

Desafiando a Inquisição:

Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil

VOLUME IV

Director: Leonel González Postigo

Coordinadora: Jéssica A. Bueno



CEJA · JSCA

DESAFIANDO A INQUISIÇÃO

Ideias E Propostas Para A Reforma Processual Penal No Brasil

VOLUME IV

Diretor

Leonel González Postigo

Coordenadora

Jéssica A. Bueno

Autoras e autores

Alessandra Chiaradia do Amaral

Ana Paula Costa Gamero Salem

Ana Paula Kosak

Bruno Augusto Vigo Milanez

Henrique Dumsch Plocharski

João Gabriel Melo

Júlio César Duailibe Salem Filho

Leonardo Costa de Paula

Letícia Gouveia de Oliveira Barbosa

Luana Aristimunho Vargas Paes Leme

Thaís Comassetto Felix

Vanessa Cescon

© 2020 Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)

Rodo 1950, Providencia

Santiago, Chile

Tel.: 56 2 22742933

www.cejamericas.org

Equipe editorial

Jessica A. Bueno (Coordenadora)

Sandra Araneda

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

Registro de Propriedade Intelectual: 2020-A-2748

ISBN: 978-956-8491-72-7

Desenho de capa

Original – Fanny Romero & Eduardo Argañaraz

Adaptação – Carolina Pilar Mardones Piñones

Diagramação e Impressão:

Cipod | www.cipod.cl

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
CAPÍTULO 1.	9
ATUAL APLICABILIDADE DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL REFORMADO À BRASILEIRA	
A imprescindível separação entre as fases judiciais: seriam as varas de inquérito policial o juízo de garantias “à Brasileira”? <i>Letícia Gouveia de Oliveira Barbosa</i>	11
Defensoria Pública e a busca da defesa real no processo penal verdadeiramente acusatório <i>Júlio César Duailibe Salem Filho</i>	23
Reformas à la Carte: combate à liberdade <i>Luana Aristimunho Vargas Paes Leme</i>	41
Suspensão condicional do processo, uma coação existente dentro de um sistema inquisitivo flexibilizado <i>Ana Paula Costa Gamero Salem</i>	57
CAPÍTULO 2.	71
A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DO PRÍNCIPIO DA ORALIDADE	
A mitigação da oralidade nas audiências de suspensão condicional do processo penal: uma crítica sob a perspectiva chilena <i>Thaís Comassetto Felix</i>	73
A relevância da oralidade no controle de acusação. Experiência Latino-Americano e aplicabilidade de uma audiência de controle no Brasil <i>Henrique Dumsch Plocharski</i>	89
Prova nas apelações criminais e a inobservância da oralidade em segundo grau: estudo empírico no tribunal de justiça do rio de janeiro- tjrj <i>Leonardo Costa de Paula</i> <i>João Gabriel Melo</i>	103

CAPÍTULO 3.	117
A INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS GARANTISTAS NO CAMPO DAS MEDIDAS CAUTELARES	
Análise crítica sobre o princípio da presunção de inocência na aplicação de medidas cautelares	
<i>Alessandra Chiaradia do Amaral e Vanessa Cescon</i>	<i>119</i>
O uso da proporcionalidade no campo das medidas cautelares probatórias na fase da investigação preliminar	
<i>Ana Paula Kosak e Bruno Augusto Vigo Milanez</i>	<i>137</i>

APRESENTAÇÃO

Uma das missões fundamentais do CEJA é estudar com profundidade os sistemas de justiça e desenvolver debates inovadores sobre a discussão de reformas judiciais. Com o auxílio e colaboração de todos os países, é possível um intercâmbio de ideias e projetos para alcançar tal fim. Sendo que a produção acadêmica é um dos âmbitos concretos de mudança. Neste contexto, lançamos o quarto volume da coleção “Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil”, cuja ideia inicial surgiu no ano de 2016 e a esta altura congrega vários especialistas de diversos estados do Brasil que geraram um conjunto de reflexões para que o sistema penal adversarial se transforme em realidade no Brasil.

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

Nesta quarta edição abordam-se os desafios que supõe a reorganização das instituições da justiça penal, as reformas à brasileira e os seus efeitos no atual sistema, especialmente ao que concerne aos princípios garantistas, e a necessidade de implementar o princípio da oralidade. Os autores e autoras que contribuíram com trabalhos para este número participaram dos cursos de CEJA no Rio Grande do Sul, Paraná e Rio de Janeiro em 2019.

É notório que a mudança do Código do processo penal é imprescindível, todavia, concomitantemente é necessário também uma outra conduta da sociedade, no aspecto cultural. Dentro dessa perspectiva, o direito comparado em conjunto aos estudos empíricos, tal como é objeto dessa obra, tem por objetivo certo que tais reflexões e recomendações cheguem a quem pode influenciar de maneira mais efetiva a reforma, ou seja, todos aqueles que participam do poder punitivo.

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

Leonel González
Diretor de Capacitação de CEJA



CAPÍTULO 1

ATUAL APLICABILIDADE DO CÓDIGO DO PROCESSO PENAL REFORMADO À BRASILEIRA



A IMPRESCINDÍVEL SEPARAÇÃO ENTRE AS FASES JUDICIAIS: SERIAM AS VARAS DE INQUÉRITO POLICIAL O JUÍZO DE GARANTIAS “À BRASILEIRA”?

Letícia Gouveia de Oliveira Barbosa¹

*“Acima, no alto do estrado, envergando sua toga negra, o presidente do tribunal.
À direita, o advogado.
À esquerda, o promotor.
Degraus abaixo, o banco dos réus, ainda vazio.
Um novo julgamento vai começar.
Dirigindo-se ao meirinho, o juiz, Algonso Hernández ez Pardo, ordena:
- Faça o condenado entrar”.*

A Justiça nos tempos de Franco (Eduardo Galeano).

Os tempos de Franco, de Eduardo Galeano, poderiam ser facilmente confundidos com os tempos atuais. Algonso Hernández Pardo é representativo não apenas da classe jurista do poder judiciário brasileiro, mas de todo o sistema jurídico penal vigente em nosso país. O autor uruguaio, no alto de sua genialidade poética, sempre soube expressar, com maestria, as mazelas vivenciadas pelos países latino americanos. Não é diferente neste conto. Uma das espinhas dorsais do processo penal e que hoje vem despertando grande preocupação no Brasil, sobretudo em razão dos escândalos revelados pela *The Intercept*, diz respeito a imparcialidade do juiz.

Assim como no julgamento retratado por Eduardo Galeano, o processo penal brasileiro é apenas um golpe de cena (Rosa, Lopes Jr, 2017, p. 94), significa dizer, a instrução é meramente simbólica e confirmatória de uma decisão tomada previamente pelo juiz, cujo objetivo primordial não é dar conhecimento ao julgador sobre o caso penal, mas apenas cumprir com as formalidades legais, dando “legitimidade” a decisão jurisdicional.

Isso ocorre porque o juiz adentra ao julgamento com prévio conhecimento sobre os fatos alcançado a partir do contato com a investigação preliminar, já que, no Brasil, o inquérito policial acompanha os autos judiciais². O grande problema é que a hipótese fática construída na etapa preliminar, despida de

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST)

2 O Art. 12 do Código de Processo penal assim dispõem: “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

qualquer contraditório e muitas vezes produzida sem observância das garantias legais, é tendenciosa. E é neste ponto que a imparcialidade do julgador se esvazia.

Quando o juiz toma conhecimento do caso antes mesmo da instrução, o espaço de conflito entre as partes – natural do próprio conceito de jurisdição – resta prejudicado, pois a possibilidade de construção de hipóteses explicativas diferentes daquela produzida durante o inquérito, bem como a absorção destas pelo julgador, se reduz ao mínimo. (Silveira, 2018, p. 128)

De acordo com Miguel Reale Júnior (2004, p. 226), a motivação dos atos decisórios judiciais é antes retrospectiva, ou seja, o juiz chega ao seu convencimento antes mesmo da produção probatória em juízo e posteriormente apenas busca no processo elementos embaixadores da solução que já havia alcançado previamente.

Trata-se do que Leon Festinger denominou de dissonância cognitiva: por meio de processos involuntários, os indivíduos buscam estabelecer correlações de coerência entre os seus pré conhecimentos e aquilo que lhe é posto, de modo que qualquer estado de incoerência entre estes elementos despertam reflexos cognitivos que buscam não apenas reduzir tal dissonância, como também evitar informações que possam significar um aumento da incoerência. (Lopes, Jr, 2016, p. 18)

No ponto que interessa ao presente debate, essa teoria conduz para a constatação de que o contato do juiz com os elementos do inquérito policial produz pré-conhecimentos, os quais, se não servirem à convicção plena do julgador, ao menos indicarão uma determinada aparência sobre os fatos postos em julgamento. Tal contato fulmina a garantia da plenitude do direito de defesa e o exercício do contraditório, já que qualquer hipótese diversa daquela presente na peça informativa policial encontrará forte resistência de ser absorvida pelo magistrado.

Portanto, o juiz que conhece dos atos investigativos prévios, desenvolve, ainda que de forma precária e superficial, uma cognição sobre o caso totalmente contaminada e vinculada à hipótese formulada na investigação preliminar (LUZ, 2013, p. 24), o que acarreta a adoção de uma postura voltada a sua confirmação em juízo, subestimando e menosprezando as informações dissonantes a ela.

Nesta perspectiva, a dimensão democrática do processo (Martins, 2010), que possui como elemento fundamental a participação das partes opostas com poderes de igualmente influenciarem a decisão jurisdicional (Prado, 2006, p. 109), acaba sendo violada, pois tal circunstância somente pode ser alcançada através da preservação da imparcialidade do juiz.

A imprescindível separação entre as fases judiciais: seriam as varas de inquérito policial o juízo de garantias “à Brasileira”?

Letícia Gouveia de Oliveira Barbosa

A imparcialidade, além de subjetiva entre o juiz e os indivíduos envolvidos no processo, exige, portanto, o afastamento psicológico inicial do julgador com o caso penal, de modo a não vinculá-lo mentalmente com hipóteses pré concebidas antes da instrução processual, evitando, assim, a contaminação por elementos exteriores ao processo (Reale, 2011, p. 99-100). Deve haver, pois, uma originalidade cognitiva ante a questão posta em julgamento.

Diante disto, imprescindível distanciar o julgador do caso penal dos elementos colhidos na investigação preliminar, a fim de evitar a sua contaminação pelas hipóteses lá formuladas e garantir uma prestação jurisdicional imparcial. A medida se faz necessária pois seria ingênuo idealizar uma imparcialidade objetiva do juiz e acreditar na sua capacidade de abstrair as informações conhecidas durante a fase investigativa para formar livremente a sua convicção sobre o mérito do caso penal apenas na instrução processual.

A propósito, a condição de imparcialidade do juiz é fundamental para uma estrutura acusatória de processo penal, pois, conforme assevera Geraldo Prado

“[...] a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante”. (Prado, 2006, p. 108)

Há muito, Jacinto de Miranda Coutinho alerta para o traço fundamental distintivo dos sistemas processuais penais assentado na gestão da prova (Coutinho, 2001, p. 24). De acordo com o autor, o sistema acusatório – em que a gestão da prova se encontra exclusivamente na mão das partes – não abre espaço para que o juiz desenvolva os chamados “*quadros mentais paranoicos*”, expressão utilizada por Franco Cordero (1986, p. 20) para designar a lógica dedutiva através da qual o juiz inquisidor preside o processo buscando as provas necessárias para justificar uma decisão tomada previamente (Coutinho, 2001, p. 32).

É justamente sob esta perspectiva que na estrutura acusatória de processo penal a imparcialidade assume posição de princípio basilar da jurisdição. Na medida em que se exige que o julgador seja imparcial, ele deve se abster de qualquer atividade probatória, já que é papel das partes, por definição, gerir os interesses do processo (Binder, 2014, p. 28). Isso não significa dizer que o juiz deve se manter totalmente inerte durante a instrução processual, ao contrário, a sua atuação é essencial para a salvaguarda dos direitos e garantias processuais envolvidos no caso. No entanto, a proatividade jurisdicional deve ser única e exclusivamente em relação a promoção do debate entre as partes, e nunca sobre

as provas (Rua, González, p. 93), ou seja, não faz parte do rol de atuação do juiz produzir conteúdo probatório, sequer para sanar dúvidas. O raciocínio é simples e decorre da tradução literal de um princípio muito conhecido mesmo entre estudantes do primeiro período do curso de Direito: o *in dubio pro reo*. Em caso de dúvida, o juiz não deve buscar provas para saná-las, mas absolver o réu, precisamente porque sua atuação deve ser livre e imparcial.

Esta abstenção probatória somada a originalidade cognitiva são condições para a imparcialidade do juiz e, conseqüentemente, para a acusatoriedade do processo penal. Referidas circunstâncias foram muito bem compreendida pelos países latino americanos que empregaram reformas processuais penais em suas legislações orientadas por um ideal democrático e com o espírito acusatório de sistema (Postigo, 2017, p. 17). Tais movimentos reformistas estabeleceram uma clara separação entre as fases processuais, as quais contam com a atuação de julgadores distintos em cada uma delas.

De forma muito simplificada, a primeira fase, chamada de etapa preliminar, caracteriza-se por ser a fase investigativa, na qual há, além da formalização da própria investigação, o controle da detenção e a análise de medidas cautelares pelo chamado juiz das garantias. Oferecida a acusação, inicia-se a etapa intermediária, que funciona como espécie de preparação para o juízo oral, quer dizer, trata-se da etapa em que se realiza o juízo de admissibilidade da acusação e o seu controle pelo também juiz das garantias, cabendo às partes apresentarem a sua teoria do caso e indicarem as provas que pretendem produzir. Já a etapa final do juízo oral é, por excelência, a fase de julgamento do caso penal por um colegiado de juízes, os quais não possuem qualquer contato com os atos praticados nas fases anteriores e tomam conhecimento do caso apenas em audiência (Silveira, 2017, p. 295-296).

Notadamente, a adoção da figura do juiz das garantias visa, dentre outros objetivos, superar o grande problema retratado por Eduardo Galeano e que atinge a realidade processual penal brasileira: a contaminação do juiz do processo pelos elementos colhidos durante a fase pré-processual.

No processo penal chileno, reformado nos anos 2000 e que se tornou paradigmático para os movimentos reformista da América Latina, a etapa intermediária, pautada na oralidade e na participação dialógica das partes, constitui a audiência central do sistema acusatório lá instaurado. Trata-se de uma fase multifuncional, que serve não apenas para distanciar o juiz do processo da investigação preliminar, como também para controlar a própria acusação, filtrando os casos penais e os preparando para o julgamento de mérito (Silveira, 2018, p. 375).

Portanto, além de ser a audiência fundamental para a separação das fases judiciais, possibilitando a distinção entre os juízes que atuarão em cada uma delas,

a fase intermediária funciona como uma etapa de saneamento do processo, isto é, delimita o objeto processual a ser discutido no juízo oral, a partir da apresentação da teoria do caso pelas partes, e concentra a resolução das questões relativas a admissibilidade de provas, o que permite a produção de informação de alta qualidade e evita tanto a inserção de provas desnecessárias como a remissão de casos não habilitados para o julgamento de mérito (Postigo, p. 3).

Outro ponto que merece destaque em relação a atuação do juiz das garantias nos modelos reformados diz respeito ao estabelecimento da oralidade como método de trabalho. O sistema de audiência potencializa o exercício do contraditório entre as partes, já que elas poderão debater de forma imediata determinada questão apresentada pela contraparte, dando maior dinamicidade ao processo e possibilitando uma tomada de decisão de forma mais qualificada (Rua e. González, p. 86). Há, por assim dizer, o controle horizontal pelas partes na própria audiência, de modo que as questões contraditórias são imediatamente resolvidas, não havendo necessidade de interpor recursos que levarão dias ou meses para serem analisados.

Logicamente, não se deve olvidar as diferenças socioeconômicas e territoriais entre Brasil e Chile. A implementação de uma reforma processual nos moldes da que foi construída no Chile parece utópica frente aos problemas estruturais e políticos que nos atingem. Todavia, os esforços para aproximar o processo penal brasileiro ao modelo acusatório que a Constituição Federal de 1988 definiu, devem ter como horizonte os exemplos dos países vizinhos, para que enfim se possa caminhar em direção a construção de um processo verdadeiramente acusatório.

Para o início desta caminhada, fundamental pensar em uma reforma processual possível - para usar expressão cunhada pelo professor Marco Aurélio Nunes da Silveira (2018, p. 360) -, isto é, aquela que se mostra viável dentro do nosso atual contexto. Tal reforma exige, ao menos, a inserção da figura do juiz das garantias para atuar em uma etapa intermediária ao processo, possibilitando, assim, a rígida separação entre as fases processuais, condição essencial para o processo penal acusatório.

Neste sentido, sob a ânsia de introduzir elementos acusatórios – ainda que formalmente -, em algumas capitais brasileiras, a exemplo de São Paulo e Curitiba, instituiu-se as Varas de Inquérito Policial. Trata-se de varas especializadas cuja competência se restringe a fase pré-processual, ou seja, o juiz da Vara de Inquéritos Policiais atua exclusivamente durante a investigação preliminar, exercendo o controle jurisdicional sobre os inquéritos policiais e decidindo sobre as medidas cautelares anteriores a ação penal.

Especificamente no caso paranaense, a vara especializada foi criada no ano de 2004 na comarca da capital por meio de lei estadual que alterou o Código de

Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná. Em Curitiba, entretanto, diferentemente de São Paulo, houve a extinção da VIP (Vara de Inquéritos Policiais) após 9 anos de funcionamento por questões administrativas deliberadas pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado.

Apesar de não mais existirem no Estado do Paraná, o recorte teórico de análise é importante, pois o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em Auto Circunstanciado de Correição do ano de 2013, reconheceu a Vara de Inquérito Policial da Comarca de Curitiba como juízo de garantias.

No entanto, seria possível afirmar que as Varas de Inquérito Policial realmente constituem um juízo de garantias?

Primeiramente, é necessário destacar que a etapa intermediária, da forma como foi construída nos modelos reformados e para atingir a suas finalidades, exige, além da oralidade enquanto método de trabalho, a adoção da figura do juiz das garantias, o qual irá possibilitar a rígida separação das fases de investigação e do processo, com atuação de juízes distintos em casa uma dela, vedando o acesso ao conteúdo da investigação preliminar pelo órgão jurisdicional que julgará o caso penal (Silveira, 2018, p. 376).

