeto de Lei n. 156 de 2009 (projeto que visa instituir um novo Código de Processo Penal no Brasil)⁶⁰, subscrito pelo próprio presidente da casa legislativa de então, José Sarney; (2) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por seu informe 35/2007, diante do caso López Álvarez x Honduras, destaca a excepcionalidade da prisão provisória (Prado, 2011), deixando claro que a prisão preventiva é uma medida cautelar e; (3) em 2011, o Brasil atinge a marca de mais de 500 mil presos (Lopes Jr., 2013), sendo que entre os anos de 2009 e 2016 o número de presos provisórios saiu de 208.000 (duzentos e oito mil) para mais 292.450 (duzentos e noventa e dois quatrocentos e cinquenta mil) (Giacomolli, 2017)⁶¹. É diante dessa conjunção de fatores, receoso pela decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que o projeto de lei de 2001 é aprovado depois de 10 (dez) anos em tramitação. A lei, assim, cuidaria de sanar um problema urgente: a superlotação do sistema penitenciário (Lopes Jr., 2013).

60 O Projeto de Lei n. 156 de 2009 foi aprovado pelo Senado Federal com 65 emendas aprovadas integralmente e 32 parcialmente, tendo sido encaminhado à Câmara de Deputados onde tramita sob o n. 8.045 de 2010, tendo em 04 de julho de 2017 a última ação legislativa e apontando no andamento legislativo que, desde 06 de fevereiro de 2018, encontra-se na mesa diretora para apensamento de mais do Projeto de Lei 9312/2017, nos termos do link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

61 Ver também Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) publicado no ano de 2016, disponível no link, acessado em 19 de fevereiro de 2018: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_ju- nho.pdf

As mudanças são significativas, pois desaparece o binário prisão ou liberdade, já que (a) o novo art. 319 do CPP⁶² elenca a possibilidade de medidas cautelares pessoais diversas da prisão, alterando, significativamente e qualitativamente, o Código de Ritos, uma manifesta tentativa de conferir a devida conformação Constitucional, vale dizer, de aproximar o código do sistema acusatório⁶³ e (b) revitaliza o instituto da fiança, ampliando a possibilidade de sua aplicação e até mesmo permitindo à própria autoridade policial, nos crime cuja pena máxima não é superior a 4 (quatro) anos, a sua aplicação imediata (Lopes Jr., 2013, p. 16).

Compreender a prisão provisória como medida cautelar é uma exigência inexorável da presunção de inocência, consagrada no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, a qual é reconhecida por Ferrajoli (2006, p. 505) como um “corolário lógico do fim racional consignado ao processo”, quer dizer “a primeira e fundamental garantia que o procedimento assegura ao cidadão: presunção *júris*”. Em síntese, o que convencionou chamar de

62 Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

63 Embora, Lopes Jr. (2013, p. 13) advirta que “o problema das reformas pontuais, sem desmerecer a imensa qualidade do trabalho realizado pela Comissão de Jurista, é que elas geram inconsistências e incoerências sistêmicas, transformando o CPP, cada vez mais, numa imensa colcha de retalhos”.

“princípio fundamental de civilidade”. É por essa razão que “a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo” (Ferrajoli, 2006, p. 506).

Em seu sentido deôntico, Aury Lopes Jr., inspirado nas ideias de Jaime Vegas Torres (1993), defende que a presunção de inocência impõe um verdadeiro dever de tratamento e, nessa exata medida, atua em duas dimensões: uma de caráter interno e outra de amplitude externa. Na dimensão interna, impõe esse dever de tratamento ao magistrado, que deve determinar que o ônus probatório seja tão somente daquele que está exercendo a acusação, já na dimensão externa deve proibir uma “publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu” (Lopes Jr., 2016, p. 96-97).

Os dados oficiais do sistema penitenciário e as últimas pesquisas realizadas sobre audiência de custódia⁶⁴, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, ainda que sob um recorte específico, apontam para uma deficiência semântica, pragmática e sintática da presunção de inocência. Semântica porque a quem cabe aplicar o direito (Gomes Filho, 2013), em razão do senso comum, não busca se ocupar do objeto de investigação da presunção de inocência, a sociologia e filosofia que ela impacta na justiça criminal (Carvalho, 2010). Pragmática por deixar de considerar todas as opções que intervêm na construção do papel normativo. Sintático pela ausência de procedimentos específicos de formação e controle que é exigido pelo método axiomático, em qualquer teoria do direito⁶⁵.

A ineficácia da presunção de inocência decorre da crise do regime democrático, resultando da fragmentação do Estado de Direito, produzindo, em termos de processo penal, um encarceramento em massa da população pobre, negra e de baixa escolaridade no Brasil. Ferrajoli denomina de desconstitucionalização do sistema político esse movimento de ruptura das garantias asseguradas pela Carta Magna:

64 Em Salvador/Bahia foi celebrado um Convênio entre o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com o objetivo de realizar uma pesquisa qualitativa das audiências de custódia realizadas na Central de Flagrantes no Município de Salvador/BA, que será apresentada em um seminário conjunto destas instituições em 02 de março de 2018, no auditório do Tribunal. Inclusive, antes mesmo disso, o Prado (2017) realizou uma pesquisa quantitativa documental sobre 3943 (três mil novecentos e quarenta e três) audiências de custódia.

65 Sobre teoria do direito, pode-se conferir em Ferrajoli (2011, p. 5), que a *“identificación de ese conjunto de fenómenos y experiencias, esto es, del objeto que llamamos <<derecho >> y con respecto al cual pueden ser interpretadas y verificadas las tesis formuladas en la teoría”*.

Está em curso um processo de desconstitucionalização (...). Este processo se manifestou na construção de um regime baseado no consenso (...), de uma longa série de violações da letra ou do espírito da Constituição. O seu aspecto mais grave, contudo, consiste na rejeição manifestada pela atual classe governante ao próprio constitucionalismo, ou seja, aos limites e vínculos constitucionais impostos às instituições representativas (...). O inteiro edifício da democracia constitucional fica em razão disso minado à sua raiz: pela intolerância em relação ao pluralismo político e institucional; pela desvalorização das regras; pelos ataques à separação de poderes, às instituições de garantia, à oposição parlamentar, aos sindicatos e à liberdade de imprensa; pela rejeição, em síntese, do paradigma do Estado constitucional de direito como sistema de vínculos legais impostos a qualquer poder (Ferrajoli, 2014, p. 13-14)⁶⁶.

A Lei 12.403 de 2011 surge, então, como uma resposta necessária à superlotação carcerária, na expectativa de minorar os problemas do aprisionamento provisório no Brasil. Altera-se, substancialmente, o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal, que passa a ser denominado “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”, modificando o art. 282 do CPP e seguintes do Código. Assim, as medidas cautelares previstas no referido Título IX (Moreira, 2017) deverão observar o pressuposto processual do *fumus comissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito (prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria), além de demonstrar a presença (o fundamento) do *periculum libertatis*, devendo a medida cautelar pessoal, para tanto, ou servir para (a) garantia da ordem pública, (b) garantia da ordem econômica, (c) assegurar a aplicação da lei penal ou (d) conveniência da investigação ou instrução criminal (Lopes Jr., 2013).

Além da obediência aos pressupostos e fundamentos da medida cautelar, ainda deve ser observada (i) a gravidade do crime, (ii) as circunstâncias do fato e (iii) as condições pessoais do acusado, como forma de orientar o magistrado na escolha da medida cautelar a ser aplicada naquele determinado caso concreto, apesar de se reconhecer que estes elementos já são avaliados quando da aplicação da pena, mais especialmente da pena-base, a partir da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Ademais, não se pode deixar de notar que também revelam um (detestável) Direito Penal do autor, na medida em que levam em consi-

66 Apesar de Ferrajoli tratar da realidade na democracia italiana, sabemos que no Brasil vivemos um processo semelhante de desconstitucionalização, podendo citar, como exemplos, a decisão do Supremo Tribunal Federal de permitir a execução provisória da pena, conforme ficou estabelecido no HC 126292, no campo jurídico, e o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, no campo político.

deração aspectos pessoais do acusado. Nesse sentido Rômulo de Andrade Moreira (2017, p. 15) defende que: “(...) evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor”.

A lei estabeleceu também que a prisão preventiva como última medida cautelar a ser aplicada no processo penal, já que só “(...) será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”, conforme se verifica do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. Nas palavras de Gustavo Badaró (2016, p. 1003), “a reforma de 2011 sobre as medidas cautelares pessoais procurou incorporar a proporcionalidade como critério para aplicação das medidas cautelares”, consagrando expressamente a “necessidade” e a “adequação” como elementos integrantes do sentido estrito deste postulado constitucional⁶⁷.

A reforma, porém, não corrigiu problemas crônicos, resultado de uma mentalidade e cultura inquisitória⁶⁸ do processo penal no Brasil (Marques, 1965), e (a) manteve a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva (b) não extinguiu totalmente a autorização de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (Colomer, 1989), (c) não estabeleceu prazos máximos de duração para todas as medidas cautelares⁶⁹ e (d) não instituiu revisão periódica obrigatória da necessidade de manutenção da medida decretada⁷⁰.

67 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - **necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - **adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

68 Sobre a mentalidade inquisitória, necessário consultar as coletâneas: *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Volume 1. Organizadores: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 e *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Volume 2. Organizadores: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

69 O art. 558 do Projeto de Lei 8.045/2010, que visa instituir o novo Código de Processo Penal no Brasil, prevê prazos máximos para duração da prisão preventiva, disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010

70 Vale ressaltar que o Projeto de Lei original que resultou na Lei 12.403/2011 previa o limite máximo de duração das medidas cautelares, como também o reexame necessário, mas ambos foram vetados.

Sobre as alegações de excesso de prazo das medidas cautelares pessoais, Fauzi Hassan Choukr (2017, p. 734) adverte que “(...) a jurisprudência do e. STF orienta-se no sentido de não haver constrangimento ilegal por excesso de prazo quando a complexidade da causa, a quantidade de réus e de testemunhas justificam a razoável demora para o encerramento da ação penal (cf. HC 89.168...)”, até porque, superando essa obrigação inevitável de uma construção racional da justiça criminal, há quem tente justificar esse uso excessivo das medidas cautelares pessoais no Brasil em um possível “(...) comportamento passageiro, fruto, guiça, do momento político-social porque passa o Brasil – especialmente nos últimos dois anos, marcados por grave crise política resultante da Operação Lava-Jato e seus desdobramentos”, razão que poderia estar levando quem lida mais “de perto com o fenômeno da criminalidade urbana a reagirem mais pronta e eficazmente às violações à lei penal”, mesmo porque “(...) Não há como, em verdade, desvencilhar-se o operador jurídico de uma certa “carga emotiva do momento político, social e econômico do país”, embora reconheça que “os ônus dessas prisões, marcadas pelo aparato espetacular das operações policiais, em regra acompanhadas de câmeras de redes de televisão, que prolongam o espetáculo até quando rende bons índices de IBOPE” (Cruz, 2017, p. 17-18).

Os dados apontados no levantamento do INFOPEN de 2014⁷¹ já indicavam, mesmo após três anos de edição da lei 12.403/2011, um aumento progressivo do encarceramento do sujeito. As medidas cautelares diversas da prisão não só foram ineficientes na redução dos números de presos provisórios, como não impediram o seu crescimento. E o pior, as medidas cautelares, que teriam como função substituir a cautelar mais gravosa da prisão provisória acabaram se tornando um *plus* nos casos que eram comumente concedidos liberdade provisória plena, ou seja, as medidas cautelares do art. 319 do CPP se tornaram não diversas da prisão, como previu a lei, mas diversas da liberdade. Para que se tenha uma ideia mais concreta, segundo o Ministério da Justiça, em 2011 o número de pessoas encarceradas no Brasil era de 514.582 (quinhentos e catorze e quinhentos e oitenta e dois mil), sendo mais de 40% presos sem condenação, em 2012 esse número chega a 548.003 (quinhentos e quarenta e oito e três mil), com a diminuição de 0,3% de presos sem condenação (de 42,1% em 2011 para 41,8% em 2012) e em 2014 chega a 607.731 (seiscentos e sete e setecentos e trinta e um mil) pessoas encarceradas, mantendo o percentual de 41% de presos provisórios (Fernandes, 2016). Nesse sentido, Daniel Nicory Prado afirma que

71 Disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>

Apesar da grande repercussão midiática no momento da promulgação da Lei nº 12.403/2011, inclusive com um discurso defensivista de risco iminente à segurança pública com a soltura indiscriminada de presos em flagrante, o ritmo de crescimento da população carcerária não diminui desde então, e o percentual de presos provisórios continuou bastante elevado (PRADO, 2014, p. 2), levando à conclusão de que as medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP acabaram se tornando alternativas à liberdade provisória, e não à prisão preventiva, como seria seu propósito (...) (Prado, 2017, p. 39).

Não se pode afirmar com exatidão se foi à ineficácia da Lei 12.403 de 2011, que não consegue produzir efeitos sobre o aumento, em números absolutos, de presos provisórios (e da população carcerária de modo geral), cuja taxa se mantém, em percentual, desde 2011, na faixa de 41% do total ou se por força do Artigo 9, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que opera a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas, internalizada no Brasil pelo Decreto nº 592/1992, do Artigo 7, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – Pacto de São José da Costa Rica, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992, que inclusive após a emenda de nº 45 de 2004 passam a ter o força de norma constitucional derivada, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 213 de 2015, determinando, em todo território nacional, a realização da audiência de custódia (Prado, 2017).

É importante destacar que Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240 em face do provimento 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷², que determinava a realização da audiência de custódia, julgada improcedente pelo STF e considerou procedente a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), reconhecendo o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro. Além disso, a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES) propôs uma ADI, tombada sob o nº 5448, alegando que há inconstitucionalidade formal na resolução 213 do CNJ, já que trata de matéria processual penal cuja competência para legislar sobre é de competência privativa do Congresso Nacional, conforme dispõe o art. 22, I, da Constituição (Prado, 2017).

⁷² Indica-se, para uma análise mais profunda sobre os provimentos nº 24/2014 do TJ/MA, 03/2015 de TJ/SP, 13/2015 do TJ/ES e 796/2015 do TJ/MG a obra de Paiva, 2015, p. 68-83.

Essa resistência a audiência de custódia, que insere tardiamente no sistema processual penal do Brasil a oralidade, ao menos para decretação de medida cautelar pessoal, causa impacto, segundo Daniel Nicory Prado, na decretação de prisão cautelar em algumas capitais. Em Porto Alegre, pesquisa realizada em dado período aponta que mais de 60% dos casos levados para avaliação em audiência teve prisão preventiva decretada; em Tocantins, um mês após a implementação da audiência de custódia, o percentual de concessão de liberdade provisória saiu de 23,7% e chegou a 62,8%; em Alagoas, por sua vez, o percentual de prisão é de 21,21%, bem diferente do Rio Grande do Norte, que possui uma taxa de 84,1%, o que leva a concluir que “(...) as audiências de custódia não são uma condição suficiente para o objetivo de descarcerização” (Prado, 2017, p. 29).

A pesquisa realizada pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), através de Convênio de Cooperação Técnico-Científico celebrado em dezembro de 2015 com Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ/BA), após a coleta de 3129 (três cento e vinte e nove) casos, 600 decisões proferidas nas audiências de custódia foram selecionadas para análise, pode-se concluir que “ao final do primeiro ano de convênio apontou que o judiciário baiano se encontra adstrito ao binômio prisão-liberdade condicionada ao cumprimento de medidas cautelares, tendo sido ínfimos os casos de relaxamento da prisão e de liberdade plena, sem adoção de nenhuma das cautelares elencadas no art. 319 do CPP”⁷³.

A pesquisa do IBADPP identificou, ainda, que 49% dos casos decretaram medidas cautelares diversas da prisão, 48% prisão preventiva e apenas 1% foi concedida liberdade plena e 12% teve o relaxamento da prisão. Ainda de acordo com o relatório:

(...) 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 esperado⁷⁴.

73 Relatório de Pesquisa resultante do Convênio celebrado entre o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com o objetivo de realizar uma pesquisa qualitativa das audiências de custódia realizadas na Central de Flagrantes no Município de Salvador/BA, p. 2.

74 Relatório de Pesquisa resultante do Convênio celebrado entre o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, com o objetivo de realizar uma pesquisa qualitativa das audiências de custódia realizadas na Central de Flagrantes no Município de Salvador/BA, p. 18.

O grande encarceramento produzido em massa a partir dos anos 90 do sistema penitenciário tem como co-autor os atores do sistema penal, magistrado, membros do Ministério Público, da Defensoria, advogados, entre outros⁷⁵. A era do punitivismo não seria possível se não houvesse essa conveniência da justiça criminal, que é “o reflexo natural do *pensamento inquisitório* institucionalizado desde a colonização que se consolidou” (Carvalho, 2010, p. 74) ao longo desses anos na formação cultural dos seus atores. Em outras palavras, é o que Binder convencionou chamar de “fetichismo normativo” como se a mudança da lei fosse capaz de produzir, por si só, transformações no mundo:

Se le ha puesto el nombre de “fetichismo normativista” a la práctica según la cual las autoridades públicas sancionan leyes, muchas veces con propuestas ambiciosas de cambio y, luego, se despreocupan de su puesta en marcha. Tras esta práctica no se encuentra una forma de “pensamiento mágico” –lo que sería una forma de volver superficial el fenómeno con analogías fáciles, sino uno de los mecanismos más profundos de pervivencia de la sociedad de privilegios, es decir, usar la legalidad como una máscara de legitimidad y no como instrumento de realización de políticas efectivas (Binder, 2016, p. 1-2).

Além de tudo, o último levantamento oficial, INFOPEN de 2016, no qual o Brasil ultrapassa a Rússia e alcança a 3ª posição do país que mais encarcera pessoas no mundo, chegando, como já dito, ao total de 726.712 (setecentos e vinte seis, setecentos e doze mil) de pessoas presas, 64% são homens e mulheres negras. Na Bahia, Amapá e Acre esse percentual chega a: 89%, 91 e 95%, respectivamente. Isto porque, nos Estados do Sul do Brasil há um desequilíbrio em sentido contrário entre o número de pessoas brancas e negras que estão presas, no Paraná 66% de brancos e 33% de negros, no Rio Grande do Sul 68% de brancos e 30% de negros e em Santa Catarina 56% de brancos e 42% de negros, estatística que é acompanhada da “sobrerrepresentação do negro no sistema prisional” (Fernandes, 2016), ou seja, apesar de contar com apenas 21% do total de habitantes nos Estados do Sul do Brasil, 33% da população carcerária é de homens e mulheres pretas.

Outro dado importante é que enquanto Estados Unidos (8%), China (9%) e Rússia (24%) apresentam entre 2008 e 2014 uma diminuição nos percentuais de pessoas encarceradas, o Brasil, nesse mesmo período, teve um crescimento de 33% da população presa (Fernandes, 2016).

75 Embora exista quem mantenha uma postura de garantia dos direitos fundamentais, mesmo diante de um sistema processual penal brasileiro. Nesse sentido, deve-se consultar a obra de Trindade (2017).

Para evitar a conformação do “fetichismo normativo” que a reforma do Código de Processo Penal do Chile venho acompanhada de uma mudança cultural, de adesão ao novo sistema adversarial que foi implantado na implantação no país, proporcionando aos magistrados que não iam se adaptar ao novo sistema aposentadoria antecipada. Luis Geraldo S. Lanfredi (2017, p. 248) defende que “La masiva y cotidiana violación de un sinnúmero de derechos humanos aún se hace presente bajo el legado autoritario de um Estado que no se desvinculó de una(s) política(s) de seguridad que alimenta(n) al enemigo interno”.

Para Alexandre Morais da Rosa (2016, p. 305), “(...) diante do ambiente violento, o acusado passa a ocupar o lugar de quem é o representante do mal, pagando uma conta que não é, necessariamente, sua. Assim, a obtenção sobre o modo de pensar dos jogadores/julgadores é ganho tático”. E é por essas e outras razões que Elmir Duclerc (2016) tem apresentado um esboço de uma teoria agnóstica do processo penal, pela ausência de crença de que é possível alguma emancipação do sujeito pelo sistema de funcionamento da justiça criminal, que funciona como mecanismo para prender seres humanos em jaulas.

4. A necessidade da implementação do sistema adversarial como afirmação do sistema acusatório e de um processo penal verdadeiramente democrático.

Diante das considerações reflexivas que já se propôs até o momento do presente trabalho, cumpre ressaltar que o Código de Processo Penal brasileiro é do início da década de quarenta, sendo considerado atualmente o mais antigo da América Latina, além de ser manifestamente contaminado pelo fascismo e, nessa medida, por ideais autoritários.

No decorrer de todos esses longos anos, o que causa mais espécie é que o citado código sofreu pouquíssimas alterações, o que o afasta por completo da nova ordem constitucional implantada com a Constituição da República de 1988.

É dizer, o atual Código de Processo Penal brasileiro, embora tenha se submetido a algumas pontuais reformas, ainda revela traços característicos de um sistema inquisitivo, fruto da conjuntura política que influenciou a sua formação, frise-se, e, portanto, incompatível com a nova ordem constitucional de 1988 que pretende a implementação de um sistema verdadeiramente acusatório e democrático.

Como se sabe, o sistema inquisitivo possui alguns traços característicos bastante peculiar, como por exemplo o protagonismo judicial, assim compreendido por conferir ao juiz a competência da gestão da prova, bem como por se concentrar na sua figura a tríplice função de investigar, acusar e julgar. De igual modo, não se pode deixar de notar que o processo escrito, secreto e sem contraditório, ao lado da adoção da prisão cautelar como regra, representam características manifestamente inquisitivas (Nunes, 2017).

Ainda nesse contexto, vale salientar que James Goldschmidt (1935) já sustentava que a estrutura do processo penal de um país indica a força do seu autoritarismo. No caso do Brasil, então, a tarefa reside em acomodar as leis às *“novas circunstâncias não previstas pelo legislador”*, especialmente aos *“princípios elevados a nível constitucional”* (Larenz, 1997, p.479).

Não se pode deixar de notar, ademais, como sustenta Binder (2003) que existe todo um aparato burocrático do Estado neoliberal, notadamente a serviço de uma determinada hegemonia política e econômica que, em alguma medida, incrementa os traços inquisitivos do processo penal brasileiro. Nas palavras de Leonardo Gornicki Nunes:

A ordem neoliberal aqui vigente amplia o controle social, conseguindo ampliar sua legitimidade formal por meio de arbitrariedades que são veladas por um legalismo rasteiro, sustentado pelo medo ubíquo da violência pública ou pelo ódio contra os atos de corrupção de um determinado partido. Não por acaso os processos permanecem escritos e secretos, a cultura forense é formalista, o ensino jurídico é exegético e uma grande burocracia forja as ações dos atores jurídicos no âmbito dos casos penais (Nunes, 2017, p. 80).

Ao analisar, a partir de uma consciência crítica, o (ainda) lamentável cenário do processo penal brasileiro que, como dito, segue preso nas concepções autoritárias e inquisitivas, torna-se crucial refletir sobre a necessidade de implementação de uma reforma processual penal que encontre no sistema adversarial a sua razão de existir.

Dito mais claramente, sem a adoção de um sistema processual penal adversarial não se observará a efetivação dos postulados constitucionais e, portanto, não haverá possibilidade de democratizar as relações de poder no âmbito processual.

Nessa perspectiva, vale dizer, de realização de um sistema adversarial, cumpre pontuar que a oralidade se revela como instrumento indispensável para a elaboração dos atos decisórios e, conseqüentemente, de afas-

tamento com a tradição inquisitória. Nas palavras de Binder, a oralidade é instrumento para garantir:

(...) O princípio da imediação, a publicidade do julgamento e a personalização da função judicial. Ela é condição para a existência de um julgamento republicano: para se utilizar a oralidade, as pessoas devem estar presentes (imediação) e, além disso, comunicarem-se de um modo que é facilmente controlado por outras pessoas. Ademais, em face do princípio da concentração dos atos probatórios, decorrente da oralidade, é promovido um julgamento mais célere, é dizer, em lapso temporal menor, o que atende aos anseios dos críticos da duração (ir)razoável do processo e, igualmente, dos próprios neoliberais (eficientistas) (Binder, 2003, p. 64)

Ora, se o regime democrático impõe a indispensável materialização do sistema de garantias processuais penais constitucionalmente assegurado, tem-se que a oralidade constitui a espinha dorsal da garantia de uma mudança paradigmática nesse sentido.

Por outras palavras, ausente a oralidade a comunicação processual fica prejudicada ante o distanciamento das partes entre si e destas em relação ao juiz durante a produção de provas. Não se pode olvidar, ainda, da possibilidade de delegação de funções por parte do juiz e o julgador de fato acabar sendo um assessor, circunstância essa que, sem dúvidas, gerará prejuízo às garantias constitucionais (Binder, 2003).

Com efeito, a implementação do método da oralidade garante o abandono de práticas peticionárias (escritas) a fim de reconhecer a importância democrática do litígio em questão. Nessa esteira de intelecção, a oralidade se revela como autêntico instrumento para a legítima contenção do poder punitivo estatal e, portanto, fortalecedor do sistema de garantias (Binder, 2012).

Assim, não é necessário nenhum *tour de force* para constatar que o modelo adversarial possui na oralidade o método fundamental de trabalho, o que serve para evitar a preservação de um (dissimulado) processo acusatório, no qual as decisões são proferidas com base em elementos produzidos fora do contraditório e completamente distanciados das partes. Dessa forma, as etapas processuais (formalização da imputação, intermediária e o juízo oral) deixam de constituir trâmites burocráticos, enraizados no formalismo exacerbado que orienta o sistema inquisitorial (González Postigo, 2014).

O papel do magistrado, de acordo com essa nova dinâmica, assume uma nova conotação. É dizer, deixa de exercer qualquer atividade investigativa, na medida em que o seu exercício está restrito à proteção das garantias constitucionais dos acusados.

O compromisso primordial do juiz deve ser com a verdade que é construída dialogicamente durante as audiências que constitui o processo oral, sem atuar para beneficiar ou prejudicar alguém. Ou seja, o juiz não é protagonista, mas mero agente que deve garantir os direitos assegurados constitucionalmente e, frise-se, de maneira imparcial.

Ainda nesse contexto de ideias, não se pode perder de vista, como bem registra Binder (2012), que apenas o esforço quanto às alterações legislativas não é suficiente, sob pena de se instalar um “*fetichismo normativista*”. É fundamental, portanto, uma mudança de mentalidade, de cultura. Dito por outras palavras, não se pode acreditar que apenas mudanças legislativas possam imprimir um novo atuar processual, centrado no método da oralidade, caracterizado pelo sistema adversarial, sem que haja indispensável mudança de mentalidade inquisitiva.

Nesse sentido, Camilin Marcie de Poli (2016) sustenta que para a democratização do processo penal é indispensável que haja uma mudança de mentalidade. Afinal, existe muita resistência das instituições que integram o sistema de justiça criminal, com destaque ao Poder Judiciário, cujos membros não querem diminuir seus poderes investigatórios.

É bem verdade que está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 8045/2010 que ainda insiste em manter características inquisitivas na sua redação, de modo que, diversos doutrinadores que têm sido convidados para participar das audiências públicas na Câmara dos Deputados afirmam que se o texto for aprovado como está, não haverá efetiva mudança paradigmática à luz de um, tão sonhado, processo penal essencialmente democrático.

A reforma do processo penal brasileiro segue sendo, portanto, o mais autêntico objetivo daqueles que desejam democratizar as relações de poder que constituem o jogo processual penal.

Por outro lado, conforme registrado, não se pode perder de vista que o neoliberalismo produz influxos nocivos na construção de tais relações de poder, motivo pela qual não é suficiente a simples alteração de leis processuais penais. Vale dizer, só se alcançará o processo penal que os brasileiros desejam, ou seja, o processo penal verdadeiramente acusatório,

se houver uma radical mudança de mentalidade, afastando-se da cultura inquisitorial e, nessa medida da *ratio* neoliberal.

Diante de tudo quanto exposto, à guisa de conclusão é possível inferir que:

5. Conclusão

1. A política do encarceramento da população negra se apoia, especialmente, em um mecanismo dogmático processual penal: da [indiscriminada] aplicação de medida cautelar pessoal, sem que se tenha, na maioria dos casos, decisão penal com trânsito em julgado (não que isso torne justo, por si só, o aprisionamento do sujeito);
2. Somente em 04 de maio de 2011, após dez anos de tramitação, foi aprovado o Projeto de Lei n. 4.208 de 2001 que implicou em mais uma reforma processual penal com a promulgação da Lei n. 12.403/2011;
3. O referido Projeto de Lei só foi aprovado após a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por seu informe 35/2007, diante do caso López Álvarez x Honduras, destacar a excepcionalidade da prisão provisória, deixando claro que a prisão preventiva é uma medida cautelar, além de em 2011 o Brasil ter atingido a marca de mais de 500 mil presos (Lopes Jr., 2013), sendo que entre os anos de 2009 e 2014 o número de presos provisórios saiu de 208.000 (duzentos e oito mil) para mais de 300.000 (trezentos mil);
4. A Lei 12.403 de 2011 surge, então, como uma resposta necessária à superlotação carcerária, na expectativa de minorar os problemas do aprisionamento provisório no Brasil;
5. A reforma, porém, não deixou de corrigir problemas crônicos, resultado de uma mentalidade e cultura inquisitória do processo penal no Brasil (Marques, 1965), e (a) manteve a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva (b) não extinguiu totalmente a autorização de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício (Colomer, 1989), (c) não estabeleceu prazos máximos de duração para todas as medidas cautelares⁷⁶ e (d) não instituiu revisão periódica obrigatória da necessidade de manutenção da medida decretada;

76 O art. 558 do Projeto de Lei 8.045/2010, que visa instituir o novo Código de Processo Penal no Brasil, prevê prazos máximos para duração da prisão preventiva, disponível no link, acessado em 18 de fevereiro de 2018: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010

6. O atual Código de Processo Penal brasileiro, embora tenha se submetido a algumas pontuais reformas, ainda revela traços característicos de um sistema inquisitivo, fruto da conjuntura política que influenciou a sua formação, frise-se, e, portanto, incompatível com a nova ordem constitucional de 1988 que pretende a implementação de um sistema verdadeiramente acusatório e democrático.
7. Sem a adoção de um sistema processual penal adversarial não se observará a efetivação dos postulados constitucionais e, portanto, não haverá possibilidade de democratizar as relações de poder no âmbito processual;
8. O neoliberalismo produz influxos nocivos na construção de tais relações de poder, motivo pela qual não é suficiente a simples alteração de leis processuais penais. Vale dizer, só se alcançará o processo penal que os brasileiros desejam, ou seja, o processo penal verdadeiramente acusatório, se houver uma radical mudança de mentalidade, afastando-se da cultura inquisitorial e, nessa medida da *ratio* neoliberal.

Referências bibliográficas

- BADARÓ, G. H. (2016). *Processo Penal*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- HOOKS, B. (2017). *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2ª Edição. São Paulo: Martins Forense.
- BIAR, M. (2016). *Arquitetura da dominação: o Rio de Janeiro, suas prisões e seus presos*. Rio de Janeiro: Revan.
- BINDER, A. (2003). *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- _____. (2012) *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- _____. (2016). *La reforma de la justicia penal: entre el corto y el largo plazo*. Buenos Aires: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- BUNGE, M. (2000). *La Investigacion Científica*. Cidade do México: Siglo XXI.
- CARVALHO, S.de. (2010). *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. *CriminologiaS: discursos para academia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

- COLOMER, J.L.G. (1989). *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona.
- CHOUKR, F. H. (2017). *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito.
- CRUZ, R. S. (2017). *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3ª Edição. Salvador: Juspodivm.
- DAVIS, A. (2016). *Mulheres, raça e classe*. Trad. Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo.
- DUCLERC, E. (2016). *Introdução aos fundamentos do direito processual penal*. Florianópolis: Empório do Direito.
- FERRAJOLI, L. (2006). *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª Edição. Trad. Ana Paulo Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. (2011) *Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Trad. Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán e Luis Prieto Sanchís. Madri: Editorial Trotta.
- _____. (2014). *Poderes selvagens: crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva.
- FERNANDES, D. F. (2016). O grande encarceramento brasileiro: política criminal e prisão no século XXI. *Revista do CEPEJ*, Salvador, v. 18, p. 101-153.
- GIACOMOLLI, N. J. (2017). *Aprisionamento preventivo no Brasil, alternativas tipificadas e propostas para uma futura reforma do Código de Processo Penal brasileiro*. In: *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Diretor: Leonel González. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- GOLDSCHMIDT, J. (1935). *Problemas Jurídicos e Políticos del Proceso Penal: conferencias dadas em la universidad de madrid em los meses de diciembre de 1934 de enero, febrero y marzo de 1935*. Barcelona, Bosch.
- GOMES FILHO, A.M. (2013). *A motivação das decisões penais*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GONZÁLEZ POSTIGO, L. (2014). *La oralidad en la etapa recursiva del proceso penal chileno: las audiências ante la Corte de Apelaciones*

de Santiago. *Revista Derecho Penal*. Buenos Aires, ano 3, n. 7, maio, págs. 333-374.

GORENDER, J. (1978). *O escravismo colonial*. São Paulo: Ática.

LANFREDI, L.G. S. (2017). *Juez de garantías y sistema penal: (re)planteamientos socio-criminológicos críticos para la (re)significación del los roles del poder judicial en Brasil*. Florianópolis: Empório do Direito.

LARENZ, K. (1997). *Metodologia da Ciência do Direito*, 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian.

LOPES JR. A. (2016). *Direito Processual Penal*. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva.

_____. (2013). *Prisões Cautelares*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva.

MARQUES, J. F (1965). *Elementos de Direito Processual Penal, Vol. I*, Forense.

MOREIRA, R.de A. (2017). *Da prisão preventiva, das medidas cautelares e a liberdade provisória: comentários à Lei nº. 12.403/2011*. Florianópolis: Empório do Direito.

NASCIMENTO, A. (2017). *O genocídio do negro brasileiro: processo de racismo mascarado*. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva.

NASCIMENTO, E. L. (2003). *O sortilégio da cor: identidade, raça e gênero no Brasil*. São Paulo: Selo Negro.

NEVES, L. G. B. (2013). *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal à luz da teoria dos direitos fundamentais: a necessária distinção entre regras e princípios*. *Direito UNIFACS*, v. 1, p. 1-26.

_____. (2017). *Culpabilidade, física quântica e processo penal*. Florianópolis: Empório do Direito.

NUNES, L.G. (2017). *Sistema Processual Penal Adversarial: entre a democratização e o eficientismo neoliberal*. In: *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Diretor: Leonel González. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

PAIVA, C. (2015) *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito.

PAULA, L. C. de; Coutinho, J.N. de M.; Nunes, M. A. (2016). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacio-*

- nal “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”. Volume 1. Organizadores: da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito.
- _____. (2017). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”*. Volume 2. Organizadores: Leonardo Costa de Paula, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Marco Aurélio Nunes da Silveira. Florianópolis: Empório do Direito.
- POLI, C. M. de. (2016). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito.
- PRADO, G. (2011). *Excepcionalidade da Prisão Provisória*. In: FERNANDES, Og. (org.). *Medidas Cautelares no Processo Penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PRADO, D. N. (2017). *A prática da audiência de custódia*. Salvador: Juspodivm.
- ROSA, A. M. da. (2016). *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Florianópolis: Empório do Direito.
- SANTOS, J. R. dos. (2005). *Saber do negro*. Rio de Janeiro: Pallas.
- SCHWARCZ, L. M. (1993). *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil*. São Paulo: Companhia de Letras.
- SIDNEY, C. (2011). *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras.
- TORRES, J. V. (1993). *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*. Madri: La Ley.
- TRINDADE, L.A. (2017). *Julgados criminais garantistas*. Florianópolis: Empório do Direito.
- ZAFFARONI, E. R.; Batista, N.; Alagia, A.; Slokar, A. (2003). *Direito Penal Brasileiro – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Revan.

A ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA

Rosimeire Ventura Leite⁷⁷

1. Introdução

Diante de todas as distorções do sistema carcerário brasileiro, com as violações de direitos fundamentais decorrentes, a necessidade de aperfeiçoar a política de encarceramento é um dos aspectos mais desafiadores do processo de reforma legislativa. Se as mazelas da pena privativa de liberdade já são por demais conhecidas, motivando constante busca por alternativas, a exemplo das penas restritivas de direito, a prisão cautelar, com mais razão, deve ser reservada a situações excepcionais e imprescindíveis à preservação dos interesses do processo.

À parte os problemas específicos da prisão-pena, no que diz respeito à prisão cautelar, observa-se que a disciplina legal dessas prisões que ocorrem no curso da investigação ou do processo mudou significativamente ao longo dos últimos anos no ordenamento jurídico brasileiro. Na versão original do Código de Processo Penal de 1941, se o indivíduo fosse preso em flagrante delito, a regra era a manutenção do encarceramento ao longo de todo o processo, havendo também previsão de prisão preventiva obrigatória para determinados crimes (Gomes Filho, 2011). Esse era, ademais, o panorama no contexto da América Latina (CEJA, 2013):

Estudos realizados na região durante os anos 70 e 80 evidenciaram que a prisão preventiva era a regra geral da situação das pessoas privadas de liberdade. Por outra parte, o sistema processual inquisitivo gerava uma situação na qual a prisão preventiva se tornou a principal resposta do sistema perante o delito, relegando a pena a um segundo plano.

Sucessivas reformas alteraram tal cenário, excluindo prisões cautelares automáticas e exigindo decisões concretamente motivadas (Gomes Filho,

⁷⁷ Doutora em Direito Processual Penal pela USP, Pós-Doutora pela Universidade de Bolonha/Itália, Professora Universitária e Juíza de Direito.

2011). Esse norteamento legislativo culminou com a Lei 12.403/2011, que introduziu as medidas cautelares diversas da prisão, reforçando a ideia de prisão processual como *ultima ratio*.

Antes da introdução das referidas medidas, o juiz, ao longo da investigação ou do processo, dispunha apenas de duas possibilidades: prender o réu/indiciado preventivamente ou soltá-lo sem maiores restrições. Essa falta de alternativas incentivava a opção pelo encarceramento cautelar, o que entrava em confronto com a garantia constitucional à liberdade e com o princípio da presunção de inocência.

Desse modo, vê-se que, ao menos no plano normativo, tem havido algum avanço na tentativa de transição do sistema inquisitivo, no qual a prisão é regra e se confunde com antecipação de pena, para a lógica do encarceramento no curso do processo como providência cautelar. No entanto, é forçoso reconhecer que ainda há muito o que melhorar no sistema brasileiro em termos de encarceramento provisório.

De fato, a prisão preventiva, como principal modalidade de custódia cautelar, ainda carece de importantes ajustes, a fim de que se coíba a banalização da privação da liberdade antes do acertamento definitivo da responsabilidade penal ou a sua desproporcionalidade decorrente da inobservância da duração razoável. Nesse contexto, depreende-se que um dos aspectos mais polêmicos da prisão preventiva no ordenamento brasileiro é o fundamento da ordem pública, o qual, pela sua vagueza, favorece prisões cautelares com motivação de baixa qualidade. Este será o objeto do presente estudo.

2. Prisão preventiva: problemas inerentes ao fundamento da ordem pública

No ordenamento penal brasileiro, a prisão preventiva é cabível quando, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a privação da liberdade for essencial para garantir a ordem pública ou a ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal ou preservar a instrução do processo. Após a reforma introduzida pela Lei 12.403/2011, passou a ser possível também quando houver descumprimento de outras medidas cautelares e quando existir dúvida sobre a identidade civil do indiciado ou acusado.

O tema da prisão cautelar é sempre sensível e sujeito a controvérsias, sendo tópico de reflexão obrigatória nos processos de reforma legislativa. Encontrar um sistema legal que equilibre a presunção de inocência com

a necessidade de preservar determinados interesses do processo é tarefa bastante desafiadora. Em um país com altos índices de criminalidade violenta como o Brasil, a prisão do suspeito logo após a ocorrência da infração penal e sua manutenção no cárcere trazem para a sociedade a sensação de eficiência do aparato legal. A percepção da prisão cautelar como antecipação de pena ainda é algo presente. Há 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.

A razão para isso, em parte, está na morosidade do processo penal, no descrédito quanto à fase executiva da pena e na dificuldade do Estado de combater, por outros meios, a violência grave, fatores que, somados, levam à sensação de um ordenamento penal débil. O risco inerente a tal contexto é sempre aquele de os Poderes Legislativo e Judiciário cederem a clamores públicos por maior severidade em matéria de prisão cautelar, notadamente diante de episódios com alcance midiático.

O fundamento da ordem pública para o decreto de prisão preventiva gera dois problemas principais e interligados: o primeiro é a legitimidade de a prisão cautelar ser utilizada como mecanismo de proteção de interesses extraprocessuais e o segundo é a dificuldade de definir o conceito de “ordem pública”.

Quanto à primeira questão, pondera-se que, enquanto a aplicação da lei penal e a garantia da instrução processual são justificativas ligadas ao processo, a noção de ordem pública remete à finalidade de resguardar a sociedade, sob o argumento de que a liberdade do investigado/acusado traria risco para o convívio social. Em síntese, a prisão preventiva deixaria de ser uma cautela do processo, transformando-se em cautela da sociedade. Nesse contexto, Geraldo Prado (2011, p. 112) destaca que a incumbência dada ao juiz de “zelar pela segurança pública” nada mais é do que manifestação do “poder geral de cautela” do magistrado na esfera penal, típico do sistema inquisitivo.

Cumpra observar que fundamentos para a prisão preventiva que vão além dos interesses endoprocessuais também podem ser encontrados em legislações de outros países da América Latina, a exemplo da Colômbia e do Chile, que mencionam o “perigo para a segurança da sociedade” como justificativa para a custódia cautelar (CEJA, 2013).⁷⁸

Se a custódia cautelar deve limitar-se a riscos internos ao processo ou estender-se também para a proteção da sociedade e da pessoa ofendida

⁷⁸ Na Colômbia, a previsão está no art. 310, do Código de Processo Penal, e no Chile, no art. 140.

é um problema conexo à própria finalidade do processo penal. De fato, esse instrumento de exercício do *jus puniendi* tem a finalidade clássica e inafastável de garantia da pessoa acusada, zelando pelos valores constitucionais. Contudo, no âmbito de uma sociedade globalizada, pós-moderna ou líquida – para utilizar a expressão de Zygmunt Bauman –, o processo penal tem sido chamado, também, a incorporar outros interesses, como a necessidade de contribuir para o funcionamento satisfatório do sistema criminal e de conferir maior atenção à vítima. Desse modo, expandir a finalidade do processo penal e das medidas cautelares pessoais traduz o permanente embate entre a liberdade individual e a força do Estado, o que sempre requer vigilância, a fim de que os marcos do Estado Democrático de Direito sejam respeitados.

O segundo ponto controverso da ordem pública como fundamento da prisão preventiva diz respeito à vagueza do conceito. Esse termo amplo abarca critérios como a vida pregressa e a periculosidade do réu, a necessidade de garantir a credibilidade da justiça (prevenção geral) e de evitar que o agente pratique novos crimes (prevenção especial), a segurança da sociedade, a gravidade e o modo de execução do delito, dentre outros.

Sobre isso, Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 22) reforça que “essa fórmula excepcionalmente ampla e aberta, ao conferir amplo poder discricionário aos juízes, acaba por possibilitar a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios constitucionais, da legalidade e da certeza jurídica”. No mesmo sentido Geraldo Prado (2011, p. 140), para quem “a simples imagem de uma prisão que pode ser decretada sem qualquer fronteira semântica a estabelecer o significado objeto de denotação e conotação mostra o quão abusiva pode ser a medida e o risco da opção”.

O problema empírico daí decorrente é o estímulo a que se utilize com mais frequência a noção de ordem pública para justificar o encarceramento preventivo, tendo em vista que o referido critério admite motivação mais ampla e de difícil controle prático. De fato, o fundamento da prisão para assegurar a aplicação da lei penal requer informações concretas da possibilidade de fuga do agente. Já o critério da prisão para preservar a instrução processual exige indicações de que a liberdade do réu trará risco para o bom andamento da colheita da prova. Embora também possa haver problemas de motivação quanto a essas duas justificativas para a custódia cautelar, o fato é que a ideia de ordem pública é mais propensa a acobertar motivações genéricas.

Exemplo disso é a gravidade do crime, que se insere como justificativa recorrente no conceito de ordem pública, por representar uma ofensividade

maior ao contexto social. Contudo, se em outros tempos a gravidade meramente abstrata era utilizada como argumento para a custódia cautelar, atualmente só é aceitável quando se trata de gravidade concreta, relacionada às circunstâncias da prática da infração, o que deve ser demonstrado na motivação do ato decisório.

Outro risco considerável é a influência da repercussão social do delito no ânimo do julgador, pressionando-o, ainda que de forma indireta, a atender ao clamor público por resposta exemplar e severa. Essa possibilidade se acentua quando o crime alcança particular interesse midiático, fomentando o anseio de que haja providência imediata do Poder Judiciário, sob pena de descredibilidade social. Conforme destaca Maurício Zanoide de Moraes (2010, p.515), os meios de comunicação “criam uma expectativa e alimentam uma ansiedade incompatíveis com a necessidade de calma e limitação fático-jurídica da causa que o magistrado deve ter e respeitar ao decidir”.

Para além disso, a ideia de ordem pública possibilita a inclusão de análises subjetivas sobre a vida pregressa do réu, sua personalidade ou possibilidade de voltar a delinquir, o que não se relaciona propriamente com o fato que está sendo apreciado. Para Og Fernandes (2011, p. 91/92), a custódia preventiva “não pode ser reconhecida como instrumento de prevenção especial contra a prática de novos crimes pelo acusado”, argumentando que “exceto a pena de morte [...] não há mecanismo estatal sancionatório ou cautelar que impossibilite a reiteração de crimes”.

Como tentativa de delimitar o conceito de segurança social, que equivale à ordem pública do Código de Processo Penal brasileiro, as legislações do Chile e da Colômbia estabelecem alguns norteados. Nesse sentido, no Chile se elegem parâmetros como a gravidade da pena prevista para o delito, a quantidade de delitos imputados e a natureza dos mesmos, a existência de processos pendentes, condenação anterior por delito com pena igual ou superior, bem como o fato de o agente se encontrar sujeito a alguma medida cautelar pessoal ou gozando de benefício legal. Na Colômbia, por sua vez, para além de critérios muito semelhantes aos chilenos, acrescenta-se a continuidade da atividade delitiva ou a provável vinculação com organizações criminosas como circunstâncias que autorizam a conclusão de que a liberdade do réu representa perigo para a sociedade.⁷⁹

Depreende-se, portanto, que o fundamento da ordem pública permanece como problema relevante em matéria de custódia cautelar no Brasil, sendo ponto fundamental de reflexão no processo de reforma.

⁷⁹ Chile, art. 140, CPP; Colômbia, art.310, CPP.

3. Dever de motivar como instrumento de controle da decisão de prisão preventiva

Em se tratando de privação cautelar da liberdade, é de particular relevo que o legislador estabeleça critérios objetivos e legítimos para a restrição do direito fundamental, evitando expressões vagas ou interesses que não devam ser abrigados por esse tipo de tutela. Contudo, cumpre observar que qualquer critério se presta a considerações abstratas e desvinculadas do caso concreto, vulnerando a presunção de inocência e a regra da prisão como *ultima ratio*. Em suma, uma decisão de custódia cautelar de qualidade sempre dependerá da observação rigorosa do dever constitucional de motivar.

O dever de motivar os atos decisórios representa uma das mais importantes garantias constitucionais contra o arbítrio, servindo de instrumento de legitimação e de verificação da racionalidade do pronunciamento estatal. Inconcebível, deste modo, que o julgador possa proferir decisão sem que se tenha acesso às justificativas que o orientaram no desenvolvimento de seu raciocínio.

A exigência, portanto, é que os fundamentos da prisão preventiva sejam sempre analisados e justificados com base em informações concretas que constem no processo ou que sejam trazidas pelas partes, possibilitando o controle da validade dos argumentos apresentados pelo julgador. Esse rigor argumentativo se justifica ainda mais no caso de custódia baseada na ordem pública, uma vez que a amplitude do termo “não pode ir ao ponto de autorizar decisões fundadas em intuições ou critérios estritamente pessoais, que não possam ser justificados de forma racional” (Gomes Filho, 2001, p. 225).

4. Audiência de custódia como metodologia de controle da detenção

Durante longo período, no Brasil, a prisão em flagrante delito era objeto de análise judicial breve, adstrita ao controle da legalidade do ato, a partir dos escritos encaminhados pela autoridade policial. Com a reforma promovida pela já mencionada Lei 12.403/2011, avançou-se no sentido de exigir manifestação judicial mais ampla e fundamentada, com verificação da legalidade da prisão, mas também da possibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas ou, em último caso, da existência dos fundamentos para a prisão preventiva. Contudo, foi com a audiência de custódia que se abriu espaço para efetiva mudança de paradigma nesse ponto.

A audiência de custódia foi inserida no sistema penal brasileiro pela Resolução 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual determinou que toda pessoa presa deve ser apresentada à autoridade judiciária no prazo de 24h. Desse modo, o sistema anterior de apreciação judicial da prisão tão-somente com base nas peças escritas remetidas pela polícia foi substituído por audiência em que o ato prisional é analisado juntamente com a participação do acusador e da defesa. Para além de ser instrumento de combate à tortura, a audiência de custódia representou a introdução da oralidade no procedimento de controle inicial da detenção e, com isso, o Brasil se aproximou das reformas já produzidas em outros países latino-americanos, no sentido de implementar o sistema adversarial.

A passagem do modelo inquisitivo para aquele de natureza adversarial significa, nas palavras de Binder, “uma mudança na estrutura do litígio”. Enquanto no processo inquisitivo o juiz atua unilateralmente e as partes figuram como auxiliares da justiça, no modelo adversarial prevalece a interação dialógica. Ou seja, “a confiança não se deposita unicamente na ação reflexiva do juiz, [...] mas na controvérsia, na discussão dentro de um marco formalizado de regras de jogo que garantem transparência e jogo limpo” (Binder, 2000, p. 50). Por consequência, o modelo adversarial e a oralidade são inseparáveis, materializando-se no ato da audiência.

Se a oralidade deve nortear toda a persecução penal, também o ato de decreto de prisão, como medida cautelar, há de inserir-se nessa lógica, de modo que as partes sejam as protagonistas das informações trazidas ao juiz e que a decisão se produza em audiência, a partir de debate em que se garanta a paridade de armas. Para tanto é fundamental que as partes assumam novos papéis, mais ativos, deixando-se ao magistrado a tarefa de julgar e de assegurar a observância das regras.

Não é qualquer audiência, porém, que cumpre os objetivos da oralidade e do sistema adversarial. Impõe-se que seja um ato em que, primeiro, estejam presentes todos os atores necessários, ou seja, juiz, Ministério Público e defesa. Segundo, é imprescindível que as partes forneçam ao magistrado informações de qualidade, que possibilitem a real compreensão do caso a ser analisado. Por último, deve-se assegurar o debate, o exercício pleno do contraditório, construindo a partir disso a decisão mais adequada à situação concreta.

Transpondo-se essas ideias para o âmbito da prisão cautelar, vê-se que uma audiência de custódia que atenda os fins da oralidade deve zelar pela presença dos sujeitos que nela devem intervir, promovendo-se amplo debate sobre materialidade delitiva, autoria, e, sobretudo, sobre a neces-

cidade da prisão ou possibilidade de substituição por medida cautelar alternativa.

No Brasil, considerando o sistema anterior, não há dúvidas de que a audiência de custódia significou progresso em termos de procedimento para apreciação da prisão cautelar. Essa nova dinâmica possibilitou participação do Ministério Público e da defesa, escuta da pessoa detida, análise mais célere da necessidade de encarceramento, além de mais publicidade e transparência ao ato. Contudo, há grandes dificuldades práticas, cuja correção é essencial para que a inovação normativa atinja suas finalidades e não caia no descrédito, como já ocorreu com outros institutos, a exemplo das cautelares diversas da prisão.

Os problemas partem já desde a presença de quem deveria participar do ato. A referência nesse ponto é, principalmente, à Defensoria Pública. De fato, sabe-se que essa instituição, não obstante a dignidade constitucional e toda sua relevância para a sociedade, ainda é bastante negligenciada no Brasil. A consequência é o número insuficiente, ou até mesmo a inexistência, de defensores públicos em diversas unidades judiciárias pelo país afora. Se essa não é a realidade dos grandes centros urbanos, cumpre lembrar que existem muitos “brasis”, nos quais a carência de defensores públicos ainda é problema dos mais relevantes.

Sendo assim, a participação da defesa pode ficar comprometida pela necessidade de o defensor atuar simultaneamente em outras audiências, restando-lhe pouco tempo para se inteirar do caso concreto, construir uma tese e solidificar os argumentos. Vale lembrar que estamos tratando aqui de participação efetiva e não apenas de assinar o termo da audiência para cumprir a formalidade de assistência por advogado.

Embora com menos frequência, o problema de participação também se aplica ao Ministério Público. E, nesse sentido, é preocupante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que a ausência do órgão ministerial em audiência de instrução e julgamento é causa de nulidade meramente relativa, sendo, portanto, sanável.⁸⁰ Ora, se o raciocínio é válido para a principal audiência do processo, que é a de colheita da prova, com mais razão é de se entender que o não comparecimento do Ministério Público em audiência de custódia também seria algo aceitável no sistema jurídico brasileiro.

80 STJ, AgRg no Recurso em HC 62.461-MG, julgado em 03/10/2017, Dje 09/10/2017. No mesmo sentido: STJ, HC 316720-RS, julgado em 26/09/2017, Dje 06/10/2017; STJ, RHC 85.033-PA, julgado em 26/09/2017, Dje 06/10/2017, dentre outras decisões.

O cenário acima explicitado fragiliza outro elemento fundamental da audiência no sistema adversarial: o contraditório. Se o amplo debate entre as partes não ocorre, não se opera aquela “mudança na estrutura do litígio” de que Binder falava. Ou seja, a realização da audiência apenas confere falsos ares de oralidade, pois o ato, na prática, mantém a essência do sistema inquisitivo, que é a tomada de decisão mais fundada nos escritos do que nos argumentos apresentados pelas partes em contraditório.

Outra dificuldade prática da audiência de custódia no Brasil é a carência de informações sobre o fato delituoso, o que pode comprometer a qualidade da decisão sobre a custódia cautelar. Pelo sistema atual, a decisão sobre o encarceramento preventivo nos casos de prisão em flagrante, mesmo sendo proferida em audiência, continua tendo como base sobretudo as informações contidas nas peças encaminhadas pela autoridade policial. A fonte de informação permanece sendo documentos escritos, e isso, além de ser bastante limitador, também é típico da perspectiva inquisitiva.

Ainda que haja algum debate entre as partes, este se concentra nas informações colhidas na esfera policial. Essa questão diz respeito à relação do Ministério Público com a Polícia no sistema brasileiro. Muito embora se reconheçam os poderes investigatórios do órgão ministerial, na maioria dos casos é a autoridade policial que obtém os dados iniciais sobre o delito. Com base nisso, o Ministério Público apresenta seus argumentos, mas sem ter fontes próprias de informação que auxiliem na construção de uma estratégia para o caso concreto. Quanto à defesa, pode obter dados novos junto ao custodiado, porém, quando se trata de defensor público, nem sempre há oportunidade efetiva de conversa prévia com o preso e tempo para formular uma tese.

O risco da falta de informações de qualidade é que, não havendo elementos concretos indicativos de possibilidade de fuga ou de obstrução da colheita da prova, o magistrado se acoste ao fundamento da ordem pública para decreto da preventiva, por ser o que admite motivação mais genérica, conforme acima já mencionado.

Constata-se que o grande desafio da audiência de custódia é consolidar a oralidade, sem a qual não se pode falar em procedimento com protagonismo das partes. A resistência à passagem do rito escrito para a participação oral é forte em todo o processo penal brasileiro. Exemplo disso é o Juizado Especial Criminal, que tem a oralidade como um de seus princípios, mas que não se desvinculou completamente das formalidades escritas. O mesmo ocorre com a audiência una de instrução e julgamento implantada com a reforma de 2008 do CPP, a qual, em regra, limita-se à colheita da

prova testemunhal, remetendo, porém, as alegações finais e a sentença para atos escritos.

Na prática, observa-se também que a oralidade é tida como algo que demanda mais tempo, sendo, portanto, inconveniente. Ainda remanesce a percepção de que é mais prático juntar ao processo um parecer escrito do Ministério Público ou uma manifestação da defesa, cabendo ao juiz apreciar isso. Mais uma vez, confere-se ao magistrado a posição de ator principal do processo. E, com isso, sabota-se a oralidade e toda a sua proposta da construção de uma decisão mais humanizada e participativa.

A audiência de custódia pode contribuir para que as decisões de prisão preventiva tenham mais qualidade, considerando as possibilidades de debate e contra-argumento. No entanto, é necessário estar atento para que determinados vícios presentes no ordenamento jurídico não comprometam as finalidades dessa inovação.