Adotando estas premissas, a definição das Varas de Inquérito Policial enquanto juízo de garantias já esbarra no primeiro pressuposto: a oralidade. Isso porque, o funcionamento da VIP não foge à regra da escrituração, típico dos sistemas inquisitórios. Todo o trâmite dos fóruns criminais brasileiro permanece pautado no modelo petição, em que as partes debatem entre si e realizam requerimentos ao juiz por meio de petições e não em audiência, com o dinamismo que a oralidade proporciona.

Da mesma forma, a vara especializada em inquérito policial não possui o caráter multifuncional próprio da etapa intermediária, pois se restringe ao controle da investigação preliminar e das medidas cautelares anteriores a ação penal. No modelo chileno, o juiz das garantias, além de se ocupar das questões relativas a investigação, deve preparar o processo para o juízo oral, resolvendo problemas, vícios e discussões sobre a admissibilidade de provas relacionada a teoria do caso apresentada pelas partes, o que não ocorre na sistemática brasileira das varas especializadas.

A diferença substancial, no entanto, diz respeito aos poderes instrutórios atribuídos ao juiz da Vara de Inquérito Policial. Como a estrutura das VIP está inserida em um sistema processual inquisitório, regido por um código da década de 40, o juiz dispõe amplamente de meios para produzir provas, requerer diligências investigativas e determinar medidas de ofício. O juiz das garantias, por outro lado, atende a lógica acusatória e, assim sendo, não detém tais poderes, sendo determinado pelos limites dos requerimentos das partes.

Mesmo assim, poder-se-ia dizer que a vara especializada de inquéritos policiais, ao menos, permite a separação das fases judiciais já que distancia o juiz do processo da fase preliminar, vez que haverá um juiz distinto atuando durante a investigação policial.

A conclusão, todavia, é precipitada e falaciosa.

Apesar de existirem diferentes juízes operando em cada momento processual, não há a rígida separação entre as fases judiciais, pois concluso a investigação preliminar, a ação penal é proposta perante o juiz que julgará o mérito do caso. Ocorre que é inerente ao momento processual do recebimento da acusação a análise das condições da ação, cujo exame acarreta uma “aproximação do magistrado com os elementos indiciários da investigação, em especial porque o juiz não terá outra alternativa que não a de buscar nos autos do inquérito policial (...) o material de convencimento do *fumus comissi delicti*” (Maya, 2014, p. 205).

O grande cerne do problema, todavia, recai sobre a abertura dada pela legislação processual penal pátria a utilização dos elementos investigativos do inquérito policial para a fundamentação da decisão jurisdicional³, ainda que de forma limitada, isto é, desde que corroborado por outros elementos colhidos em juízo (Poli, 2014, p. 371).

Na prática, como os autos da investigação se perpetuam ao processo e o juiz dispõe de meios para acessá-lo, os elementos do inquérito continuam adquirindo status de prova, sendo que o julgador, “valendo-se de fórmulas imprecisas e falaciosas”⁴, utiliza-se de tais elementos informativos, “escapando das regras constitucionais (do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, entre outras) pela retórica e pelo discurso - o que é desarrazoado e inconstitucional”⁵.

Nesse sentido, a Vara de Inquérito Policial é uma clara representação do que Binder (2014, p. 38) definiu como a reconfiguração inquisitória do sistema ou institutos acusatórios. Ou seja, a criação de estruturas e mecanismos que apontam para a acusatoriedade processual penal acabam sendo mitigadas pela cultura jurídica envolta na lógica inquisitória do trâmite e da escrituração.

Com efeito, de nada servirá a criação de varas especializadas na fase investigativa se não houver a possibilidade de impedir o contato do juiz do processo com os elementos informativos do inquérito policial por completo.

3 Nesse sentido, o art. 155 do Código de Processo Penal prevê 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”.

4 *Ibidem*, p. 372

5 *Ibidem*, loc. cit.

Portanto, por mais que a reorganização judiciária tenha estabelecido a atuação de julgadores distintos em cada fase da persecução penal, não há como afirmar que as Varas de Inquérito Policial sejam juízos de garantia, essencialmente porque elas não proporcionam o real distanciamento entre o juiz do processo e os elementos informativos da investigação preliminar.

Em verdade, as Varas de Inquérito Policial atendem apenas ao que o projeto de reforma global do Código de Processo Penal que tramita atualmente em nosso Poder Legislativo (Moraes, 2010, p.22), definiu como juízo de garantias. A configuração dada a figura do juiz das garantias nesse projeto é totalmente avessa a sua própria razão de ser.

Primeiramente, nos termos da proposta legislativa, não seria da competência do juiz das garantias, assim como não é do juiz da VIP, proceder o juízo de admissibilidade da ação penal.

Acontece que o papel atribuído ao juiz das garantias na configuração acusatória de sistema processual penal, tal como proposto pela reforma chilena, tem como uma das suas finalidades primordiais garantir a imparcialidade cognitiva do juiz da causa, de modo a evitar a sua vinculação psicológica com a hipótese produzida na investigação preliminar (Moraes, 2010, p. 22). Dessa forma, seria possível assegurar o contato do juiz apenas com os elementos derivados de um processo em contraditório, permitindo-se influenciar de igual forma pelos argumentos e hipóteses levantadas tanto pela acusação quanto pela defesa (Luz, 2013, p. 24).

Logo, como explorado anteriormente, ao transferir ao juiz do processo a análise de admissibilidade da ação penal se exige que ele tome conhecimento dos elementos informativos produzidos durante a investigação, quebrando a originalidade cognitiva necessária para a salvaguarda da imparcialidade judicial.

Além disso, o projeto de reforma prevê o apensamento das decisões tomadas pelo juiz das garantias aos autos do processo⁶. Mais uma vez há a quebra da lógica acusatória. Por óbvio que se as medidas empreendidas pelo juiz das garantias têm por base, essencialmente, os elementos da investigação preliminar, o juiz do processo, ao conhecer destas decisões, acabará mantendo contato, mesmo que indiretamente, com o inquérito policial.

Em vista disso, verifica-se que a estrutura das Varas de Inquérito Policial existentes em algumas capitais brasileiras se aproxima muito daquilo que o projeto de reforma brasileiro definiu como juízo das garantias, mas não do que, de fato, constitui a essência daquilo que representa a figura do juiz das garantias em um processo penal acusatório.

6 Nos termos do Art. 15, §3º do projeto de reforma do Código de Processo Penal “os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão apensados aos autos do processo”.

Por outro lado, o projeto de reforma parcial que ficou conhecido como Pacote Anticrime, aprovado recentemente pelo Congresso Nacional, a despeito de todas as críticas, reconfigurou a ideia do juiz das garantias presente no PL 156/2009 (Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal) e se aproximou daquilo que propõe os movimentos reformistas da América Latina. Solucionando os problemas apontados anteriormente, a redação da nova lei atribuiu ao juiz das garantias a competência para decidir sobre o recebimento ou não da acusação⁷, além de garantir que os autos da investigação não serão apensados aos autos do processo⁸.

Sem dúvida, as mudanças representam um grande avanço para a acusatoriedade do sistema processual penal brasileiro. Resta saber se a nova lei terá forças para ultrapassar as barreiras impostas por aqueles como Algonso Hernández Pardo – personagem de Eduardo Galeano apresentado no início deste artigo -, que permanecem enraizados na lógica inquisitória de processo.

7 Art. 3-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) XIV – decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; (Alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019).

8 Art. 3-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. (...) § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria deste juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (Alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019).

Conclusão

O direito processual penal brasileiro passa por um momento de profunda instabilidade, haja vista as frequentes notícias dando conta de escândalos processuais e proposta legislativas com viés puramente inquisitivo. Frente a este cenário catastrófico, a discussão acerca da implementação de uma reforma processual global, nos moldes do que vem ocorrendo nos países latino americanos, torna-se ainda mais relevante em nosso país.

A atual sistemática processual penal estabelecida pelo Código de Processo Penal brasileiro, ao permitir que o inquérito policial acompanhe os autos do processo judicial e seja valorado enquanto prova, acarreta prejuízos evidentes, especialmente em relação à formação de convicção do juiz sobre o caso penal e à garantia da imparcialidade, o que demonstra a necessidade de se discutir medidas capazes de reduzir tais danos e de promoverem uma aproximação da realidade processual penal com a sistemática democrática, há muito definida pela Constituição Federal de 1988.

A partir deste panorama, pretendeu-se com o presente trabalho analisar as questões relativas a influência exercida pela etapa pré-processual na construção de hipóteses probatórias para o caso penal, buscando soluções, nas experiências latino americanas, para superar um grande problema que atinge a realidade processual penal brasileira: a contaminação do juiz do processo pelos elementos colhidos durante a fase de investigação policial.

Neste sentido, o papel do juiz das garantias na etapa intermediária surge como uma forma de restringir o conhecimento do juiz do processo sobre os elementos informativos do inquérito policial e garantir a sua imparcialidade para o julgamento de mérito. Sob este propósito, algumas capitais brasileiras, como a exemplo de Curitiba, instituíram as chamadas Varas de Inquérito Policial, cuja competência se restringe a etapa preliminar de investigação.

No entanto, a partir da singela análise que aqui se desenvolveu, nota-se que as varas especializadas em inquéritos policiais, a despeito de serem reconhecidas como uma espécie de juízo das garantias, se caracterizam apenas como mera reorganização judiciária que perpetua práticas inquisitivas do sistema judicial em que se encontra inserida.

A reforma processual penal possível, no entanto, exige medidas reais que insiram, de fato, a dinâmica acusatória na práxis forense brasileira. Isso será alcançado não apenas através de alterações legislativas, mas, principalmente, com uma mudança cultural, de modo que uma verdadeira superação da lógica inquisitorial e a instauração de um efetivo sistema democrático de processo penal, em consonância com as garantias constitucionais, somente será possível quando a mentalidade dos operadores do direito estiver voltada a esta perspectiva.

Referência Bibliográfica

BINDER, Alberto. **Elogio de la audiencia oral y otros ensayos**. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. *In: COUTINHO, J. N. de M. Crítica a teoria do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES Jr., Aury; RITTER, Ruiz. A Imprescindibilidade do Juiz das Garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 73, p. 12-25, 2016.

LUZ, Denise; SILVEIRA, Leon Murelli. A angústia de decidir e o juiz de garantias no projeto de reforma do CPP: uma importante contribuição da psicanálise para o direito. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 15-41, 2013.

MAYA, A. M. **Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias**. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide de. Quem tem medo do Juiz das Garantias? **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 18, ed. Esp., 2010.

POLI, Camilín Marcié de. As consequências do uso do inquérito policial no processo penal brasileiro. *In: GONZALEZ, Leonel (Org.). Desafiando a inquisição: ideia e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Chile: 2017.

POSTIGO, Leonel González. Bases da reforma processual penal no Brasil: lições a partir da experiência na América Latina. *In: Idem (org.). Desafiando a inquisição: ideia e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Chile: 2017.

POSTIGO, Leonel González. **La etapa intermedia en un sistema adversarial. Del saneamiento formal al control substancial de la acusación**.

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

REALE Jr., Miguel. Razão e subjetividade no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Penais**, São Paulo, n. 00, 2004.

REALE JR., Miguel. O juiz das garantias. **Revista de Estudos Criminais**, v. 10, n. 43, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES Jr., Aury. Você sabe o que é imparciali-

dade cognitiva no processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 13, n. 75, 2017.

RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ, Leonel. **El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiências.**

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. **Por uma teoria da ação processual penal: aspectos teóricos atuais e considerações sobre a necessária reforma acusatória do processo penal brasileiro.** Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. O juiz de garantias como condição de possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana. *In*: GONZALEZ, Leonel (org.). **Desafiando a inquisição: ideia e propostas para a reforma processual penal no Brasil.** Chile: 2017.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. As linhas de um processo acusatório de Franco Cordero e a reforma do processo penal brasileiro: breves comentários sobre algumas lições fundamentais. *In*: COUTINHO, J. N. da M.; PAULA, L. C. de; SILVEIRA, M. A. N. da. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil.** 4. vol. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA E A BUSCA DA DEFESA REAL NO PROCESSO PENAL VERDADEIRAMENTE ACUSATÓRIO.

Júlio César Duailibe Salem Filho⁹

Introdução

Trinta e um anos. Idade que a Constituição Cidadã¹⁰ completava na semana em que um grupo de profissionais do Direito, dentre eles cinco defensores públicos do Paraná, visitava Santiago, no Chile, para uma imersão de três dias na prática do processo penal adversarial adotado naquele país, a fim de conhecer mais de perto as características do sistema acusatório-democrático.

Mais de três décadas não foram suficientes para a constitucionalização e democratização do processo penal brasileiro, que ainda reverbera a índole autoritária de sua origem. O Código de Processo Penal vigente é estabelecido pelo Decreto-Lei nº 3.689, de 1941, portanto, o texto inaugural é da época em que o país se encontrava sob o império da Carta Constitucional de 1937, “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem”, como afirma Silva (2004, p. 171).

A contextualização temporal se faz relevante para conhecer a alma do processo penal brasileiro, haja vista que apesar das inúmeras reformas legislativas que alvejaram o corpo do Código de 1941, seu núcleo fundante permaneceu o mesmo.

A CRFB/88 não foi capaz de aniquilar o autoritarismo embutido no CPP brasileiro e transformá-lo em norma afeita à democracia. Muito menos foi suficientemente forte para extirpar da mente e do subconsciente da sociedade, dos aplicadores do direito e dos reprodutores de conhecimento jurídico as nódoas provenientes da cultura política experimentada e sedimentada por décadas pelo povo brasileiro. Apesar do movimento doutrinário e jurisprudencial tendente ao discurso de que a Constituição democrática pôs fim às críticas tecidas contra o sistema inquisitório muito presente no processo penal brasileiro, a verdade é que ela não transformou, da noite para o dia, água em vinho.

Observando bem essa realidade, Gloeckner (2018) aduz que

9 Defensor Público do Estado do Paraná atuante em processo penal e membro auxiliar do Núcleo de Política Criminal e Execução Penal da Defensoria Pública do Paraná.

10 A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi assim denominada por Ulysses Guimarães.

apesar da relevante doutrina crítica no Brasil, sediada no âmbito da academia, doutrinas tradicionais e que interagem com a jurisprudência, num círculo vicioso, acabariam por despejar e esparramar conclusões no sentido da consolidação e concretização do sistema acusatório no Brasil. [...] a consolidação do regime democrático e as diversas alterações na legislação processual penal brasileira se encarregariam de fazer desfalecer os debates políticos acerca do processo penal, considerados despiciendo, fúteis ou meramente retóricos, relegados ao ‘saber acadêmico’ (Gloeckner, 2018, p. 52)

No entanto, a prática, muitas vezes afastada da teoria, demonstra frequentemente desatenção ao modelo piramidal das normas jurídicas proposto por Kelsen, baseado na ideia de que as normas inferiores retiram seu fundamento de validade das normas superiores numa escala hierárquica definida. Contudo, a crise jurídica que se instala no Brasil também pode ser intitulada como crise da teoria das fontes, onde já não se sabe onde estão os valores supremos a serem protegidos, se na Constituição ou nas leis que, na teoria, lhe devem reverência.

Soma-se a isso a leitura da Exposição de Motivos do Código de 1941 apta a evidenciar a que ele veio. Francisco Campos, então Ministro da Justiça, escancara a tendência utilitarista dessa produção legislativa contra a criminalidade, de modo que a instrumentalidade processual – servindo não à contenção do poder punitivo do Estado, mas à segurança pública – externa-se em suas palavras: “impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”. Para ele,

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social¹¹.

Nessa linha estruturante do processo penal brasileiro – ainda forte – a crise das fontes é bem acentuada, pois para aqueles que veem o processo penal como instrumento de combate à criminalidade, as normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais passam a ser um entrave e devem ser reposicionadas à luz do ideal da segurança pública.

Atento à presença dessa crise jurídica, Lopes Jr. (2018) adverte que

O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da

¹¹ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. DOU, 13/10/1941.

CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas da nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941 (LOPES JR, 2018, p. 33-34).

Gloeckner (2018, p. 131-132), de forma crítica, assevera que esse “arquétipo normativo de instrumentalidade jamais poderia servir, simultaneamente, para a defesa de direitos e garantias fundamentais”. Eis, então, o conflito político-jurídico posto em debate: de origem marcadamente inquisitório, afastado da orientação de servir ao indivíduo contra o arbítrio e os desvios do poder punitivo do Estado, como o processo penal brasileiro pode, simultaneamente, atender ao programa constitucional democrático de 1988?

É claro que a uma Constituição democrática necessariamente deve corresponder um processo penal de mesma índole, de caráter instrumental a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo, de modo que o processo penal brasileiro, na atualidade, somente se legitima à medida que se encorpar dos princípios democráticos e for constituído a partir da Constituição (Lopes Jr, 2018, p. 30).

Portanto, a visita a um país vizinho para compreender o funcionamento de um processo penal adversarial tem sua importância na medida em que o Brasil, nessa temática, é uma ilha na América Latina cercado por países que nos últimos anos passaram por mudanças radicais na estrutura do processo penal, ou seja, alterações não somente legislativas, mas na política pública pertinente que envolve a organização e os arranjos dos órgãos que atuam no sistema de justiça penal. Discute-se no Brasil uma profunda reforma processual penal, mas conhecendo a realidade chilena, assim como de outros Estados sul-americanos, sabe-se que a constitucionalização do processo penal somente será possível se houver uma disposição para a transformação da mentalidade inquisitória e de toda a política-pública penal autoritária que teima em permanecer, desde Francisco Campos.

Dentre todas as questões, a política relacionada à defesa penal pública é tão importante quanto à gestão da prova porque está umbilicalmente conectada aos princípios fundantes de um processo penal verdadeiramente acusatório, inclusive no aspecto da dialeticidade e do contraditório efetivo, especialmente no modelo adversarial onde não satisfaz uma defesa meramente formal.

A Defesa Penal Pública E O Problema Brasileiro.

Dito de uma forma geral e sucinta, toda pessoa acusada tem direito à defesa técnica¹². Trata-se de uma garantia mínima no processo penal e que se estende a qualquer sujeito, independentemente da sua condição social, econômica, raça, cor, natureza do crime praticado, etc. Sendo um direito sem o qual não se pode falar em um processo penal minimamente democrático, seu exercício deve ser garantido pelo Estado, ainda que a pessoa não tenha recursos para cobrir seus custos.

A preocupação com a assistência judiciária é histórica. A previsão em texto pode ser encontrada desde o Livro III, Título I, §4º do Digesto¹³, do qual consta: “Disse o Pretor: ‘se não tiverem advogado, eu lhes darei’ E não só com estas pessoas quis o Pretor mostrar tal humanidade, como também se tivesse alguma outra que por certas causas, ou excessiva influência de seu adversário, ou medo, não encontrasse patrono”. Vê-se um instituto próximo do que hoje se chama de advocacia dativa afeta ao modelo *judicare* de assistência judiciária gratuita, quando profissionais particulares são nomeados para causas específicas e recebem verbas honorárias pelo Estado.

No Brasil, é muito comum a nomeação de advogado para patrocínio da defesa penal em localidades onde a Defensoria Pública não está adequadamente instalada quando já instaurada uma ação penal e, citado o réu, ele não constitui defensor de sua confiança. Consta expressamente do atual Código de Processo Penal a fórmula segundo a qual “se o acusado não o tiver, ser-lhe-á **nomeado defensor pelo juiz**, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação” (art. 263).

Nota-se a previsão legal da nomeação casuística, pelo juiz, de defensor, redação que não foi remodelada após o advento da Defensoria Pública como instituição de Estado constitucionalmente incumbida da orientação jurídica, da promoção dos direitos humanos e da defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados (CRFB, art. 134). É evidente que esse dispositivo deve sofrer a devida interpretação conforme à Constituição, de modo que nas localidades com atuação regular da Defensoria Pública, não havendo constituição de advogado pelo réu, a instituição será provocada para prestar a assistência jurídica ao réu, assumindo doravante a defesa penal pública com autonomia e independência funcional.

É importante ressaltar que o modelo de assistência jurídica está umbilicalmente ligado ao modelo de Estado e ao tipo de tutela jurisdicional preferido.

12 CADH, artigo 8, 2, d.

13 Trata-se de texto reunindo decisões e obras de jurisconsultos romanos do período clássico, escrito a mando do imperador Justiniano.

Com efeito, Estados liberais têm a tendência de adotar modelos privatistas e individualistas de assistência jurídica. Por outro lado, Estados sociais e democráticos priorizam os modelos públicos de assistência jurídica, prestada e gerida por entes estatais, responsáveis pela oferta de soluções estruturais e de tutelas inibitórias às ameaças ou às violações em massa de direitos humanos, mormente dos direitos sociais e coletivos, sem sacrifício da defesa específica e eficaz de cada assistido.

É possível representar, graficamente, a interrelação do regime de governo do Estado com os direitos fundamentais, o modelo de assistência jurídica e o processo penal da seguinte forma:

Estado	Autocrático/Autoritário	Democrático
Direitos Fundamentais	< proteção	> proteção
Defensoria Pública	< (-)	> (+)
Processo Penal	Inquisitivo	Acusatório

Historicamente, a primeira Constituição a prever o modelo público de assistência foi a de 1934, democrática na essência e instituidora de direitos sociais. Em seu artigo 113, item 32, constava expressamente que “a União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.”

A Defensoria Pública como a instituição constitucionalmente eleita para a assistência jurídica surge no texto da Constituição de 1988, conquanto preexistente de fato. Não há como deixar de correlacionar a Defensoria com a relevância emprestada aos direitos e garantias fundamentais, bem como com os objetivos da república trazidos pelo novo texto fundante do Estado. Merece destaque a ancoragem dos Direitos e Garantias Fundamentais em tópico frontal da Constituição com uma amplitude no trato dos Direitos Individuais e Sociais jamais vista.

Aliás, como ressalta Branco (2014), o preâmbulo da CRFB/88 prenunciava a relevância da matéria ao explicitar, como objetivo da Constituinte, a instituição de um Estado Democrático “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. Ele afirma que “esse objetivo há de erigir-se como pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição” (Branco & Mendes, 2014, p. 135), logo, não há como compreender o Estado brasileiro pós 1988 com decisões políticas e jurídicas desgarradas dos direitos e garantias fundamentais. Daí porque a decisão de criar e fomentar um órgão de Estado dedicado à assistência jurídica dos necessitados e, notadamente, à defesa penal pública.

A Constituição também tratou de estabelecer os objetivos fundamentais da República, dentre eles, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos (art. 3º), sabendo-se se tratar de uma sociedade pluralista, cujas opiniões, crenças, origens e modo de ser de cada indivíduo devem ser respeitados (cf. preâmbulo, art. 1º, inc. V e artigo 3º, inc. IV). Assim, a Defensoria Pública desempenha papel importantíssimo para o alcance dessas metas republicanas.

A necessidade de um modelo público institucionalizado de defesa penal advém, em boa parte, da seletividade, da repetição de casos e dos sujeitos penalmente perseguidos e do encarceramento em massa de grupos altamente vulneráveis e, em sua maioria, com características raciais, culturais, sociais e econômicas muito similares. É preciso uma instituição especializada, organizada e estruturalmente preparada para lidar com essa realidade que tem cor, tem classe e tem estigmas. E acima de tudo, uma realidade que se ressentida da falta de políticas públicas estatais de prevenção.

A nomeação casuística de patronos privados para prestação de assistência jurídica gratuita não satisfaz a exigência de uma defesa penal que deve conhecer, por experiência consolidada, os problemas criminológicos envolvendo o público alvo do Direito Penal e que tenha corpo estruturado e vocacionado para combater a criminalização secundária advinda dos movimentos punitivistas reais das agências penais.

Para um problema criminológico de tamanha monta, evidenciado pela população carcerária, o remédio se constitui da defesa eficaz de cada caso específico, mas sobretudo de um movimento defensivo organizado capaz de fazer frente ao movimento punitivista no mesmo volume, com a mesma intensidade e com força vetorial uníssona exatamente em sentido oposto formada por todas as forças produzidas pelos componentes da instituição. Assim, o modelo público de defesa penal especializada parece ser o que melhor atende a esse objetivo.

O então Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, em julgamento de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade que impugnavam dispositivos legais do Estado de Santa Catarina autorizativos e regulatórios da prestação de assistência jurídica pela OAB/SC, em substituição à Defensoria Pública, assim se pronunciou:

Não se pode ignorar, também, que, enquanto o defensor público integrante de carreira específica dedica-se exclusivamente ao atendimento da população que necessita dos serviços de assistência, o advogado privado convertido em defensor dativo certamente prioriza, por uma questão de limitação da jornada de trabalho, os seus clientes que podem oferecer uma remuneração maior do que aquela que é repassada pelo Estado, a

qual observa a tabela de remuneração básica dos serviços de advogado. Essas observações sugerem que a questão da criação de um serviço de assistência judiciária não pode ser vista apenas sob o ângulo estatístico e muito menos da perspectiva da mera economia de recursos.¹⁴

Ademais, um grave problema que não raras vezes se apresenta na defesa penal e que precisa ser combatido é a sua presença apenas formal no processo, isto é, uma atuação em função exclusiva da evitação de nulidades e de legitimação do resultado final esperado. Para exemplificar e demonstrar que esse não é um problema utópico, mas real, traz-se um despacho judicial proferido em processo penal público¹⁵ e que foi notícia no Conjur (Viapiana, 2019), no qual se externa a ideia de que o advogado deveria servir ao Judiciário e à persecução penal, mas não à defesa intransigente dos direitos fundamentais:

“Mantenho a decisão de mov. 274, tendo em vista que a realização da sessão, por videoconferência, não acarretará qualquer prejuízo à defesa. Isto porque serão assegurados ao acusado todos os seus direitos, como entrevista prévia com seu defensor, bem como o acompanhamento dos trabalhos a serem realizados. Sabe-se que, para o reconhecimento de eventual nulidade processual, é necessária a verificação de prejuízo concreto à parte, sendo certo que a utilização do citado recurso tecnológico, de forma alguma, prejudicará os interesses do acusado.

Ressalte-se que **cabe ao defensor nomeado, caso pretenda continuar a ser contemplado com futuras nomeações, colaborar com o Juízo** no sentido de que a sessão seja efetivamente realizada, especialmente após os esforços realizados pela Escrivania para que a sessão de julgamento possa vir a ocorrer, considerando a comprovada impossibilidade de ser o réu escoltado. Lamentável, portanto, a postura do **advogado dativo**, ao pleitear a redesignação da sessão.”¹⁶

Fica clara a inadequação de um modelo cuja autonomia e independência está comprometida no seu atuar. No caso concreto, o advogado nomeado foi constrangido a “colaborar com o Juízo” sob pena de não ser mais nomeado para novos processos. Por essas e outras, uma instituição de defesa penal pública plenamente autônoma e independente é imprescindível para a existência de

14 ADI 4270, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-188 DIVULG 24-09-2012 PUBLIC 25-09-2012

15 Trata-se de Ação Penal de competência do Júri inaugurada por denúncia em 16/10/2015 e que tramitava na Vara Plenária do Tribunal do Júri de Ponta Grossa/PR, estando com nível de sigilo “público”.

16 Despacho de 24 de julho de 2019, inserido no movimento 280.1 dos autos do processo nº 0012917-85.2014.8.16.0019.

um processo penal verdadeiramente acusatório e democrático.

Valioso ressaltar que “o Defensor Público não existe apenas para compor formalmente o polo passivo da ação penal, mas para lutar pela efetiva realização dos direitos dos acusados, assim como os de quaisquer cidadãos”. E mais do que isso, “o contraditório e a ampla defesa – compreendidos de modo a efetivar os direitos fundamentais, não apenas legitimar uma condenação – são também um instrumento para se buscar a igualdade social, buscando o equilíbrio” (Rudolfo, 2015, p. 76). Possível dizer que são mecanismos de contraposição à acusação com capacidade para interagir e reagir com eficiência e igualdade.

A propósito, Badaró (2016, p. 55) defende a ideia de que o contraditório deve se apresentar efetivo e equilibrado e, para ele, o processo dialético se aperfeiçoa por tese e antítese com “conteúdos e intensidades equivalentes” a fim de permitir uma síntese mais justa apoiada em bases simétricas. Grinover, por sua vez, sustenta que “a reação no processo penal, não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva. O contraditório, agora, não pode ser simplesmente garantido, mas deve ser estimulado. E a contraposição dialógica entre as partes há de ser real e não apenas formal” (apud Badaró, 2016, p. 55).

Acerca desse tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se pronunciar, quando assim decidiu:

157. Sin embargo, la Corte ha considerado que nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza. A tal fin, es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculpado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. La Corte ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional¹⁷

Todavia, o cenário brasileiro é preocupante. De acordo com o IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil (Gonçalves, Brito & Figueira, 2015)¹⁸, em 2014 as Defensorias Públicas Estaduais estiveram presentes apenas em 1088

17 CIDH, caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, Sentença de 5 de outubro de 2015.

18 Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>

das 2727 comarcas brasileiras e em, aproximadamente, 13% das unidades jurisdicionais brasileiras somente. A Emenda Constitucional nº 80/2014 que tratou especificamente da Defensoria Pública para, dentre outras coisas, determinar que o número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população e que até 2022 deverá haver defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais aparentemente não será cumprida, haja vista a curva evolutiva dos últimos anos do quantitativo de membros e do orçamento público destinado à instituição de um modo geral.

Significa dizer que o processo penal, mormente em cidades mais remotas, ainda será legitimado pela atuação de uma defesa penal pública por nomeação judicial casuística, ou seja, o réu sendo representado por um advogado dativo que atuará, em regra, após a citação e escoado o prazo ordinário da defesa escrita. Não se pode olvidar das nomeações *ad hoc*, em que para atos específicos profissionais são chamados a se fazerem presentes, muito mais para legitimação formal do evento do que pela busca de uma defesa técnica real. Não raras vezes entram na sala de audiências sem conhecer os fatos, o histórico processual, os indícios e provas relacionadas, ou mesmo sem ter tido nenhum contato prévio com o acusado e participam da instrução probatória e interrogatório do réu.

O problema está na indubitosa superficialidade dessa defesa técnica, que pouco consegue atingir o mínimo do que se espera de uma ampla defesa real. É a culpa não é do defensor – cuja competência e profissionalismo não é objeto desta discussão –, mas do modelo autofágico que não cria condições para a paridade de armas entre acusação e defesa. Dito de outro modo, não se discute aqui a capacidade técnica e qualificação do profissional nomeado, mas sim a (in)eficiência do modelo estrutural e suas características.

O tema da isonomia e paridade de armas entre órgãos de acusação e defesa será o próximo ponto a ser tratado, enfatizando sua alta relevância no sistema acusatório-adversarial.

A Paridade De Armas No Processo Penal Democrático E A Reestruturação Da Defensoria Pública Para O Sistema Acusatório-Adversarial.

Na oportunidade que tivemos de vivenciar por três dias a experiência chilena com o processo penal adversarial, por ocasião do curso proporcionado pelo Centro de Estudo de Justiça das Américas – CEJA em parceria com o Observatório da Mentalidade Inquisitória, pudemos sentir durante as audiências, desde as de controle de detenção até a etapa do *juicio oral* um forte protagonismo das partes – acusação e defesa – com a primazia dos debates orais. O juiz (ou juízes), por sua vez, assume(m) um papel muito mais de garante e de controle do que de agente condutor ou manipulador do processo penal.

Nesse ambiente propício à proatividade das partes, notamos uma maior exigência de preparo e conhecimento das questões postas em julgamento no momento das audiências do que no atual sistema jurídico brasileiro, mormente porque tudo é posto, discutido e decidido oralmente, no momento de cada audiência. Cabe aos adversários processuais a demonstração do que lhe é de seu interesse sob pena da perda da oportunidade de levar informações e materiais à apreciação judicial, dos quais não dispõe o juiz senão por intervenção das partes.

Não se relega ao juiz – em nome da imparcialidade própria do sistema acusatório – o dever de ir atrás da pretensa verdade real. O acusador e o defensor devem sair da zona de conforto que impera em ambientes burocráticos para assumirem postura ativa na produção dialética da prova rumo à construção da verdade processual com base na qual o julgador irá decidir.

O professor e advogado Aury Lopes Jr., que conhece o modelo adversarial e que bem defende em seus escritos o sistema acusatório, no mesmo sentido elucida que

Frente à imposta inércia do julgador, produz-se um significativo aumento da responsabilidade das partes, já que têm o dever de investigar e proporcionar as provas necessárias para demonstrar os fatos. Isso exige uma maior responsabilidade e grau técnico dos profissionais do Direito que atuam no processo penal.

Também impõem ao Estado a obrigação de criar e manter uma estrutura capaz de proporcionar o mesmo grau de representação processual às pessoas que não têm condições de suportar os elevados honorários de um bom profissional. Somente assim se poderá falar de processo acusatório com um nível de eficácia que possibilite a obtenção da justiça (Lopes Jr., 2018, p. 178-179).

Duas observações merecem destaque: a exigência de maior preparo e habilidade do defensor e a necessidade de uma instituição de defesa penal pública estruturalmente apta a oferecer serviço combativo, em igualdade com a estrutura acusatória e com o serviço de defesa privada a que tem acesso pessoas afortunadas.

No processo penal acusatório de perfil adversarial, em regra o Ministério Público possui ampla gestão da política de persecução penal, incluindo poderes de condução das investigações. No caso chileno, a Policía de Investigaciones de Chile (PDI) possui entre suas missões investigar crimes de acordo com as instruções do Ministério Público, ficando fácil perceber que a estrutura da acusação penal pública é bem organizada desde a fase investigatória. Para fazer frente a esse arranjo estrutural do Estado – sabendo-se que o processo acusatório é regido pelo princípio dispositivo que outorga às partes o papel exclusivo de conduzir ao processo as provas e argumentos pertinentes à demonstração de suas teses – é imperioso que a defesa penal pública que se destina primordialmente às pessoas hipossuficientes esteja preparada à altura.

Durante a visita às instituições chilenas, questionamos acerca da possibilidade de a defesa dispor da PDI em sua investigação defensiva, seja solicitando a realização de perícias, diligências complementares, etc. A resposta que ouvimos tanto dos servidores do próprio órgão policial quanto de membros do Ministério Público e da Defensoria Pública foi negativa. Segundo informaram, a PDI serve exclusivamente ao Ministério Público (*Fiscalía de Chile*), mas pode a defesa questionar ou solicitar ao promotor do caso eventuais diligências durante a investigação que, deferindo-as, fará as requisições necessárias ao órgão policial. Em caso de indeferimento, o Ministério Público fundamentará a negativa.

A solução que adotam para que a defesa penal pública em prol de pessoas hipossuficientes possa também se valer do recurso das provas técnicas é a contratação de especialistas que se candidatam a prestar esse serviço junto à Defensoria Penal Pública¹⁹. Não obstante, seja pelas impressões oriundas da visita às dependências grandiosas da Academia de Polícia do Chile, seja pela conversa mantida com dois defensores penais públicos, ficou evidente que apesar do exponencial avanço com a reforma processual penal chilena, ainda não há perfeita paridade de armas entre acusação e defesa penal pública.

19 Na página virtual da Defensoría há um campo dedicado aos peritos onde podem se inscrever para a prestação do serviço. Consta a seguinte informação: “*Esta es una inscripción de antecedentes de personas naturales y jurídicas que se desempeñan una profesión u oficio en diversas áreas del conocimiento y desean ofrecer sus servicios como peritos a la Defensoría Penal Pública. En tales casos, en forma previa a su contratación estos antecedentes son evaluados por el equipo técnico regional a través de un procedimiento regulado normativamente.*” Disponível em: <<http://www.dpp.cl/pag/7/63/introduccion>>. Acesso em: 6 de nov. de 2019.

No Chile, a Defensoria ainda luta para obter sua autonomia financeira e se igualar, nesse aspecto, ao Ministério Público. Paralelamente a isso, lá se enfrenta a mesma dificuldade sofrida pela Defensoria Pública brasileira no que diz respeito ao desnivelamento orçamentário dessas instituições, com enorme desvantagem ao órgão de defesa.

Percebe-se então que mesmo em países que já adotam o sistema acusatório ainda há muito o que ser aperfeiçoado, notadamente no tocante aos mecanismos de defesa e à paridade de armas. Essa percepção, afora o que vivenciamos, vem do relato dos próprios defensores públicos chilenos entrevistados que não hesitaram em expressar o seu incômodo com a diferença de estruturas e tratamento político entre os órgãos de acusação e defesa, muito embora tenha ficado claro nas várias conversas que a sociedade daquele país reconhece a qualidade técnica da defesa penal pública que possui.

As lições de Ferrajoli (2002, p. 467) já apontavam no sentido de que deve haver paridade de partes com a presença de um defensor público que denominou de Magistratura ou Tribuna da defesa, órgão estatal “antagonista e paralelo ao Ministério Público de Acusação”, com instrumental necessário e apto a fazer frente ao acusador.