5. Fundamento da ordem pública no Projeto do Novo CPP

Além das reformas pontuais já ocorridas, tramita no Legislativo o Projeto do Novo Código de Processo Penal⁸¹, o que representa especial oportunidade de repensar o sistema e modernizá-lo, enfrentando alguns temas mais sensíveis, a exemplo da prisão cautelar. No que diz respeito à prisão preventiva, uma das previsões mais importantes é a fixação de prazo para duração dessa modalidade de encarceramento, atendendo, portanto, a críticas doutrinárias reiteradas quanto à ausência de limites temporais para a referida medida.

Entretanto, delimitando o objeto de estudo ao fundamento da ordem pública, vê-se que a proposta de reforma não apresenta modificações significativas nesse ponto. Permanece a opção do legislador por manter a ordem pública como interesse que deve ser tutelado em sede de encarceramento cautelar. No mais, nenhuma providência de maior relevo foi tomada para reduzir a amplitude da expressão acima referida.

Ademais da ordem pública e da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, o Projeto menciona que a prisão preventiva pode ser decretada “em face da extrema gravidade do fato” e “diante da prática reiterada de crimes pelo mesmo autor”. Interessante observar que essas duas circunstâncias, atualmente, são consideradas pela jurisprudência como integrantes do

81 Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, tramitando na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei n. 8.045/2010.

conceito de ordem pública⁸², no entanto, com a reforma, passarão a ser fundamentos autônomos da prisão preventiva.

Resta, então, indagar o que vai remanescer como conteúdo da expressão ordem pública. Provavelmente, a ideia de segurança social, o interesse de garantir a credibilidade da justiça (prevenção geral) e de coibir a prática de novos delitos pelo réu (prevenção especial). Em síntese, vai tornar-se ainda mais difícil estabelecer os contornos da noção de ordem pública, o que pode ensejar motivações mais genéricas do que as já utilizadas hoje.

Por fim, o Projeto acrescenta que “o clamor público não justifica, por si só, a decretação de prisão preventiva”. A inclusão desse ponto reforça o entendimento já adotado jurisprudencialmente e indica que o alarme social gerado pelo delito não tem legitimidade para ser critério único de aplicação da custódia cautelar.

6. Proposta de mudanças na esfera legislativa

O aperfeiçoamento de um sistema jurídico exige iniciativas diversas e interconectadas. A primeira delas é a alteração legislativa, a fim de que haja o ajustamento dos dispositivos legais à realidade social e à necessidade de resguardar os 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 determinando segmento jurídico de incorporar os novos paradigmas, conferindo-lhes efetividade. O terceiro ponto é o interesse do Poder Público em destinar recursos suficientes para implementar a reforma. Sem esses três pilares, gera-se um círculo vicioso, em que a norma não se efetiva por falta de estrutura, o juiz não aplica as inovações legislativas por não ter confiança nas mesmas e os impactos sociais positivos que poderiam ocorrer não são verificados.

Após as considerações acima expostas e focando na perspectiva legislativa, vislumbramos os seguintes aspectos como relevantes para a reforma da legislação processual penal no que pertine ao tema em discussão:

a) *Disciplina da audiência de custódia no Código de Processo Penal:* a referida audiência, conforme já destacado, é regida por resolução do CNJ.

⁸² Com a ressalva de que a gravidade se refere ao caso concreto e não ao tipo legal em abstrato.

Atualmente, está em andamento o Projeto de reforma da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984, LEP), o qual prevê a inserção na LEP de artigo dispendo sobre a audiência de custódia.⁸³ Já o Projeto do novo CPP, até o presente momento, nada menciona sobre a referida audiência, mantendo apenas a obrigatoriedade de comunicação da prisão em até 24h ao juiz competente. No entanto, o lugar mais próprio para tratar de custódia cautelar e de audiência de aplicação dessa medida é justamente o Código de Processo Penal, de modo que o Projeto do novo Código deve disciplinar esse ato, incorporando as disposições contidas na Resolução n. 213/2015 do CNJ.

b) Inserção de parâmetros delimitadores do conceito de ordem pública: sendo a opção do legislador manter a ordem pública como fundamento da prisão preventiva, o que é objeto de várias críticas doutrinárias por ser interesse externo ao processo, deveria, ao menos, estabelecer norteamentos acerca do que poderia ser considerado como ordem pública, a exemplo do CPP chileno e colombiano.

Seria necessário, portanto, acrescentar na reforma do Código brasileiro rol exemplificativo de circunstâncias que poderiam ser enquadradas como passíveis de vulneração da ordem pública. É certo que esses critérios também seriam alvo de críticas, pois certamente incluiriam interesses de prevenção geral e especial, mas representariam balizas para auxiliar o julgador e para conferir alguma segurança jurídica. No mais, a previsão dessas circunstâncias ajudaria na tarefa de motivar o decreto de custódia cautelar. Nesse contexto, o CPP brasileiro poderia incluir como elementos indicadores de risco para a ordem pública: a gravidade concreta do fato, avaliada pelo modo de execução do delito e pelo grau de violência empregada contra a pessoa; a circunstância de o réu integrar organizações criminosas; e o descumprimento de medida alternativa anterior, desde que não fosse cabível a substituição por outra cautelar.

c) Modificações no papel do Ministério Público e na sua atuação com a Polícia: essa é uma mudança bastante difícil de ocorrer, mas que seria fundamental para melhorar o andamento da persecução no ordenamento brasileiro. Vincula-se ao reforço do sistema acusatório, conferindo ao Ministério Público mais liberdade de selecionar os casos a serem perseguidos. Essa seletividade criteriosa permitiria a concentração de recursos

83 Projeto de Lei do Senado n. 513/2013, que, na Câmara dos Deputados, tramita como Projeto n. 9054/2017. Segundo a proposta de reforma, o art. 5º, §3º da LEP passaria a vigorar com o seguinte texto: “No prazo máximo de 24 (vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso não sentenciado deverá ser conduzido à presença do juiz competente para audiência de custódia, ocasião em que deverão ser apresentados o auto de prisão e as oitivas colhidas, e, caso o preso não indique advogado, o responsável pela custódia deverá encaminhar cópia integral para a Defensoria Pública)”.

na construção de estratégias, políticas criminais e na obtenção de informações de qualidade para instruir os processos e os pedidos de custódia preventiva.

Conforme destacado, a qualidade das informações apresentadas ao magistrado é elemento essencial para que se aperfeiçoe a tomada de decisão sobre a necessidade de encarceramento preventivo. Nesse sentido, seria exigível que o Ministério Público tivesse atuação bem mais ativa no procedimento investigatório, estabelecendo-se regras que assegurassem a devida transparência.

Contudo, o Projeto de reforma do CPP não traz maiores inovações quanto à autonomia do Ministério Público na fase investigativa, inclusive o arquivamento do inquérito policial continua a depender de pronunciamento do juiz e o princípio da obrigatoriedade permanece a reger a ação penal.

7. Considerações finais

Após essa análise, e retomando a ideia de que uma reforma consistente do sistema penal exige alterações legislativas, mudança cultural e investimentos financeiros do Poder Público, constata-se que, nos últimos anos, as reformas da legislação processual penal têm avançado lentamente no reforço do sistema acusatório (por exemplo, com a vedação de decreto de prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase investigativa), da oralidade (com a previsão da audiência una de instrução e julgamento e da audiência de custódia) e da noção de prisão preventiva como *ultima ratio* (com a introdução das medidas cautelares alternativas).

Certamente, não é o suficiente, mas demonstra tendência positiva. No entanto, essas melhoras paulatinas da legislação ainda não obtiveram completa efetividade. De fato, entraves consideráveis remanescem do ponto de vista da cultura inquisitiva ainda resistente e da escassez de investimentos.

No que diz respeito à falta de investimentos por parte do Poder Público, o exemplo mais notório são as medidas cautelares diversas da prisão, que foram importante inovação legislativa, mas que encontram grande dificuldade de se consolidar na prática, pois carecem de mecanismos de fiscalização. A percepção de ineficácia dessas medidas gera resistência a sua aplicação, funcionando como estímulo para que o magistrado opte pelo encarceramento preventivo.

Quanto à mudança cultural, sabe-se que a tradição dos procedimentos escritos e da centralidade do juiz no processo é bastante arraigada no ordenamento brasileiro. Isso representa obstáculo importante à implantação da oralidade e do sistema adversarial, pois, mesmo com previsão legal, as velhas práticas dificultam a transição.

Em matéria de prisão cautelar, tal resistência está bem evidenciada. Não obstante a reforma promovida pela Lei n. 12.403/2011, a ideia de encarceramento preventivo como *ultima ratio* ainda não é realidade prevalente. Em parte, devido à baixa confiança nas cautelares diversas da prisão, mas, em parte, pela crença de que o encarceramento é a melhor resposta para os mais diversos males do contexto social. Uma crença, também, de que o juiz é o grande responsável por zelar pela segurança da sociedade, o que pode vulnerar sua função primordial de assegurar o respeito às garantias fundamentais.

Quanto à disciplina legal da prisão preventiva, a amplitude do conceito de ordem pública é um dos pontos mais incômodos. É necessário reforçar a exigência de motivação concreta do decreto de prisão cautelar, com base em informações que efetivamente sejam trazidas pelas partes. Com efeito, a motivação é ferramenta fundamental de controle da custódia cautelar, evitando a utilização de critérios subjetivos e genéricos para aplicar o encarceramento preventivo. Sobretudo em tema de prisão, sempre haverá considerável margem de apreciação pelo magistrado – por exemplo, se há risco de fuga, se há perigo para a colheita da prova ou para a sociedade, se as medidas cautelares alternativas são insuficientes para resguardar os interesses em jogo, dentre outros aspectos. Toda essa margem de interpretação só demonstra a relevância do controle da motivação judicial.

Contudo, para auxiliar o magistrado em seu processo decisório e na tarefa de motivar o ato, seria primordial o legislador indicar critérios delimitativos da noção de ordem pública, como o faz a legislação chilena. Com isso, ao menos o problema da vagueza do termo seria mitigado, embora ainda permanecesse a questão referente à legitimidade de uma custódia cautelar abrigar interesses extraprocessuais. Nesse sentido, ponto criticável do Projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro é a opção por manter em aberto a expressão ordem pública, perdendo a oportunidade de elencar algumas circunstâncias norteadoras e proporcionar mais segurança jurídica.

Por fim, a audiência de custódia é iniciativa de particular relevo no controle dos encarceramentos cautelares, devendo-se, porém, zelar pela consolidação da oralidade e do amplo contraditório entre as partes. Desse modo, a decisão de prisão preventiva será proferida dentro de um marco

de respeito às garantias fundamentais, para além de toda e qualquer exigência externa de resposta imediata e de antecipação de pena.

Referências bibliográficas

- BADARÓ, G. H. (2001). Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva. In: Gomes Filho, A.M. et al. *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, p. 205/297.
- BINDER, A. M. (2000). *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas). (2013). *Prisão preventiva na América Latina: enfoques para aprofundar o debate*, cap. 1. Santiago: CEJA.
- DUCE, M.; RIEGO, C.; LORENZO, L. (coord.). (2011). *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*. v. 2. Santiago: CEJA.
- FERNANDES, A. S. (2010). *Processo penal constitucional*. 6 ed. São Paulo: RT.
- FERNANDES, O. (2011) Constituição, processo e prisão. In: Gomes Filho, A. M. et al. *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, p. 52/100.
- GOMES FILHO, A. M. (2011). Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: Gomes Filho, A. M. et al. *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, p. 15/51.
- _____. (2011) *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT
- MORAES, M. Z. de. (2010). *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- OLIVEIRA, A. C. M. de. (2013). Sistema prisional brasileiro e a cultura do encarceramento. In: *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, ano XVII, n. 395, 1º jul, p. 34/35.
- PRADO, G. (2011). Excepcionalidade da prisão provisória. In: Gomes Filho, A. M. et al. *Medidas Cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas*. São Paulo: RT, p. 101/160.

A PRISÃO PREVENTIVA E O CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NA REFORMA PROCESSUAL PENAL

Moacyr Leonardo Coimbra Mendes⁸⁴

1. Introdução

O presente artigo faz parte do Programa Brasileiro de Reforma Processual Penal, oferecido pelo *Centro de Estudios de Justicia de las Américas* (CEJA), que objetivou, em síntese, a capacitação dos atores judiciais para a implementação de um sistema de justiça penal adversarial no Brasil, com base na experiência latino-americana dos últimos 25 anos.

Ao final de tudo do que foi visto e estudado, tanto na etapa nacional, quanto na etapa internacional, propôs-se aos alunos do programa a realização de um texto objetivo, com análise crítica e propostas, para a reforma processual penal brasileira.

Na primeira edição do curso, a qual deu origem à obra *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*, organizada por Leonel González Postigo (2017), esboçou-se o que seriam os eixos centrais da reforma à justiça penal no Brasil, sendo eles: a oralidade como metodologia de trabalho das audiências; a readequação do papel do juiz, salvando-o da degradação funcional e da subordinação legal; um novo viés na relação entre o Ministério Público e a polícia; a necessária estruturação da defesa pública; a necessidade de uma política reducionista da prisão preventiva; e, por último, a adoção do princípio da oportunidade, em detrimento da obrigatoriedade da ação penal.

Dentre todos os tópicos traçados, tem-se que a necessidade de uma política reducionista da prisão preventiva é a que mais urge, sendo certo que a sua ausência é o que impacta, atualmente, o nosso sistema de justiça criminal, haja vista os altos índices de presos provisórios no Brasil.

84 Pós-Graduando em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado.

Acredita-se que os números da situação carcerária brasileira são elevados, principalmente, pelo uso indiscriminado do conceito de ordem pública, que termina por reforçar a banalização da prisão preventiva. Por carecer de delimitação conceitual, a ordem pública é uma cláusula aberta e indeterminada e, muitas vezes, a justificativa retórica para a manutenção de prisões ilegais.

Desta forma, o intuito deste trabalho é conhecer, afinal, como é utilizado o conceito de “ordem pública” na legislação e jurisprudência pátria, para então verificar se é possível englobá-la como uma fundamentação razoável para a decretação de prisões preventivas em um modelo processual acusatório-democrático, com base no contexto latino-americano sobre a reforma processual penal que vem sendo implantada nos últimos anos.

2. Fundamentos para a prisão preventiva no atual código de processo penal

A Constituição da República traz como regra a liberdade do indivíduo, com base no princípio da presunção da inocência, além dos princípios de estrita legalidade, ampla defesa e do contraditório, próprios do processo penal (Brasil, 1941). A prisão preventiva, regulamentada no Código de Processo Penal (CPP) entre os artigos 311 a 316, está autorizada, então, em situações excepcionais.

A Lei n.º 12.403/11, por sua vez, operou diversas mudanças na legislação processual penal brasileira com relação às medidas cautelares, a fim de melhor regulamentar a matéria e com o objetivo de diminuir o número alarmante de presos provisórios, que, há alguns anos, foi alçado a níveis insustentáveis (Brasil, 2011).

Posteriormente, em um novo movimento de ajuste da legislação pátria aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, o Brasil, através da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vem implantando, gradativamente, o direito de que, todo cidadão privado de liberdade tem de ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, para que se analise a legalidade a necessidade da prisão. Neste sentido, tem-se que as audiências de custódia também vieram para auxiliar na redução do número de presos provisórios.

Em que pese a boa intenção dos envolvidos na reforma do Código e na implantação das audiências de custódias, os projetos foram insuficientes, seja porque as decretações de prisões preventivas continuaram sendo a regra em detrimento das outras medidas cautelares pessoais e da liberdade

provisória, seja porque não alterou a redação do art. 312 do CPP (Brasil, 1941)⁸⁵, que trata da “ordem pública”.

De acordo com o relatório do último balanço do Departamento Penitenciário Nacional, atualizado em 2016, o Brasil ostenta a terceira maior população prisional do mundo, com aproximadamente 726.712 mil presos. Não bastasse o elevado número, o que chama mais a atenção é a estimativa de que 40% das pessoas presas no Brasil até junho de 2016 não haviam sido julgadas e condenadas (Brasil, 2017, p.7-13).

Então, se a reforma pontual andou bem ao estabelecer as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão, o mesmo não se pode dizer quanto à manutenção dos fundamentos questionáveis que ainda hoje autorizam à prisão preventiva, especialmente, a garantia da ordem pública. A respeito, já se manifestou Fauzi Hassan Choukr:

Observado pela ótica da avaliação da necessidade cautelar o tema é mais complexo dado que, ao mesmo tempo em que se verifica o avanço na decomposição dos critérios que autorizam a prisão cautelar (art. 282, I e II do CPP), a manutenção integral dos fundamentos do art. 312, com a mesma redação do Código antes da reforma denota a exigência de alguns cuidados interpretativos, sobretudo no que tange à ainda existente e sempre problemática “ordem pública” (Choukr, 2017b, p. 749).

Após a reforma, mais do que antes, a leitura a ser feita pelo intérprete é a de que a prisão preventiva somente poderá ser decretada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Assim, somente quando as medidas do art. 319 do CPP não forem suficientes a tutelar o risco apontado, avaliar-se-á a necessidade da preventiva. Todavia, pela existência de cláusulas como a da ordem pública, em que tudo cabe, inverte-se toda a lógica de aplicação das medidas cautelares, de modo que a prisão seja, em regra, a primeira medida a ser lançada.

Portanto, a possibilidade de determinar a prisão provisória com base na ordem pública, além de trazer problemas de aplicabilidade e de conceito, impacta diretamente a situação carcerária, contribuindo significativamente para o aumento da taxa de presos provisórios (Gomes, 2013, p. 42).

85 “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.” (Brasil, 1941).

3. A ordem pública no direito processual penal brasileiro: doutrina e jurisprudência

O conceito de ordem pública não é exclusivo do direito processual penal, ganhando também especial relevo no direito administrativo, no direito constitucional (art. 34, III; art. 136; art. 144 da Constituição de 1988), e até mesmo no direito penal, com os crimes destinados à manutenção da paz pública.

Remonta-se, ainda, a inserção da cláusula na legislação processual penal desde a Primeira República (Gomes, 2013). Certo é que, desde a entrada em vigor do CPP de 1941, capitaneado pelo então ministro da Justiça Francisco Campos, o Brasil sofre fortes influências do direito italiano e alemão, eminentemente fascistas naquela época.

Embora prevista desde a redação original do Código de Processo Penal, nunca existiu uma definição legislativa clara a respeito do que seria a garantia da ordem pública, deixando-se ao alvedrio do julgador o preenchimento desta cláusula.

Conforme esclarece Patrick Mariano, “a única definição legal para o conceito de ordem pública vem do art. 2º da Lei Federal n. 88.777, de 30 de setembro de 1983, que regulamenta as Polícias Militares e do Corpo de Bombeiros”⁸⁶, lei aprovada em um período igualmente ditatorial e com conceitos igualmente vagos (Gomes, 2013, p. 39).

Por isso, coube à jurisprudência amoldar (ou não) os possíveis significantes desta cláusula. A *prima facie* adverte-se que nunca existiu um “parâmetro mínimo de lógica argumentativa para se determinar porque uma conduta enseja o abalo à ordem pública e outra não” (Gomes, 2013, p. 130).

A ausência de um parâmetro é tamanha que faz com que juízes decretem prisões preventivas com a simples repetição da fórmula legal, sem descobrir uma linha sequer sobre o caso concreto. Além da repetição retórica, verifica-se que a ordem pública é a fundamentação legal de inúmeras

86 Art. 2º - Para efeito do Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969 modificado pelo Decreto-lei nº 1.406, de 24 de junho de 1975, e pelo Decreto-lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983, e deste Regulamento, são estabelecidos os seguintes conceitos: (...) 21) Ordem Pública -.Conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum (Brasil, 1983).

outras justificativas, que, sem a existência da cláusula, sequer poderiam embasar uma privação de liberdade cautelar.

A pesquisa jurisprudencial demonstra que a ordem pública foi e é amplamente utilizada como sinônimo de interesse social (STJ, HC 42303 RJ 2005/0035879-4); periculosidade do agente (STF, RE 107597/1988 PR); gravidade do crime (STJ, HC 7620 PR 1998); de clamor público (STJ, RHC 6050 SP 1996/0074777-6); e até para a proteção do próprio preso (TJRJ, HC 8.402 RJ)⁸⁷. Ademais, já se aproximou o conceito de ordem pública à confiança nas instituições (STF, RHC 60.9732/1983 PR⁸⁸), pelo réu perter a organização criminosa e para se evitar a prática de novos crimes.

Dentre todos esses **termos-pivôs ou meta regras** (Gomes, 2013) inseridos no discurso jurídico-penal dos julgadores, somente a impossibilidade de se aproximar o conceito de ordem pública do clamor público já foi consolidada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁸⁹.

A posição da doutrina não é diferente. Antônio Magalhães Gomes Filho (2001, p. 68) diz que o clamor público ou o alarde social é um conceito muito vago para autorizar a custódia preventiva, baseado em cargas emocionais, de “um dado emotivo, instável e sujeito a manipulações, para impor à consciência do juiz uma medida muito próxima a ideia de justiça sumária”, portanto, sem base empírica para a decisão.

Já Aury Lopes Jr (2015, p. 840) esclarece que o clamor público não deve fundamentar a prisão preventiva, não devendo ser confundido com a “opinião publicada”. Alerta para o “marketing policial” com um proposital vazamento de informações colocando o fato na pauta pública de discussão. Explorado midiaticamente, o pedido de prisão vem com argumento de “tutela da ordem pública, pois existe um “clamor social” diante dos fatos”.

Ademais, conforme observa Fauzi Hassan Choukr (2017a), nem mesmo o STF conseguiu estabelecer indicativos de aferição seguros para se precisar quando a ordem pública está em risco, abalada ou não, deixando ao arbítrio do julgador.

87 Julgados extraídos de Franco, A.S.; Stocco, R.. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT., 1999. p. 1968/1979.

88 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=99279>. Acesso em: 28 dez. 2017.

89 Precedentes: HC 11288: “a ideia de revolta da população como fonte legitimadora da prisão cautelar, por assimilação à ideia de desordem, cuja eliminação custaria a liberdade do acusado, transpira a inconstitucionalidade, cuja eliminação custaria a liberdade do acusado, transpira a inconstitucionalidade e, salvo precedentes isolados, nunca foi tolerada pelo Supremo Tribunal Federal”. JULGADO: STF. HC 112888 MC, RELATOR MINISTRO CEZAR PELUSO, JULGADO EM 12/06/12, PUBLICADO NO DJe 19/06/12. (Choukr, 2017a, p. 757).

Justamente por isso, a doutrina mais crítica rechaça o uso desta fórmula, já que traz uma série de problemas teóricos e práticos ao processo penal, e, na maioria das vezes, choca-se frontalmente com princípios basilares e caros ao Estado democrático de direito, como a presunção de inocência e a liberdade individual, direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.

4. O uso de conceitos vagos aptos a justificar a prisão preventiva no contexto latino-americano

Em todo ordenamento jurídico o tema da ordem pública e da liberdade individual é fruto de um debate sem interrupções, com posições para ambos os lados. Com as reformas dos países latino-americanos não poderia ser diferente.

No geral, é unânime considerar que somente as causas que visam resguardar o resultado do processo penal são idôneas e compatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos para fundamentar uma constrição cautelar, sendo elas: a) perigo concreto de fuga do acusado; e b) possível interferência na instrução criminal por parte do réu. Essas cláusulas estão presentes em praticamente todas as legislações reformadas, e não era para ser diferente.

Foi difícil, todavia, encontrar legislações que só previam esse rol taxativo de justificativas, as únicas tidas como compatíveis com a função cautelar e acessória das medidas cautelares. Neste sentido, o *Código de Procedimiento Penal* da Bolívia⁹⁰ foi o que melhor regulamentou a matéria.

Em uma simples leitura das legislações que passaram pela reforma processual penal, além das justificativas mencionadas acima, é possível encontrar cláusulas genéricas que autorizam a prisão preventiva, similares ao papel desempenhado pelo conceito de ordem pública no Brasil. Tal fenômeno pode ser conferido nas legislações do Chile, da Colômbia, do Panamá⁹¹, entre outras. Será utilizado como parâmetro o caso chileno, por

90 "Artículo 233º. (Requisitos para la detención preventiva). Realizada la imputación formal, el juez ordenar la detención preventiva del imputado, a pedido fundamentado del fiscal o del querelante, cuando ocurran los siguientes requisitos: 1. La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probabilidad, autor o partícipe de um hecho punible; y, 2. **La existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad.**" (Bolívia, 1999, p. 44)

91 Por todas, cita-se a legislação do Panamá: "Artículo 227. Reglas. Em cualquier estado del proceso seran aplicables las medidas cautelares de acuerdo com las siguientes reglas: [...] 3. **Cuando, por circunstancias especiales, se determine que su libertad puede ser de**

dois motivos: a) por ser o país em que se desenvolveu a etapa internacional do curso, isto é, onde se conheceu boa parte da estrutura do sistema de justiça e foi observado o seu funcionamento; b) e por ser um dos países pioneiros na reforma, sendo o parâmetro de muitos outros e, para o bem ou o mal, passou por etapas de amadurecimento, como as contrarreformas.

A reforma processual penal chilena ocorreu nos idos dos anos 2000 e, na redação original, não existiam cláusulas genéricas permitindo o acautelamento provisório do acusado (Chile, 2000). Posteriormente, com as contrarreformas de 2008, inseriu-se a possibilidade de se decretar prisões preventivas quando o juiz verificar que a liberdade do acusado põe em perigo a segurança da sociedade (Chile, 2008).

Segundo Alberto Binder (2017, p. 43), é impensável conceber as reformas processuais sem as contrarreformas, pois, “se isso não acontecer é porque, na realidade, não se conseguiu introduzir nenhuma prática relevante contrária à tradicional inquisitorial”, ainda que soe estranho.

Neste sentido, para melhor ilustrar o teor da aludida norma, veja-se a sua redação atual:

Artículo 140. - Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acreditar e que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justificarem la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación em 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

peligro para la comunidade por pertenecer a organizaciones criminales, por la naturaleza y número de delitos imputados o por contar com sentencias condenatórias vigentes.
4. Cuando existan razones fundadas para inferir peligro de atentar contra la victima o sus familiares (Panamá, 2008, p. 167).

fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes (Chile, 2000, grifo nosso).

Em um primeiro momento, causou surpresa a existência de tal permissivo legal em um sistema totalmente reformado, o que levou a seguinte reflexão: se houve espaço e movimentos para este tipo de cláusula em um sistema eminentemente acusatório e adversarial, não é tão absurdo o que se passa no Brasil, cujo código é de matriz autoritária.

No entanto, depois de passado o desapontamento inicial, foi salutar observar que os juízes chilenos não decretam prisões preventivas de forma automática. E em uma análise mais detida da legislação, foi possível verificar, que, ao mesmo tempo em que há a previsão dessa cláusula – repita-se, incompatível com tratados internacionais e direitos fundamentais da pessoa humana –, procurou-se dar contornos concretos ao que se entende por perigo de segurança da sociedade nos incisos que sucedem o artigo transcrito acima. Veja-se:

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, em libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados em la ley (Chile, 2000).

Ainda que não se concorde com várias das justificativas, é patente que existem, no mínimo, indicativos para que juízes possam se apoiar ao reconhecer quando se está em risco ou não o conjunto de “interesses da sociedade” que esse tipo de cláusula busca tutelar.

Então, mesmo sabendo que tais previsões fogem à própria finalidade da medida, tem que se ter em mente que as reformas são como um pêndulo e que há movimentos de ajuste do próprio sistema, de avanços e retrocessos que são inevitáveis (Binder, 2017).

Dessa forma, se o cenário ideal é expurgar tais fórmulas de toda legislação processual, eis que são flagrantemente inconventionais, não há como negar que, enquanto isso não for possível – especialmente durante o processo de reforma da justiça penal – é melhor que tais previsões sejam bem delineadas. Com efeito, ao se pensar em uma política de redução de danos, até mesmo a atual redação do código processual chileno serviria como um bom ponto de partida para o Brasil.

5. Propostas imediatas para um melhor controle das prisões preventivas, independente de alterações legislativas

Um ponto amplamente discutido e colocado pelos instrutores do CEJA é que a substituição da cultura das prisões preventivas não depende só da alteração do texto normativo. A alteração legislativa é importante, justamente porque é um marco temporal – político, social e econômico – propício para a reforma, mas não se mostra suficiente para a consolidação das práticas cotidianas.