Alberto Binder (2016), ao tratar monograficamente da defesa criminal efetiva na América Latina, lembra que

A Corte IDH apontou que é exigível, segundo a CADH, que “um litigante possa fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros litigantes”. Assim, vem utilizando, como vimos, o adjetivo “adequada” para qualificar a defesa. Também vem usando a frase “verdadeira defesa”, e rejeitando a defesa aparente e exigido uma defesa “diligente”. Todos esses adjetivos e frases supõem, em consequência, o direito a “uma efetiva defesa eficaz”, isto é, o direito a ter uma defesa proativa e não meramente crítica da acusação (Binder, Cape & Namoradze, 2016, p. 90).

Contudo, para além de uma paridade estrutural, a adoção do sistema acusatório adversarial impõe ao defensor a formação e o aperfeiçoamento de técnicas adequadas ao modelo que tem por característica marcante a oralidade, sem olvidar do desenvolvimento de habilidades negociais, a compreensão de modelos alternativos ao processo, como por exemplo a mediação penal, a barganha e a justiça restaurativa.

Os cursos jurídicos, os concursos públicos e a prática forense não estão adaptados a esse modelo. A realidade brasileira ainda é bem diferente, de modo que este também é um problema a ser enfrentado quando da esperada transição.

O Que É Preciso Mudar?

Torna-se improdutivo discutir a reforma do processo penal no Brasil que hoje se apresenta inquisitório flexibilizado, mas que se pretende em futuro breve acusatório, sem tratar da reforma estrutural do modelo de defesa penal pública institucionalizada.

Muito se fala nas alterações por quais deve passar o Judiciário – seja no tocante aos juízos de garantia prévios e distintos dos juízos de julgamento de mérito, seja quanto à gestão da prova – e o Ministério Público – especialmente quanto aos poderes de gestão da política de persecução penal. Contudo, é preciso tratar dos efeitos da incompleta institucionalização e estruturação da defesa penal pública no desenvolvimento de um processo penal acusatório, pois não basta existir a Defensoria Pública, faz-se necessário paridade de armas não somente processual, mas estrutural com os órgãos de acusação.

A principal mudança que se faz necessária talvez esteja nas escolhas políticas pelo reconhecimento da importância de uma defesa penal efetiva/real. Inicialmente, seria necessário empenho político para a destinação de orçamento público tendente a cumprir a EC nº 80/2014 no pertinente à expansão da Defensoria para todas as comarcas com capacidade de atendimento proporcional à potencial demanda. Decorreria disso a adoção de um modelo único de defesa penal pública institucionalizada capaz de neutralizar as condições que favorecem a atuação meramente formal de defensores “auxiliares da justiça” e supridores de nulidades com pouco ou nenhum controle de qualidade, passando-se à presença plena de uma instituição de defesa autônoma e independente em todos os juízos e instâncias criminais.

Ademais, faz-se necessária uma reformulação do currículo disciplinar dos cursos jurídicos, hoje formatados para uma atuação prática eminentemente escrita e burocrática. A oralidade, o debate dinâmico, habilidades negociais não têm, na formação do bacharel, o espaço que ocupam no processo penal adversarial, de modo que pensar em reforma processual sem alterações da metodologia do ensino jurídico aos profissionais que lidarão com ele não atenderá o anseio de mudança e não trará o resultado almejado.

Cumpra também um olhar crítico à atuação dos defensores públicos criminais. Não basta serem aprovados em severo concurso público, pois é preciso aperfeiçoamento constante e responsabilidade em prestar uma defesa penal pública altamente combativa e inteligente. Já se afirmou que o modelo de advocacia dativa que hoje convive com a Defensoria Pública não atende às expectativas de uma atuação especializada, direcionada e vocacionada, contudo, o modelo público institucionalizado de defesa penal também não satisfaz apenas por ser encampado por um órgão estatal – isso por si só não basta –, mas sim porque dele se espera uma atuação focada e organizada para a prestação de assistência

jurídica individual e coletiva, do começo ao fim, de forma estratégica e competente, além do controle de qualidade por órgão interno de correção.

No tocante à organização, o modelo permite o compartilhamento de experiências, informações e recursos e uma rede de cooperação que evita uma atuação isolada e ineficiente. O formato desse modelo apresenta as condições para alimentar as melhores expectativas quanto à concretização da defesa real.

A realidade da instituição brasileira, todavia, merece reparos. Evidentemente a melhoria do trabalho passa pelo incremento e otimização do orçamento e planejamento estratégico de atuação a curto, médio e longo prazos. Não obstante, é preciso compreender que o modelo de gestão da atividade precisa ser repensado para que se consiga mais eficiência apesar da escassez de recursos. A especialização do defensor penal público também é uma proposta a ser considerada, pois essa tendência parece imprimir maior qualidade da atividade-fim pela maior profundidade e experiência para a atuação.

Vale apontar que, no Chile, a Defensoria Pública tem exclusiva finalidade de fornecer defesa criminal e conta, ainda que minimamente, com alguma especialização, como por exemplo a defesa juvenil, a defesa dos apenados em cumprimento de pena, defesa de indígenas, de mulheres, estrangeiros, imigrantes e pessoas com problemas mentais. De todo modo, os defensores públicos consultados foram taxativos em dizer que sentem falta de maior especialização de atuação, ressaltando a importância qualitativa desse fenômeno.

No Brasil, ainda há comarcas que sequer contam com defensor público. Naquelas onde a Defensoria Pública atua, muitas não possuem membro com atuação na área criminal, quiçá com exclusividade. Portanto, no universo de defensores públicos é baixo o índice de atuação especializada no campo criminal, isto é, defensores públicos que lidam exclusivamente com matérias específicas na defesa penal, por exemplo, crimes contra a vida, violência doméstica, crimes sexuais, patrimoniais, tráfico de drogas etc.

Para além disso, talvez seja necessário projetar novas áreas de especialização, como colaboração premiada, *plea bargaining*, acordos de reparação de danos, suspensão condicional do processo e outras modalidades de justiça penal negociada, bem como alternativas ao processo penal tradicional, como a justiça restaurativa.

Não bastasse isso, o defensor público no modelo adversarial deve ser capacitado e possuir ferramentas que o habilitem a atuar na investigação defensiva, numa conduta muito mais proativa em contraposição à cultura que hoje predomina. Lembrando que nesse modelo as partes são responsáveis por levar ao juiz os elementos de cognição, uma defesa forte será aquela capaz de diligenciar em busca de provas e informações que infirmem a tese acusatória e deem credibilidade à versão da defesa.

Enfim, a forma de trabalho tradicional não tem cabimento no processo penal acusatório, logo, é preciso reinventar e desburocratizar a defesa, repensar o modelo com vistas a melhorar continuamente a qualidade do serviço prestado com foco na autonomia do investigado/acusado.

Considerações Finais.

Possível se faz enumerar, em síntese, algumas conclusões:

1. A política pública que valorize a ampliação estrutural e organizacional da Defensoria Pública como instituição estatal de defesa penal reflete diretamente na realização de um processo penal de perfil democrático, pois entende-se que o modelo de defesa penal pública institucionalizada é o mais adequado ao sistema acusatório.
2. É ineficiente, com maior ênfase no modelo processual adversarial, a nomeação pontual de profissionais (advocacia dativa) pelo juiz para a atuação, muitas vezes, em atos isolados (*ad hoc*) durante o processo. Nomeações que não raras vezes acontecem por ocasião da instalação da audiência de instrução e julgamento, onde o advogado que recebe a incumbência jamais teve contato com a causa e/ou com o acusado, não conhece os autos e os elementos de informação, têm por escopo apenas legitimar o ato instrutório e dar seguimento à marcha tendente à provável condenação e nega a possibilidade de um contraditório efetivo e uma defesa realmente ampla, inclusive pela dificuldade de o profissional inteirar-se do conteúdo do processo a tempo de preparar-se dignamente²⁰.
3. No atual sistema de defesa penal perpetra-se um estado de consensualidade entre os atores do sistema de Justiça e os responsáveis por políticas públicas em que ninguém se rebela contra a total afronta a preceitos e garantias fundamentais ligados ao Estado Democrático de Direito e a um sistema acusatório de processo penal. É preciso união dos órgãos para alterar essa realidade.
4. Discutir reforma processual penal envolve tratar da qualificação da defesa penal pública, recomendando-se plena institucionalização da assistência jurídica pública, sua reestruturação e aprimoramento conforme as exigências de habilidades do modelo adversarial e de gestão dos recursos, bem como pela reformulação dos cursos jurídicos e formação dos profissionais que lidarão com o novo sistema processual.
5. No processo acusatório de modelo adversarial cabe às instituições, como princípio essencial, a negação da defesa formal em nome da busca da defesa real.

20 A Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH dispõe como garantia mínima processual a “concessão ao acusado de tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa” (artigo 8º, item 2, c).

Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 4, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. Assistência jurídica integral e gratuita e direito de defesa: a experiência da Defensoria Pública da União no Brasil. In: *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: CEJA, 2017.

BINDER, Alberto; CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defesa criminal efetiva na América Latina*, 1ª Ed. São Paulo: ADC/ Cerjusc / Conectas / Dejusticia / IDDD / ICCPG / IJPP / INECIP, 2016.

BINDER, Alberto et al. *Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe*. Santiago: CEJA, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Editora Tirant Lo Blanch, 2018.

GONÇALVES, Gabriella Vieira Oliveira (org.); BRITO, Lany Cristina Silva (org.); FILGUEIRA, Yasmin von Glehn Santos (org.). *IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

LOPES JR. Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 4. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. Dogmas acusatórios em uma Democracia (in)constitucional: a meta garantia da defesa pública e o combate à cultura corporativista do medo. In: *Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia*. Brasília: Anadep, 2015, p. 76.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

VIAPIANA, Tábata. Conduta inadequada: juiz diz para advogado colaborar se quiser “nomeações futuras”. In: Revista **Consultor Jurídico**, 26 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/juiz-advoga-do-colaborar-quiser-contemplado>>. Acesso em 10.12.2019.



REFORMAS À LA CARTE: COMBATE À LIBERDADE

Luana Aristimunho Vargas Paes Leme²¹

Introdução

Afirmar que o Brasil é um país de impunidade tem sido um dos argumentos mais utilizados por um governo nitidamente autoritário, que busca apoio na população para utilizar a justiça penal, de forma arbitrária e em completo desrespeito aos limites constitucionais e direitos fundamentais dos cidadãos, tudo em prol do combate à corrupção.

A caçada aos corruptos, os mais novos inimigos da sociedade, parte de um discurso manipulado e insuflado cotidianamente pelos meios de comunicação em massa, que prometem, às custas de muitas mortes e prisões, o impossível: fim da corrupção.

Nessa perspectiva, a liberdade tem sido um dos direitos mais feridos e relegados ao segundo plano, estando em primeiro a eficácia na aplicação da lei penal. Algo que não é novo, se observada toda a história de concepção do código de processo penal brasileiro, bem como das demais reformas advindas ao longo de quase 80 anos de existência.

Muitas reformas foram feitas, porém nenhuma foi capaz de transformar e enterrar o espírito autoritário que está nas entranhas do CPP de 1941, resistindo firmemente e se adequando, ainda que formalmente, às investidas democráticas e republicanas.

O objetivo do presente artigo é demonstrar o grande engodo que está por trás do discurso vendido à população de que o Brasil é um país de impunidade, contrapondo-lhe à liberdade, mesmo sendo um dos países com o maior número de pessoas encarceradas, muitas delas ainda não julgadas.

O desenvolvimento do artigo toma como base o arcabouço legal e doutrinário, além da análise de dados oficiais apresentados por órgãos da justiça brasileira e entidades de pesquisa, como o Centro de Estudios de Justicia de las Américas do Chile, apresentando ao final, uma breve comparação entre esses dois países e suas reformas.

21 Mestranda em Políticas Públicas e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Integração Latino-Americana (Unila), integrante do grupo de Estudos sobre Políticas Públicas e seus impactos na sociedade das regiões da América Latina, pelo Instituto Latino-Americano de Economia, Sociedade e Política da Unila. Advogada.

Tecnicismo Jurídico E Exaltação Do Autoritarismo

O Código de Processo Penal Brasileiro é de 1941 e tem origem essencialmente autoritária, pois “nasceu sob a égide do Estado Novo e sobreviveu à sua derrocada [...] ganhou fôlego durante a ditadura e permaneceu em pé após a redemocratização” (SILVEIRA, 2018, p. 123).

Enquanto os vizinhos passaram por substituição de seus antigos códigos inquisitórios, diferentemente de todos os demais países latino-americanos, o do Brasil, ao longo dessas décadas, sofreu apenas microrreformas (modificação de alguns poucos artigos) e reformas parciais (tentativas de sistematização de um número maior de artigos) (GLOECKNER, 2018, p. 334).

Países como Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, Colômbia, Guatemala, Paraguai e outros²² experimentaram reformas globais, com adoção de novos códigos, que foram impulsionadas por vários motivos. Um deles, foi o fato de haver uma alta porcentagem de pessoas encarceradas, ainda não condenadas criminalmente, sofrendo prisão preventiva injustificadamente longa, desvirtuando sua finalidade cautelar.

Fato é que a prisão cautelar sempre foi um dos meios mais utilizados com o intuito de resguardar a eficácia da aplicação da lei, em escancarada demonstração de que o Código de Processo Penal Brasileiro teve grande influência do discurso retórico de Manzini (Itália), abordado por Almeida, consistente “numa limitação mais ou menos intensa da liberdade individual de uma pessoa para satisfação do escopo processual penal” (1940, p. 657).

A prisão preventiva era tratada como expressão do exercício do contraditório, tendo a revelia como coação moral e a prisão como coação física para forçar o réu a participar do processo, uma segurança apresentada a ele mesmo para que pudesse se defender (ALMEIDA, 1940).

Essa distorção dos direitos fundamentais, como meramente existentes para garantir a eficácia do direito penal foi a única preocupação esboçada por Manzini e seus adeptos, tendo a lei penal o papel de reprovar ou aprovar a conduta moral de um indivíduo.

A isso se dá o nome de tecnicismo-jurídico ou “pragmatismo repressivo – que a partir de Manzini assumiu uma postura autoritária -, que instruiu a comissão responsável pela elaboração do código de processo penal de 1941” (GLOECKNER, 2018, p. 374), como se observa em sua exposição de motivos: “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por

22 CEJA, Prisión Preventiva em América Latina: Enfoques para profundizar el debate. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericalatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 dez. 2019.

obsoletos escrúpulos formalísticos, que redundam em assegurar, com prejuízo da futura ação penal, a afrontosa intangibilidade de criminosos surpreendidos na atualidade ainda palpitante do crime e em circunstâncias que evidenciam sua relação com este”.

Desde então, as prisões processuais têm sido utilizadas pelos magistrados como resposta populista às pressões midiáticas de combate à impunidade, à corrupção e à violência, e estão presentes em toda e qualquer discussão legislativa e doutrinária liberal-reacionária.

A liberdade de locomoção, de expressão ou, até mesmo, de indignação (em seu sentido literal), são vistas como afronta à autoridade dos magistrados e detentores do poder, e se tornaram sinônimo de impunidade, num esforço sobrenatural de esvaziamento do seu caráter de direito fundamental expressamente previsto na Constituição da República.

Da mesma forma, fazem parte do “coro teórico do tecnicismo sincretista brasileiro” (GLOECKNER, 2018, p. 400), o protagonismo judicial, a contaminação do inquérito na fase judicial, a deficiência probatória, a disparidade de armas, que constroem o contraditório e debilitam de forma irreversível a presunção de inocência.

Reformas Parciais: Reforço Ao Sistema Inquisitório

Uma das reformas pela qual o processo penal brasileiro passou, no mesmo período em que os países acima citados adotavam códigos processuais penais acusatórios, foi a apresentada pela Lei 12.403/2011, que trouxe a previsão de outras medidas cautelares diversas da prisão²³, com a mesma finalidade dos demais países: tentar diminuir o número de prisões cautelares.

Contudo, essa lei além de dificultar o exercício da liberdade plena, processualmente falando, tornou ainda mais raro o reconhecimento da presunção de inocência.

Para Coutinho (2018), essa reforma foi um remendo ao CPP de 41, que manteve a estrutura inquisitória, apesar da aparência acusatória, tal afirmação pode ser corroborada pelo fato de que, passados nove anos, verifica-se que essa lei não conseguiu conter a sanha punitivista.

A prisão processual tem sido uma forma eficaz (embora inconstitucional) de uma antecipação de pena e, assim, sem muito – ou nenhum – pudor tem tratado de prender todos sempre que possível, pelo menos até que um órgão superior de competência casse a ordem. A ideia é simples: pelo menos algum sofrimento infligiu àquele que, não raro, tem tomado como inimigo (COUTINHO, 2018, p. 153).

A prisão provisória transmutou-se em penal, “a duração extraordinária dos processos penais provoca uma distorção cronológica que tem por resultado a conversão do auto de prisão em flagrante ou do despacho de prisão preventiva em autêntica sentença” (ZAFFARONI, 2015, p. 27):

23 CPP: “Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Chegou-se a um ponto em que o número de presos sem condenação e cumprindo execução provisória é maior que o número de presos definitivos, algo bizarro, mas que reflete a política criminal adotada no país, concluindo-se que, apesar da reforma (parcial), os números se mantêm.

Se antes, diante da impossibilidade de decretação ou manutenção de pena privativa de liberdade, a pessoa era colocada em liberdade; agora, quando não cabe a prisão por faltarem pressupostos constitucionais e legais, impõe-se restrições à liberdade com a aplicação cumulativa de todas as cautelares possíveis.

Em julho de 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou que, do total da população carcerária, 41,5% (337.126) são presos provisórios, que ainda não foram condenados, sem contar os 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento²⁴.

Para Zaffaroni, esse giro legislativo e jurisprudencial regressivo a que chama de “pré-modernidade penal e processual penal” são estimulados pelos meios de comunicação, a serviços dos interesses do poder transnacional, que recorrem ao aparato repressivo como forma de eliminação das barreiras ao exercício arbitrário e seletivo do poder punitivo. Assim, não se atacam frontalmente as constituições, porque sabem bem que:

[...] la ley penal señala el límite al poder punitivo del estado y, por eso, es un apéndice de la Constitución. [...] Cuando éste se debilita o desaparece, se extingue el estado de derecho; directamente, se hunde toda la realización constitucional y con ésta el derecho mismo. [...] Por ende, el debilitamiento de los límites jurídicos a su ejercicio (las llamadas garantías que son propias de todo el constitucionalismo de los estados democráticos y constitucionales de derecho) equivale siempre a la expansión del poder punitivo, al debilitamiento de los espacios de autonomía social de los ciudadanos (que es lo que preservan las garantías) y, en definitiva, al desmoronamiento de todos los derechos y de la constitución misma (2015, p. 104).

Nesse sentido, defende, ainda, que a doutrina e a jurisprudência penal devem saber reconhecer os diversos fenômenos e movimentos do poder punitivo real dentro da sociedade, seja para contê-los, derrotá-los ou mensurar seus efeitos.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, no dia 7 de novembro de 2019, se viu na posição de declarar inconstitucional a prisão após condenação em 2ª instância, que ia de encontro à expressa previsão constitucional contida no art. 5º, de que **“ninguém será considerado culpado até o**

24 Dados disponibilizados pelo CNJ, para o site G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 8 dez. 2019.

trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ferindo o princípio do estado de inocência e a segurança jurídica em nome do combate à impunidade.

Com essa decisão, provocada pelas ADCs 44 e 54, o STF declarou que o artigo 283²⁵ do Código de Processo Penal está de acordo com a Constituição da República e fundamentado em seu art. 5º, resgatando o caráter constitucional da presunção de inocência.

Decisões como essa são esporádicas, se comparadas à falta de sistematicidade e à manutenção do autoritarismo que se perpetuam nas decisões da corte constitucional.

De acordo com Ricardo Jacobsen Gloeckner (2018, p. 51-52), pode-se chamar de período pós-Constituição da República – ou “pós-acusatório” – o que, em tese, consolidou o regime democrático brasileiro após 1964, quando a Constituição estabeleceu um “conjunto de direitos fundamentais e de garantias que, no caso do processo penal, foram recepcionados como elementos integrantes de um processo ‘acusatório’ [...] e teria o condão de sepultar os resquícios inquisitórios que se encontrariam ainda presentes na legislação brasileira”.

Acreditou-se estar superada a necessidade de discussões sobre a acusatoriedade ou inquisitoriedade do sistema processual penal, como se

a Constituição da República, como que num passe de mágica, teria tornado a estrutura do código de processo penal brasileiro adequada à realidade acusatória expressa por tribunais e pela doutrina tradicional [...] a ‘tradição’, no campo processual penal brasileiro, jamais deixou de manter relações incestuosas com as manifestações de poder, especialmente nutrida por mananciais autoritários, por ideologias antidemocráticas (GLOECKNER, 2018, p. 52 e 54).

Coutinho sustenta que não há mais dúvidas quanto às reformas parciais se mostrarem desastrosas, pois:

Ao invés de melhorarem o sistema processual penal, cada vez mais o desestruturam, desgastando aquilo que se possibilita o conjunto e a extensão dos efeitos dos atos, ou seja, o nível de força com que cada ato chega aos demais e, assim, o necessário controle, fonte primeira da imprescindível mínima segurança. [...] essa tal desconexão entre o que se faz e o que se deveria fazer – que o sistema processual penal brasileiro (inquisitório

25 Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

desde sempre), hoje é uma massa disforme, sem dúvida muito pior, no aspecto global, que aquilo que se produziu em 1941 (2018, p. 151-152).

Faz-se necessário acrescentar o que Gloeckner aponta como os principais erros contidos nas reformas parciais do código de processo penal brasileiro:

A inconsistência, a precariedade técnica a ausência de solidez nas propostas de reforma e, o que é mais grave, a destruição de qualquer tentativa de organização sistemática (seja através das reformas parciais ou ainda, das microrreformas que alteram o código de processo desde a topologia da legislação especial) desfiguraram o processo penal brasileiro, mantendo-lhe feições autoritárias: algumas já existentes na década de 40, outras acentuadas mediante a incorporação de dispositivos antidemocráticos. O resultado se poderia denominar como “metástases das práticas autoritárias no campo processual penal” (2018, p. 334).

Tais mudanças e acréscimos intensificam a impressão de se tratar de um “presente de grego”, apenas em fantasia espera-se que reformas no processo penal consertem o Direito Penal ou altere, substancialmente, o *status quo*, prestam-se, “no mais das vezes, às vinganças pessoais contra os excluídos e incluídos eleitos, porque há uns ingênuos que acreditam estar aí os inimigos, sendo necessário atuar de maneira dura e impiedosa contra eles”, já alertou Coutinho (2018, p. 301).

O Papel Dos Monopólios Midiáticos No Reacionarismo

A América Latina, em especial o Brasil, vem, há alguns anos, sofrendo uma onda reacionária, que tem levado à necessidade de se reafirmar direitos, garantias e a própria validade da Constituição da República de 1988, a chamada Constituição Cidadã.

O neoliberalismo tem grande influência nesses acontecimentos, por ser uma das ameaças às bases democráticas modernas, por sua exaltação à meritocracia, ao esforço individual máximo, e à busca incessante pelo sucesso e soluções rápidas para todos e quaisquer problemas, que acabou por minar valores e condutas minimamente éticas no seio social (COUTINHO, 2018).

A complexidade das relações sociais, dos acontecimentos e das situações vivenciadas em um estado social mínimo dão espaço a guerras ideológicas, dominadas pelo senso comum e manipuladas pelas mídias de comunicação em massa e redes sociais.

A cada período é inventado um tipo de criminoso, um bode expiatório que é satanizado e se torna o inimigo da sociedade, esse inimigo já foi o terrorista, o traficante, o usuário, e seu mais novo alvo é o corrupto.

No Brasil, foi possível presenciar o sacrifício de direitos e garantias fundamentais, regras penais e processuais penais mediante o apoio e aceitação da população que, tomada pelo sentimento de combate à corrupção e impunidade, passou a aplaudir o uso arbitrário do direito penal pelas decisões solipsistas de magistrados preocupados com sua autoimagem.

Porém, como foi prometido, a corrupção não acabou, pois conforme explica Coutinho, o sistema processual brasileiro, por sua estrutura inquisitorial, não consegue combater a corrupção, como alguns detentores de poder fazem querer crer; primeiro porque há manipulação de premissas em relação às leis (principalmente as constitucionais) e aos fatos, de forma a conduzir a decisões que condenam ou absolvem, porém, não convencem.

Segundo porque, em razão de sua inquisitorialidade, os próprios condenados não “introjetam as decisões, logo, não as acolhem em sua estrutura psíquica”, o que não permite que revisem e reflitam sobre suas ações, tendendo a repeti-las (COUTINHO, 2018, p. 120).

Com discursos eloquentes de combate à corrupção, observou-se nos últimos anos, uma nova modalidade de controle social, que colocou sob a mira da mídia, dissidentes e opositores, levando em conta a situação política momentânea, o chamado *lawfare*, que é uma combinação de um setor de meios monopólicos com setores da administração da justiça, sobretudo a penal.

Zaffaroni (2015) afirma que essa é a forma mais atual de colonização, penetração, manipulação e dominação verificada nos países periféricos, influenciada por corporações transnacionais - que são uma variável do capitalismo, o capitalismo financeiro, seus tecnocratas e os monopólios midiáticos.

Em curto espaço de tempo, por influência dos meios de comunicação, grande parte dos países latino-americanos vivenciaram um processo de endeusamento e demonização, criação de heróis e vilões, que acabou polarizando o ambiente político e, conseqüentemente, o jurídico, reacendendo debates sobre direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, que pareciam estar muito bem resolvidos perante a sociedade e o imaginário popular.

A televisão não permite a reflexão, mostra coisas concretas e não dá espaço para o desenvolvimento do pensamento abstrato, fomentando a incapacidade de pensamento concreto, agindo, desde cedo, na vida das pessoas (especialmente a comunicação de lazer), tendo papel fundamental na introjeção da ordem verticalizante.

O domínio que a mídia exerce em determinadas sociedades demonstra um nível não muito alto de inteligência (ZAFFARONI, 2015). É o que Coutinho trata como “prevalência do imaginário contra a cultura” (2018, p. 104).

Sendo assim, quando se tenta fazer prevalecer o imaginário contra a cultura democrática, para Coutinho (2018), só há duas hipóteses, a primeira é não se iludir com respostas fáceis, mas que sacrificam direitos e garantias fundamentais e possuem ideologia repressiva; a segunda é manter a resistência evitando qualquer tipo de desvio nessa direção, principalmente se contrária à Constituição.

Tudo isso está estritamente ligado à aceitação, ou não, de rupturas dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, bem como às regras do Direito Processual Penal, pois demonstram o grau de civilidade de um povo.

Segundo Zaffaroni (2015), a criminologia latino-americana não incorporou o momento atual de poder e suas modalidades de poder punitivo. O debilitamento dos estados e o domínio do poder econômico-financeiro transnacional passam por cima de todas os sujeitos, em completo descaso aos direitos e garantias individuais e em uma atuação de negação aos direitos de cidadania real.

A insegurança jurídica tem predominado, pois a realidade do poder atual é de desprezo pela vida, de perversão jurídica dos direitos humanos e de potencialização da agressividade, principalmente entre as classes sociais mais vulneráveis.

Dessa forma, o controle punitivo também não é mais o mesmo, a região latino-americana vem vivendo um aumento exponencial do encarceramento em massa.

Somente no Brasil, o número de presos já passou de 812 mil, ou seja, quase 1 milhão e 500 mil pessoas presas, que correspondem a 10% da população envolvida em questão penais, levando-se em consideração, de 4 a 6 pessoas, com quem possuem vínculos: mãe, pai, esposa, marido, filhos, irmãos, amigos íntimos.

Esse fenômeno é o que Zaffaroni (2015) chama de “banalização da questão penal”, que nada mais é do que uma política criminal suicida, impulsionada pelos meios de comunicação e formas de política que servem ao capital transnacional e é funcional somente ao colonialismo tardio, jamais aos interesses nacionais.

Nesse sentido, as técnicas de controle são mais perversas. Em uma sociedade estratificada como a brasileira, os meios de comunicação tendem não somente a estabelecer estereótipos, mas a criar um segmento social de “párias” (indesejáveis), como existentes nas castas da sociedade indiana.

A criminalização pode ser tratada como uma herança do período colonial, pois possui raízes escravocratas e o mesmo estereótipo tem predominado na seletividade ao longo de séculos, atingindo, em sua grande maioria, os que possuem maior nível de melanina.

Mais da metade da população carcerária brasileira²⁶ é composta por jovens de até 29 anos de idade, 54,96% pretos ou pardos²⁷, 52,27% possuem o ensino fundamental completo, apenas 13,72% o ensino médio completo e 0,83% o ensino superior completo. Ou seja, os encarcerados brasileiros demonstram bem a altíssima seletividade do poder punitivo, que é classista e racista (assim como nos demais países latino-americanos), e continua a prender a população jovem, negra, de baixa escolaridade, socialmente mais vulneráveis, moradores de bairros precários, sem saneamento básico, sem a presença do estado social, mas com forte presença do estado penal e policial, que tem se mostrado extremamente letal.

Pode-se concluir, então, que o colonialismo nunca deixou de existir no Brasil, ele foi se adaptando e tem mostrado suas várias faces, cada vez mais cruéis e sofisticadas, pois ao longo do tempo, houve o aprimoramento de seu potencial lesivo e dominador, fortalecido pela própria sociedade.

Sua nova técnica é tão perversa que faz com quem a população pobre, sem conhecimento e discernimento, mate entre si, levando em consideração que da mesma classe social e dos mesmos bairros saem tanto o criminoso quanto o policial.

26 Dados obtidos no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, referentes a agosto de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba-909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

27 Classificação de cor/raça de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Essa reação social impede qualquer tipo de diálogo, de coligação, de fortalecimento dos vínculos sociais e, conseqüentemente, faz com que a população pobre, a mais vulnerável e conseqüentemente a mais vitimizada, deseje mais poder punitivo: o mesmo que será usado contra ela.

Considerações Finais

Em razão dessa existência autoritária, que reforça o sistema inquisitorial e tem feito do sistema penal uma máquina de encarceramento é que se espera, há muito tempo, por uma reforma global do Código de Processo Penal brasileiro, adequada e conformada à Constituição da República. Porém, seguindo a onda de retrocesso presente em todo o continente latino-americano, o que se obteve, mais uma vez, foi uma reforma parcial, advinda da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 - o chamado “Pacote Anticrime” -, aprovado com alguns vetos, apresentada como um “aperfeiçoamento” da legislação penal e processual penal.

Apesar de prever algumas reivindicações de renomados juristas brasileiros que compuseram a Comissão criada pelo Senado Federal para redigir o anteprojeto da tão sonhada reforma global, com o PLS 156/2009, as modificações não correspondem, completamente, às expectativas “garantistas” e acusatórias.

Em que pese o progresso obtido em relação à previsão do juiz de garantias e à cadeia de custódia de provas, ganhos que têm sido comemorados, a reforma do Código de Processo Penal, Código Penal e Lei de Execução Penal manteve sua base autoritária e, pode-se afirmar que trouxe reforços ao sistema inquisitório e às engrenagens do encarceramento em massa.

Dentre as previsões, ressaltam-se as seguintes: o tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade passou de 30 para 40 anos; a previsão de reconhecimento de legítima defesa para agentes de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes; aumento em dobro da pena do crime de roubo, se a violência ou grave ameaça for exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido; previsão de prisão em condenação por tribunal de júri, se presentes requisitos da prisão preventiva ou em caso de condenação a pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, independente do cabimento de recursos; a constituição em falta grave do condenado que se recuse a submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético; limitação de visitas, em quantidade e horas, sem contato físico, monitoradas e gravadas para presos que tenham cometido crime doloso (falta grave) dentro do sistema penitenciário, além de fiscalização de suas correspondências e realização de audiências, preferencialmente, por videoconferência; hipótese de prorrogação sucessiva do regime disciplinar diferenciado por 1 ano em caso de indícios de presos que participem de organização criminosa; progressão de regime em percentuais de cumprimento, de no mínimo 15% a, no máximo, de 70% da pena e expansão do rol de crimes hediondos.

Uma das modificações deve ser ressaltada, que é o fim da possibilidade de decretar de ofício a prisão preventiva.

A fim de uma breve comparação entre Brasil e Chile²⁸, o Chile obteve sucesso na substituição de seu modelo de processo inquisitivo para um modelo acusatório, “muito adversarial”, mudança iniciada em 2000 e implementada ao longo de 5 anos (sem contar os 7 anos de processo legislativo), consistente não apenas em uma mudança legislativa e procedimental, mas também sistemática.

Houve mudança cultural (novo paradigma/mentalidade), orgânico-institucional (mudança de institucionalidade, orgânica, lógica e de processos de trabalho), na formação dos operadores (novos atores) e na política de Estado (política e comunicações).

Libertou-se do processo escrito, secreto, do juiz protagonista, da ineficiência da persecução penal, e recobrou o respeito às garantias individuais dos imputados, sendo essas as principais características de seu processo acusatório adversarial.

Começou a lidar com a prisão de forma mais racional, como *ultima ratio*, aplicando medidas cautelares sempre que possível como, por exemplo, o comparecimento obrigatório aos atos do processo; cumpre rigorosamente o prazo, de até 24h, para apresentação da pessoa presa perante o juiz, desburocratizou o procedimento de soltura, e diminuiu o prazo de conclusão das investigações e, conseqüentemente, dos processos (não se produz mora judicial)²⁹.

Uma comparação de fácil visualização entres esses dois países é a quantidade de presos provisórios que possuem e qual foi o impacto das reformas nesses números.

Com relação ao Chile, após a entrada em vigor, em 2000, do novo código de processo penal, o número de prisões cautelares diminuiu substancialmente.

Antes, em 1999, a porcentagem das prisões preventivas era de 51%, e, em 2007 de 24,6%, diminuindo de 15.675 pessoas presas em 1999, para 11.521 em 2008, uma diminuição de pouco mais de 4.000 presos³⁰.

Já o Brasil, mais ou menos 3 anos após a entrada em vigência da Lei 12.403/2011, a população carcerária composta por pessoas presas provisoriamente correspondia a 40,1% do total, de acordo com dados do Infopen de 2014³¹. Hoje, como anteriormente mencionado é de 41,5%,

28 O que é importante ser mencionada por conta da experiência vivida e dos aprendizados adquiridos no III Programa Brasileiro sobre reforma processual penal.

29 Conclusões obtidas a partir do material ofertado durante o III Programa Brasileiro sobre Reforma Processual - 2019.

30 CEJA, Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para profundizar el debate, 2015. p. 45 e 48.

31 Dados do Infopen 2014, antes desse período não há informações catalogadas. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 06 de dez. 2019.

Ou seja, no Brasil, nada mudou; enquanto que no Chile é possível verificar que houve uma diminuição, embora também possua alta população carcerária, essa composição é majoritariamente de presos condenados.

Se antes, o Código de Processo Penal Chileno poderia ser utilizado como parâmetro para progressos, depois de todas as revoltas iniciadas no Chile, em outubro de 2019, e que foram fortemente reprimidas pelas autoridades policiais, na contramão de todas as garantias individuais dos cidadãos que exerciam seu direito à manifestação, tendo, inclusive, cegado várias pessoas, há que se repensar acerca das reais mudanças culturais obtidas e do quanto esses movimentos reacionários podem ter influenciado na violência apresentada.

É preciso ficar atento, como bem ressalta Silveira, “quaisquer pequenos desvios de rota, marcados pela manutenção de elementos inquisitórios, tem grande potencial de desnaturar o modelo acusatório e promover a manutenção do espírito inquisitório”.

Todavia, o que não se pode negar é que o projeto de execução e implementação da reforma processual chilena poderia muito bem servir de parâmetro ao Brasil, assim como todos os desafios que enfrentaram e as dificuldades que ainda encontram nesse árduo percurso.

Quanto ao Brasil, mais uma vez, não será dessa vez que vivenciará a quebra de paradigma do processo penal brasileiro até então experimentado. Apesar das modificações terem sido recepcionadas com bastante otimismo por parte de parcela da doutrina, resta aguardar quais serão as efetivas transformações, se haverá, e até onde o tecnicismo jurídico que permeia a cultura jurídica e norteou o “Pacote Anticrime”, afetará a possibilidade de evolução das atitudes dos magistrados, promotores, policiais, dos estudantes de direito até a mais alta corte do país.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios Constitucionais da Coação Processual. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 35. n. 3. São Paulo, 1940.

Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Conselho Nacional de Justiça, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba-909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. DF: Brasília, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 6 dez., 2019.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. DF: Brasília, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/L13964.htm#art3. Acesso em: 6 dez., 2019.