Tanto é assim que os atores do sistema de justiça brasileiro foram instigados e estão sendo inseridos no debate das reformas processuais, sem sequer ter a esperança da aprovação de um novo Código de Processo Penal comprometido com as recentes mudanças regionais. Afirma-se isso, sem risco de errar, pois o Projeto de Lei nº 8.045/2010 (Brasil, 2010), como atualmente posto, não está nem perto de atender aos anseios de uma reforma integral e comprometida com um sistema de processo penal verdadeiramente acusatório.

Por isso, elegeu-se a vontade e a coragem dos atores processuais penais como a forma motriz da reforma – para se começar a abandonar a estrutura inquisitorial do processo penal brasileiro -, através da superação da “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” (González Postigo, 2017, p. 33).

Com essa perspectiva, no que diz respeito à política de redução do número de prisões preventivas, somado ao exposto no capítulo anterior, propõe-se:

- a. que a prisão preventiva seja utilizada, de fato, como a *ultima ratio*, isto é, somente quando não for cabível a sua substituição por uma das medidas alternativas à prisão, previstas na Lei nº 12.403/2011, privilegiando-se o uso dessas;

- b. que sejam erradicadas as práticas discursivas construídas para justificar o encarceramento provisório, que são verdadeiras antecipações de penas (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2017, p. 59), e não respeitam a finalidade deste tipo de prisão⁹²;
- c. a fixação de prazos e a revisão periódica dos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva, haja vista a necessária contemporaneidade entre a ocorrência do fato e a sua decretação, além de sua provisoriedade e proporcionalidade;
- d. a criação de um programa voltado à supervisão da aplicação de medidas alternativas, apto a gerar informações de qualidade – estatísticas sobre os resultados obtidos, avaliações periódicas - e realizar o monitoramento das mesmas.

Assim, considerando a complexidade do processo de reforma, entende-se que essas proposições possam operar como saídas em curto prazo para o enfrentamento dos inúmeros problemas do encarceramento provisório. Ademais, tais proposições são factíveis e independem de reformas legislativas substanciais.

6. Considerações finais

A difícil compatibilização entre a liberdade e a prisão, ainda que preventiva, traz a exigência de limitar esta última às necessidades processuais. Por ser a medida de coerção mais gravosa, só pode ser aplicada se forem inadequadas às outras diversas da prisão e verificados os seus requisitos legais.

Como se sabe, não é o que vem acontecendo no Brasil. Se o cenário não é dos melhores nos países latino-americanos, muito pior é o que acontece por aqui, em um sistema que inspira o uso desenfreado da prisão preventiva, colocando-a como um instrumento de segurança pública.

Mostrou-se que esta modalidade de prisão tem o seu uso desvirtuado e banalizado, acima de tudo pela existência de fundamentos legais vagos e

92 Neste sentido, a CIDH já decidiu que: mesmo quando há fundamento probatório para a prisão preventiva, esta não pode se limitar em “fins preventivo-gerais ou preventivo-especiais atribuídos à pena, somente podendo se fundamentar (...) num fim legítimo, a saber: assegurar que o acusado não impedirá o desenvolvimento do procedimento nem elidirá a ação da justiça”. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Sentença Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador*. 21 nov. 2007, § 103. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/ conteudo/arquivo/2016/04/594b477644fd82c796a49c0e0d49d240.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2017).

imprecisos, papel que é desempenhado pelo conceito de “ordem pública” na atual redação do Código de Processo Penal.

Nem mesmo a entrada em vigor da Lei n.º 12.403/11 – que alterou o regime das medidas cautelares, estabelecendo medidas alternativas à prisão – e a implantação das audiências de custódia mudou esse cenário caótico. Os números, conforme visto, continuam em constante crescente: estima-se que o Brasil tenha 40% da sua população carcerária de presos provisórios e que 55,32% das audiências de custódia realizadas até junho de 2017 resultaram em prisão preventiva⁹³.

Essas recentes estatísticas demonstram que alterações legislativas ou administrativas desacompanhadas de uma mudança na mentalidade dos atores jurídicos nem sempre são satisfatórias. Por isso, a capacitação permanente dos magistrados, membros do Ministério Público, defensores (públicos ou privados), assessores, enfim, todos os envolvidos no sistema de justiça criminal e a vontade de se querer mudar o “estado das coisas”, é o ponto fulcral para o começo da reforma processual penal.

Segundo Nereu Giacomolli:

Reformar não se limita a alterar, mas significa, essencialmente, fundar, romper o discurso da persistência, rumo ao conhecimento-guia (saber), muito além do mero conhecimento-meio (técnico). A ignorância rejeita o conhecimento, o qual advém da informação e ruma ao saber, informado pela interação multidisciplinar constante com o entorno local e universal (Giacomolli, 2017, p. 476).

Ao se ponderar a situação brasileira com os demais países latino-americanos, verifica-se que há a necessidade da mudança legislativa, mas nem sempre ela virá desacompanhada de retrocessos e, ainda que venha, é a consciência dos operadores que determinará a eficácia do rompimento com a cultura inquisitiva anterior.

Então, ao mesmo tempo em que se certifica a imprescindibilidade de se romper totalmente com o modelo que sempre regeu o processo penal brasileiro, corrobora-se que esse processo nem sempre vem desacompanhado das contrarreformas.

93 Conselho Nacional de Justiça. Dados estatísticos e mapa de implantação da audiência de custódia. Disponível em: www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil. Acesso em: 15. dez. 2017.

A legislação chilena foi o exemplo dado como possível referência de mudança, pois, mesmo com previsão de cláusulas genéricas e incompatíveis com as finalidades reais da prisão preventiva, buscou-se delinear, em termos gerais, o que poderia ser entendido como perigo a sociedade. E mais: verificou-se o uso moderado de tal permissivo legal aos casos concretos quando se assistiu às audiências em Santiago do Chile, na etapa internacional do programa⁹⁴. Daí foi possível compreender a preocupação precípua de se modificar a mentalidade dos atores judiciais.

Para a redução do alto índice de encarceramento provisório no país, são propostas 4 (quatro) medidas concretas, a saber: a) o respeito à regra de que a prisão preventiva é excepcional; b) que sejam erradicadas as práticas discursivas para justificar prisões ilegais; c) a fixação de prazos e revisão periódica das prisões decretadas; d) a criação de programas de fiscalização das medidas alternativas à prisão.

Por fim, aos esperançosos pela construção de um sistema processual penal compatível com a Constituição da República cabe o exercício do que Leonel Gonzalez Postigo chamou de “*inconformidade permanente*, isto é, a adoção de uma posição crítica e propositiva de caráter constante enquanto a profundidade das mudanças não for a esperada” (González Postigo, 2017, p. 32).

Afinal, de nada adianta a irresignação, sem a luta por dias melhores. A desconstrução da cultura autoritária passa pela busca de alternativas diárias aos arbítrios estatais. É isso o que nos incumbe, pelo menos, enquanto a reforma processual penal não for política, social e economicamente viável, como já se mostrou nos demais países da América Latina.

Referências bibliográficas

- BINDER, A. (2017). *Fundamentos para a reforma da justiça penal: reflexões sobre a reforma da justiça penal*. Aline Gostinski; Geraldo Prado; Leonel González Postigo (Orgs.). Augusto Jobim do Amaral (Trad.). Florianópolis, SC: Empório do Direito.
- BOLÍVIA. (1999). *Código de Procedimiento Penal: Código CPP*. Código de procedimiento aprobado por Ley 1970 de 25/03/1999. Bolívia. Disponível em: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf. Acesso em: 14 dez. 2017.

⁹⁴ Estima-se que o Chile tem a taxa de 28,4% de presos preventivos, com aproximadamente 12.173 pessoas (Rivera, 2015), o que corrobora tal constatação.

- BRASIL. (1941). *Decreto-Lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 19 dez. 2017.
- BRASIL. (1983). *Decreto nº 88.777*, de 30 de setembro de 1983. Aprova o regulamento para as polícias militares e corpos de bombeiros militares (R-200). Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d88777.htm. Acesso em: 15 dez. 2017.
- BRASIL. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2017.
- BRASIL. (2010). *Projeto de Lei nº 8.045*, de 2010. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 22 dez. 2017.
- BRASIL. (2011). *Lei nº 12.403*, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689... Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm. Acesso em: 28 dez. 2017.
- BRASIL. (2017). Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: atualização - junho de 2016*. Thandara Santos (Org.); Marlene Inês da Rosa; et. al. (Colab.). Brasília. Disponível em: http://emporio-dodireito.com.br/uploads/filemanager/source/relatorio_2016_23-11.pdf. Acesso em: 20 dez. 2017.
- CHILE. (2000). *Lei nº 19.696*, de 12 de outubro de 2000. Estabelece Código Procesal Penal. Chile. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- _____. (2008). *Ley nº 20.253*, de 14 de março de 2008. Modifica El Código Penal y El Código Procesal Penal. Chile. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=269848>. Acesso em: 15 dez. 2017.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. (2017). *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. OEA, Ser. L, V, II.163, Doc. 105, 3 jul. Disponível em: www.oas.org.br/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf. Acesso em: 20 de dezembro de 2017.

- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (2015). *Resolução nº 213*, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm? documento=3059>. Acesso em: 28 dez. 2017.
- CHOUKR, F. H. (1993). A ordem pública como fundamento da prisão cautelar: uma visão jurisprudencial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 89-93, out/ dez.
- CHOUKR, F. H. (2017a) *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Vol. 1. Belo Horizonte: D' Placido.
- _____. (2017b) *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis, SC: Empório do Direito.
- FRANCO, A. S.; STOCCO, R. (1999) *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT.
- GIACOMOLLI, N. J. (2017). Aprisionamento preventivo no Brasil, alternativas tipificadas e propostas para uma futura reforma do Código de Processo Penal brasileiro. In: González Postigo, Leonel (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA.
- GOMES, P. M. (2013). *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para a garantia da ordem pública*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília.
- GOMES FILHO, A. M. (1991). *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva.
- GONZÁLEZ POSTIGO, L. (Org.). (2017). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA.
- LOPES JR., A. (2015). *Direito Processual Penal*, 12. ed. São Paulo: Saraiva.
- PANAMÁ. (2008). *Ley nº 63*, 28 de agosto de 2008. Der. Procesal Penal... Panamá. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_pan_ley63.pdf. Acesso em: 15 dez. 2017.
- RIVERA, V. (2015). Chile entre los países com menor porcentaje de encarcelados sin condena. *La Tercera*, Chile, 19 jul. Disponível em: <http://www.latercera.com/noticia/chile-entre-los-paises-con-menor-porcentaje-de-encarcelados-sin-condena/>. Acesso em: 20 dez. 2017

CAPÍTULO 4
MINISTÉRIO PÚBLICO E
PERSECUÇÃO PENAL ESTRATÉGICA

POR UM AUTOR DA AÇÃO PENAL PARTE: A REFORMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA DEVE COMEÇAR PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Lorena Machado*⁹⁵

1. Introdução

O sistema processual acusatório se origina a partir de uma decisão política como forma de possibilitar a participação popular nas decisões do império, tendo seu nascedouro ideológico no reinado do Rei Henrique II, da Grã-Bretanha. É também nesse momento histórico que nasce a expressão “*The King can do no wrong*”. Enquanto ao rei cabia estabelecer apenas as regras processuais, aos jurados competia fornecer o direito material, posicionando o senhor feudal como um árbitro das movimentações processuais, devendo, apenas, manter a ordem durante os debates dos acusadores e do acusado. Resumidamente, esse é o modelo de justiça que, posteriormente, passou a ser conhecido como o modelo de justiça de sistema acusatório.

Voltando-se especificamente aos sistemas de justiça agora no território Latino-americano, é preciso dizer que com o fim dos governos ditatoriais na região ocorrendo entre o fim da década de 1970 e início da década de 1990, com a marca de graves violações aos direitos individuais desses povos, muitos países da região se dispuseram a construir um modelo completamente novo de justiça, com o fim de se distanciarem o máximo possível do antigo sistema e dos seus graves acontecimentos derivados dos regimes militares. É possível compreender que a maior preocupação dos projetos de reforma processual na América Latina no âmbito penal,

95 Advogada. Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/PT. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Capacitada em Reformas Processual Penais na América Latina pelo Centro de Estudios Jurídicos de las Americas. Assessora Especial da Presidência do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Coordenadora adjunta do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM.

especificamente, foi a implementação concreta do modelo acusatório. É notório que a nova estrutura foi realizada, na maioria dos países envolvidos, também através de mudanças institucionais dos atores do sistema de justiça. Novas formas de atuação e de atribuição foram pensadas e desenvolvidas para serem implementadas sob um novo panorama não só das instituições, mas de sistema de justiça como um todo, este com o foco na contenção dos poderes estatais e na promoção das garantias fundamentais dos indivíduos. Através de estudo *in loco*, especificamente no Chile, foi possível compreender, as diretrizes traçadas pela coordenação da reforma, seja no âmbito procedimental, seja no aspecto político-cultural. Neste artigo, serão apresentados dados e levantadas discussões, especificamente, acerca da atuação do Ministério Público no sistema acusatório adversarial nos países que já experimentam a reforma, com o fim de analisar as possibilidades de implementação do modelo de fiscalia no sistema de justiça brasileiro.

2. O Ministério Público

A instituição e os seus representantes possuem suas atribuições e não é por acaso, há uma origem e uma construção história, não só no Brasil, como em todo o mundo, pois estão presentes em muitos países, inclusive nos de raízes do Comum Law. Emerson Garcia (2004, p. 6) ensina que “o substantivo ministério deriva do latim *ministerium*, *minister*, indicando ofício de servo”, o que informa que a instituição se ocupa de servir o povo de sua nação, com total interesse social. Na busca pela compreensão etimológica da palavra, invoca-se outra designação para o órgão: *parquet*. Esta expressão é de origem francesa e comumente utilizada no Brasil, que indica o assentamento de tábuas em que os representantes se situam durante os julgamentos⁹⁶.

Dessa compreensão história e etimológica, extrai-se que na origem eram também magistrados, contudo uma magistratura diversa da dos que julgam, dirigindo-se à esta de cima do mesmo estrado, e não no chão. *Parquet* e magistrado estavam ao mesmo nível hierárquico, e esta é uma cultura que persiste aos dias atuais, encontrando-se inclusive positivada no ordenamento jurídico brasileiro. O Ministério Público brasileiro, assim como tantas outras instituições nacionais, possui raízes no sistema Ibérico.

96 ““ajuntamento de tábuas (lâminas de parquet) que formam o chão de certos cômodos de uma habitação [...] A transposição do vocábulo para o meio jurídico deve-se ao fato de os presentes do Ministério Público (agents du roi), em sua origem, postularem aos juízes de pé, sobre o assoalho: daí a distinção entre magistrature debut (de pé) e magistrature assise (sentada).”.

2.1. O Ministério Público Português

Anota-se que já nos idos de 1289, o Rei Afonso III criou o cargo de Procurador do Rei, atribuindo-o o zelo aos interesses fiscais da coroa, tendo plenos poderes nesta função. Em 1447, nas Ordenações Afonsinas, também havia previsão legal da figura do “Procurador dos Nossos Feitos”, que tinha as incumbências de procurar bem todos os feitos da justiça, dos órfãos e das pessoas miseráveis (Garcia, 2004). Carlos Alberto de Salles lembra, ainda, que a primeira referência às atribuições que hoje são reverenciadas especificamente ao promotor de justiça, surgiram nas ordenações Manuelinas de 1521. Contudo, somente com as ordenações Filipinas de 1603, a nomenclatura Promotor de Justiça foi sistematizada. Atualmente, após período de governo ditatorial, Portugal vive seu segundo momento de governo democrático, desde 1974. Hoje, o Ministério Público português é uno, não havendo membros de diferentes âmbitos como no caso brasileiro (Estado Unitário). Contudo, à exemplo de muitos países, em Portugal ainda é utilizado o termo magistrados do Ministério Público, demonstrando ainda uma univitelinidade no processo de desmembramento das atribuições e competências dentro do sistema de justiça português.

2.2 O Ministério Público brasileiro

O Decreto republicano n. 848 de 1890, que dispunha sobre a Lei Orgânica da Justiça Federal, já registrava que o Ministério Público, além de necessário em um contexto democrático, era uma organização “imposta pelas boas normas da justiça”. Para Hugo Nigro Mazzili (1998, p. 32), a atribuição da defesa do Estado Democrático ao Ministério Público, em diversos momentos históricos e em todo o mundo, dá-se pelo fato de que ele “está investido de uma parcela da soberania estatal”, espelhando, em grande parte de sua estrutura, “a fisionomia do Estado do qual é integrante”. Nessa oportunidade, cita-se, de forma explicativa, a constituição portuguesa de 1966 e a alemã, de 1968, que conferiram aos seus Ministérios Públicos a defesa da legalidade democrática e a defesa da legalidade socialista, refletindo, respectivamente, claramente, as políticas de governo e de Estado nos referidos países naquele momento histórico.

2.2.1. Pós-constituição Federal de 1988

A norma constitucional que melhor define a instituição do Ministério Público no Brasil pós-constituente é o artigo 127, que diz “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Pode parecer um tanto audacioso recorrer a uma só instituição para realizar a defesa do regime

democrático de uma nação, seja pela extensão territorial do país, seja pelas múltiplas atribuições que recaem a um defensor da democracia, seja pela própria estrutura de uma democracia que ainda não está totalmente estabelecida⁹⁷. Mas, o que seria, de fato, essa “legalidade democrática” que serviu para a construção das atribuições do *parquet* brasileiro? Durante o processo de redemocratização, que foi iniciado já no fim do período ditatorial de 1964-1985, a instituição promoveu, de dentro para fora, discussões e construções sobre o seu papel na nova estrutura do Estado brasileiro, sobretudo no que diz respeito às suas atribuições. O mais expressivo desses movimentos institucionais foi a Carta de Curitiba, que “sintetizou as propostas de reivindicações apresentadas e votadas pela classe, as quais viriam a ser pleiteadas perante a Comissão Parlamentar responsável pelo título “das funções essenciais da justiça”” (Sauwen Filho, 1999, p. 183), quando da Assembleia Nacional Constituinte de 1988. Nesta, consubstanciou-se, nas palavras de Carlos Maximiliano (1975), que a defesa da legalidade, no Brasil, seria a defesa da constitucionalidade, ora que, uma vez regidos por um Estado Democrático de Direito, todos estariam sujeitos às diretrizes constitucionais, as quais subordinam a todos indistintamente, sendo essa a maior garantia de um Estado perante aos indivíduos. Portanto, as diretrizes constitucionais deveriam ser resguardadas por um ente do próprio Estado, o Ministério Público.

Enzo Belo assinala que o *parquet* brasileiro recebeu um status jurídico de “quase-poder”, devido às prerrogativas constitucionais que lhes foram resguardadas, do mesmo nível de importância às conferidas aos poderes Executivo, legislativo e Judiciário (Belo, 2007), tendo, talvez, ainda a maior das prerrogativas de quaisquer dos poderes: o de guardião da Democracia. Em que pese o dever de guarda da Democracia, Marcelo Pedroso Goulart ressalta que o Ministério Público não é, ele mesmo, uma instituição integralmente democrática. Como observa, a própria investidura na carreira é realizada através de concurso público, sem a participação popular (através de eleições, por exemplo), e o seu controle é realizado pelos próprios membros do Ministério Público, sendo a sociedade civil excluída do controle e da fiscalização dos fiscais (Goulart, 1998) que a representam, atuando verdadeiramente como um ente estatal e não como uma ferramenta popular.

2.2.2. *Questões problemáticas na estrutura ministerial brasileira*

Hugo Nigro Mazzili (1998) ressalta que o Ministério Público brasileiro ainda não atua de acordo com as suas investidas, e as razões são diversas. A chamativa ausência de controle da instituição pela sociedade civil

⁹⁷ No ano de 2018, completam-se 33 anos do fim do período da ditadura militar que governou o Brasil de 1964 a 1985.

fragiliza o Estado Democrático, sobretudo sob os membros que ocupam cargos de direção interna, uma vez que a uniforme e homogênea composição fomenta o corporativismo e dificulta a visualização das necessidades sociais do papel do órgão, podendo, muitas vezes, ser, a sua atuação desviada dos objetivos constitucionais. Aqui será analisado apenas o âmbito criminal.

A Constituição Federal, como já detalhado, atribuiu ao Ministério Público o dever de guarda do Estado Democrático, só que não definiu nem o que seria o Estado Democrático exatamente. Atribuiu algumas condutas para a sua realização, umas de forma taxativa, outras de cunho abstrato. No âmbito criminal, determinou o poder de exercer privativamente a ação penal pública (art. 129, inc. I, da Constituição Federal), o controle externo da atividade policial (art. 129, inc. VII) e requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (Art. 129, inc, VIII). Cândido Furtado Maia Neto (2007) assevera que, “quando o executivo o legislativo e o judiciário atuam se socorrendo do outro para justificar o sistema penal ou a funcionalidade necessária, sem dúvida temos a volta do positivismo e do neo-idealismo de Giovanni Gentile, de 1875-1944, e é a ideologia de reforçar o poder do Estado e não, as garantias fundamentais da cidadania”.

2.3. O Ministério Público no sistema de justiça penal acusatório

O modelo acusatório e o modelo adversarial promovem grandes mudanças institucionais dos atores processuais, até mesmo porque, estabelecem muito claramente as atribuições e competências de cada ente, distanciando-se do modelo misto ou inquisitivo. O *parquet*, especificamente, sofre grandes transformações e recebe novas funções institucionais. Além da titularidade da ação penal pública, no sistema acusatório, ele recebe o encargo de também promover a investigação preparatória dos feitos, fortalecendo, por sua vez, o completo afastamento do magistrado na produção probatória (Riego, 2005). Das palavras de Mauricio Duce extraímos:

“en buena medida los sistemas de corte acusatorio que se han intentado instalar en La región han operado sobre el supuesto de contar con una institución fuerte y protagonista, responsable de llevar adelante la investigación de los delitos, acusar a los presuntos responsables y ejercer facultades discrecionales relevantes para mantener la carga de trabajo del sistema em volúmenes razonables” (2005, p. 68).

Diversos países da América Latina se dedicaram em organizar e implementar uma reforma em seus sistemas de justiça criminais, com a finalidade de converte-los ao modelo puramente acusatório. Essas mudanças

deram-se, sobretudo no Chile, na Argentina, no Equador, na Guatemala e, mais recentemente, no Uruguai. Com o fim dos governos totalitários no continente, iniciou-se o processo de reestruturação e refundação democrática dessas nações, incluindo também os seus sistemas judiciais. Identificou-se, nesse momento, que era imperioso também adequar o Ministério Público ao modelo acusatório. A mudança completa do modelo inquisitório ou misto para o modelo acusatório traz para o seio da instituição maior protagonismo. Ao tempo em que o Ministério Público possuía uma atuação secundária, o magistrado detinha atribuições que, possivelmente, se sobrepunham a sua capacidade de atuar com imparcialidade para julgar.

Antes, as funções do Ministério Público possuíam grande arcabouço burocrático, com afastamento técnico da investigação que, em muitos casos, eram conduzidas pelo magistrado e pela polícia. Diante desta situação de super protagonismo judicial, alguns países da região extinguiram a instituição do Ministério Público, repassando as suas atribuições à magistratura e à polícia judiciária, os países que não o fizeram, permaneceram com um ente fragilizado e diminuto em sua estrutura⁹⁸. Com o advento da reforma processual, Argentina, Bolívia, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras e Venezuela, modificaram toda a estrutura da instituição, e inseriram no texto constitucional o Ministério Público como um órgão autônomo e extrapoder. A Colômbia e o Paraguai permaneceram com o órgão como um ramo do Poder Judiciário, possuindo apenas autonomia funcional, excepcionalmente, na Costa Rica o ministério Público segue como um órgão sem autonomia e dependente do Poder Judiciário.

Nos países onde a previsão constitucional foi a independência e também a dotação orçamentária exclusiva, o Ministério Público se fortaleceu e pôde ofertar ao judiciário desafogamento de atribuições que não seriam de fato adequadas ao julgador.

3. Como o sistema acusatório adversarial latino americano reestruturou a acusação

O novo sistema processual penal que ganhou força na América Latina no fim dos anos 1990 e início dos anos 2000 (alcançando em 1º de novembro de 2017 também o Uruguai)⁹⁹, mostrou-se, até então, muito eficiente no

⁹⁸ Um exemplo desse modelo de existência meramente formal do Ministério público teve lugar na Guatemala que, até pouco antes da implementação da reforma processual de 1992, contava apenas com 24 fiscais para todo o território guatemalteco, que era formado por cerca de 9 milhões de habitantes ao tempo. Ver Riego (2005).

⁹⁹ <https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/romulo-moreira-cpp-uruguaio-segue-sistema-acusatorio>

que diz respeito à efetivação do cumprimento das garantias fundamentais. Em total contraponto ao modelo misto (ainda puramente inquisitório para muitos), o novo sistema claramente oferece a potencialização da publicidade dos feitos, da celeridade processual (razoável duração do processo), da efetivação do contraditório consubstanciada na verdadeira possibilidade de as partes influírem no livre convencimento do magistrado, assim como no fomento da gestão administrativa dos órgãos da justiça, tendo tudo isso contribuído para o alcance de um sistema puramente acusatório de justiça penal.

3.1. A gestão

O planejamento político de implementação do sistema envolveu tanto o âmbito pragmático quanto o âmbito financeiro. Atualmente, a Fiscalía chilena é composta por 83 fiscais e 325 funcionários, somando um total de 408 pessoas responsáveis pelo funcionamento da instituição em todo o país¹⁰⁰. Assim, nova dotação orçamentária, que comportasse o sustento proporcional às novas demandas da instituição também foi necessária. Saindo do antigo modelo inquisitório e debutando no adversarial, as fiscalías se determinaram em **setorizar** toda a sua atuação, desde a área administrativa, aos setores de atuação típica. Assim como no poder judiciário, foram criados setores responsáveis especificamente para gerenciar e administrar o órgão, poupando mão de obra especializada, tempo e recursos erroneamente distribuídos.

A fiscalía chilena, especificamente, dividiu-se em quatro regiões, sendo a região onde se localiza a capital, Santiago, a que possui o maior número de funcionários, estando proporcionalmente organizada de acordo com a densidade populacional e os dados estatísticos gerados para realizar a referida organização. O gerenciamento se mostra tão bem realizado, a ponto de se produzirem dados estatísticos a respeito de todo o e qualquer procedimento que envolva a atuação das fiscalías, o que possibilita melhor estudo operacional e o traço das melhores estratégias de funcionamento de todos os setores do Ministério Público¹⁰¹. Para a melhor atuação,

100 Todos os dados foram extraídos do material “Temas relevantes gestión fiscalía regional metropolitana centro norte octubre 2017 paz perez ramirez directora ejecutiva regional”, fornecido pela Fiscalía chilena.

101 Especificamente no âmbito judiciário, os administradores possuem a atribuição, inclusive, de determinar quais e quantas audiências cada magistrado deve fazer por dia, tudo para o melhor funcionamento da justiça. Essa setorização das atribuições contribuiu positivamente no funcionamento dos órgãos, já que permitiu que especialistas realizassem, de fato, somente as ações para as quais possuem conhecimento. Para registrar a distância desse sistema para o brasileiro atual (2017), quando se trata do poder judiciário, verificam-se magistrados gerenciando, de fato, as varas e, até mesmo, os foros. Desde os recursos de material (caneta, lápis, cadeiras, mesas, computadores), até o gerenciamento

a Fiscalía chilena traçou objetivos a serem perseguidos, com foco na especialização e controle de gestão¹⁰². Assim, o Ministério Público reformado possui, antes de tudo, uma boa organização de recursos humanos e financeiros, é preocupado com a produção de dados estatísticos, e atua traçando estratégias de política criminal e de direito penal atuarial.

3.2. Novos objetivos

O Ministério Público, que, como mencionado anteriormente, em diversos países da região, estava diminuindo em sua estrutura, recebeu um sopro de vitalidade e de vascularização com o traço dos seus novos objetivos. É possível dizer, até mesmo que, sem o novo Ministério Público, não haveria um modelo de justiça acusatório adversarial.

3.2.1. Responsabilidade pela investigação

Para que o sistema funcionasse, foi preciso que as atribuições fossem diluídas e devidamente distribuídas pelos atores, sem nenhum ponto de interseção. No modelo acusatório adversarial, o Ministério Público passou a ser o responsável pela investigação preliminar, o que foi de suma importância para o fortalecimento da instituição. É preciso dizer que quando a acusação se fortalece e se ocupa de produzir a acusação, o poder judiciário consegue se afastar dessa função institucional e, ao mesmo tempo, abole, por completo, o sistema inquisitivo que possibilitava à magistratura produzir atos investigatórios e inquirir personagens até mesmo *ex officio*. Nesse mesmo sentido, é imperioso citar o posicionamento de Alberto Binder (1994), que confere à desformalização da etapa de instrução e da liberação da responsabilidade persecutória do magistrado durante a investigação, o fortalecimento da instituição.

É também um novo objetivo do Ministério Público a necessidade de estabelecer escolhas de política criminal no traço da persecução penal. Ao tempo em que é o defensor do Estado democrático de Direito, a instituição deve organizar-se para criar, internamente, subsetores específicos para as estações processuais adequadas. Assim dizer, a instituição adversarial deve se compor à multidisciplinaridade das possibilidades processuais,

das férias dos funcionários, quem se ocupa é o magistrado, que, diante de tantas atribuições, ainda deve concentrar-se no ato judicante.

102 “Especializar y homologar **los criterios de persecución penal**; **Especializar y territorializar la investigación y litigación**; Contar con una Fiscalía que **investigue casos de alta complejidad**; Mejorar la **interacción con víctimas** y testigos; Especializar servicios transversales potenciando economías de escala; Uso de **tecnología de información y comunicaciones** (TIC) como herramienta para la operación y ahorrar horas persona; Establecer un **modelo de control de gestión**; **Potenciar las competencias de fiscales y funcionarios**; Considerar factores de clima organizacional”. [grifos nossos].(Ramirez, 2017).

flexibilização das saídas processuais, inclusive durante a investigação. Aliás, seria nesse momento o melhor aproveitamento para a utilização de saídas alternativas. Com o afastamento do magistrado, através da aplicação por completo do princípio dispositivo, a acusação é quem tem o único dever de promover os feitos criminais. Nesse sentido, o comando das investigações, não somente no âmbito do controle externo da atividade policial, é de suma importância para a implementação do modelo. A discricionariedade do princípio da oportunidade e conveniência deve estar diretamente ligada às políticas criminais traçadas pelo Ministério Público, criando-se, assim, etapas de andamento do feito que podem encerrar antes mesmo do alcance ao poder judiciário, que são as saídas alternativas.

Portanto, é nesse momento que se faz imperioso dizer que a expressão *parquet* não é adequada ao Ministério Público acusatório. A acusação e a magistratura não sentam-se lado a lado, nem mesmo estão no mesmo assoalho, agora são atores da justiça independentes.

3.2.2. *A fiscalía é parte*

A publicidade e o enfrentamento igualitário são regra. Portanto, a oralidade em todos os procedimentos também o é. Pouco é produzido por escrito, a burocracia é esquecida juntamente com a inquisição, a celeridade torna-se rotina e a participação eficiente da defesa também. Toda e qualquer medida a ser requerida pela acusação é feita por meio de uma audiência, onde devem estar presentes a Fiscalía, a defesa e o magistrado, incluindo os atos investigatórios, que são realizados por um setor do próprio Ministério Público, que comanda a polícia investigativa, ao oposto do que ocorre no Brasil. Dotado de dinamização processual, multidisciplinaridade, flexibilização, e coordenação eficiente de trabalho, nesse sistema, quem possui a atribuição de levar o feito à frente, de produzir o seu andamento, de investigar, de requerer comprovações, prisões e condenação, é exclusivamente a acusação, representado pela Fiscalía, o Ministério Público. Ao magistrado, sobretudo nesta fase de investigação, cabe ouvir ambas as partes e realizar a aplicação do direito fundamental. Portanto, é possível dizer que, “por todo esto, el Ministerio Público se convierte en una especie de motor del nuevo sistema” (Duce, 2005, p. 69).

Chegando a este ponto da discussão, é preciso estabelecer que, no modelo acusatório, não há que se falar em Ministério Público *Custos Legis*.

4. Por um Ministério Público brasileiro parte

Analizado o modelo latino americano, se ressaltam pontos específicos que podem ser benéficos também se aplicados à estrutura brasileira. É certo que é impossível aplicar um instituto específico dentro de um modelo completamente diferente de justiça, pois possuem objetivos opostos. Assim, é preciso compreender que a mudança deve ser de todo o sistema, e deve iniciar pelo Ministério Público. Restou claro que o ente protagonizou as maiores mudanças estruturais ocorridas na reforma, e o motivo é o grande descompasso que a instituição apresentava em relação aos demais atores processuais.

O princípio processual da obrigatoriedade da ação penal é um dos obstáculos. Este princípio determina que toda e qualquer notícia que chegue ao ente, deve ser transformada em ação penal, ignorando-se qualquer programação de política criminal e saúde do sistema de justiça. No modelo adversarial, ele não existe.

Outra questão diz respeito à atribuição de fiscal da lei também no âmbito criminal. Ao Ministério Público não pode ser conferido duplo poder, ou o ente é parte ou é contensor. A sugestão é que o órgão necessárias, iniciando pela fase investigatória. O interesse legítimo da acusação é acusar, do juiz, avaliar se as regras estão sendo cumpridas e, ao final, arbitrar uma decisão. Por isso, para que os atores atuem em conformidade e para o sistema funcione, é imperioso que a acusação não seja nada além de acusador, afinal, no processo penal, já existem dois entes estatais, e nenhum deles é o Estado.

5. Conclusões

É certo que seria impossível aplicar um instituto específico dentro de um modelo completamente diferente de justiça e esperar que se alcance o mesmo resultado. Assim, é preciso compreender que a mudança deve ser de todo o sistema. Da mesma forma, restou evidente que as instituições se adequam aos modelos de governo das suas nações e representam aquilo que o povo deseja que representem. A instituição do Ministério Público é antiga, mas passou por poucas transformações ao longo do tempo. Portanto, a sua reestruturação é necessária, de acordo com o modelo de Estado Democrático de Direito vigente no país no Brasil. Ainda é uma instituição não democrática e fechada para si, apesar da atribuição constitucional de defesa da democracia. A saída da condição de fiscal para a assunção da função de parte, dentro do processo penal, é necessária e atende aos princípios constitucionais e internacionais. O sistema inquisitivo é seleti-

vo e injusto, não podendo coexistir com o Estado Democrático de Direito, e o Brasil encontra-se em descumprimento de regras internacionais de Direitos Humanos justamente por isso. A mudança de toda a estrutura ministerial é imperativa e promoverá melhorias para todo o sistema. O fortalecimento organizacional fomentará a sua atuação e possibilitará o desafogamento também do poder judiciário. Mudanças de estrutura da Lei Orgânica da Magistratura, do ministério Público, do Código Penal e do Código de Processo Penal serão necessárias, sobretudo para possibilitar o estabelecimento de política criminal de persecução por parte da acusação, que poderá flexibilizar os feitos e criar saídas alternativas ao judiciário, para isso, o princípio da obrigatoriedade deverá ser revogado.

O repeito à ampla defesa e ao contraditório está diretamente ligado ao princípio objetivo e à boa-fé processual. Desta forma, não há que se falar em prejuízo ao acusado em caso de Ministério Público que é puramente acusação, parte, uma vez que o convencimento íntimo e a produção probatória devem estar uníssonos com as atuações ministeriais, não havendo qualquer impeditivo de a acusação, convencendo-se da inocência, da prescrição ou da falta de justa causa de um feito, requeira a devida extinção da punibilidade ao magistrado. O Ministério Público brasileiro atual já atua substancialmente como parte, contudo, com a acumulação da atribuição de fiscal da lei, tem impedido o exercício do princípio da igualdade, da isonomia, e da consequente paridade das armas.

Portanto, o Ministério Público brasileiro deve abolir a atribuição inquisitiva de fiscal e deixar ao atributo do magistrado o dever de contenção das garantias constitucionais, e promover a representação da sociedade na defesa do Estado Democrático de Direito, de acordo com a dotação constitucional.

Referências bibliográficas

- BELO, E. (2007). *Perspectivas para o Direito Penal e para um Ministério Público Republicano*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 293-294.
- BINDER, A. (1994). *Funciones y Disfunciones Del Mininstério Público para una nueva justicia penal*. Santiago: Corporación de Promoción Universitária, Fundación Paz Ciudadania y Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- DUCE, M. (2005). *El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: Visión General acerca del Estado de los Cambios*. Revista Sistemas Judiciales nº8.

- GARCIA, E. (2004). *Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora.
- GOULART, M. P. (1998). *Ministério Público e democracia. teoria e práxis*. São Paulo: LED – Editora de Direito.
- MAIA NETO, C. F. (2007). *Histeria universal do direito penal. Direitos humanos versus terror, inquisição, fascismo, ditadura e autoritarismo*. Extraído de: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/13030-13031-1-PB.pdf>. Disponível em 07.03.2018.
- MAXIMILIANO, C. (1975). *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense.
- MAZZILI, H. N. (1998). *O acesso à Justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Editora Saraiva. 3º edição.
- MOREIRA, R. (2017). *Novo CPP uruguaio mudou do sistema inquisitório para o acusatório*. Extraído de <https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/romulo-moreira-cpp-uruguaio-segue-sistema-acusatorio>. Disponível em 22.12.2017.
- RIEGO, C. (2005). Uma perspectiva integral sobre La administración de justicia. *Sistemas Judiciales*, ano 4, n. 8. Buenos Aires: Inecip.
- RAMIREZ, P. P. (2017). *Temas Relevantes Gestión Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte*. Santiago: Ministério Público de Chile.
- SAUWEN FILHO, J. F. (1998). *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DIREÇÃO DA PROVA CRIMINAL E SEU PAPEL DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

*Eliana Bloizi*¹⁰³

*Mariana Pacheco de Figueiredo*¹⁰⁴

1. Introdução

É sabido que o sistema penal de qualquer país tem como finalidade manter a harmonia, paz e bom convívio em sociedade, punindo o indivíduo que transgrida a lei e, para isso, prevê a conduta que não deverá ser praticada e a sanção previamente.

Por outro lado, como bem ressaltado por Lopes Jr. (2016, p. 33), há uma íntima relação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que “o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal”.

Partindo do pressuposto de que a Constituição (Brasil, 1988) recepcionou o sistema processual penal acusatório, esse artigo analisa o grande desafio da atuação do Ministério Público em sua relação com a Polícia, sob o viés do poder-dever de investigar crimes para a persecução penal, devendo, para isso, ter o franco acesso à gestão das provas de fatos ilícitos por meio lícito, em obediência ao devido processo legal e à proteção de direitos fundamentais dos cidadãos.

Atualmente, no Brasil, a atribuição do controle externo da atividade policial realizada pelo Ministério Público é consequência direta de sua mis-

103 Promotora de Justiça na Bahia. Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade Dois de Julho e em Ciências Criminas pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB.

104 Promotora de Justiça na Bahia. Especialista em Ciências Criminas pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB.

são constitucional de defender os direitos individuais, assumindo, assim, o protagonismo como titular exclusivo da ação penal pública e como destinatário final do trabalho investigativo da Polícia, para que os seus procedimentos se amoldem ao Estado de Direito. Paralelamente, no Sistema de Justiça Chileno, verificou-se que, na investigação preliminar, cabe ao Ministério Público a tarefa exclusiva de investigação, restringindo à Polícia executar as diligências previamente orientadas pela *Fiscalía* (<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/fiscaliaNac.jsp>), a qual também possui a função de determinar a política de persecução penal.

Contudo, urge que, antes mesmo de se pensar na reforma do Código de Processo Penal e, conseqüentemente, na reforma da justiça penal no Brasil, o Ministério Público deve-se apropriar melhor de suas atribuições, no sentido de que, para um bom desempenho de sua função acusatória, desde a fase pré processual, desenvolva a gestão da prova com mais eficiência. Para isso, como visto na experiência chilena, torna-se indispensável que o Ministério Público compreenda o papel da Polícia, como coletor de provas que subsidiam ações penais, a fim de direcionar, previamente, a investigação para uma eficiente e oportuna persecução penal em Juízo, com maior probabilidade de êxito, além da necessidade de que a atividade da Polícia se desenvolva sobre o controle externo do Ministério Público, visando à boa qualidade dessa prova, sem, contudo, afastar-se do respeito à dignidade humana.

2. A interpretação do direito processual penal conforme a constituição

Pensar a Constituição como uma ordem normativa superior a validar e legitimar a atividade punitiva do Estado é relacioná-la ao discurso acerca da adaptação constitucional do Direito Processual Penal.

Em verdade, o estabelecimento de uma vinculação de política criminal às diretrizes constitucionais se traduz na ideia de que a reforma do Código de Processo Penal começa com o completo abandono do esquema de política criminal inquisitivo, e, na prática, para o redesenho institucional do sistema democrático.

Pensando dessa forma, dirigir-se-ia à assunção da direção e do planejamento da persecução penal, em Juízo e fora dele, pelo Ministério Público, limitando-se à Polícia a assumir a administrar a coleta de prova de melhor qualidade, de modo a executar as atividades de investigação criminal determinadas pelos promotores de justiça, dentro de um planejamento político-criminal ministerial prévio e perfeitamente integrado às funções da Polícia.

Por fim, tem-se que o único e confiável critério a realmente distinguir acerca das situações de interpretação do Direito Processual Penal consoante a Constituição, é o sistema processual acusatório como epicentro de política de persecução penal.

3. O desafio de uma nova relação entre promotores e policiais

O comando constitucional, ao estabelecer um órgão de acusação cujas funções foram delegadas ao Ministério Público, através do disposto no artigo 129, inciso I, Constituição¹⁰⁵, para a sua existência, deu-lhe autonomia e independência funcional diversa do Poder Judiciário, com o escopo de garantir o contraditório, de forma que a parte adversa, em condições de igualdade formal e material, contrarie as teses na pretensão acusatória. Portanto, a atuação do Ministério Público na mais correta tradução do espírito da Carta Magna, enquanto única autoridade responsável pela instrução preparatória da ação penal, necessita ser efetiva, desde a fase de investigação policial, com plena direção e interação, até o deslinde do processo penal, através do trânsito em julgado da decisão que a ele põe termo.

Assim, na fase pré processual, ao Ministério Público compete, na aferição da justa causa (prova do crime e indícios da autoria, além da tipicidade formal e material do fato concreto) adequar-se aos fins do próprio Direito Penal dentro do regime democrático. Para tanto, a coleta eficiente da prova que se pretende produzir desde o nascedouro da investigação, objetivando a instrução criminal, reclama o conhecimento pleno do processo e a postura ativa, sendo a supervisão direta da fase de investigação um os maiores entraves para que se possa chegar, no dizer de Ishida (2017), a um sistema de justiça penal efetivo pela razão, e não pela força.

No Brasil, todavia, o poder investigativo encontra-se prioritariamente sob as mãos da Polícia. Evidente é a resistência deste órgão quanto à supervisão, nessa fase, aos seus trabalhos pelo Ministério Público, o que por ela é entendido como ingerência, mesmo quando há atribuição concorrente permitida por lei para a investigação ministerial independente da atuação policial.

Essa insurgência alegada pela Polícia resultou, inclusive, na judicialização do tema, e o Supremo Tribunal Federal [STF] (2001), por meio do Recurso Especial 593727, foi instado a decidir acerca da legitimidade do Ministério Público para promover por autoridade própria, investigações

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

de natureza penal, oportunidade em que delimitou tais investigações “ao respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados e dos atos investigatórios, bem como as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados, concedendo-lhes o acesso aos elementos de prova concernentes ao direito de defesa”, demonstrando, dessa forma, olvidar que o compromisso do Ministério Público sobrepõe-se à condição de mero órgão acusador, eis que é, em verdade, fiscal da execução da lei penal.

A decisão acima reportada não foi unânime. O Ministro Marco Aurélio de Melo, do STF (2001), decidiu no sentido de negar a legitimidade do Ministério Público para, por meios próprios, realizar investigações criminais, por apenas lhe competir o exercício do controle externo da Polícia. Alguns ministros, divergindo da vedação investigativa, decidiram que ao Ministério Público somente caberia o poder investigativo em hipóteses excepcionais. Ao final, a tese acolhida assim se confirmou:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos necessariamente documentados, praticados pelos membros dessa instituição (STF, 2001, p.02).

A partir desta análise, pode-se concluir a dificuldade trazida ao Ministério Público, no Brasil, para dialogar com a Polícia Investigativa, uma vez que ambas instituições atuam, via de regra, de forma dissociada e muitas vezes com objetivos colidentes nos trabalhos voltados à coleta do acervo probatório, imprescindível à formação da *opinio delicti* ou mesmo para rechaçar a pretensão punitiva.

Esse modelo de persecução penal mostra-se falho, insubsistente e ensejador de violações às garantias individuais. Em que pesem as novas modificações trazidas pela Lei n. 12.830 (Brasil, 2013), ao instituir as audiências de custódia e a obrigatoriedade de ciência ao Ministério Público, dentro do prazo de vinte e quatro horas, de toda e qualquer prisão em flagrante delito, existe ainda um caminho obscuro em que pessoas são presas ou constrangidas a responder a investigações policiais sem respeito às garantias asseguradas pela Constituição, leis ordinárias e tratados internacio-

nais em que o Brasil é subscritor. Isto ocorre também pela autonomia dada à Polícia e pela falta de controle direto das investigações, considerando que o Ministério Público apenas toma conhecimento tardiamente sobre o que se apura nos inquéritos concluídos.

Para tanto, a adequação do sistema acusatório no Brasil é matéria que reclama grandes mudanças estruturais, a exemplo do que já ocorre em todos os demais países latino-americanos, instituindo-se o procedimento adversarial, com a gestão da prova diretamente supervisionada pelo Ministério Público, descolando da Polícia a titularidade para iniciar a persecução penal. O inquérito policial é compreendido “como o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”, consoante preceitua o artigo 262 do Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689 (Brasil, 1941), e, desse modo, a função garantidora do Ministério Público estampa o nítido caráter de evitar a intempéries de um juízo desnecessário a toda e qualquer pessoa.

Importa destacar que o inquérito policial, nos moldes do que se elabora ainda hoje, mostra-se deveras obsoleto, considerando que mantém a mesma estrutura prevista no Decreto n. 4.824 (1871), editado durante o Estado Monárquico, com os mesmos direitos e garantias individuais daquela época, quando nem sempre se apurou a verdade sobre um fato da vida com aparente tipificação penal (Fernandes, 2005).

A Lei n. 12.830 de 2013, ao trazer inovações acerca das funções da autoridade policial, estabeleceu como ato privativo do delegado de polícia o indiciamento, antes sem expressa previsão legal, “cabendo à própria polícia apontar, indicar alguém como autor de um delito diante da presença de elementos convincentes de autoria, de materialidade do fato e das suas circunstâncias (...), autorizando, assim, o início de regular processo criminal contra ele, com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público”, segundo Rangel (2014, p. 73).

Conseqüentemente, apesar das modificações pontuais do Decreto-Lei n. 3.689 de 1941, subsiste o poder atribuído à Polícia para formar o convencimento prévio e firmar o seu entendimento, através do indiciamento, sobre a existência do crime e a ele atribuir a autoria, embora nem sempre motivado em elementos de prova tecnicamente colhidos. Assim, tal não corresponde à premissa de que a titularidade exclusiva da ação penal é privativa do Ministério Público, a quem cabe a análise do caderno policial, podendo discordar do resultado da investigação, promover o arquivamento ou a ela atribuir nova tipificação penal.

Por outro lado, o Projeto de Lei do Senado n. 156 (2009), que tem como fim a reforma do Código de Processo Penal, não contempla alterações substanciais que permitam ao Ministério Público a clara função de gestor da prova coletada na fase policial. Contrariamente, ainda competirá à Polícia a função de investigar diretamente, diante da notícia de prática delituosa, cabendo ao Ministério Público tomar ciência posterior da investigação, após remessa do boletim policial, uma vez que os artigos 26 e 31 do enunciado Projeto estabelecem:

Art. 26. A vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer ao delegado de polícia a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade.

Art. 31. O inquérito policial deve ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, estando o investigado solto.

§ 1º Decorrido o prazo previsto no *caput* deste artigo sem que a investigação tenha sido concluída, **o delegado de polícia comunicará as razões ao Ministério Público com o detalhamento das diligências faltantes, permanecendo os autos principais ou complementares na polícia judiciária para continuidade da investigação, salvo se houver requisição do órgão ministerial.**

§ 2º A comunicação de que trata o § 1º deste artigo será renovada a cada 30 (trinta) dias, **podendo o Ministério Público requisitar os autos a qualquer tempo.**

Diante disso, os mesmos entraves para a supervisão da prova de boa qualidade persistirão, não se instituindo, no Brasil, o direito adversarial nem a direção da investigação pelo Ministério Público e, da mesma forma, o projeto não contempla mecanismos de resolução alternativa de conflitos.

Grande desafio reside, pois, na mudança dessa realidade e mentalidade pelos operadores de direito. Segundo especialistas ouvidos pela rede jornalística BBC Brasil, há no país grande tendência de aumento de deputados estaduais e federais, integrantes das Polícias Civil e Militar, que manifestam objeção à diminuição de seus poderes como autoridades, já que “se organizam em bancadas para defender temas ligados à classe policial e para apoiar posições políticas comuns”¹⁰⁶. A notícia aponta que, em 2014, cinquenta e cinco policiais militares e civis conquistaram cadeiras nas assembleias estaduais e na câmara federal, valendo-se do clamor

106 (http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/10/141006_eleicoes2014_policiais_cc).

popular por mais atenção do Estado aos temas de segurança pública e de atuação policial mais robusta e enérgica no combate à criminalidade.

Por outro lado, é necessário que haja interação entre os trabalhos do Ministério Público e da Polícia como um primeiro caminho a se conquistar, a fim de se obter uma investigação eficiente e que resulte em prova de boa qualidade. De nada adianta que a Polícia tenha uma estrutura criminalística vasta e com vários setores voltados à apuração de delitos específicos, se não existe conhecimento pelo Ministério Público da dinâmica de trabalho adotada pelas equipes técnicas que compõe o complexo de perícias criminalísticas e o necessário diálogo, em tempo real, para o acompanhamento direto e gestão da prova, na fase preliminar da persecução penal.

A praxe atual dos promotores de justiça continua sendo a apreciação do caderno inquisitivo concluído, quando, então, haverá a decisão, sem maiores ilações quanto à qualidade da prova e tempos depois da prática do crime, quando a chama do suposto delito já se encontra debilitada, impossibilitando até mesmo a complementação da prova.

Assim, não menos desafiador é a busca pelo Ministério Público do conhecimento e do aprimoramento técnico de seus membros para que possa efetivamente direcionar a investigação criminal e supervisionar o trabalho da Polícia, a qual, a despeito de possuir uma complexa e satisfatória estrutura, subutiliza-a nas suas atividades rotineiras, eis que somente os inquéritos policiais que trazem maior destaque, normalmente pela imprensa ou causam evidente clamor, valem-se do uso da sua estrutura mais célere e efetiva.

4. A relação entre promotores e policiais como protagonistas no processo penal

Após vinte e nove anos de promulgação, poder-se-ia dizer que as instituições do Ministério Público e da Polícia continuam em construção, em razão dos objetivos estratégicos da Constituição, como preconizado em seu artigo 3¹⁰⁷. Sendo assim, a atuação prática essencial dessas instituições é transformar a realidade em que se encontram, pois essa é a verdadeira missão que o Ministério Público deve perseguir, a de um maior protagonismo na realização do Direito Penal, no tratamento do caso com

107 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

a vítima e na solução dos casos criminais, consoante o ditame constitucional do artigo 127¹⁰⁸.

É certo que os promotores e os policiais têm função protagonista no processo penal, mas quando se pensa o Estado Brasileiro em bases democráticas à luz da Carta Magna, observa-se que o sistema de justiça se desencaixou do modelo de Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689 (1941), inquisitorial, estritamente escrito e autoritário. Com isso, as instituições podem e devem ser resolutivas e eficientes, tudo em prol de uma atuação institucional transformadora e dialética.

A experiência latino-americana de reforma de seus códigos processuais penais demonstra que o Poder Judiciário não é mais órgão central do sistema de justiça. Nas atividades de coleta de provas e demais diligências, sob uma nova ordem de responsabilidades projetadas pela Constituição Federal, a Polícia continuará sendo o órgão que colaciona a prova de melhor qualidade, por estar em contato com a realidade e com a sociedade, no primeiro momento após a prática de um delito. Ao Ministério Público cabe a compreensão acerca da criminalidade, com amplas ferramentas para desenvolver suas atividades extrajudiciais e judiciais no processo penal, decidindo, no caso concreto, a busca pela persecução dos delitos nos quais se quer ter mais impacto e de maior importância para o combate institucional, após análise dos fatos de uma forma profunda, com uma atuação mais eficaz.

O modelo adotado pela Guatemala, na reforma constitucional de 1993/1994, e posteriormente na reforma de seu Código de Processo Penal, em que a direção da investigação cabe apenas ao Ministério Público, poderia ter o condão de inspirar a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, a fim de que ao Ministério Público sejam conferidos mecanismos de resolução alternativa de conflitos, com o término das relações processuais diretas entre a Polícia e o Poder Judiciário, para que tenha sempre a obrigatoriedade da intervenção ou do acatamento das posições ministeriais na investigação, passando, desta forma, a Polícia a ser mandatária da atividade investigativa, completamente supervisionada, em todas as suas fases, pelo Ministério Público.

A mudança para uma atuação aplicada no dia-a-dia se compreende com a importância que se dá mais ao fato de uma busca pela solução final e pelo foco na obtenção de resultados, isto é, partindo-se da premissa de que os procedimentos policiais são realizados para auxiliar o promotor de justiça

108 “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

para a tomada de decisões. Desse modo, o primordial desse protagonismo da Polícia é atender aos ditames das investigações, dentro de uma linha de orientação pré-determinada administrativamente pelo Ministério Público, a fim de se evitar delongas desnecessárias do feito, tal como é realizado no Chile, por exemplo.

De acordo com Berclaz (2017), se o Ministério Público não quer investigações inviáveis desde o seu início, como por exemplo, em casos de crimes contra o patrimônio sem perspectiva de êxito quanto à elucidação da autoria, melhor seria a recomendação ministerial no sentido de que essas situações investigatórias fossem remetidas imediatamente ao Ministério Público para viabilizar a promoção de arquivamento. Por outro lado, se as prioridades eleitas são a persecução penal envolvendo crimes contra a vida, crimes contra a dignidade sexual, entre outros, nada mais relevante que o Ministério Público deixe bem claro à Polícia, considerando o exercício de maior controle e direcionamento da investigação policial.

Noutro giro, o promotor de justiça, ao examinar o conteúdo do procedimento policial, encaminhado com provas de qualidade pela Polícia, deve realizar a tomada de decisão final: denúncia ou arquivamento. Com essa dinâmica adotada, a atribuição de controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público, no que tange à coleta de prova, nortear-se-á pela atividade policial criminal que objetiva ser a base eficiente para a tomada de decisão final à prática de um ilícito, bem como de promover ou não promover a restrição de direitos individuais por meio de uma ação penal.

Desse desafio de busca da solução final, no menor prazo possível, com informações de qualidade trazidas pela Polícia, cabe ao Ministério Público a postura de proatividade, ou seja, um olhar para fora, a fim de que suas ações tenham, teleologicamente, resolutividade no processo penal brasileiro, mediante a adesão dos promotores de justiça ao planejamento estratégico criminal, numa postura prática que exige ouvir mais da sociedade, trocar conhecimentos com a comunidade científica, priorizando o que é de fundamental importância no combate ao crime e à criminalidade organizada.

Para isso, sem quaisquer dúvidas, é preciso que o Ministério Público e a Polícia enfrentem esses novos desafios de um conteúdo democrático e transformador do processo penal com reformas estruturais, ultrapassando paradigmas e mentalidades estagnadas e que ainda se louvam nas normas penais da década de 1940, com intensa capacitação de seus membros, delegados e agentes públicos.

Torna-se essencial superar essas reformas estruturais com a mudança de mentalidade que adequa a postura do Ministério Público e da Polícia a essa nova atuação prática transformadora da realidade no processo penal brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988.

5. Considerações finais

A experiência chilena e a necessária mudança de mentalidade para a sua influência no sistema jurídico brasileiro permitem concluir que o grande desafio é implementar uma relação entre Ministério Público e Polícia voltada à coleta de prova de alta qualidade, que viabilizará e instrumentalizará a acusação, sem interferências políticas, vedando a prática de perseguição penal inquisitória.

A separação das funções do Ministério Público e da Polícia, longe de decorrer de corporativismo, é condição de existência do Estado Democrático de Direito, e de outra forma, a realização da atividade policial, sem a supervisão da direção da prova pelo Ministério Público, fere, por via indireta, a titularidade privativa do Ministério Público na perseguição penal e na tomada das decisões dentro de um planejamento estratégico criminal.