CEJA - Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Prisión Preventiva en América Latina: Enfoques para profundizar el debate, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericalatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 dez., 2019.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Org.: Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. vol. 1. 1. ed. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

Mentalidade Inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil. vol. 4. Org.: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Leonardo Costa de Paula; Marco Aurélio Nunes da Silveira. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. 5. ed. 4ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.



SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, UMA COAÇÃO EXISTENTE DENTRO DE UM SISTEMA INQUISITIVO FLEXIBILIZADO.

Ana Paula Costa Gamero Salem³²

Introdução

A suspensão condicional do processo consiste em uma saída alternativa vislumbrada por muitos países com o objetivo de trazer respostas rápidas, aumentando o nível de produtividade do sistema, bem como, a satisfação dos atores do sistema de justiça no cumprimento de metas.

Ocorre que a manutenção em alguns países de sistemas mistos, nos quais perduram práticas que marcam um sistema inquisitivo, faz com que se questione qual a efetividade dessa saída alternativa, em que ponto ela se torna uma opção ao acusado, em que há efetiva liberdade de escolha, ou uma coação, em que o sujeito opta por ela, mesmo quando inocente, por temer o sistema que se encontra em vigor.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo analisar as disparidades existentes na proposta de suspensão condicional do processo a depender do sistema processual penal vigente, utilizando como parâmetros o sistema brasileiro e o chileno.

32 Graduada pela Universidade Estadual de Londrina (2008), especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2010) e Defensora Pública no Estado do Paraná desde 2013.

Suspensão Condicional Do Processo: Análise Comparada Dentro Do Sistema Processual Brasileiro E Chileno.

O instituto da suspensão condicional do processo vem previsto tanto na legislação processual brasileira, Lei n. 9.099/95, Art. 89, como também na legislação chilena, Art. 237 ao 240 do Código Processual Penal Chileno.

O instituto tem similaridades em ambos os países, no entanto apresenta algumas particularidades que são essenciais para aferir se efetivamente trata-se de um benefício ofertado ao acusado ou uma forma de coação, em que, ou a pessoa aceita e cumpre as condições, ou não aceita, e tem grandes chances de uma condenação, mesmo quando inocente.

Em ambos os países a oferta da suspensão condicional do processo é realizada pelo Ministério Público apenas para réus primários e, durante o período da suspensão, o prazo prescricional fica suspenso.

As divergências consistem em que, no Brasil, utiliza-se como critério para a oferta da suspensão condicional do processo a pena mínima abstratamente prevista para o delito. Assim, se igual ou inferior a um ano e o acusado não esteja sendo processado por outro delito, ele terá direito ao benefício. As condições são taxativas na lei, inciso I ao IV do Art. 89, §1º, da Lei n. 9.099, não existindo discricionariedade na aplicação dessas 4 medidas, podendo, ainda, o juiz especificar outras condições adicionais, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. Caso o imputado não concorde com as condições impostas e negue o benefício, não haverá outra oportunidade para nova propositura, ocorrendo o seguimento processual. O prazo de suspensão do processo poderá ser de 2 a 4 anos a depender do pedido do órgão acusatório. Por fim, o mesmo juiz que teve acesso a todos os elementos do inquérito, receberá a denúncia, participará da audiência de suspensão condicional do processo e poderá adicionar outras condições para o réu adimplir. Ademais, será o responsável pelo julgamento da causa em caso de eventual revogação ou não aceitação da suspensão pelo acusado.

Por sua vez, no Chile, opera como critério para a oferta dessa saída alternativa a pena que eventualmente seria aplicada ao acusado em caso de condenação. Esta não poderá ser superior a 3 anos de privação de liberdade. Diferentemente do que ocorre no Brasil, o fato do acusado estar sendo processado por outro delito, desde que seja primário, não é impeditivo para a oferta da suspensão condicional do processo, valendo o princípio da presunção de inocência:

En todo caso, lo que impide la suspensión condicional del procedimiento es el pronunciamiento de una sentencia condenatoria por crimen o simple delito decretada en contra del imputado, siempre que ésta se encuentre ejecutoriada.

Suspensão condicional do processo, uma coação existente dentro de um sistema inquisitivo flexibilizado.

Ana Paula Costa Gamero Salem

Así lo entiende también el Fiscal Nacional, como lo señala en el Instructivo N° 36, ya citado, cuando expresa que los fiscales pueden solicitar la suspensión condicional del procedimiento aún cuando el imputado tenga un proceso en actual tramitación, en caso que el fiscal a cargo del caso estime que, según la naturaleza y gravedad del mismo, no se justifica perseverar en la persecución penal del nuevo caso concreto³³

As condições estão previstas na lei, no entanto o juiz será responsável por aplicar uma ou mais medidas previstas no Art. 238 do Código Processual Penal Chileno, não existindo um rol mínimo taxativo de medidas, com a obrigatoriedade de ser aplicada ao menos uma. Caso o imputado não concorde com as condições impostas pelo juiz de garantia, poderá recusar o benefício neste momento, sem prejuízo de requerer nova audiência a ser presidida por juiz diverso, desde que ocorra até a audiência de preparação para o juízo oral, sendo este o último momento para sua aceitação:

Oportunidad en que se puede solicitar la suspensión. En conformidad con lo dispuesto en el Art. 237, se puede solicitar en la audiencia de formalización después de efectuada ésta. Pero, además, luego de formalizada la investigación, se puede pedir en cualquier estado de la investigación, hasta su cierre y aún en la audiencia de preparación del juicio oral.³⁴

O prazo para a suspensão do processo será estabelecido pelo juiz e poderá ser de 1 a 3 anos. Por fim, o magistrado responsável por realizar a audiência de suspensão condicional do processo será um juiz de garantia. Nessa senda, caso haja a discordância com o benefício ou até mesmo a revogação, serão outros juízes os responsáveis pelo julgamento da ação.

Diante dessas distinções apresentadas nos institutos, será percorrido neste momento quais os sistemas processuais existentes em cada um dos países, as disparidades existentes no tocante aos princípios da imparcialidade judicial e da autonomia da vontade.

33 Centro de Documentación Defensoría Penal Pública Santiago de Chile (2004)

34 Centro de Documentación Defensoría Penal Pública Santiago de Chile (2004)

Sistemas Processuais Existentes No Brasil E No Chile E Suas Vinculações À Imparcialidade Judicial E Autonomia Da Vontade Do Acusado.

Em ambos os países existe uma grande diferença entre qual o sistema processual existente. A posição que o juiz ocupa quando exerce a jurisdição torna-se fundamental para saber qual o tipo de sistema processual existente, visto que a forma da sua atuação pode gerar um equilíbrio ou desequilíbrio na relação processual.

A maioria da doutrina brasileira informa que o sistema processual brasileiro recente seria o misto, em que teria a hegemonia do sistema inquisitório na fase pré-processual, enquanto na fase processual daria lugar ao sistema acusatório. No entanto, trata-se de um equívoco, pois inconcebível que após uma fase inicial inquisitória, em que o investigado ainda não é visto como sujeito de direitos, gire-se uma chave por completo e o processo se transforme em acusatório, mesmo com o aproveitamento de todos os elementos informativos colhidos no inquérito e disponíveis para o juiz que julgará a causa.

Ocorre que ao analisar efetivamente as regras processuais penais e os poderes instrutórios do juiz, pode-se afirmar que no Brasil existe um sistema inquisitivo flexibilizado ou, como diria Aury Lopes Jr, um sistema neo inquisitório³⁵, pois as características do sistema acusatório não condizem com o nosso processo penal, senão vejamos.

O sistema acusatório é marcado pelas seguintes características: posição inerte do juiz, devendo manter sua imparcialidade; gestão da prova realizada exclusivamente pela acusação e defesa; ato de acusar e julgar por agentes distintos; oralidade no procedimento, tudo sendo realizado em audiência, inclusive a prolação da sentença; garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como, ao duplo grau de jurisdição e segurança jurídica da coisa julgada.

Por outro lado, no sistema inquisitivo, o imputado transforma-se em objeto de verificação do poder de um soberano, em que ao inquisidor cabe acusar e julgar, com ampla iniciativa probatória; inexistente o contraditório; práticas como tortura são admitidas; presença de prova tarifária, em que a confissão, seja como vier, seria considerada a rainha das provas; ausência de segurança jurídica e coisa julgada, possibilitando que aquele acusado volte a ser julgado a qualquer momento, mesmo que absolvido anteriormente; e procedimento, em regra, escrito e sigiloso.

Uma das grandes críticas dos defensores dos sistemas inquisitivo e misto ao acusatório consiste na atuação passiva do juiz, pois segundo estes, o juiz teria de conformar-se quando visualizasse uma omissão e negligência das partes na

35 Lopes Jr. Aury. (2018). p. 189.

produção probatória, tendo que decidir consoante o que existir nos autos, mesmo sabendo que outras provas poderiam ser realizadas.

Entretanto, tal crítica apenas respalda aqueles que estão atrás de uma condenação a qualquer custo, visto que ao não existirem provas suficientes, o único caminho possível é a absolvição. Caso o juiz entenda que houve negligência da acusação na produção de provas e determine sua realização de ofício, em busca de uma suposta “verdade real”, tal postura apenas caminhará para um juiz acusador, que acredita que, apesar de não terem sido produzidas provas suficientes, surgirá uma que garantirá a condenação do acusado.

Dimana disso tudo que, analisando as regras processuais vigentes no Brasil, claramente estamos longe de um sistema acusatório. Um único juiz é prevento para decidir todas as questões atinentes a um determinado processo, seja antes da formalização da denúncia, com poder de determinar medidas cautelares de urgência (Art 282, §2º do Código de Processo Penal-CPP)³⁶, seja posteriormente até final julgamento. Esse mesmo magistrado poderá: produzir provas (Art. 156 do CPP³⁷), utilizar-se de elementos informativos, que foram produzidos na fase investigativa, para respaldar uma sentença condenatória (Art 155 do CPP³⁸) e condenar, até mesmo quando o órgão acusatório, titular da ação penal, entender pela inexistência de provas suficientes para uma condenação³⁹.

Dessa forma, a prevenção e o ativismo judicial, com acesso a todos os elementos escritos dos autos, desde o inquérito até uma eventual sentença, acabam por violar a imparcialidade necessária para um julgamento.

No tocante ao Chile, com a reforma processual penal, no ano 2000, houve a mudança de um sistema inquisitorial para um sistema acusatório muito próximo do ideal.

36 Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [\(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. [\(Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\)](#).

37 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

38 Art. 155. 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.

39 Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

No sistema processual chileno não existe a ideia de um juiz prevento para determinada causa. O juiz que determina medidas cautelares de urgência é diferente do juiz que irá julgar a demanda. Os magistrados que cuidam das etapas anteriores ao julgamento, como etapa de investigação (para decidirem eventualmente quanto alguma medida cautelar) e etapa intermediária (ou de preparação para o julgamento) são conhecidos como juízes de garantias; enquanto que os juízes que irão julgar a causa formam o Tribunal Penal Oral. Estes últimos não têm qualquer conhecimento de provas escritas ou de qualquer medida cautelar anteriormente decretada no processo e julgarão a demanda com base exclusivamente no que for produzido oralmente em audiência. Caso o Ministério Público entenda por não existirem provas suficientes para a acusação, o caso será arquivado, sem que corra o risco do indivíduo ser condenado.

Essas divergências existentes dentro dos sistemas processuais chileno e brasileiro influenciam substancialmente a imparcialidade que o juiz terá quando for realizar o julgamento. No Tribunal Penal Oral Chileno, os juízes que realizarão o julgamento encontram-se absolutamente ausentes de qualquer vício quanto ao processo, sendo aquela a primeira vez que terão contato com os fatos, sabendo apenas do que for produzido em juízo naquele momento do julgamento. Todavia, com a prevenção judicial, como no caso do Brasil, os juízes, quando realizam o julgamento, já detêm plena ciência de tudo o que foi realizado no processo, indo para a audiência com um prejulgamento, servindo aquelas provas que serão produzidas sob o suposto manto do contraditório e da ampla defesa apenas para respaldar um posicionamento já formado anteriormente, salvo alguma situação excepcionalíssima que inverta o que foi produzido nos autos.

Destarte, em que sentido o sistema processual penal vigente em determinado país pode influenciar a aceitação ou não do benefício da suspensão condicional do processo?

Deve-se tomar um extremo cuidado para que a suspensão condicional do processo não se transforme em um benefício para os que se julgam culpados e uma coação aos que se julgam inocentes, em razão de terem medo das consequências de uma eventual condenação. Infelizmente, tal medo pode ser constatado dentro do sistema processual brasileiro, em razão de que será o mesmo juiz que realizará todos os atos importantes para eventual concessão do benefício, tais como recebimento da denúncia, homologação do suposto “benefício”, inclusive com possibilidade de adição de condições judiciais e, em caso de não aceitação ou revogação, será ele quem julgará a ação.

De acordo com o §1º, do Art. 89, da Lei n. 9.099/95, inicialmente, após a formalização da denúncia, seria ofertado pelo Ministério Público a suspensão condicional do processo, em que, em audiência, o acusado declararia aceitação ou não do benefício e só, posteriormente, haveria a análise sobre o eventual

recebimento. Ocorre que na prática forense esse recebimento da denúncia, após eventual aceitação do acusado, é apenas formal, sem efetivamente o juiz analisar se estariam presentes os requisitos para uma eventual rejeição. Além disso, quando o rito processual não é o procedimento previsto na Lei 9.099 e é cabível essa saída alternativa, ocorre primeiro o recebimento da denúncia, com a determinação de citação do acusado(a). Nesse momento, parte-se do pressuposto que o juiz analisou que não existiria causa de rejeição da denúncia⁴⁰, entendendo por indícios de autoria e materialidade delitiva. Nessa senda, o suposto “beneficiário”, no momento da audiência, já sabe que o juiz que julgará a ação, em caso de não aceitação da proposta ou sua revogação, será o mesmo que entendeu pela existência de fundamentos para receber a denúncia, com conhecimento de todos os elementos informativos presentes no inquérito.

Decorre disso que a situação do acusado acaba se tornando de subordinação, ante o constrangimento de aceitar a antecipação de alguns efeitos sancionatórios, geralmente impostos até mesmo pelo próprio juiz (pena restritiva de direitos) ou tentar provar sua inocência, com eventual insatisfação do magistrado, por saber que o processo poderia terminar em caso de cumprimento das condições, sem necessidade de outras audiências. No Brasil, existe uma relação de confiança entre membros do Ministério Público e Judiciário, havendo, algumas vezes, condenações baseadas simplesmente em indícios, com relativização do ônus da prova para a acusação.

Geraldo Prado quanto trata do instituto da transação penal, um “acordo” previsto na Lei 9.099, em que o acusado deve aceitá-lo, sob pena de ser processado, assim afirma:

A ameaça de sanção inerente a todo processo acusatório é, quem sabe ou não os defensores da transação, um elemento de coação que desequilibra a posição jurídica dos contratantes e tende a ser tomado como limitador do consenso como livre manifestação de vontade. Se isso é certo, em termos de transação de penas restritivas de direito, com a transação em torno da prisão, aceita-se o caráter coativo, e a forma com que se reveste o processo é apenas uma aparência, irreal, com roupa do rei de fábula, pois não há consenso de fato, somente a imposição da vontade de quem detém o monopólio do exercício legítimo da força sobre aquele que se apresenta na qualidade de imputador, suspeito da

40 Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando.

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

prática de uma infração penal, todavia tutelado pelo princípio constitucional da presunção de inocência. (2003 , p. 205)

Ainda sobre o mesmo tema Geraldo Prado adverte:

o processo penal consensual tem essa capacidade ideológica de fazer com que no discurso acadêmico e no discurso dos tribunais medidas como a transação penal, que é o método pelo qual alguém aceita sofrer uma pena sem que o Estado demonstre a responsabilidade penal, seja vista como um direito. Em síntese, você tem o direito de ser punido e de ser apenado sem que provem que você é culpado, sem que demonstrem a sua responsabilidade. Esse consenso é absolutamente artificial, exatamente por essa nossa fraca memória, por essa nossa incapacidade de enxergar quem são os sujeitos concretos do processo penal e compreender a partir de uma série de categorias, que nós usamos muito bem na política e na economia, mas que não conseguimos usar no direito, que determinados grupos e classes sociais estão em posição inferiorizada e fragilizada e que não se produz consenso entre sujeitos que estão em posição desigual. Neste caso os ‘consensos’ são impostos e são impostos com a técnica ideológica de fazer com que o escravo reivindique o direito de ser escravo: nos dois casos, com a verdade absoluta e sem verdade alguma nós caminhamos reproduzindo um modelo de processo penal que os globalizadores querem. [...] Em suma, a ideia geral que me propus a trazer aqui, focaliza a dissolução das garantias em um processo em que o juiz desacerta nas funções de pesquisa da verdade, supostamente para ser responsável perante a comunidade, mas que na realidade o faz como um sujeito de política de segurança pública, enquanto também se dissolvem as garantias por meio de um processo sem qualquer tipo de cognição, no qual os mecanismos de um consenso são impostos sem que nós saibamos se o sujeito social concreto tem condição de dialogar, de participar do diálogo, se os excluídos têm condições de se comunicar, para que o consenso seja possível. Não há consenso de cima para baixo; o que há é ditadura. (2005, p. 165-166; 169)

Tais afirmações quanto a transação penal podem claramente ser utilizadas em analogia à suspensão condicional do processo, uma vez que em ambos há a proposta de um acordo, que em nada tem de consensual. Trata-se de um contrato de adesão, em que ou o sujeito aceita as condições impostas ou simplesmente tem que concordar em prosseguir com o procedimento, mesmo sabendo dos riscos.

Diante disso, pergunta-se: se na suspensão condicional do processo, previsto na legislação brasileira, o juiz pode até mesmo aplicar condições iguais ou equivalentes à pena que seria imposta em caso de condenação, consoante entendimento dos Tribunais Superiores⁴¹, qual o motivo que faz com que um indivíduo aceite esse suposto “benefício”?

A resposta consiste na manutenção do seu status de inocente, pois o sujeito sabe que se cumprir as condições, não correrá o risco de ter seu nome na lista de pessoas que já foram condenadas criminalmente. Dessa forma, a pessoa, mesmo que inocente, prefere aceitar a proposta e cumprir essa “pena”, do que correr o risco de que aquele julgador, que recebeu a denúncia contra si, que pôde propor penas restritivas de direito em seu desfavor como condição, que tem uma relação diária com aquele membro do Ministério Público, seja a pessoa que julgará o seu caso. Uma eventual condenação poderá acarretar graves prejuízos como: perda de cargos públicos, impossibilidade de concorrer a concursos públicos e cargos eletivos, dificuldade para conseguir um emprego com carteira assinada, suspensão de direitos eleitorais, dentro outros.

A probabilidade destas consequências faz com que o sujeito aceite o “benefício”, sem embargo de estar travestido de uma pena antecipada. Há uma despreocupação com os atores mais fracos da relação, que são o acusado e a vítima. Tal situação fica explícita através da taxatividade das condições, que independem do tipo penal pelo qual o acusado responde, e da possibilidade de inclusão de penas restritivas de direitos, muitas vezes com a mesma quantificação que seria aplicada em eventual condenação. Essa última situação, das condições como penas restritivas de direitos, subverte até mesmo o determinado pela Constituição Federal de 1988, em que assegura como direito fundamental do indivíduo que nenhuma pena será aplicada sem prévia cominação legal (Art. 5, inc. XXXIX). Desse modo, através dessa saída alternativa se persegue uma punição, ao invés da melhor solução ao conflito gerado.

Por essas razões, muitos autores asseveram que as saídas alternativas de soluções de conflitos apenas se compatibilizam com países que apresentam um sistema acusatório, pois estes visam analisar o conflito inicial, tratando da víti-

41 Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do *sursis* processual, se apresentem tão somente como condições para sua incidência. (...)Precedentes citados do STJ: REsp 1.472.428-RS, Quinta Turma, DJe 12/11/2014; AgRg no REsp 1.376.161-RS, Quinta Turma, DJe 1º/8/2014; HC 325.184-MG, Sexta Turma, DJe 23/9/2015; e RHC 60.729-RS, Sexta Turma, DJe 11/9/2015. Precedentes citados do STF: HC 123.324-PR, Primeira Turma, DJe 7/11/2014; HC 108.103-RS, Segunda Turma, DJe 6/12/2011; e HC 115.721-PR, Segunda Turma, DJe 28/6/2013. [REsp 1.498.034-RS](#), Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 25/11/2015, DJe 2/12/2015.

ma e da situação do acusado. Neste sentido, Leonel González e Gonzalo Rúa (2017, p. 101):

(...)comprender al delito desde el conflicto primario implica asumir que lo central será atender el daño o dolor generado a la víctima. Y a partir de ésta Asunción se abre un escenario muy distinto para el trabajo judicial, pues los incentivos (desde la praxis y lo organizativo) estarán colocados en pacificar ese conflicto, intentando dar una respuesta satisfactoria a la víctima y tratar la situación del imputado (como veremos más adelante en el ejemplo de los Tribunales de Tratamiento de Drogas de Chile). Este último es el paradigma natural del sistema adversarial, sin perjuicio que en la práctica cotidiana se produzca un entrelazamiento y tensión permanente entre ambas tradiciones. Es por lo anterior que las salidas alternas solo guardan consistencia con la lógica subyacente de los sistemas adversariales.

No Chile, o sistema processual vigente é o adversarial. O que se visa primordialmente com as saídas alternativas é tratar o conflito primário, com a tentativa de dar uma solução satisfatória a um problema gerado pela conduta do acusado. Busca-se que esse seja reinserido dentro do meio social, bem como que a vítima consiga ver o resultado pacífico, concreto e eficiente do que foi realizado pelo sistema de justiça. Isto posto, existem diferenças significativas quanto a propositura dessa saída alternativa. As condições da suspensão condicional do processo serão fixadas em audiência pelo juiz de garantia, no entanto não será esse mesmo juiz que realizará o julgamento da causa em caso de sua não aceitação.

O Código Processual Chileno, Art. 238, expressamente informa que durante o período da suspensão, poderá ser requerida uma audiência, ouvindo todas as pessoas interessadas, momento em que o juiz poderá modificar uma ou mais das condições impostas.

Durante o curso do Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal, ocorrido em Santiago- Chile, em outubro de 2019, o juiz de garantia Eduardo Gallardo em entrevista com os alunos informou que em caso de discordância com as condições impostas por determinado juiz de garantia, pode ser posteriormente requerida uma nova audiência, em que quem presidirá será outro juiz para nova oferta dessa saída alternativa. O momento para a oferta pode ser desde a formalização da denúncia até a audiência de preparação para o juízo oral (Art. 245 do Código Processual Chileno).

Outra questão de especial relevância no procedimento do Chile consiste que o juízo oral (Tribunal Penal Oral) não poderá ter conhecimento da não aceitação ou revogação da suspensão condicional do processo. Isto é proibido pelo Art.

Suspensão condicional do processo, uma coação existente dentro de um sistema inquisitivo flexibilizado.

Ana Paula Costa Gamero Salem

335 do Código Processual Penal Chileno, com a finalidade de evitar que os juízes tenham um prejulgamento ao conhecer o que precedeu àquele momento, de forma a impedir que suponham que a aceitação do benefício era um indício grande de culpa do acusado sobre o delito, bem como que seu não acolhimento era uma evidência de sua inocência.

Dimana disso tudo diferenças significativas entre os dois sistemas, pois no Chile existe a possibilidade de diálogo quanto às condições impostas. Na audiência para a proposta dessa saída alternativa todos os interessados se manifestam e, em caso de não acordo neste momento, pode ser requerida nova audiência, ou até mesmo revisão de condição anteriormente imposta. Já, no Brasil, o rol de condições obrigatórias é fechado, impossibilitando a discussão e, na hipótese de não aceitação, a suspensão condicional do processo não poderá ser ofertada em outro momento.

Ademais, no Chile, o juiz que preside a audiência de suspensão é diferente do que por ventura julgará essa ação, sendo proibido o conhecimento sobre qualquer questão referente a eventual suspensão condicional do processo; enquanto que no Brasil será o mesmo juiz que decidirá todas as questões.

Dessa forma, pode-se afirmar com toda certeza que o acusado no Chile, mesmo que não aceite o benefício, saberá que será julgado efetivamente por um juízo imparcial, que não teve o conhecimento de qualquer situação anterior ao que ocorreu no processo e julgará a causa baseada simplesmente no que for produzido oralmente naquele juízo, sob o efetivo contraditório e ampla defesa. Isso assegurará ao réu a liberdade suficiente para decidir se prefere aceitar essa saída alternativa ou quer prosseguir ao juízo oral para provar sua inocência, resguardado da inexistência de qualquer vício do seu julgador quanto a essa causa.

Não obstante, no Brasil, a prevenção do mesmo julgador, com poderes instrutórios e de decisão sobre todas as fases do procedimento, faz com que a liberdade de aceitação se transforme em uma coação infligida a uma pessoa que se julga inocente.

Desafios A Serem Enfrentados Para Que A Suspensão Condicional Do Processo Deixe De Ser Uma Coação

Afere-se que dentro do sistema processual brasileiro a suspensão condicional do processo acaba se tornando uma coação implícita, pois trata-se de um contrato de adesão com cláusulas praticamente inalteráveis, no qual prima-se por um descongestionamento do sistema, para garantir à sociedade uma sensação de punição, mas desprivilegiando uma resposta de qualidade aos envolvidos vulneráveis, consistentes no acusado e na vítima.

Nessa senda, para que tal medida seja implementada adequadamente seriam necessárias mudanças: legislativas e de posturas dos operadores do direito.

As saídas alternativas tem que propiciar a discussão das condições e a plena oitiva de todos os interessados. Sabe-se que na prática forense, em razão da obrigatoriedade das condições, muitas vezes o juiz apenas assina a ata de audiência posteriormente, sem efetivamente estar presente no ato, cumprindo ao acusado apenas informar se aceita ou não o que foi proposto. Não existe a possibilidade de questionamento sobre qual seria a medida mais adequada a ser aplicada àquele indivíduo, no sentido de melhor reintegrá-lo novamente na sociedade. Por conseguinte, questiona-se: qual a finalidade de aplicar a suspensão condicional do processo a um réu viciado em drogas que praticou o delito furto, se não houver a possibilidade de tratamento desse vício? As condições deveriam ser amplas de forma a tentar resolver a causa primária que gerou aquele delito e não simplesmente ser condições para dar uma resposta à sociedade.

A suspensão condicional do processo nunca deixará de ser uma coação aos que se clamam inocentes sem uma reforma adequada em que se garanta: a possibilidade de transacionar condições; solucionar o fato gerador daquela situação, tratando do acusado e da vítima; e a imparcialidade efetiva do magistrado no momento do julgamento, com o afastamento por completo da gestão das provas e a distinção entre os juízes que determinam medidas anteriores ao julgamento, dos que o realizam.

Suspensão condicional do processo, uma coação existente dentro de um sistema inquisitivo flexibilizado.

Ana Paula Costa Gamero Salem

Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se asseverar que as saídas alternativas de solução de conflito, em especial a suspensão condicional do processo, não têm compatibilidade com sistemas que ainda possuem práticas inquisitivas.

A sua aplicabilidade, particularmente no sistema inquisitivo flexibilizado do Brasil, visa solucionar problemas secundários, sem efetivamente atacar o cerne do conflito. Impõe-se ao acusado condições taxativas, muitas vezes cumuladas com penas restritivas de direito, travestidas com o nome de benefício, em que o réu renuncia ao direito de ser efetivamente processado, mas é punido sem que provem que era culpado.

Dessa forma, enquanto não for implantado no Brasil um sistema adversarial, desde o procedimento investigativo até o julgamento final da ação, haverá sempre uma evidente desigualdade entre as partes, com impossibilidade de negociação.

Essa saída alternativa aplicada no Brasil apresenta uma suposta aparência de democrática, não obstante nada mais é que uma imposição aos que efetivamente se julgam inocentes. Estes, por temerem uma condenação, acabam aceitando uma punição, com a suposta aparência de benefício, com a finalidade de não serem considerados culpados ao final. Expande-se o poder punitivo do estado em detrimento da garantia fundamental do devido processo legal.

Referências Bibliográficas

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública Santiago de Chile (2004). LAS SALIDAS ALTERNATIVAS, EN EL NUEVO PROCESO PENAL, Estudio exploratorio sobre su aplicación, Recuperado em 01 de outubro de 2019, de <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/517.pdf>

KARAM, M. L. (2005). Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris

LOPES JR, A. (2018). Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 4 ed.- São Paulo: Saraiva Educação

PRADO, G. (2003). Elementos para uma análise crítica da transação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

RIOS, L.C.R. (2018). Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: os riscos da cultura inquisitória e das aspirações neoliberais da eficiência. In: González Postigo, L. Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil. Santiago: CEJA

RUA, G & GONZÁLEZ, L (2017). Las salidas alternativas al proceso penal em América Latina. Uma 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_lasalidasalternativas_REV20.pdf?sequence=1&isAllowed=y p. 101

CAPÍTULO 2

A NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DO PRÍNCIPIO DA ORALIDADE



A MITIGAÇÃO DA ORALIDADE NAS AUDIÊNCIAS DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL: UMA CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA CHILENA

Thaís Comassetto Felix⁴²

Introdução

O presente estudo analisará criticamente a sistemática das audiências de suspensão condicional do processo penal no Brasil em comparação com as audiências de suspensão do procedimento penal chileno. Assim, demonstrará que na prática forense brasileira tais atos são considerados meramente burocráticos, automáticos e sem espaço para insurgência acerca das condições da ação do caso penal em questão.

De tal modo, verifica-se a mitigação da oralidade, a qual deveria ser observada, em especial nos processos perante os Juizados Especiais Criminais, segundo determinação legal. Desta forma, criticará a ritualística das audiências de suspensão condicional do processo ocorridas no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul sob a perspectiva chilena.

O ato de aceitação de proposta de suspensão condicional do processo representa para a defesa do acusado a certeza de que (1) estão presentes as condições da ação, (2) há risco de condenação e (3) o denunciado cumprirá seus termos. Para o acusado significa a aceitação de punição antecipada e reduzida, vinculação ao processo pelo período de dois anos, acrescidos de sensação de injustiça, diante da impossibilidade de apresentar qualquer insurgência quanto à ação penal.

Deste modo, fica a sensação de que ou o sujeito aceita a suspensão, ou corre o risco de uma eventual condenação criminal (muitas vezes injusta). A partir de tal cenário, analisará o impacto que a mitigação da oralidade causa no sistema dos juizados e se é possível considerarmos que a suspensão condicional do processo pode ser tida como um acordo entre as partes.

Em contraponto, exporá como se desenvolve o mesmo “instituto” no Chile a partir da análise da legislação daquele país, da revisão doutrinária e do que

42 Especialista em Direito Penal Econômico aplicado pela Universidade de Caxias do Sul – ESMAFE. Pesquisadora do Núcleo de Direito Penal Internacional e Comparado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Conselheira da Associação dos Advogados Criminalistas do Rio Grande do Sul (triênio 2019/2021). Membro da Comissão de Defesa, Assistência e das Prerrogativas dos Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Rio Grande do Sul. Advogada Criminalista.

Capítulo 2. A necessidade da aplicação do princípio da oralidade

tivemos a oportunidade de presenciar nas audiências assistidas em outubro de 2019 perante os Juizados Penais de Santiago do Chile. Ao final, proporá uma medida a ser adotada pelos magistrados brasileiros de forma a dar efetividade ao critério da oralidade determinada pela Lei nº 9.099/95.

A legislação brasileira relativa aos juizados especiais já soma vinte e quatro anos de vigência, contra dezenove anos do Código de Processo Penal chileno. Assim, mostra-se relevante a análise crítica acerca da mitigação da oralidade nestes atos em comparação com a prática chilena.

Da Audiência De Suspensão Condicional Do Processo No Brasil

A suspensão condicional do processo é regida pela Lei nº 9.099/95, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Os artigos 2º e 62 expressam os “critérios” pelos quais os processos serão conduzidos no âmbito dos Juizados, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

O presente trabalho estudará acerca da oralidade, porém, sob o contexto específico da audiência de suspensão condicional do processo. Antes de adentrar na temática, importante referir que a suspensão condicional do processo está prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95 e é aplicável aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano.

É proposta pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia e seu período pode ser de dois a quatro anos. O acusado deve atender aos requisitos objetivos para sua concessão: não ostentar condenação por outro crime ou não ser réu em outro processo criminal e atender aos requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena, previstos no art. 77 do Código Penal.

O parágrafo primeiro do artigo 89 ressalta que a proposta deve ser aceita pelo acusado e seu defensor na presença do Juiz, o que significa dizer que ocorrerá em audiência. Assim, com a aceitação da proposta, o magistrado receberá a denúncia e suspenderá o processo pelo período de prova (de dois a quatro anos).

A proposta poderá abarcar quatro ou mais condições: reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do Juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar atividades. A suspensão poderá ser revogada se durante o período de prova o beneficiário for processado por outro crime ou contravenção, bem como se descumprir outra condição imposta. Expirado o prazo da suspensão, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

A redação legal ora apresentada nos possibilita identificar a sistemática da audiência e o rito pelo qual ela se desenvolverá. A proposta da suspensão condicional do processo já é conhecida pelo denunciado, uma vez que este foi citado pessoalmente com a cópia da denúncia anexada ao mandado e no mesmo ato já foi intimado da data da audiência para manifestação sobre sua aceitação.

Quanto à marcação imediata de audiência quando do oferecimento de suspensão condicional do processo, entende Gustavo Badaró (2016, p. 641) que:

O juiz, contudo, não deverá sempre e automaticamente marcar uma audiência para verificar a possibilidade de aceitação da suspensão condicional do processo. Assim, se a denúncia ou

queixa for inepta, se faltar pressuposto processual ou condição da ação, ou ainda se estiver ausente a justa causa, o juiz deverá rejeitá-la (CPP, art. 395, *caput*), em vez de designar audiência para aceitação da proposta.

O primeiro ato da audiência será relativo à aceitação da proposta, em caso positivo, o Juiz receberá a denúncia e suspenderá o processo. Em caso negativo, o denunciado terá que responder à acusação em dez dias.

Verifica-se que mesmo com a aceitação da proposta a denúncia será recebida, ou seja, caberá ao magistrado analisar se as condições da ação estão presentes. Ocorre que é neste ponto que a oralidade desta audiência resta mitigada.

A suspensão do processo foi aceita pelo réu, o que significa dizer que a instrução não iniciará, porém, neste instante a denúncia ainda não foi recebida pelo Juiz, o qual, segundo determina a Lei, receberá assim que for declarado o aceite, presentes ou não as condições da ação. Nestes casos, a verificação das condições da ação por parte do Juiz passa a ser considerada como aspecto secundário do processo. Diante desses contextos que Alberto Binder (1993, p. 223) refere que *“un proceso correctamente estructurado tiene que garantizar que la decisión de someter a juicio al imputado no sea apresurada, superficial o arbitraria.”*

A defesa do imputado, ao aceitar a suspensão condicional do processo, abdica obrigatoriamente de eventual impugnação ao recebimento da denúncia? Pode o magistrado rejeitar a denúncia após a aceitação da proposta pelo réu?

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o tema em 2008 quando do julgamento do HC nº 64.578 – DF, de relatoria do Ministro Paulo Medina. No julgamento restou reconhecido que a tipicidade da conduta deve ser analisada pelo Juiz no ato do recebimento da denúncia ainda que o denunciado tenha aceitado a proposta. Oportuno colacionar a ementa do julgado:

HABEAS CORPUS. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ANÁLISE DAS PROVAS DOS AUTOS.

POSSIBILIDADE. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO.

DOLO DIRETO. AUSÊNCIA. CONDUTA DE BOA-FÉ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

- A análise das provas, hipótese distinta da valoração, é imprescindível para afastar a hipótese de falsidade nas informações prestadas pelo paciente, sob pena de não chegar a uma decisão de mérito.

- A tipicidade da conduta deve ser analisada no ato de recebi-

mento da denúncia pelo juiz, pouco importando que o paciente tenha aceitado a suspensão condicional do processo.

- A aplicação do rito da Lei n.º 9099/95 ou qualquer instituto despenalizador dela constante, não desobriga o Juiz a averiguar a regularidade formal da acusação, assim como sua viabilidade, porquanto seria uma afronta ao princípio do devido processo legal e seus consectários.

- O delito de denúncia caluniosa reclama, para sua configuração, dolo direto em relação ao conhecimento da inocência do acusado, não bastando o dolo eventual.

- Hipótese em que o paciente, após certificar-se da veracidade dos fatos ocorridos e com absoluta convicção de tratar-se de crime, dirige-se à delegacia para narrá-los.

- Não emerge dos autos qualquer indício de que o paciente tenha agido para prejudicar a vítima do crime, em tese, de denúncia caluniosa.