Portanto, a grande perspectiva da comparação com as reformas dos demais países do continente é desafiar a mudança de mentalidade, com intenso conhecimento e aprimoramento técnico dos membros do Ministério Público e dos agentes da Polícia, existindo uma maior interação entre as referidas Instituições, com mais diálogo e compreensão na delimitação das suas atividades.

Referências bibliográficas

BERCLAZ, M. S.. (2017). *Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a reforma processual Penal no Brasil: Um Ministério Público Sem Política de Perseguição Penal*. Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.

BRASIL (1871). *Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871*. (1871). Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente ano, que alterou diferentes disposições da Legislação Judicial Brasília. 1871. Recuperado em 09 dezembro 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM2033.htm

BRASIL (1941). *Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941* (1941). Código de Processo Penal. Brasília. 1941. Recuperado em 09 dezem-

- bro 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm
- BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. (1988). Brasília. Recuperado em 09 dezembro 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
- BRASIL (2009). *Projeto de Lei n. 156, de 2009* (2009). Reforma do Código de Processo Penal. Brasília. 2009. Recuperado em 09 dezembro 2017, de http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0C011AAAF350D1381062182149DAB1E8.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010
- BRASIL (2013). *Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília. 2013. Recuperado em 09 dezembro 2017, de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm
- FERNANDES, A. S. (2005). *Teoria Geral do procedimento e o procedimento no Processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GARAVANO, G. (2014). *Evaluación del impacto del nuevo Modelo de Gestión Fiscal del Ministerio Público de Guatemala*. Chile. 13. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA.
- GONÇALVES, L. C. dos S. (2007). *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum.
- ISHIDA, V. K.. (2017). *As Tendências do Direito Penal Moderno Alemão e sua “Real” Adequação ao Direito penal Brasileiro e ao Ministério Público - Temas Avançados do Ministério Público*. Bahia: Editora JusPodium.
- Lopes Jr., A. (2016). *Direito Processual Penal*. 13ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva.
- MACHADO, M. de T. (2008). *Proibições de excesso e proteção insuficiente no processo penal: as hipóteses de crimes sexuais contra a criança*. São Paulo: Verbatim.
- RANGEL, P. (2014). *Direito processual penal*. 22ª. Edição. São Paulo: Ed. Atlas.
- ROXIN, C. (1993). *El ministerio público en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (2001). *Acórdão do Recurso Especial 593727*, p. 02. Recuperado em 09 dezembro 2017, de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>

JUICIO ABREVIADO E EFICIÊNCIA PUNITIVA: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A INCORPORAÇÃO DO *PLEA BARGAINING* NO PROCESSO PENAL CHILENO

Jéssica Freitas¹⁰⁹

1. Introdução

A temática das reformas processuais penais, embora relevante, tem espaço ainda muito limitado nas discussões sobre processo penal no Brasil. O país não se inseriu em um contexto amplo de reformas latino-americanas que, desde a década de noventa, tem proposto a reformulação dos sistemas de justiça criminal a fim de adequá-los às experiências democráticas advindas após a queda de regimes ditatoriais.

Neste sentido, a proposta de difusão do conhecimento sobre o modelo reformado chileno é digna de atenção e promove um debate enriquecedor ao público brasileiro. Destaca-se, sobretudo, dois motivos de interesse: a profundidade e amplitude das reformas empreendidas, que superam, muito, a ambição esboçada no projeto de reforma do código de processo penal brasileiro¹¹⁰; e a proximidade do contexto histórico, político e social de ambos os países, sobretudo pela recente bagagem de períodos totalitários e a realidade periférica compartilhada.

Optou-se neste artigo por trazer uma abordagem crítica acerca de um elemento apontado como essencial à configuração do processo penal chileno, qual seja, a atuação estratégica e oportuna do ministério público. O recorte pretendido centra-se na análise de um procedimento de justiça negociada, nitidamente influenciado pelo *plea bargaining*, instituto próprio do direito norte-americano e anglo-saxão. Trata-se do procedimento

109 Mestra em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutoranda em Direito Processual Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais na linha de pesquisa “Garantias Processuais Penais”. Advogada criminalista.

110 PL 8.045/2010, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

abreviado, ou, na terminologia do código de processo penal chileno, *juicio abreviado*.

A escolha se justifica diante da difusão de modelos de justiça negociada em países de tradição jurídica continental-europeia, nos quais o processo penal se funda a partir do princípio da legalidade e da indisponibilidade da ação penal. O Brasil não é alheio a tal influência e tem incorporado espaços de consenso no ordenamento jurídico-penal, a exemplo da previsão da transação penal e suspensão condicional do processo, ambos na lei 9099/95. Mais recentemente, ganhou destaque o instituto da colaboração premiada, amplamente utilizado no âmbito da famosa “Operação Lava-jato”.

Todavia, o instituto que mais se assemelha ao *juicio abreviado* chileno é a barganha, inserida no projeto de reforma do código de processo penal. Por isso, a eleição do presente tema tem por objetivo subsidiar as discussões acerca desse procedimento e seu eventual ajustamento ao processo penal brasileiro.

Para tanto, será realizada uma abordagem inicial sobre conceitos fundamentais à discussão do tema, como sistema acusatório, princípio da oportunidade e legalidade; seguida de um breve – e reconhecidamente limitado – estudo crítico sobre o *plea bargaining* e o procedimento abreviado no processo penal chileno, relacionando-os à hipótese de aumento da capacidade punitiva do Estado a partir da introdução dos procedimentos simplificados e abreviados.

2. Processo acusatório, adversarial e o embate entre legalidade e oportunidade

A principal bandeira dos processos de reforma da justiça penal na América Latina é a necessidade de abandonar práticas inquisitoriais e adequar o processo penal a um modelo compatível com a nova experiência democrática. Para tanto, sustenta-se a imperiosidade de uma “vigência ampla do princípio acusatório”, que se estrutura a partir de uma “separação absoluta entre o juiz (imparcial) e um acusador responsável” (Binder, 1996, p. 129).

Máximo Langer (2007), ao tratar de um eixo comum das reformas em diversos países da América Latina, aponta a existência de um movimento de mudança de um sistema inquisitivo para um “acusatório ou adversarial”.

O que se observa é um uso indistinto dos termos “acusatório” ou “adversarial” para designar os modelos reformados ou aspirantes a reformas de

natureza anti-inquisitoriais. Por sua vez, o processo acusatório/adversarial, estaria assentado sobre o princípio da oportunidade que, segundo Binder (2017, p. 150), consiste em um “conjunto de regras que flexibilizam as obrigações de exercer a ação pública e sua indisponibilidade”¹¹¹. Em contraposição, o princípio da legalidade, tendencialmente associado a modelos inquisitórios, é conceituado como “a automática e inevitável reação do Estado, através de órgãos pré-estabelecidos (geralmente a polícia ou o ministério público) que, frente a hipóteses de cometimento de fatos delituosos (de ação pública), se apresente ante os órgãos jurisdicionais reclamando investigação, julgamento e, se for o caso, o castigo” (Martinez, 2002, p. 518). Em síntese, o Estado deve apurar todos os fatos aparentemente criminosos, julgar e, se for caso, punir, não cabendo aos órgãos de persecução criminal juízos de conveniência e oportunidade sobre tais procedimentos.

Sem alongar a discussão, o que se pretende destacar é que não existe uma vinculação necessária e indissociável entre processo acusatório e princípio da oportunidade. Conforme exposto por Goldschmit (2016), a decisão sobre a configuração acusatória ou inquisitiva do processo não conduz precisamente a uma decisão sobre a opção pelo princípio da legalidade ou oportunidade. Para o autor, “o princípio da oportunidade não é de nenhuma maneira uma consequência ou um incremento do princípio acusatório” (Goldschmit, 2016, p. 82).

Também neste sentido, Armenta Deu (2014), ao estudar os processos de reforma da justiça penal na Europa e América Latina, formula três perguntas: existem diretrizes para a configuração do processo penal conforme as exigências de um Estado de Direito? Os princípios processuais que informam os procedimentos criminais atualmente são igualmente necessários para tal fim? Quais são as áreas – os princípios – que, longe de serem essenciais, pertencem ao quadro da mera opção de política criminal?

A autora sustenta que da resposta a essas perguntas deveria surgir um elenco de princípios inegociáveis (e irrenunciáveis, evidentemente) e outros que, a partir de condicionamentos históricos, culturais, sociais e econômicos próprios de cada país podem ser objeto de diferentes opções político-criminais (Armenta Deu, 2014). Neste último caso, tem-se duas condicionantes que devem ser previamente consideradas, quais sejam, a

111 Segundo o autor, uma das mais importantes características de todo o processo de reforma da justiça penal na América Latina “é a ruptura do modelo rígido vinculado, sobretudo, à obrigatoriedade do exercício da ação penal, a um projeto também rígido do próprio sistema da ação pública e à feitura de novas regras mais flexíveis que, em termos gerais, conhecemos como regras de discricionariedade – ponto fundado, ao menos conceitualmente, num nem sempre claro ‘princípio da oportunidade’”. P. 149.

natureza do direito substantivo e o marco normativo básico, consistente nas normas internacionais (tratados e pactos de direitos humanos ratificados pelo país) e constitucionais (Armenta Deu, 2014).

Conclui Armenta Deu (2014) que o sistema acusatório, enquanto oposição a um modelo inquisitivo, se propõe a salvaguardar: o princípio da igualdade; o princípio da audiência e contradição; o direito de defesa e suas garantias (ser informado da acusação, não declarar contra si mesmo e a assistência letrada ou a autodefesa); o princípio acusatório e seus epígonos (necessidade de existência de uma ação, exigência de correlação entre acusação e sentença e proibição da *reformatio in peius*); a presunção de inocência; a dupla instância penal; a oralidade; imediação; e publicidade. Por outro lado, na seara das opções político-criminais, figuram “o grau de acolhimento dos princípios da legalidade e oportunidade; a atribuição das funções instrutoras ou investigadoras (ministério público, polícia, imparcialidade, etc); e a busca da verdade material ou a consensualidade e sua relação com a realização da justiça” (Armenta Deu, 2014).

Assim, a opção por um processo acusatório pode – ou não – implicar na adoção de institutos de justiça negociada, devendo tal opção se lastrear nas características próprias da regulação constitucional de cada país, levando-se em consideração, também, as repercussões práticas da adoção de tais institutos.

No contexto das reformas empreendidas na justiça criminal chilena, as saídas alternativas e procedimentos simplificados – manifestações concretas do princípio da oportunidade – são tidos como instrumentos indispensáveis à operacionalidade do sistema. Segundo González Postigo (2017, p. 32), a construção dos sistemas adversariais a partir do princípio da oportunidade tem por escopo “advertir que existem casos de diversa entidade e que devem ser tomadas decisões político-criminais em relação aos conflitos que serão selecionados pelas instituições encarregadas da persecução”. Pretende-se, assim, “racionalizar a gestão da conflitividade por parte do Ministério Público enquanto lhe for permitido concentrar seus esforços naqueles casos de maior conotação” (González Postigo, 2017, p. 32).

Astrain (2009, p. 247) ressalta que o procedimento abreviado é um dos meios eleitos pelo legislador chileno para “maximizar os critérios de eficiência e gestão na persecução penal pública”. Consiste, segundo Riego, em um mecanismo alternativo ao juízo oral, “com a finalidade de evitar a realização do juízo [oral] em uma alta porcentagem dos casos, buscando alcançar sentenças de modo rápido e econômico, com o fim de tornar

viável a reforma em termos de quantidade de recursos necessários para sua implementação” (Riego *apud* Astrain, 2009, p. 248).

Trata-se, portanto, de uma escolha pragmática, que leva em consideração a capacidade operacional do sistema, o montante de recursos financeiros e pessoais disponíveis e as finalidades políticas a ele atribuídas. Não se pretende, com isso, desmerecer a opção chilena ou considera-la, de antemão, inadequada. Objetiva-se, na verdade, alertar o jurista brasileiro que a justiça negociada se trata de uma das opções possíveis dentro de um contexto de implementação do sistema acusatório, e não, como muitas vezes afirmado, um elemento inerente e imprescindível à configuração de tal sistema.

Apresentadas tais considerações prévias, importantes para a compreensão do tema submetido a estudo, passa-se à análise do procedimento abreviado no processo penal chileno.

3. *Plea bargaining*, *juicio abreviado* e a eficiência punitivista

A análise do procedimento abreviado chileno, tal como regulado nos artigos 406 a 415 do código de processo penal, revela uma busca de conciliação entre um modelo negocial, aos moldes do *plea bargaining* norte-americano, mas receoso de se afastar totalmente do princípio da legalidade estruturante dos modelos de orientação continental-europeia (*civil law*).

Foram apresentadas anteriormente as justificações apresentadas para a opção por uma justiça criminal assentada no princípio da oportunidade, que viabiliza espaços de negociação e consenso. Para melhor compreensão do tema, é importante trazer algumas das principais críticas dirigidas a este modelo, especialmente relacionadas ao incremento do poder punitivo do Estado

Não são poucos os autores que desaprovam as possibilidades de negociação no processo penal e, em especial, ao *plea bargaining*. Córdoba e Terán (2013, p. 129)), apontam que o instituto, de tradição norte-americana, tem por fundamento uma natureza economicista, que exclui o juiz do conflito e o coloca nas mãos de particulares, conduzindo à privatização do processo penal e à construção de um modelo “de sede acusatória, porém materialmente inquisitivo”. Os autores citam Zaffaroni para quem, dadas as características próprias da região [América Latina] as propostas de implementação do *plea bargaining* “não levariam mais que a um processo penal destinado à rápida e barata condenação de pobres, perfeita-

mente compatível com o modelo econômico incompatível com a dignidade da pessoa” (Zaffroni e Carranza apud Córdoba e Terán, 2013, p. 127).

Ao analisar o procedimento abreviado trazido para as reformas latino-americanas por influência do modelo dos Estados Unidos, Alberto Bovino (2008, p. 534) alerta que “os estadunidenses estruturaram um sistema que simplifica o procedimento (evitando o juízo) altamente eficiente para obter condenações” e, não sem razão, “é hoje o país com a taxa mais elevada de população carcerária”.

É certo que o modelo chileno apresenta uma formulação legal que permite maiores formas de controle sobre a legalidade e legitimidade do acordo entabulado entre as partes. Neste aspecto, destaca-se uma regulação mais precisa sobre as hipóteses de cabimento do *juicio abreviado*, e, sobretudo, a previsão de um *standart* probatório que, se não alcançado, autoriza o juiz a proferir sentença absolutória mesmo quando o imputado assume a responsabilidade pelos fatos a ele atribuídos pelo órgão acusador.

Sobre o primeiro ponto, o artigo 406 do código de processo penal chileno estabelece as hipóteses em que é cabível o procedimento abreviado, vinculando-o à pena requerida pelo ministério público em determinado caso concreto¹¹² (em regra, pena máxima não superior a cinco anos). Caso entenda que os antecedentes de investigação não são suficientes, que a pena requerida pelo ministério público não está de acordo com os requisitos do procedimento, que a confissão não foi prestada com conhecimento dos direitos, livre e voluntariamente, o juiz deve indeferir a solicitação de procedimento abreviado e ditar o “auto de abertura do juízo oral” (artigo 410).

O mesmo artigo 410 traz uma previsão importante para evitar que o acordo não aceite pelo juiz produza efeitos desfavoráveis ao imputado: caso

112 Artículo 406.- Presupuestos del procedimiento abreviado. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo ; no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas.

Para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

La existencia de varios acusados o la atribución de varios delitos a un mismo acusado no impedirá la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurren los presupuestos señalados en este artículo.

determinado o encaminhamento ao juízo oral, serão tido como não existentes “a aceitação dos fatos por parte do acusado e a aceitação dos antecedentes referidos no segundo parágrafo do artigo 406”. Para garantir que a confissão não influencie o julgamento realizado perante o juízo oral, o juiz de garantias deve proceder para que “todos os antecedentes relacionados à abordagem, discussão e resolução do pedido para prosseguir de acordo com o procedimento abreviado sejam eliminados do registro.”.

Questão interessante refere-se à possibilidade de o juiz de garantias proferir sentença absolutória mesmo diante da aceitação da culpabilidade pelo imputado. O artigo 412 do código de processo penal chileno prevê que, terminados os debates, o juiz proferirá sentença que, caso seja condenatória, não poderá impor uma pena superior nem mais desfavorável do que aquela requerida pelo ministério público ou querelante. Estabelece, ainda, que a sentença condenatória não poderá se apoiar exclusivamente na aceitação dos fatos por parte do imputado.

O artigo 413 trata dos elementos que devem estar presentes na sentença proferida, dentre os quais se inclui, na alínea “e”, “a resolução de condenar ou absolver o acusado”. A lei, portanto, não deixa dúvidas sobre a possibilidade concreta de o juiz proferir sentença absolutória neste momento processual. Neste sentido, Falcone Salas (*apud* Astrain, 2009) aponta que uma distinção essencial entre o procedimento abreviado, regulado no código de processo penal chileno, e o modelo do *plea bargaining* norte-americano reside no fato de o juiz de garantia não se limitar unicamente a aprovar o acordo formulado entre as partes, sendo-lhe reservada efetiva função jurisdicional.

Porém, não há clareza sobre os estandartes probatórios, ou seja, o que deve ser considerado pelo juiz para fins de formar seu convencimento sobre a justeza da imputação. A dúvida se fortalece diante do conteúdo do artigo 410 do CPP chileno, segundo o qual o juiz aceitará a solicitação do promotor e do imputado para realização do procedimento abreviado quando verificar a suficiência dos “antecedentes da investigação” para se proceder de acordo com este procedimento; que a pena solicitada pelo ministério público está de acordo com os limites previstos na lei para tanto; e que o acusado celebrou o acordo tendo conhecimento de seus direitos, de forma livre e voluntária. Caso contrário, a solicitação do procedimento abreviado será rejeitada e o caso encaminhado ao juízo oral.

Vê-se que o dispositivo estabelece uma espécie de “juízo de admissibilidade” do procedimento abreviado, com requisitos que devem ser apreciados pelo juiz de garantias para decidir sobre a adequação do rito solicitado. Destaca-se, neste ponto, a avaliação dos “antecedentes da investigação”,

ou seja, os elementos de informação colhidos até então pelo ministério público e que subsidiam a imputação realizada em desfavor do imputado. Apenas após avaliar a suficiência dos antecedentes da investigação, e em conjugação com os demais requisitos necessários, que se dará início ao procedimento abreviado.

Segundo Astrain (2009), a avaliação prévia dos antecedentes de investigação não constava na redação primitiva do projeto do código de processo penal, tendo sido incorporada pelo Senado para evitar a transação em situações nas quais a investigação realizada pelo ministério público tenha sido insuficiente mesmo para formular a imputação. É inevitável traçar um paralelismo com a previsão do artigo 395, inciso III, do código de processo penal brasileiro, que inclui a justa causa como condição necessária ao recebimento da denúncia. Em ambos os casos, o objetivo parece ser o mesmo: evitar acusações infundadas. Na hipótese chilena, a acusação infundada se reveste de maior gravidade diante da potencialidade da asunção de culpa sem instrução probatória.

A questão que se coloca é a seguinte: se os antecedentes da investigação já são previamente considerados pelo juiz para decidir sobre a viabilidade do procedimento abreviado; e se não há instrução probatória, sendo certo que, a princípio, a informação relevante a ser acrescida ao conteúdo da investigação é a aceitação dos fatos pelo imputado; em qual hipótese, concretamente, poderá ser proferida uma sentença absolutória?

Não é crível que, após avaliar que os antecedentes informados pelo ministério público são suficientes para estabelecer a existência do fato e a participação do acusado, somando-se à confissão, o mesmo juiz absolverá o imputado, por exemplo, sob o fundamento de uma dúvida razoável.

As estatísticas apresentadas pelo Ministério Público chileno parecem reforçar o argumento aqui esboçado. A tabela abaixo demonstra a quantidade e a natureza das respostas que levaram ao encerramento de casos penais entre janeiro e setembro de 2017¹¹³:

113Ministerio Público de Chile (2017). *Boletín Estadístico III trimestre*: enero – septiembre. Tabla nº 6: Términos aplicados por tipo de imputado. Disponível em: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. Acesso em 07 de dezembro de 2017.

TIPO DE TÉRMINOS ¹¹⁴	IMPUTACION ¹¹⁵				
	Imputado conocido (IC)	% Conocido	Imputado Desconocido (ID)	% Desconocido	Total
SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	157.264	27,71%	0	0,00%	157.264
SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA	14.870	2,62%	0	0,00%	14.870
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO	36.340	6,40%	5.438	1,06%	41.778
SOBRESEIMIENTO TEMPORAL	6.681	1,17%	0	0,00%	6.681
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO	72.656	12,80%	0	0,00%	72.656
SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO 240	35.348	6,23%	4	0,00%	35.352
ACUERDO REPARADORO	26.039	4,59%	0	0,00%	26.039
FACULTAD PARA NO INVESTIGAR	42.136	7,46%	61.863	12,04%	104.000
SUBTOTAL POR SALIDA JUDICIAL	391.526	68,99%	67.305	13,19%	458.832
ARCHIVO PROVISIONAL	103.158	18,18%	415.627	80,92%	518.785
DECISION DE NO PERSEGUIR	33.326	5,89%	6.036	1,17%	39.362
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	35.735	6,30%	23.063	4,49%	58.798
INCOMPETENCIA	3.163	0,56%	1.126	0,22%	4.289
SUBTOTAL POR SALIDA NO JUDICIAL	175.532	31,01%	446.572	86,80%	622.104
ANULACION ADMINISTRATIVA	1.296	0,00%	795	0,00%	2.091
AGRUPACION A OTRO CASO	26.340	0,00%	29.615	0,00%	55.955
OTRAS CAUSALES DE TERMINO	1.263	0,00%	273	0,00%	1.536
OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN	1.573	0,00%	1	0,00%	1.574
SUBTOTAL POR OTROS TERMINOS	36.474	6,69%	36.694	7,19%	73.168
TOTAL NACIONAL	597.976	100,00%	544.561	100,00%	1.142.537

Vê-se que, segundo dados do Ministério Público, foram encerrados 1.142.537 (um milhão, cento e quarenta e dois quinhentos e trinta e sete) casos entre janeiro e setembro de 2017. Destes, 458.825 (quatrocentos e cinquenta e oito mil oitocentos e vinte e cinco) culminaram em alguma saída judicial. 157.264 (cento e cinquenta e sete mil duzentos e sessenta e quatro) resultaram em sentença condenatória e 14.870 (quatorze mil oitocentos e setenta) em sentença absolutória.

Os dados já indicam que a quantidade de casos submetidos a juízo é inferior à quantidade de encerramentos através de saídas não judiciais. Dentre os casos judicializados, menos de 50% (cinquenta por cento) são encerrados por meio de uma sentença definitiva, condenatória ou absolutória. Ainda assim, a quantidade de sentenças condenatórias é cerca de dez vezes maior que de absolutórias.

Convém esclarecer que as sentenças definitivas podem ser proferidas em três momentos processuais distintos: procedimento simplificado¹¹⁴; procedimento abreviado; e juízo oral. A seguinte tabela mostra a excepcionalidade do juízo oral para encerramento dos casos penais¹¹⁵:

114 “É o procedimento aplicável ao julgamento de faltas (delitos leves, que somente acarretam penas de multa ou de prisão até 60 dias) e de alguns delitos simples (delitos de baixa ou média gravidade), para os quais o promotor solicita a imposição de uma pena que não exceda 540 dias de privação de liberdade. É um verdadeiro julgamento oral, mas que acontece diretamente frente ao Juiz de Garantia.”. CEJA. Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal. Etapa internacional: Santiago, Chile. Material de apoio.

115 Ministério Público de Chile (2017). *Boletín Estadístico III trimestre*: enero – septiembre. Tabla nº 8: Juicios orales realizados por región. Disponível em: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. Acesso em 07 de dezembro de 2017.

REGIÓN	JUICIOS ORALES ²¹		CONDENATORIA		ABSOLUTORIA	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%
I	551	6,90%	476	86,39%	75	13,61%
II	342	4,38%	268	78,36%	74	21,64%
III	211	2,64%	169	80,09%	42	19,91%
IV	414	5,18%	277	66,91%	137	33,09%
V	1.135	14,21%	831	73,22%	304	26,78%
VI	421	5,27%	314	74,58%	107	25,42%
VII	487	6,10%	400	82,14%	87	17,86%
VIII	725	9,08%	442	60,97%	283	39,03%
IX	289	3,62%	219	75,78%	70	24,22%
X	222	2,78%	183	82,43%	39	17,57%
XI	73	0,91%	61	83,56%	12	16,44%
XII	94	1,18%	87	92,55%	7	7,45%
XIII	150	1,88%	124	82,67%	26	17,33%
XIV	229	2,88%	198	86,46%	30	13,54%
RM CENTRO NORTE	1.007	12,61%	722	71,70%	285	28,30%
RM ORIENTE	654	8,19%	457	69,88%	197	30,12%
RM OCCIDENTE	525	6,57%	354	67,43%	171	32,57%
RM SUR	459	5,75%	344	74,95%	115	25,05%
TOTAL NACIONAL	7.867	100,00%	5.926	74,29%	2.041	25,89%

²¹ Casos con a lo menos un juicio oral.

Nota : Corresponde a los juicios orales con sentencias (con procedimiento de término ordinario) realizadas en el año en curso.

Fuente : Información obtenida del SAF.

Recapitulando os dados anteriores, entre 01 de janeiro e 29 de setembro de 2017, foram encerrados 1.142.537 (um milhão cento e quarenta e dois mil quinhentos e trinta e sete) casos penais. Destes, 458.825 (quatrocentos e cinquenta e oito mil oitocentos e vinte e cinco) foram resolvidos a partir de “saídas judiciais”, sendo que foram proferidas 172.134 (cento e setenta e dois mil cento e trinta e quatro) sentenças de mérito. Porém, apenas 7.987 (sete mil novecentos e oitenta e sete) sentenças foram proferidas em sede de juízo oral, evidenciando a supremacia das formas “alternativas” de resolução dos conflitos penais.

Por fim, merecem atenção os dados sobre o número de condenações proferidas em casos resolvidos a partir de saídas judiciais distintas do juízo oral. No período analisado, foram prolatadas 157.264 (cento e cinquenta e sete mil duzentos e sessenta e quatro) sentenças condenatórias, das quais apenas 5.926 (cinco mil novecentas e vinte e seis) foram decorrentes de um juízo oral (cerca de 3,7%). Logo, aproximadamente 97% (noventa e sete por cento) das sentenças condenatórias foram prolatadas em sede de juízo simplificado e/ou abreviado.

Logo, não é difícil perceber que a hipótese de absolvição no procedimento abreviado, embora prevista em lei, parece ser muito restrita, minando essa distinção entre o modelo negocial chileno e o norte-americano. Reforça-se, então, o argumento segundo o qual as negociações voltadas à obtenção de uma declaração de culpa (*plea of guilty*), são um caminho mais curto e econômico para se lograr condenações, reforçando, assim, o poder punitivo estatal.

4. Conclusão

No presente artigo, desenvolveu-se um breve estudo crítico acerca o *juicio abreviado* previsto na legislação processual penal chilena como instrumento hábil para se garantir a eficiência do sistema de justiça criminal.

Referido procedimento aproxima-se do *plea bargaining*, instituto originário do direito norte-americano e anglo-saxão, cujo processo penal é regido pelo princípio da oportunidade – em contraposição ao princípio da legalidade (ou obrigatoriedade) que é a base do processo penal nos países influenciados pelo sistema da *civil law*.

Pretendeu-se demonstrar que o discurso de eficiência do sistema de justiça criminal, que é apontado como argumento central para legitimação dos modelos de justiça negociada, é perigoso na medida em que pode ser compreendido como uma eficiência punitivista – encerrar processos criminais com uma decisão condenatória no menor tempo e com o menor custo possível.

Não se poderia ignorar as diferenças entre os acordos nos modelos de *common law* e o *juicio abreviado* regulado no código de processo penal chileno. Neste procedimento, o legislador mesclou o princípio da oportunidade com alguns elementos típicos de modelos de legalidade, preocupando-se, ainda, em não subtrair do juiz o poder jurisdicional. Certamente, tal cuidado de faz presente em razão de um passado autoritário não tão longínquo, que faz lembrar sobre a necessidade de se evitar poderes excessivos e concentrados nas mãos de um mesmo órgão público.

Porém, conforme se pretendeu explicitar, os mecanismos de controle introduzidos na regulação legal do procedimento abreviado – como restrição das hipóteses de cabimento, controle de admissibilidade realizado pelo juiz e possibilidade de absolvição do imputado – parecem insuficientes para frear o alto número de condenações, na medida em que, conforme se verifica dos dados estatísticos divulgado pelo Ministério Público do Chile, apenas cerca de 3,7% (três vírgula sete por cento) das sentenças condenatórias proferidas entre janeiro e setembro de 2017 se deram em sede de júízo oral.

Por fim, e tendo em vista a finalidade específica de contribuir para o processo de reforma da justiça criminal brasileira, entende-se que a ampliação dos modelos de justiça negocial – já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo dos institutos da transação penal e da delação premiada – podem incrementar alguns graves problemas conhecidos no cenário brasileiro, como a seletividade do sistema penal, a dispari-

dade de armas entre acusação e defesa, a baixa qualidade das decisões e, sobretudo, o encarceramento massivo e em condições degradantes.

Deve-se ter em vista as características próprias da conjuntura brasileira, na qual a justiça criminal tem ocupado um papel de destaque nem sempre desejável. A cultura autoritária e a mentalidade inquisitória, reiteradamente alertadas pelos autores críticos do processo penal brasileiro, assolam as diversas instituições, dentre as quais se destaca o poder judiciário e o ministério público. Por isso, é importante toda cautela ao implementar institutos que tendem a aumentar o espaço de discricionariedade desses poderes, em especial do ministério público, como é o caso das concretizações do princípio da oportunidade.

Referências bibliográficas

- ARMENTA DEU, T. (2014). *Estudios de Justicia Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- ASTRAIN, J. S. (2009). *Problemas del proceso penal: investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Santiago: Librotecnia.
- BINDER, A. (2017). *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito.
- BINDER, A. (1996). *Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*. Disponível em: <http://inecip.org/documentos/diez-tesis-sobre-la-reforma-de-la-justicia-penal/>. Acesso em 04 de outubro de 2017.
- BOVINO, A. (2008). Simplificación del procedimiento y “juicio abreviado”. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 4, 8A.
- CEJA. (2017). *Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal*. Etapa internacional: Santiago, Chile. Material de apoio.
- CÓRDOBA, L. M. M. & TERÁN, S. J. C. (2013). ¿La Justicia Penal para la economía?. In Machado, Bruno Amaral [coord.]. *Justiça Criminal e Democracia*. São Paulo: Marcial Pons, p. 119-136.
- GOLDSCHMIDT, J. (2016). *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- GONZÁLEZ POSTIGO, L. (2017). Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. In González

- Postigo, Leonel [dir]. *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: CEJA.
- LANGER, M. (2007). *Revolución en el proceso penal latino-americano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago: CEJA.
- MARTÍNEZ, S. (2002). Algunas cuestiones en torno a los principios de la legalidad y oportunidad. *Cuadernos de doctrina y JURISPRUDENCIA PENAL*. BUENOS AIRES, V. 8, Nº 14, P. 513-531.
- MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. (2017). *Boletín Estadístico III trimestre: enero – septiembre*. Disponível em: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. Acesso em 07 de dezembro de 2017.

PROCEDIMENTOS ABREVIADOS E DE NEGOCIAÇÃO PENAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE UM MODELO ADVERSARIAL DE PROCESSO: OS RISCOS DA CULTURA INQUISITIVA E DAS ASPIRAÇÕES NEOLIBERAIS DE EFICIÊNCIA

Lucas P. Carapiá Rios¹¹⁶

1. Introdução

É cada vez mais próxima da realidade brasileira a transformação do modelo de processo penal, que terá em destacada importância a inserção / ampliação de mecanismos negociais, frequentemente, com abreviação de procedimentos. No particular, embora entenda-se a adoção de um processo mais negocial como medida inevitável no contexto de transição do modelo inquisitivo para o adversarial, imagina-se que a criação dos institutos jurídicos correspondentes, com a prevalência da confissão em detrimento da produção de provas materiais, possui um perigoso potencial de instrumentalização excessiva do processo penal, possibilitando o surgimento de uma eficiência antigarantista e de reprodução das ideologias autoritárias dominantes.

Assim é que se revela importante investigar, ainda que sem pretensões exaurientes, como ocorreu o processo de transição procedimental em alguns países a partir da introdução de mecanismos negociais e de abreviação de procedimentos, bem como a utilização de audiências “preli-

¹¹⁶ Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Possui Pós-Graduação em Ciências Criminais e Pós-Graduação em Direito do Estado. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. É Advogado Criminalista, Professor de Direito Processual Penal do Centro Universitário Jorge Amado (UNIJORGE) e Professor Convidado de Cursos de Pós-Graduação em Ciências Criminais. É também Membro do Conselho Consultivo e Coordenador do Departamento de Publicações do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP).

minares” criadas como forma de filtro e calcadas na produção de uma verdade não demonstrada materialmente. O objetivo principal é observar como essa dinâmica se dá num ambiente de reforma de um modelo inquisitivo para o adversarial e se o fundamento da instrumentalização da resposta, como estratégia de política criminal para viabilizar um modelo culminante em audiências de produção de prova integralmente oral, é compatível com os preceitos de um processo penal democrático. Ademais, tendo em conta a alta penetração de uma perspectiva inquisitiva na cultura brasileira, cabe perquirir / alertar sobre a influência antidemocrática que isso pode ter na ampliação de mecanismos negociais no sistema de Justiça Criminal do país, movida exclusivamente pela racionalidade da imediata retribuição.

Com efeito, propõe-se avaliar de maneira não específica a presença dos mecanismos alternativos ao processo penal tradicional e sua relação com a reforma até um modelo acusatório / adversarial. Ademais, buscando uma das origens mais influentes dos mecanismos negociais, será importante entender a dinâmica de funcionamento e respectivos institutos adotados por ocasião do *plea bargaining* do modelo estadunidense, visando preparar as bases para uma crítica da utilização da lógica meramente utilitarista na aplicação de um modelo negocial de processo penal. Por conseguinte, ao analisar a experiência brasileira com a introdução, na década de 90, dos institutos negociais reservados às infrações de menor potencial ofensivo, será possível projetar como a Lei dos Juizados Especiais Criminais foi usada no país a serviço da razão penal moderna, deturpando os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo e ampliando a intervenção punitiva nas relações cotidianas sem substituir as intervenções não negociais. Diante de tudo isso, revela-se como a cultura inquisitiva e a lógica exclusivamente utilitarista podem ser os principais obstáculos à adequada ampliação dos elementos de negociação penal no Brasil.

2. Análise sobre a introdução das “saídas alternativas” como etapa para consolidação do modelo acusatório / adversarial de processo penal

Tratando acerca das reformas dos modelos processuais e respectivos códigos nos países da América Latina, Leonel González e Gonzalo Rua (2017) discorrem sobre a eclosão de um cenário de “alternatividade”, em relação aos modelos tradicionais de processo penal, e a respectiva consolidação gradativa de modelos de resolução “diversa” de conflitos, assim como de cumprimento diferenciado e/ou suspensões condicionadas de penas. Em

relação às chamadas “alternativas ao processo penal”¹¹⁷, Rua e González (2017, p. 99) apontam que na maioria dos Códigos recentemente implementados na América Latina adotou-se compromisso declarado com uma maior eficiência e produtividade do sistema, destaque-se, sob a perspectiva dos jurisdicionados, especialmente vítimas e outros sujeitos afetados pelo delito. Como instrumentos, os mecanismos alternativos (ou diversos), portanto, buscaram a obtenção de respostas mais rápidas do que aquelas que decorreriam dos procedimentos tradicionais, tentando dar conta de toda a complexidade e aumento massivo da quantidade de casos penais submetidos à apreciação da Justiça.

Na mesma direção, ao tratar sobre o processo penal alemão e tentando contribuir para a reforma do Código de Processo Penal Espanhol, Bernd Schünemann (2005, p. 9) aquiesce com a ideia de esgotamento do modelo de processo liberal, desenvolvido no Século XIX, especialmente diante de uma massiva, contemporânea e complexa nova criminalidade. Por consequência, igualmente sustenta que o ideal daquele procedimento no sentido de ampla produção probatória, diante de um juízo oral e público, não se pode mais alcançar em todos os casos, considerando “la enorme cantidad total de delitos en la práctica de los tribunales”. Com isso, mesmo que clamando por critérios de limitação das possibilidades de acordo e preservação de direitos do imputado, ratifica a legitimidade de mecanismos negociais de solução de conflitos na esfera penal.

Outro aspecto também levantado por González e Rua (2017, p. 101) relaciona-se com a análise do princípio da obrigatoriedade que, se consi-

117É relevante pontuar que a noção de alternatividade leva em conta as referências tradicionais do processo penal liberal, gestado no final do século XVIII e desenvolvido no XIX. Nesse cenário de negação do caráter “processual” aos mecanismos “diversos” e considerando todo o ambiente de intolerância e desprestígio das liberdades democráticas no Brasil, talvez alimentemos uma nova faceta da esquerda punitiva, já apontada na década de 90 por Maria Lúcia Karam, ao relegarmos a esses mecanismos diversos de solução de conflitos (*salidas alternativas*) o signo de alternatividade ao processo amplamente considerado. Não me quedo confortável com a (in)conveniente satisfação de que a maioria dos casos será direcionada a uma solução (chamada de alternativa) tida como de importância secundária e que, portanto, não mereceria a atenção dos “cientistas” do processo penal. Veja-se o que tem ocorrido no Brasil, por exemplo, com o Instituto da Delação Premiada e previsões meramente regimentais (ilegais e inconstitucionais) de “acordos de não persecução penal” (art.18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público), que encontram terreno fértil, crescem e se desenvolvem justamente na carência das estruturas limitadoras e pretensamente garantistas do processo penal de base liberal. Não se pretende, por óbvio, que essas novas estruturas processuais (diversas calcadas na negociação) sejam iguais às do processo tradicional (lastreado no conflito), mas que sejam delineadas limitações ao afastamento de determinados preceitos fundamentais que, por seu turno, sedimentam bases mínimas de preservação dos direitos individuais. Com efeito, tal alternatividade deve ser pensada, para fins dessa leitura, em relação ao padrão de amplo contraditório, com produção exauriente de provas em audiência, realizada em juízo oral e público.

derada a adoção de um modelo mais aberto aos mecanismos negociais, precisaria dar lugar ao princípio da oportunidade. Nessa ótica, deverá ser outorgando ao Ministério Público um conjunto de faculdades discricionárias para que se possa “tomar decisões político criminais” a fim de decidir se vai investigar ou adotar “saídas alternativas”.

3. *A questão da conflitividade social e a necessária separação entre as categorias de mecanismos processuais alternativos ao modelo tradicional*

É cediço que a intervenção punitiva tradicional não se preocupa em adotar medidas que atendam às peculiaridades de cada caso real, deixando de aprofundar-se na compreensão do conflito intersubjetivo que deu origem a todo o imbróglio na esfera judicial. “Entender o crime a partir do conflito primário implica assumir que o mais importante será dar atenção ao dano ou dor gerada à vítima” (Rua e González, 2017). A melhor compreensão do conflito intersubjetivo e a variação no oferecimento de respostas são, indubitavelmente, perspectivas qualificadoras da intervenção penal, aproximando-se, aliás, das lições apresentadas pela Justiça Restaurativa. Tal perspectiva se revela importantíssima no âmbito das ciências criminais, em especial por destacar a insuficiência da intervenção penal tradicionalmente centrada no oferecimento de respostas padronizadas, prévia e abstratamente previstas na lei. Propõe-se o deslocamento desse olhar, migrando-se do mero exercício de subsunções e aplicação categórica de penas para uma melhor avaliação do conflito interpessoal que gerou o ilícito. Essa alteração de foco é a mola propulsora para o oferecimento de respostas mais adequadas a cada caso concreto, de modo a robustecer a pluralidade típica da democracia e promover uma adaptação social mais estreita e eficaz para lidar com os problemas do seu tempo. A respeito do tema, aliás, Edmundo S. Hendler¹¹⁸ (1995) também esclarece que, na história da cultura do ocidente, um modelo processual em que a solução do conflito não integre as preocupações da resposta penal, remonta às origens do sistema inquisitivo. Esse é, portanto, um pressuposto teórico legitimador da necessidade de criação de mecanismos diversos de solução do conflito penal, com a conseqüente reforma dos institutos processuais e estrutura de funcionamento do sistema de Justiça Criminal, como etapa necessária no fluxo de transição do modelo inquisitivo para o adversarial.

A noção de melhor compreender os fluxos e conteúdos dos conflitos sociais é fundamental para o processo de crescimento de um povo e pressuposto necessário ao oferecimento de soluções, mesmo que penais, mais

¹¹⁸Professor Titular do Departamento de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Buenos Aires.

adequadas e racionais. Esse panorama de aproveitamento da conflitividade social como mola evolutiva, conforme destaca Alberto Binder (2002), é um dos pilares no fluxo das mudanças do sistema penal inquisitivo por outro de cariz adversarial. A tradição inquisitiva, que se revela nos conceitos, classificações e práticas dos atores processuais, perpetua a ritualística e lógica do poder penal essencialmente retributivo e rechaça a participação dos “sujeitos naturais do conflito” (Binder, 2002, p. 14). A introdução dos mecanismos diversos, como os que viabilizam conciliação e reparação, possibilita seja alterado o foco de atenção do sistema, ajustando-se o modelo processual para permitir uma participação mais ampla e democrática da vítima, comunidade e do próprio autor do fato. Por conseguinte, tende-se a alcançar, com a introdução dessas práticas, um afastamento do modelo inquisitivo.

Nessa mesma linha, acompanhando o pensamento de Binder, Rua e González (2017, p. 100) concordam que, constatada a inafastabilidade da conflitividade social, a gestão dessas querelas a partir de uma perspectiva mais plural, no sentido de permitir uma diversificação das respostas penais, configura um panorama mais democrático, contrastante com o paradigma da ordem e o autoritarismo de respostas previamente prontas decorrentes do sistema penal tradicional. Assim, também entendem os autores que “um sistema alternativo de resolução de conflitos é consistente com os objetivos de um processo acusatório”. Isso porque “compreender al delito desde el conflicto primario implica asumir que lo central será atender el daño o dolor generado a la victima” (Rua e González, 2017, p. 101). Assim, concorda-se que a partir da adoção de algumas espécies de mecanismos de diversificação da resposta penal, o objetivo primordial do Poder Judiciário passa a ser o de pacificação dos conflitos, clamando-se por uma reorganização das estruturas e procedimentos, de modo a oferecer uma resposta mais qualificada para a vítima e também para a situação do acusado. A adaptação do modelo para que seja possível promover um maior aprofundamento na compreensão do conflito é medida essencial. Essa é uma das contribuições que a Justiça Restaurativa, por exemplo, tem oferecido para aperfeiçoar o pensamento acerca das relações processuais.

O que não se pode perder de vista, entretanto, é que a “classificação” de todas as alternativas ao sistema penal tradicional numa mesma categoria e atribuição dos mesmos efeitos a todas elas é um erro recorrente. A política criminal no Brasil também parte desse equivocado pressuposto. Há nítida confusão entre mecanismos alternativos, de modo que são tratados como positivos aqueles que tão somente se dirigem a uma estratégia de antecipação do exercício do poder de punir em troca da confissão – em geral, não há efetivamente um aprofundamento na compreensão do conflito com o correspondente aproveitamento da oportunidade como forma

de promover uma estratégia de pacificação social mais adaptada. O que se verifica, especialmente em relação aos mecanismos de abreviação de ritos adotado em alguns países, é que os mesmos, não raras vezes, reproduzem a mesma lógica punitiva do sistema penal tradicional, tendo como traço distintivo a antecipação do resultado útil do processo de modelo inquisitivo. As operações de abreviação de ritos, que não se confundem com os padrões de aprofundamento na compreensão do conflito, muitas vezes, servem exclusivamente ao propósito de limitar a quantidade de casos submetidos às etapas instrutórias e orais do modelo adversarial. Essa perspectiva utilitarista é que está por trás de muitos dos ritos abreviados e também do modelo estadunidense de persecução penal que, portanto, se faz essencial analisar para a consecução dos propósitos deste estudo.

4. Procedimentos de negociação de pena nos Estados Unidos

Nesta etapa cabe investigar como os mecanismos de negociação que se difundiram e foram inseridos nos sistemas processuais de alguns países ocidentais, sobretudo os suportados na transação acerca da pena, funcionam nos Estados Unidos. É possível verificar, de antemão, que a política criminal repressiva adotada naquele país teve ampla divulgação de sucesso na Europa Ocidental, especialmente, através da Inglaterra liderada por Margaret Thatcher, o que impulsionou a utilização desses mecanismos, notadamente surgidos dos sistemas de *common law*, por Itália e Portugal, dentre outros, majoritariamente impulsionados pelo discurso neoliberal.

Os modelos de negociação de pena difundiram-se pela Europa, na medida em que foram sendo implementados sistemas processuais de orientação acusatória, como meio eficiente – sob a ótica da Administração da Justiça – de solução dos conflitos penais. Tais modelos derivaram principalmente do sistema norte-americano, estruturado em princípios distintos daqueles que fundam os sistemas franco / romano-germânicos, o que tornou necessária a criação de micro-sistemas jurídicos diferenciados para possibilitar a aplicação dos modelos transacionais nesses países. Nesse sentido, tendo importante análise crítica, Geraldo Prado (2006, p.106) assevera que “a experiência norte-americana pôde ser exportada vislumbrando-se como mais um dos ‘formidáveis avanços’ da mencionada sociedade, uma vez que viabilizou a utilização da justiça criminal, evitando, quer seu bloqueio por excesso de demanda, quer sua paralisação pela formalidade de ritos peculiares ao consagrado devido processo legal”. Na mesma direção orienta-se Vinicius Vasconcellos (2015, p. 59), afirmando que o instituto do *plea bargaining* é “internacionalmente apontado como referência em termos transnacionais”.

4.1. **Sistemática geral de funcionamento do modelo estadunidense**

Sabe-se que o sistema jurídico da *common law* estrutura-se em torno do direito consuetudinário, de maneira que suas normas não engendram regras abstratas, mas soluções pragmáticas em face de um concreto conflito de interesses (United States Department of State, 2004). No exercício do direito estadunidense é sempre perseguido o precedente judicial que melhor se aplique ao caso particular. Os casos que ensejam decisões judiciais inéditas são chamados *leading cases* e criam o precedente que orientará a resolução das querelas judiciais semelhantes.

A ação penal pública norte-americana é exercida de maneira totalmente discricionária pelo Ministério Público (*prosecutorial discretion*), caracterizado como um verdadeiro Senhor do processo, pois ao *parquet* é permitido transigir de maneira ampla acerca da iniciativa da causa, sem que haja qualquer controle jurisdicional sobre o exercício desse direito de ação. Com efeito, o arquivamento processual pode ser promovido livremente pelos promotores, de maneira que o Judiciário em nada pode interferir.

Nos Estados Unidos há duas espécies de Órgãos Acusatórios: a Promotoria Federal (*US Attorney's Office*) e as Promotorias Distritais (*District Attorney's Office*). A primeira está vinculada ao Poder Executivo federal e os promotores são escolhidos pelo Presidente, com a anuência do Senado, para exercerem mandatos não estáveis de 04 (quatro) anos. Os promotores federais norte-americanos também se submetem hierarquicamente ao Procurador Geral Federal (*US Attorney General*), que cumula a função de Chefe do Departamento de Justiça. Destaque-se, portanto, que o controle do órgão ministerial é exercido pelo poder executivo, por meio de deliberações muito mais de conveniência política do que propriamente jurídicas. Nessa direção, elucida Alberto Bovino:

En el ámbito federal, en cambio, existen 94 fiscales de distrito que son designados directamente por el presidente y que trabajan, formalmente, bajo las órdenes del fiscal o procurador general (U.S. Attorney General). Ello significa que los fiscales están organizados jerárquicamente y que son integrantes del poder ejecutivo. La persecución penal es considerada, actualmente, una función exclusiva del poder ejecutivo, derivada del poder genérico para ocuparse de la aplicación de las leyes que, de acuerdo con el art. II de la Constitución federal, corresponde a ese poder. Cualquiera de estos fiscales puede ser removido por el presidente, sin necesidad de alegar causa alguna, en cualquier momento de su mandato. Esta facultad presidencial surge del carácter ejecutivo que se atribuye a la tarea de persecución penal, circunstancia que obliga a conceder control

directo al presidente, jefe del poder ejecutivo, sobre los funcionarios encargados de la ejecución de la política criminal. (Bovino, 2005, p. 10).

As promotorias distritais (*Distritct Attorney's Office*), por seu turno, atuam no âmbito das justiças estaduais e não estão diretamente ligadas a nenhum dos três poderes. Nos Estados Unidos da América os entes confederados gozam de autonomia legislativa, contudo, as promotorias distritais possuem basicamente a mesma regulação em quase todos eles, de modo que em 46 dos 50 Estados norte-americanos, o cargo de *Distritct Attorney* é eletivo, segundo a estatística de Bovino (2005). Isso demonstra o quão elevado é o caráter executivo da persecução criminal naquele país. Marcos Paulo Dutra Santos (2006, p. 34) destaca a natureza política e utilitarista dessa persecução, ressaltando que os esforços da promotoria se concentram na “criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no seio social, e, exatamente por isso, é a que interessa combater”. Resta evidente o caráter político atribuído aos órgãos acusatórios, aliado à firme discricionariedade no exercício da ação penal pública norte-americana.

Quanto ao exercício do direito de ação, conforme destaca João Gualberto Garcez Ramos (2006), não custa lembrar que nos Estados Unidos a responsabilidade pela dedução das ações criminais em juízo é exclusiva dos promotores, de modo que não existe no país a figura da ação penal de iniciativa privada. Sem embargos, ainda que existam críticas, a utilização discricionária – muitas vezes despótica – do poder persecutório pelo Ministério Público estadunidense é amplamente respaldada pela Suprema Corte do país. O questionável argumento jurisprudencial é o de que qualquer limitação legislativa à atividade persecutória, cuja função é eminentemente executiva, provocaria séria lesão ao princípio da independência entre os Poderes. Entende-se tal assertiva como falaciosa e contrária à própria razão de existir do Estado moderno, baseado nos ideais iluministas, pois o princípio da separação dos poderes foi desenvolvido como mecanismo de controle das ações do próprio Estado. Não se pode utilizar um preceito de controle contra o poder estatal absoluto para embasar a adoção de mecanismos arbitrários em desfavor dos cidadãos, sob pena de estar-se deflagrando uma inversão de finalidade dos princípios democráticos, o que levaria inevitavelmente ao retorno do Estado totalitário. Sobre o tema, mais uma vez merece destaque a observação de Alberto Bovino:

[...] el carácter ejecutivo de la persecución penal deriva del poder genérico para ocuparse de la aplicación de las leyes que, de acuerdo con el art. II de la Constitución federal, corresponde al poder ejecutivo. Consecuentemente, la posibilidad de que las decisiones del fiscal puedan ser controladas por un órgano ajeno al poder ejecuti-

vo representaría un problema constitucional vinculado al principio de la división de poderes [...] Sin embargo, se afirma acertadamente que el principio de división de poderes no resulta una justificación apropiada para prohibir el control judicial de las decisiones del fiscal. Aun si aceptáramos que existe la exigencia de conceder un alto grado de discreción a los fiscales, ello no justifica la imposibilidad de controlar sus decisiones: “Los autores han criticado el argumento brindado por los tribunales destacando que el propósito del principio de división de poderes no consiste en aislar las acciones estatales peligrosas de las objeciones de los gobernados, sino proteger a los gobernados de las acciones estatales peligrosas.” (Bovino, 2005, p. 13)

É importante ratificar, contudo, que a discricionabilidade ministerial é elemento básico e orientador do sistema processual norte-americano, de forma que, segundo entendimento jurisprudencial, nem o legislativo nem o judiciário podem obrigar um promotor a iniciar ou continuar uma persecução criminal, mesmo nos casos mais graves em cuja pena capital esteja prevista. Impera nos EUA, portanto, o princípio da plena oportunidade no oferecimento da ação penal.

Em tese, existem duas possibilidades de controle jurisdicional face à persecução criminal iniciada pelo Ministério Público: nos casos das persecuções seletiva (*selective prosecution*) e vingativa (*vindictive prosecution*). Na prática, entretanto, quase não se verifica essas hipóteses, em virtude da pesada carga probatória atribuída ao imputado, que deve demonstrar casos idênticos ao seu nos quais se tenha deixado de acusar ou dispensado tratamento mais benigno, além de evidenciar que a promotoria não seguiu parâmetros técnicos para a imputação, oferecendo-a por razões meramente discriminatórias (*selective prosecution*) ou de antipatia pessoal (*vindictive prosecution*). Bovino (2005) adverte que os requerimentos para obstar a persecução penal com base em tais hipóteses, apenas logram êxito quando o próprio promotor admite suas motivações ilegítimas em juízo.

4.2. *Plea Bargaining*

O sistema americano de justiça negocial não prevê modalidade de acordo penal específico no que concerne ao procedimento persecutório a ser adotado. Isso porque adota a possibilidade de utilização de um procedimento negocial amplo, denominado *plea bargainig*, que permite a formulação de ao menos 2 (duas) espécies de ajuste entre o Ministério Público e o investigado quanto ao grau de culpa assumido por este e, proporcionalmente, quanto à reprimenda proposta para aquele. Trata-se, num primeiro

plano, de uma transação em torno do nível de culpa a ser assumido pelo investigado (United States Department of State, 2004), que ensejará uma sanção proporcional e preestabelecida em patamares teoricamente inferiores àqueles que seriam adotados caso o processo seguisse o curso para as etapas probatórias perante um Júri.

A principal norma regulamentar do *plea bargain* é a Regra de Procedimento Criminal Federal n.º 11, que foi adotada quase integralmente pela maioria dos Estados norte-americanos. Segundo a normativa, o imputado tem duas possibilidades de acordo, a ser formulado com o Ministério Público, para evitar o prosseguimento da ação penal e o conseqüente julgamento pelo Tribunal do Júri (Vasconcellos, 2015,): declarar-se culpado (*plea of guilty*) ou declarar que não contesta a imputação contra si formulada, entretanto sem assumir a culpa pelo suposto fato delituoso (*plea of nolo contendere*) – Perceba que as duas ações são comissivas, de modo que a inércia do acusado será considerada uma declaração tácita de inocência. Em ambos os casos o imputado pode questionar a legalidade da persecução criminal, de modo que, se o fizer, a eficácia do acordo de culpa formulado ficará condicionada ao julgamento do apelo (*conditional plea*). Nessa apelação pode apenas ser alegada matéria jurídica, afastando-se qualquer discussão fática, e a decisão prolatada pode acolher o pleito do réu, o que desconstituirá a avença inicial, ou afastá-lo, o que devolverá a eficácia do ajuste de culpa. Vale salientar que a possibilidade do *conditional plea*, segundo Dutra Santos (2006), foi adotada por poucos Estados norte-americanos.

A *plea of guilty* é uma declaração total de culpa pelo imputado, que resulta numa verdadeira sentença penal condenatória acompanhada de todos os seus efeitos, inclusive o de ser título executivo judicial hábil a promover uma reparação civil à vítima do delito. Em contrapartida por ter se declarado culpado e “poupado” os esforços do Estado na atividade persecutória, o réu tem a possibilidade de escolher a sanção mais amena que deseja cumprir dentre as alternativas preestabelecidas pelo órgão ministerial (United States Department of State, 2004).

A *plea of nolo contendere* não é uma declaração de culpa, mas uma afirmação expressa do acusado de que não impugnará a acusação, ao menos em seu aspecto fático. Esta hipótese também dá ensejo a uma sentença penal condenatória, no entanto, como não há reconhecimento de culpa, tal decisão carece de efeitos civis e, portanto, não se consubstancia num título executivo judicial. Isso não quer dizer que a suposta vítima do delito esteja impossibilitada de promover uma ação indenizatória contra o então condenado, mas apenas que tal ação não poderá basear-se na sentença prolatada pelo juízo penal como prova cabal da culpabilidade do mesmo.

Dutra Santos (2006) destaca que, em virtude dessa ausência de efeitos civis, a *plea of nolo contendere* é muito utilizada em crimes contra a ordem econômica, razão pela qual o aperfeiçoamento do instituto depende da anuência do Tribunal que, no caso, tem o objetivo de resguardar o interesse público.

É importante esclarecer que qualquer tipo de delito é passível de negociação mediante o procedimento do *plea bargaining*, de forma que não há pressupostos objetivos para a proposição do acordo pelo *parquet*. O conteúdo punitivo da proposta ministerial é o mesmo previsto para a sanção, em abstrato, pelo cometimento da infração penal – que varia de uma simples pena pecuniária à pena capital –, entretanto, com significativos abrandamentos estabelecidos pela Regra Federal n.º 11.

A decisão do imputado de aderir a um acordo de culpa, nos dizeres de Alberto Bovino (2005, p. 20), “implica la renuncia a ejercer su derecho constitucional de ser sometido a juicio público por jurados y, en consecuencia, el proceso avanza directamente hasta la etapa de la audiencia de determinación de la pena”. Perceba que a possibilidade de declarar-se culpado, promovendo uma abreviação do procedimento jurídico penal, inclusive com a renúncia a direitos fundamentais dentro do processo, é tida pela sistemática processual norte americana também como um direito do acusado. Para o exercício de tal direito, segundo ensina João Gualberto Garcez Ramos (2006), a jurisprudência apenas exige que o indivíduo profira a sua declaração de culpa de maneira voluntária, consciente e inteligente quanto às suas consequências. Destaque-se, por oportuno, que a inteligência do sujeito quanto ao resultado de sua escolha materializa uma das facetas do requisito da consciência. A proposta de *guilty plea* deve ser formulada pelo Ministério Público, porém, como já se observou, a defesa também pode requerer a aplicação do acordo de culpa e até mesmo sugerir uma sanção para reprimir o delito supostamente praticado.

Acerca do suposto abrandamento das sanções pactuadas, Bovino (2005) faz um importante alerta, consignando que a observação dos casos de *plea bargaining*¹¹⁹ demonstra que, na realidade, há um agravamento nas penas impostas àqueles que tenham sido levados a julgamento pelo Tribunal, o que materializa um verdadeiro castigo contra os cidadãos que tenham optado pelo exercício de um direito constitucionalmente garantido.

De fato, a observação de Bovino é absolutamente pertinente e constatável pela análise de diversos julgados prolatados pela Suprema Corte Norte-Americana, que corroboram a utilização pela promotoria de ameaças

119 O autor ressalta que 90% do total de condenações nos EUA são produto dos ajustes de culpa feitos pelo imputado para evitar a realização do juízo.

contra o acusado, no sentido de formular uma imputação mais rigorosa – utilizando-se inclusive do temor da pena capital – caso ele não aceite o acordo proposto. Alberto Bovino (2005) salienta que muitos autores têm comparado essa coercitividade do *plea bargaining* com as técnicas de confissão adotadas na Europa Medieval, notando que a atual figura do promotor substituiu o papel do antigo inquisidor. No particular, Garcez Ramos (2006) observa que, na teoria, o juiz deveria exercer um controle sobre a barganha, verificando se a proposta atende a critérios mínimos de “ética processual”, mas o autor reconhece que, na prática, a formulação do acordo é completamente dominada pelas partes. Esta constatação ficará mais clara na análise dos requisitos subjetivos que se segue.

Os requisitos subjetivos para a validade da avença são a voluntariedade e a consciência do acusado acerca do ato negocial e das consequências de sua aquiescência. O requisito da voluntariedade visa proteger a “livre” escolha do acusado. É a constatação pelo juízo de que o imputado não foi submetido a ameaças físicas e/ou morais ilegais ou abusivas. Perceba que, em face da natureza contratual do *plea bargaining* e discricionariedade de iniciativa acusatória pelo órgão ministerial, a promotoria pode promover uma espécie de “chantagem” para que o acusado aceite o acordo, desde que suas promessas sejam legais e atendíveis, ainda que o juiz não esteja vinculado a cumpri-las.

O requisito da consciência desdobra-se em dois aspectos necessários para que seja válida a declaração de culpa emitida pelo imputado. O primeiro aspecto é o completo entendimento do acusado acerca do conteúdo do acordo, que se verifica quando o réu é mentalmente capaz de compreender a situação na qual está envolvido, bem como quando é devidamente informado acerca dos termos da avença. O segundo aspecto se constata quando o réu tem pleno conhecimento das consequências a ele imprimidas pelo aceite do ajuste. Para a observância desse requisito, a Regra Federal n.º 11 elencou uma série de advertências que devem ser feitas ao acusado pelo Tribunal, dentre as quais estão, principalmente: a natureza da imputação delituosa que lhe está sendo atribuída; o *quantum* de pena ao qual pode vir a ser condenado; o fato de que o Tribunal pode condená-lo por sanção diversa daquela constante do acordo; do possível ressarcimento à vítima pelo(s) dano(s) causado(s)¹²⁰; de que ele possui o direito constitucional de declarar-se inocente e de ser julgado pelo júri, devendo ter suas garantias processuais respeitadas; de que a aceitação do acordo importará na renúncia ao direito de ser julgado pelo júri bem

120 Note que a preocupação com a vítima é colocada como mera possibilidade de integração do acordo e de maneira alheia à sua participação e vontade.

como às garantias processuais de ser acompanhado por um advogado, de não se autoincriminar e de exercer o contraditório.

Todo o procedimento do *plea bargaining* deve ser gravado, para que se comprove, principalmente, a existência da voluntariedade e da consciência do imputado quando do aceite do acordo. Ao receber a proposta de ajuste, o Tribunal não estará a ela vinculado, podendo rejeitá-la caso seja manifestamente abusiva ou ilegal. Caso a aceite, poderá proferir julgamento diverso daquele pretendido pelas partes. Não obstante, em decorrência da negociação entre promotor e defesa versar, sobretudo, acerca do conteúdo da acusação a ser apresentada em juízo, o controle jurisdicional sobre a transação é bastante limitado, conforme ratifica Dutra Santos: “Em virtude do *adversary system*, o juiz não possui o menor controle sobre a atividade acusatória desempenhada pela promotoria, orientada pela mais absoluta discricionariedade (*prosecutorial discretion*). Os Tribunais prendem-se muito à acusação deduzida em juízo, nelas interferindo apenas se manifestamente abusivas” (Santos, 2006, p. 54). Por conseguinte, caso o Tribunal refute a proposta de ajuste, caberá discricionariamente ao promotor decidir pelo prosseguimento ou não da persecução criminal, bem como do conteúdo da acusação a ser formulada.

5. Breve análise sobre os mecanismos de justiça penal negocial no Brasil

Assim como em outros países ocidentais, os mecanismos de justiça negocial foram importados também pelo legislador brasileiro. Grande parte da doutrina, por sua vez, frequentemente apontava exemplos na legislação estrangeira, principalmente advindos da Itália e de Portugal, que ratificavam o emprego das vias negociais para a resolução dos conflitos criminais, cujos procedimentos eram abreviados e promoviam a antecipação da resposta punitiva. Sabe-se, contudo, que assim como em outros países, os anseios pela criação dessas legislações negociais no Brasil possuíam precedentes no sistema americano do *plea bargaining*, sob a propaganda do rápido e pretensamente eficaz modelo de “combate à criminalidade”.

Nesse contexto, o Constituinte de 1988 determinou por meio do art. 98, I, da Carta Magna brasileira, a edição de Lei Nacional específica para a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais nos âmbitos das Justiças Estaduais, o quê, mais tarde, daria ensejo à Lei 9.099/95. Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 22, de 18 de março de 1999, ordenou, expressamente, a edição de Lei para a criação dos referidos Juizados no âmbito da Justiça Federal, o que culminou no dispositivo 10.259/01. A doutrina, de modo geral, euforicamente manifestava um sentimento de revolução processual, protestando por uma mudança ideológica em face

dos antigos paradigmas delimitados pelo vigente Código de Processo Penal, bem como pela aplicação imediata dos institutos previstos na nova legislação. Parte dessa euforia doutrinária é relatada criticamente por Geraldo Prado (2006, p. 2), ao apontar que o novo diploma legal teria sido recebido “sem reservas” por outros autores, tornando-se “depositário de expectativas de transformação de um obsoleto, seletivo e estigmatizante sistema de justiça criminal” e tendo chegado a ser encarado por alguns como “verdadeiramente revolucionário”, na proporção em que preconizava “uma nova mentalidade, adaptada ao inovador espaço de consenso”.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais efetivamente inaugurou os institutos da Composição Civil, da Suspensão Condicional do Processo e da Transação Penal no Brasil, trazendo ao ordenamento pátrio três mecanismos distintos de solução consensual dos conflitos criminais. Ocorre que a aplicação desses institutos, a despeito de toda a euforia inicial, foi precipitada e se deu de maneira disforme. O que se esperava provocar uma revolução transformou-se em mais uma via punitiva e transgressora de garantias. Nesse sentido é o manifesto de Jacinto Coutinho:

Haver-se-ia, portanto, de ter cautela e, por evidente, em face da novidade, proceder-se a um longo percurso de discussão e construção sólida daquilo que, desde logo, mostrou-se como uma grande esperança à modernização – e democratização – do processo penal brasileiro. [...] Hoje, é preciso reconhecer, não foi bem o que se passou. [...] Afinal, a Lei para se dar cumprimento ao preceito do art. 98, I, da CR, veio à luz com uma pressa incabível, desnecessária. Isto, por evidente, consagra nomes (será que consagra mesmo?) porque deles se fala (às vezes não muito bem!), mas põe de joelhos estruturas inteiras em razão de que a falta de base teórica é sintoma da falta de discussão, como parece elementar; e os resultados são desalentadores, para não dizer desastrosos. (Coutinho, 2005, p. 3)

A verdade é que a aplicação dos mecanismos negociais, conforme se pôde apurar, ocorreu de forma a desconsiderar alguns critérios constitucionais. Como observam autores, dentre os quais estão Jacinto Coutinho e Geraldo Prado – em obras já citadas – a aplicação desregrada dos institutos negociais, principalmente da transação penal, ressuscitou diversos pequenos delitos e infrações que, justamente em decorrência de sua insignificância, já não figuravam mais nas persecuções penais, estando submetidos a formas mais eficazes e racionais de controle e solução.

Confirmando tal argumento, pode-se verificar relato em pesquisa de campo realizada pelo IPEA (2015, p. 47), que constatou alguma evidência no sentido de que muitos conflitos encaminhados à apuração dos Juizados

Especiais Criminais “levam a uma forma de resolução (judicial criminalizadora) que em nada contribui para a ideia de pacificação social”, na proporção em que “pelo contexto e sujeitos envolvidos, devem ser des-criminalizados e desenvolvidos em outra esfera que não a criminal”. Também salta aos olhos e caminha para a confirmação do quanto narrado por Geraldo Prado e Jacinto Coutinho, o grandioso aumento da quantidade de “medidas alternativas” aplicadas de 1995 (ano de entrada em vigor da Lei 9.099) até 2009. De acordo com levantamento de dados feito pelo Ministério da Justiça (sem data) em 1995 foram registrados 78.672 casos de aplicações de medidas alternativas. Só em 2009, esse número foi de 544.795 casos. Assim, não é exagero projetar que atualmente tenhamos muito mais pessoas em cumprimento de “medidas alternativas”¹²¹ do que o número de presos e cumpridores de penas alternativas somado.

Esse conjunto de fontes (doutrina e pesquisas oficiais) revela que a aplicação dos mecanismos da Justiça Penal Negocial no Brasil iniciou-se calcada em razões de natureza predominantemente utilitarista, voltada a postulados de uma eficiência que buscava o oferecimento da maior quantidade de respostas punitivas imediatas no menor tempo possível. Tal “eficiência”, não se pode olvidar, cobra um custo do devido processo penal tradicional, revelado na implantação de mecanismos antecipatórios sustentados na supressão de alguns direitos e garantias fundamentais do processo tradicional. Ao que parece, pois, os efeitos apontados alhures por Alberto Binder sobre uma melhor compreensão da conflitividade social a partir das alternativas penais, como vetor de aprofundamento dos processos democráticos, foram secundários nas experiências negociais já implementadas neste país. A que fator(es) se deve isso? Acredita-se que um dos principais seja a razão penal quase exclusivamente punitiva, predominante no campo do direito material, associado à correspondente cultura inquisitiva no âmbito pragmático de aplicação do processo penal no Brasil.

Em verdade, a existência de mecanismos de negociação de pena na história republicana recente do país já pode ser verificada através dos institutos de delação premiada previstos na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (7.492/1986), passando pela Lei de Crimes Hediondos (8.072/1990) e que culminou com a sua ampliação pela Lei de Organizações Criminosas (12.850/2013), quando passou-se a adotar o signo “colaboração premiada”. Tais mecanismos ganharam grande popularidade nos dias de hoje, tanto positiva quanto negativa, especialmente pelas investigações realizadas em virtude da “Operação Lava Jato”. Em deco-

121 As medidas alternativas aplicadas no Brasil durante o período da pesquisa são exclusivamente aquelas aplicadas em razão da previsão de institutos “despenalizadores” da Lei 9.099/95, especialmente a transação penal e a suspensão condicional do processo.

rrência disso foram escancaradas as deficiências estruturais, inadequações do modelo adotado e carência de habilidades profissionais para lidar com tais elementos negociais no Brasil.

Como capítulo ainda em construção a respeito do tema, impende destacar o Projeto de novo Código Processo Penal brasileiro (PL 8045/2010), que atualmente tramita perante a Câmara dos Deputados, especificamente em sua previsão expressa de alteração do procedimento sumário. Além de robustecer o já existente instituto da Suspensão Condicional do Processo, a proposta busca consolidar o modelo negocial no Brasil através da introdução da “Barganha” (claramente inspirado no *plea bargaining*), que representaria verdadeiro procedimento abreviado calcado na confissão, com aplicação imediata de pena como acordo obstativo do prosseguimento do feito processual à fase instrutória.

Na mesma senda, não se pode perder de vista a recém-publicada Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público que, ao arrepio de qualquer previsão legal, estabeleceu a criação de instituto denominado “acordo de não persecução penal”, desafiando o princípio da legalidade e seu corolário, a obrigatoriedade da ação penal pública ainda aplicável na legislação brasileira. O artigo 18 do mencionado dispositivo autoriza ao Ministério Público, não sendo o caso de arquivamento dos instrumentos de investigação preliminar, mediante confissão do investigado e outros requisitos, a não oferecer denúncia contra o mesmo em troca do cumprimento imediato de determinadas medidas punitivas diversas da prisão.

6. Lógica utilitarista e cultura inquisitiva como principais obstáculos à adequação dos elementos negociais na transição para o sistema adversarial no Brasil

A análise do modelo estadunidense robustece a difusão da lógica utilitarista. Nessa medida, conforme se pôde observar alhures, frequentemente as saídas alternativas e mecanismos negociais são aplicados de maneira completamente alheia a uma melhor compreensão e oferecimento de soluções mais adequadas ao conflito. Em seu texto, Rua e González (2017, p. 102) admitem a grande presença dessa perspectiva utilitarista ao reconhecerem que o motivo principal para a adoção de estratégias negociais no âmbito do modelo adversarial está atrelado a uma lógica de diminuição dos casos que serão submetidos às fases probatórias e de exercício do contraditório e da ampla defesa. Observe-se:

La razón central de este cambio estuvo dada por el reconocimiento de que los recursos materiales, humanos e financieros (siempre limitados) no permiten perseguir y juzgar eficientemente todos los casos. [...] És por ello que un proceso acusatorio se construye sobre esta realidad e plantea la necesidad de darle un tratamiento particular y acotado a aquellos casos que admitan algún grado de acuerdo entre las partes. Y, en consecuencia, destinar los recursos del sistema hacia aquellos casos cuya resolución se obtenga a través del desencadenamiento del juicio oral y público.

Os autores concluem (2017), entretanto, que as saídas alternativas devem ser destinadas, em primeiro plano, ao incremento na qualificação das respostas penais, de modo a satisfazer as partes e provocar menor utilização de violência estatal. Destacam acertadamente que o foco principal é identificar o conflito entre o investigado / acusado e a vítima, oferecendo-lhes protagonismo para encontrarem uma solução que melhor se amolde aos seus interesses. Inobstante, posicionam em segundo plano provocar um “descongestionamento do sistema penal”, na medida em que o Ministério Público se preocuparia em levar às etapas de investigação mais apurada e de efetiva produção de provas os casos mais graves e complexos.

O açodamento instrumental das respostas penais por meio da adoção de procedimentos abreviados e de antecipação de pena, se colocado como principal objetivo na inserção de mecanismos negociais e diversos de resolução de conflitos penais a serviço da reforma processual, provocarão a negação do próprio sistema acusatório, em vez de reforçá-lo. Sobre a mesma questão, Gabriel Ignacio Anitua (2017) alerta que a promessa de impor ao investigado / acusado, de maneira imediata e sem etapa instrutória, uma pena menor do que aquela que decorreria de sua escolha pelo exercício dos seus direitos (ao contraditório e à ampla defesa, por exemplo) é o meio utilizado para “obrigar” esse indivíduo a aceitar o “acordo”. Assim, tais acordos, segundo o autor representariam “um golpe mortal contra a estrutura do processo penal em um Estado de direito liberal”.

Bernd Schünemann (2005), por sua vez, aponta a necessidade de imposição de limites e regras claras para os acordos penais, acompanhado do devido controle da atuação do Ministério Público e limitação do conhecimento por parte do Juiz, na produção de tais acordos, embora reconheça a insuficiência de todos esses cuidados no âmbito do procedimento alemão. O autor sustenta, mesmo considerando a vigência de mecanismos negociais no âmbito do processo penal alemão, que a mera anuência do imputado não é base exclusiva de legitimação para uma condenação criminal. Assim, rejeita-se a ideia de que o consentimento livre de pressões para o imputado, como ocorre no modelo de *guilty pleas* já apontado neste estu-

do, seja suficiente para a validade do negócio penal. O que se evidencia diante disso é que, contrariando as previsões dos projetos de reforma¹²² que atualmente tramitam no Poder Legislativo do país, a ampliação dos mecanismos negociais no Brasil não pode ser guiada pela lógica de ampla liberdade e empoderamento do Órgão Acusatório, hipótese que relegaria ao Juiz um papel meramente homologatório e de verificação da existência de consciência e vontade por parte do investigado / processado.

6.1. Razão Penal dominante: cultura inquisitiva e sua influência em relação aos institutos negociais

Na concepção (crítica) de Álvaro Pires (2004, p. 40), a racionalidade penal moderna revela-se como “sistema de pensamento” que seria formado por um agrupado de “práticas institucionais jurídicas” designadas por “justiça penal” e “constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber”, ligando fatos e valores numa dimensão normativa. Em síntese, Álvaro Pires aponta que a própria concepção normativa do Direito Penal, utilizando-se de padrão medieval reforçado na modernidade, promove uma vinculação tal entre o enquadramento do comportamento desviado e o “castigo” a ser aplicado como consequência, que passam a impressão de serem ambos, comportamento e pena afiliva, um “todo inseparável”. É, pois, a própria estrutura normativa simbiótica entre “crime” e “pena”, sobre a qual está suportada o subsistema penal material, um grande traço do sistema de pensamento moderno que resiste à utilização de respostas não essencialmente punitivas e, ao mesmo tempo, clama para que a punição seja aplicada imediatamente como medida de realização do ideal de Justiça. Não por acaso, a concepção de Kant sobre a pena amoldava-se perfeitamente à sua construção de “imperativo categórico”, como sendo consequência lógica da prática de infração penal.

A mentalidade inquisitiva, pois, entroniza um processo de deturpação dos conteúdos “diversos”, promove o fenômeno de função inversa do discurso de manutenção de um processo penal garantista, de modo que converte os signos dos institutos negociais em função da manutenção e reforço da sua lógica unificadora e totalitária. Trata-se da manipulação do discurso e alteração dos signos e funcionamento do instituto como forma de perpetuar os propósitos inquisitivos. Usando a explicação sobre “condição retórica de sentido” (Warat, 1994), verificar a racionalidade penal dominante como ideologia sustentada pelas estruturas totalitárias, que orienta a construção dos signos e constrói o seu próprio poder de persuasão, convertendo o “raciocínio textual” em um “sistema simbólico” que desvirtua (mutação funcional) completamente o caráter democrático (como

¹²² Referência ao procedimento da “Barganha”, previsto nos projetos de Lei para adoção de novos Código Penal e de Processo Penal no Brasil.

os propósitos de análise em torno da pluralidade oportunizada pela “conflitividade social”) do instituto jurídico.

Trata-se da reprodução fiel do raciocínio retórico que unifica e homogeneiza os discursos para convergirem sempre como reforço da lógica dominante, punitiva e seletiva. Assim, conforme expõe o próprio Warat (p. 1994, p. 117), “os problemas resolvem-se a partir de estereótipos culturais e neles se encontra o elemento que estabelece o reconhecimento ideológico, claro que aludindo e iludindo”. Não se quer afirmar, com isso, que seja possível, de alguma maneira, “vencer” as variações interpretativas, o que certamente constitui-se no dogma do Positivismo Jurídico. Contudo, estabeleço esse raciocínio como forma de alertar que o ambiente cultural inquisitivo e de ideologia totalitária que paira sobre o Brasil nesses últimos anos encontrará campo fértil nos ritos abreviados e de negociação de pena, estimulados ainda pela pouca “vigilância” do devido processo penal (Giacomolli, 2014), de tal modo que tais institutos não terão como ponto baixo apenas o nefasto efeito colateral e utilitarista de limitar a um número racional os julgamentos calcados nas estruturas de conhecimento exauriente e de ampla oralidade do modelo adversarial. Poderá haver, como efeito ainda mais negativo, a consolidação de tais institutos, a serviço da ideologia antidemocrática e instrumentalizada pela retórica homogeneizante do discurso totalitário, como instrumentos de ampliação de penas e condenações sumárias daqueles que já são a clientela preferencial (Baratta, 2002) do sistema penal: em especial os negros e pobres.

Não resta dúvida que a agudização desse quadro, sobretudo num país de baixos índices de desenvolvimento humano e grandes disparidades de renda, como o Brasil, impulsionada por uma racionalidade de eficiência neoliberal e associada ao incremento de violência (número absoluto de prisões e extermínio de garantias processuais), não pode ser o preço a ser pago pela implementação meramente adjetiva do sistema acusatório adversarial no país. A mudança cultural é, pois, condição inafastável para a implementação / ampliação de mecanismos negociais, alternativos ou diversos na esperada reforma do modelo processual penal brasileiro. Com efeito, estratégias nesse sentido e meios objetivos de controle do árbitro devem ser pensadas e executadas como etapa preparatória e necessária no fluxo de transição entre os modelos inquisitivo, ainda adotado no Brasil, e o adversarial, adotado nos demais países latino-americanos.

7. Conclusões parciais

Como destaque principal para as constatações já realizadas ao longo do texto, é importante apontar que cultura inquisitiva amplamente difundida

no Brasil poderá provocar deturpação de institutos fundamentais para a aplicação de um modelo adversarial, como são os mecanismos “negociais”, no sentido de que os mesmos funcionem como ferramenta de consolidação das práticas inquisitivas já arraigadas. Esse risco, aliás, ainda se revela agudizado pelo cenário de desprestígio em relação às alternativas penais não punitivas, o que decorre da reprodução da razão punitiva como centro do modelo penal e se espraia para o modelo processual penal. Com efeito, os meios de “diversificação” das respostas penais que, por sua vez, são essenciais para uma melhor compreensão da conflitividade social e adoção de estratégias mais qualificadas de intervenção, acabarão sendo relegadas a segundo plano, para dar lugar àqueles mecanismos de abreviação de ritos com aplicação imediata de pena.

Uma visão do sistema penal, pois, centralizada na lógica da mera manutenção da ordem se contrapõe à perspectiva trabalhada por Binder (2002) sobre o sistema de alternativas penais como veículo para uma democracia de conflitos. Isso porque, na medida em que se consolida um modelo autoritário, é rechaçada a utilização de mecanismos de diversificação nas respostas oferecidas pela Justiça Penal calcada numa racionalidade excessivamente punitivista.

O fenômeno que se revela imprescindível observar, portanto, é que essa constatação de rechaço por parte dos atores do sistema de Justiça Criminal se opera majoritariamente em relação aos mecanismos não punitivos ou que diminuam o rigor das sanções sem um correspondente “ganho” de celeridade. Isso porque as saídas alternativas parecem apenas ser bem aceitas diante de uma mentalidade inquisitiva quando é estabelecida uma lógica de compensação, como se fosse tolerável “abrir mão” de um pouco do sofrimento alheio em troca de uma resposta (também punitiva) mais imediata. Ocorre que a subsistência de procedimentos abreviados e de antecipação de pena que se apliquem por meio dessa racionalidade, para quase todos os casos levados ao Judiciário, e como forma de viabilizar a implementação de um modelo adversarial, acaba por vilipendiar de tal maneira o regime de garantias processuais que pode deslegitimar a razão de ser da própria reforma.

A cultura inquisitiva atrai os mecanismos negociais, mesmo os que deveriam ser usados como ferramenta evolutiva para melhor compreender o funcionamento das estruturas e relações sociais, modula seus propósitos e os adéqua às conveniências do autoritarismo, reproduzindo e agudizando a imposição de dor e sofrimento através do incremento da aplicação e alcance dos instrumentos penais.

Referências bibliográficas

- ANITUA, G. I. (2015). La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v.1. Disponível em <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v1i1.3>.
- BARATTA, A. (2002). *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Edicao. Rio de Janeiro: Revan – Instituto Carioca de Criminologia.
- BINDER, A. M. (2002). *La Fuerza de la Inquisición y la Debilidad de la República*. Ponencia presentada en el Seminario sobre reforma de la justicia penal organizado por el Centro de Justicia de las Américas (CEJA) la Procuración General de la República y el INACIPE, en México, octubre.
- BOVINO, A. (2005). *La persecución penal pública en el derecho anglosajón*. Direito Penal Online (revista eletrônica de doutrina e jurisprudência em linha), 27 de dezembro. Disponível em <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=14,255,0,0,1,0>>. Acesso em: 20 abril 2014.
- COUTINHO, J. N. de M. (2005). Manifesto Contra os Juizados Especiais Criminais (Uma Leitura de Certa “Efetivação” Constitucional). In: Wunderlich, A.; Carvalho, S. de (Org.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 3-14.
- GIACOMOLLI, N. J. (2014). *O Devido Processo Penal*. Abordagem Conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas.
- HENDLER, E. S. (1995). Enjuiciamiento penal y conflictividad social. In *El Derecho Penal Hoy: homenaje al Prof. David Baigún*, organizado por Maier, J.B. J. e Binder, A.M. Buenos Aires: Editores del Puerto, páginas 375-383.
- IPEA. (2015). *A aplicação de penas e medidas alternativas*. Relatório de Pesquisa. 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2016.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA (sem data). *Evolução*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/alternativas-penais-1/evolucao>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

- PIRES, Á. (2004). A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. In *Novos Estudos CEBRAP*, n.º 68. São Paulo: CEBRAP, p. 39-60. Disponível em <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/121354/mod_resource/content/1/Pires_A%20racionalidade%20penal%20moderna.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2015.
- PRADO, G. (2006). *Transação Penal*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- RAMOS, J. G. G. (2006). *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RUA, G. & GONZÁLEZ, L. (2017). Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio. *Revista Sistemas Judiciales*, n. 21. Disponível em http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5536/Rua-Gonzalez_lassalidasalternativas_REV20.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado em 19 dez. 2017.
- SANTOS, M. P. D. (2006). *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SCHÜNEMANN, B. (2005). *La Reforma del Proceso Penal*. Madrid: Dykinson.
- UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. (2004). *Outline of the U. S. Legal System*. Washington-DC – USA: Bureau of International Information Programs.
- VASCONCELLOS, V. G. de. (2015). *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo criminal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM.
- WARAT, L. A. (1994). *Introdução Geral ao Direito I*. Interpretação da Lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor.

Neste segundo volume do livro *Desafiando a Inquisição*, os artigos apresentados destacam como temas fundamentais de discussão a oralidade e a centralidade das audiências no processo penal. Além destes dois eixos transversais, merecem atenção também o papel do Ministério Público nos sistemas penais a serem reformados e o persistente uso da prisão preventiva.

Fruto do Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal, realizado nas cidades de Salvador e Porto Alegre em 2017, e que teve em Santiago do Chile a realização da sua etapa internacional, os artigos apresentam ricas e distintas perspectivas sobre a necessidade de reforma do sistema processual penal brasileiro.

Os autores e as autoras desta edição propõem-se a um debate qualificado e a uma abordagem empírica das vicissitudes do processo penal, partindo de diagnósticos que combinam enfoques teóricos com outras fontes de informação como seu trabalho em campo, estatísticas, análise legislativa, resgate histórico, entre outros, para, ao final, entregar-nos propostas de mudanças substantivas relacionadas aos problemas apresentados.

Estes textos, além de contribuir para dar corpo às produções que visam ao aprimoramento do sistema de justiça criminal, fortalecem a formação de uma rede de intercâmbio de ideias que se amplia a cada ano no Brasil e vai assentando as bases de uma comunidade de profissionais comprometidos com a passagem do atual modelo inquisitório a um sistema de caráter adversarial, mais consequente e democrático.