- Ordem concedida para trancar a ação penal. (HC 64.578/DF, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJe 03/11/2008)

Quanto à possibilidade de o denunciado insurgir-se contra as condições da ação após a aceitação do “acordo”, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal em 2005, conforme ementa:

PROCESSO - SUSPENSÃO - HABEAS CORPUS. A suspensão do processo, operada a partir do disposto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, não obstaculiza impetração voltada a afastar a tipicidade da conduta. (HC 85747, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 21/06/2005, DJ 14-10-2005 PP-00012 EMENT VOL-02209-2 PP-00380)

Se a oralidade fosse plena os problemas atinentes ao recebimento da denúncia por ocasião da aceitação da proposta seriam minimizados. Saulo Murilo de Oliveira Mattos (MATTOS, 2018, p. 26) esclarece

(...) que a oralidade não se resume ao fluxo contínuo da palavra em um sistema de audiências orais, em que as partes (acusação e defesa) expõe 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 um avanço para o processo penal brasileiro.

Porém, o que ocorre no cotidiano forense é que a proposta acusatorial está

lançada, cabe à defesa aceitar ou não. O limite de barganha é restrito. Portanto, falacioso o argumento de que se trata de um acordo. Na prática há pouca (ou nenhuma) margem para negociação.

Aury Lopes Jr. (2010, p. 236) ressalta que “não se pode esquecer que a medida insere-se na lógica do consenso, não apenas no sentido de que o réu não é obrigado a aceitar a proposta, mas também na perspectiva de que poderá negociar a duração e demais condições.” Geraldo Prado (2005) ao analisar os acordos penais refere 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.

Além disso, presencia-se muitas vezes a banalização do instituto, quando, durante a audiência, magistrados e promotores de justiça referem ao imputado que (1) aquele momento não é destinado para sua oitiva, portanto, não se tratará sobre os fatos (2) a aceitação da proposta não representará a aplicação de uma pena (como se não significasse uma pena para o réu o fato de, antes de tudo: figurar como denunciado, receber a visita de um oficial de justiça em seu domicílio, comparecer perante um juiz, apresentar-se mensalmente em juízo por período de dois anos, justificar atividades, impossibilidade de ausentar-se da comarca por determinado período ou ter que pedir autorização para tanto, dentre outras punições “embutidas”).

É desta forma que se desenvolve a audiência de suspensão condicional do processo no Brasil em um procedimento que deveria ser conduzido pelo critério da oralidade. Este cenário traz ao acusado a ideia de que, ou ele aceita a proposta nos termos que estão postos, ou enfrenta o risco de sofrer uma condenação e, assim, terá ao menos a possibilidade de alguns momentos de fala nos autos.

A Audiência De “*Suspensión Condicional Del Procedimiento Y Acuerdos Reparatorios*” No Chile

O procedimento relativo à suspensão condicional do procedimento penal está previsto no parágrafo 6º, do Título I do Livro Segundo do Código de Processo Penal Chileno. Esta audiência integra a chamada “*etapa intermedia*” que é presidida pelo juiz de garantias e a presença do defensor do imputado é requisito de validade do ato:

*A fase intermediaria se presta ao controle da acusação e à preparação do posterior juízo oral (de mérito). Assim, apresentada a acusação e oportunizado o exercício de contraditório pela defesa, o juízo de admissibilidade acontecerá em audiência. Admitida a acusação, o objeto do juízo é determinado por critérios orientados pela *teoria do caso* e são especificadas as provas que as partes pretendem produzir. (...) Nada obstante, na etapa intermediária também é possível a adoção de soluções alternativas ao caso penal. (SILVEIRA, 2017, p. 296)*

Gonzalo Rua e Leonel Gonzalez referem que

Frente a un pedido en audiencia de suspensión del proceso a prueba, el juez debe verificar la presencia de las partes, interrogando en primer lugar al fiscal si ha formulado cargos – en cuyo caso, se lo invitará a que los enuncie sucintamente, a los efectos de tener presente el caso sobre el cual se buscará una salida al conflicto -, o si los piensa formular en esta audiencia. Luego de ello, interrogará al fiscal o a la defensa, indistintamente, si han arribado a un acuerdo, verificando la conformidad de la contrria y el consentimiento del imputado con los términos propuestos. (2018, p. 96)

A suspensão condicional do procedimento será cabível se (a) a pena que pudessem ser imposta em eventual sentença condenatória não excedesse a três anos de privação de liberdade; (b) o imputado não foi condenado anteriormente por crime ou delito simples e (c) o imputado não possuir um acordo de suspensão condicional do procedimento penal vigente.

Quando a audiência de suspensão condicional do processo tiver sido requerida por simples petição de uma das partes, o juiz de garantias dará a palavra primeiramente à esta para que se manifeste sobre o pedido. Após, dará a palavra à parte contrária para que cheguem a um acordo. Nesta audiência o magistrado deve adotar uma postura proativa para que as partes acordem. (RUA; GONZALEZ, 2018, p. 96)

O juiz de garantias decretará o prazo para cumprimento das condições impostas, que não poderá ser inferior a um ano e nem superior a três. Durante este período não transcorrerá o curso prescricional.

As condições serão impostas pelo juiz de garantias de forma isolada ou cumulativamente. O rol está no art. 238 e as condições são similares às expressas no parágrafo 1º do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Uma das distinções é que no Chile o imputado deve comparecer à sede do Ministério Público para justificar atividades e comprovar o cumprimento das demais condições e não perante o júízo.

Importante ressaltar que a audiência de suspensão condicional do procedimento penal no Chile é requerida pelo Fiscal (Promotor de Justiça), porém há o prévio acordo com o imputado, ou seja, não é um procedimento automático e de iniciativa exclusiva do Ministério Público, conforme ocorre no Brasil. Significa dizer que se trata de fato de um acordo, ainda que as condições sejam impostas pelo magistrado levando em conta as peculiaridades do caso e do imputado. Foi possível observar durante a assistência das audiências que as partes tratam do caso com o magistrado e que há espaço para manifestações dos imputados, o que, infelizmente, não se observa no cotidiano forense brasileiro.

Conforme ensina Binder

la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del Juicio penal. Sierva, en especial, para preservar los principios de inmediación, publicidad del Juicio y personalización de la función judicial. En este sentido, se debe diferenciar muy bien lo que es un instrumento de lo que es un principio. Como hemos dicho, la oralidade es un instrumento, un mecanismo para alcanzar un fin (2000, p. 61).

A oralidade é plena, há partes em litígio e um juiz disposto a ouvir e decidir. Não há preocupação com a pauta apertada e com pilhas de documentos para serem examinados. Além disso, os juizados são administrados por um profissional capacitado e exclusivo para desempenhar tais funções, dentre as quais, a organização da pauta.

Quanto à oralidade no sistema processual chileno referiu Romulo de Andrade Moreira (2017, p. 196)

(...) é algo especialmente privilegiado. Os debates dão-se imediatamente entre o Ministério Público e a Defesa, sem deslealdades e em frente aos juízes. Tudo é decidido na mesma audiência. Não há pedido de vistas. Todos estão preparados para resolverem quaisquer questões jurídicas surgidas durante a audiência. O contraditório estabelece-se na audiência de

maneira muito transparente. O Ministério Público respeita a defesa, compartilhando a prova, inclusive. Não há ocultação de provas, tampouco espaço para vaidades. Tudo é muito sereno e respeitoso. Cada um cumpre o seu dever.

No Brasil, em que pese a previsão legal quanto ao critério da oralidade, o rancão inquisitorial permanece hígido nos juizados especiais criminais. A denúncia, que deveria ser oferecida oralmente, segundo determina o art. 77 da Lei 9.099/95, é apresentada por escrito após a realização de audiência de proposta de transação penal:

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. (MATOS, 2018, p. 30).

A oralidade vai muito além da mera possibilidade de falar em juízo. Binder (2012) esclarece que

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 das petições administrativas), a uma administração da justiça baseada no litígio.

Leonel González Postigo (2018, p. 32) ressalta que “a audiência oral é o centro do processo adversarial. Do ponto de vista da história, os primeiros avanços da reforma latino-americana foram dados pela introdução da oralidade na etapa de julgamento, como um mecanismo para dar transparência às decisões ali tomadas”.

Importante traçar um paralelo entre os processos tradicionais e os novos sistemas de ajuizamento:

Os processos judiciais tradicionais caracterizam-se por serem fundamentados de modo escrito e secreto através de expedientes ou pastas que continham todos os registros dos atos realizados durante o procedimento. Os novos sistemas de ajuizamento deixaram para trás essa forma de administrar a justiça e estabeleceram um sistema de audiências orais. Nele, todas as decisões jurisdicionais são feitas nas salas de audiências, às quais o público interessado tem acesso sem limitação formal. Tais salas, no novo paradigma, se transformaram no local de trabalho

dos juízes, os quais passaram a exercer função completamente do tradicional. Nessa primeira etapa, a oralidade foi introduzida somente na fase de julgamento, por ser necessária à transparência das decisões tomadas no momento mais importante do processo. (IBIDEM, 2018, p. 24)

O processo adversarial, como o próprio nome dita, é um processo de partes, sendo que a audiência oral é o seu centro. Leonel González Postigo (2018) complementa que “também 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”, e conclui que:

A oralidade, ao mesmo tempo, constitui um modelo de trabalho que torna a sala de audiências – em vez do gabinete privado – o espaço natural para o trabalho dos juízes e das partes. Por isso, costumamos afirmar que a dinâmica de litigação dos casos se reorienta até a sala de audiências como cenário no qual serão feitas as petições, apresentada a informação de respaldo e tomada a decisão jurisdicional pelo juiz, com base na informação que lhe seja entregue.

A partir de tais considerações, importante traçar um paralelo com o processo penal brasileiro para atentar que a produção escrita transmite falsamente a ideia de que o que está documentado traz segurança e, a partir disso, serão proferidas decisões justas e adequadas ao caso penal sob julgamento. Ocorre que, diversamente disso, a massificação de processos e as inúmeras folhas repetidas e outros documentos meramente burocráticos tornam o processo moroso, de difícil solução e, com isso, as informações de qualidade se perdem entre tantas outras desnecessárias e improdutivas folhas.

Ainda que os processos suscetíveis à suspensão condicional sejam, em sua maioria, menos volumosos, verifica-se que mesmo assim não há um cotejo entre os elementos já produzidos em contraponto com a peça acusatória quando do recebimento da denúncia pelos magistrados. Ademais, as informações trazidas pela defesa em audiência de suspensão condicional do processo não são levadas em consideração quando da análise do recebimento da denúncia sob a argumentação de que se confundem com o mérito e, assim, deveriam ser tratadas na instrução criminal.

Conclusão

Os problemas que enfrentamos diuturnamente no sistema judicial penal brasileiro ganharam maiores proporções após a imersão prática que fizemos no Chile em outubro de 2019. O nosso atraso no desenvolvimento de leis processuais mais democráticas, condizentes com o que prevê a Constituição Federal desde 1988, é explicado pela mentalidade inquisitória que todos nós possuímos, contra o qual é necessária uma mudança global na cultura judicial, como ocorreu no Chile e em diversos outros países da América Latina.

Nos dias em que estivemos no Chile percebemos o quanto o nosso sistema atual nos impossibilita o *fair play*, uma vez que há a sensação de ter sempre algo escondido por trás de todas aquelas folhas de processos. Não há, no Brasil, comunicação e lealdade entre acusação e defesa.

Essa dificuldade certamente tem a ver com a falta de paridade de armas e com a estrutura e aparelhamento desproporcionais entre Ministério Público e Defensoria Pública. Não possuímos um processo penal de partes.

Nossos processos são montanhas de folhas (os crimes estaduais no Rio Grande do Sul ainda são processados em autos físicos) com centenas de folhas repetidas, cópias de ofícios, de mandados e outras informações escritas desnecessárias para a solução do caso. O réu é um número de processo, o Judiciário brasileiro está inchado, burocratizado, no qual os magistrados cumprem inúmeros papéis e não somente ouvir e julgar.

Tais sintomas causam efeitos degradantes na prestação jurisdicional, que não possui condições de atender os casos penais da forma como deveria. O primeiro estágio processual em que se sente o abarrotamento do Judiciário é o recebimento da denúncia, ocasião em que é proferida a seguinte frase: “Estão presentes os requisitos do art. 395, do CPP. Recebo a denúncia ante a presença das condições da ação. Cite-se o réu.”

Além deste momento, percebe-se nas pautas de audiência dos juizados especiais que muitas vezes cada audiência tem previsão de duração de cinco minutos. É inadmissível uma justiça penal *express*, que mais parece cumprir metas do que resolver casos reais.

No âmbito dos juizados especiais criminais há uma gama de crimes sujeitos à tal jurisdição e isso denota o cuidado que o magistrado deve ter com os casos penais que se apresentam. Da exploração de jogos de azar a crimes ambientais há um universo de peculiaridades e soluções distintas.

Por isso, inevitável considerar-se cada caso isoladamente, sem que haja uma solução pré-determinada e automática para todos. Neste ponto, o critério da oralidade traria benefícios se fosse aplicado adequadamente.

As faculdades de Direito do Brasil não formam bons litigantes, não há em nossa formação disciplinas de oralidade, possivelmente em razão do nosso processo ainda ser escrito. A preocupação está em ensinar os meios (petições, recursos) adequados para cada demanda ou etapa processual. E vem daí o nosso ranço inquisitório e o apego à forma escrita de processar.

A avalanche processual é tanta que as audiências são consideradas mera etapa processual, pois “atrapalham” o andamento cartorário e dos gabinetes. No Chile cada necessidade de “peticionar” algo ao magistrado demanda o pedido por uma audiência. É na sala de audiência que trabalha o magistrado. Não há gabinetes. Essa medida traduz a simbologia de que aquele é o local onde deve estar o juiz e qual é o seu verdadeiro papel: ouvir e decidir.

Então, é na sala de audiências que as partes fazem requerimentos e é neste mesmo ato que o juiz analisa. Por exemplo, na fase do “*juicio oral*” são ouvidas as testemunhas, peritos, vítima e há o interrogatório do réu perante três juízes. A sentença é proferida no dia seguinte. Nada fica para depois.

Em vinte e quatro anos de vigência da Lei 9.099/95 pouco se avançou na implementação de uma justiça descomplicada e oral. Pode-se dizer que com o passar dos anos a justiça penal nos juzgados especiais está cada vez mais burocratizada, automática, escrita e, conseqüentemente, antidemocrática e desumana.

A partir do comparativo que fizemos entre o modelo brasileiro de suspensão condicional do processo e o modelo chileno de suspensão condicional do procedimento penal restou evidenciado que, naquele país, o procedimento se dá inteiramente em audiência, porém na presença do juiz de garantias e condicionado a um acordo prévio entre acusação e defesa. Diferentemente do nosso modelo, a suspensão condicional do procedimento penal não representa um “contrato de adesão”, mas sim um acordo entre as partes sob o crivo do magistrado.

A oralidade está assegurada e o juiz concede a palavra primeiramente àquele que peticionou pela audiência. Já no Brasil, há o questionamento por parte do magistrado se o acusado está ciente dos termos propostos pelo Ministério Público e se aceita a suspensão.

Diferentemente do que determina a lei, a denúncia é apresentada por escrito e, com a aceitação da suspensão condicional do processo, o magistrado deve receber ou rejeitar a denúncia. Há casos em que o juiz possibilita ao defensor responder oralmente a denúncia, porém, infelizmente, não é a regra.

Se essa conduta fosse adotada pelos juízes, o critério da oralidade previsto na Lei 9.099/95 teria maior aplicabilidade e, com isso, muitas denúncias seriam rejeitadas, situação plenamente possível segundo a jurisprudência pátria, ainda

que o imputado tenha aceitado a suspensão condicional do processo. Assim, contornaríamos de forma emergencial a situação de sobrecarga do Judiciário, uma vez que a defesa apontaria, em audiência, após a aceitação da suspensão condicional do processo, os motivos pelos quais o magistrado deve rejeitar a denúncia.

Ainda há muito para evoluir em sede de juizados especiais criminais, mas o desinteresse em tratar desse tema é geral. Há pouca qualificação para atuação neste meio e as saídas alternativas ao processo penal previstas na Lei nº 9.099/95 são consideradas como banais e de simples aplicação, não demandando, assim, grandes insurgências doutrinárias e judiciais.

Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc. 1993

Iniciación al Proceso Penal Acusatorio. Buenos Aires: Campomanes Libros. 2000.

Introdução ao direito processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

Elogio de la audiencia oral y pública. In: *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc. 2012.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. Bases da reforma processual penal no Brasil. In: Desafios contemporâneos do sistema acusatório. Brasília: anpr. 2018.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2010.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. A imaginária oralidade dos juizados especiais criminais. In: *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Vol. II. Santiago, Chile: CEJA. 2018.

MOREIRA, Romulo de Andrade. A oralidade e o sistema por audiências – uma proposta para o Brasil a partir da experiência chilena. in: *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago, Chile: CEJA. 2017.

PRADO, Geraldo. 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]. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

RUA, Gonzalo; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. El rol del juez en un sistema adversarial. Fundamentos y técnicas de conducción de audiencias. *Revista Sistemas Juciales - Litigación y sistema por audiencias*. Año 17. Nº 21. Santiago, Chile: CEJA E INECIP. 2018.

SAMPAIO, André Rocha; DE OLIVEIRA E SILVA, Joane Marcelle. Superando a contaminação da sentença pelo inquérito policial: a oralidade como elemento de ruptura no paradigma inquisitório. In: *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Vol. II. Santiago, Chile: CEJA. 2018.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. O juiz de garantias como condição de

A mitigação da oralidade nas audiências de suspensão condicional do processo penal: uma crítica sob a perspectiva chilena. Thais Comassetto Felix

possibilidade de um processo penal acusatório e a importância da etapa intermediária: um olhar desde a experiência latino-americana. In: *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Vol. I. Santiago, Chile: CEJA. 2017.



A RELEVÂNCIA DA ORALIDADE NO CONTROLE DE ACUSAÇÃO. EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA E APLICABILIDADE DE UMA AUDIÊNCIA DE CONTROLE NO BRASIL.

Henrique Dumsch Plocharski⁴³.

Introdução

A ideia de que o Brasil precisa de um novo Código de Processo Penal (no contexto de uma verdadeira reforma processual penal) parece ser unânime, entretanto, não é tão recente.

Os motivos vão muito além de ser um Código desenvolvido na década de 40 (que ainda reflete parcela de toda espécie de conflito político/filosófico/cultural que ocorreu naquele período) e com evidente caráter inquisitório e autoritário – ao contrário do que rege a Constituição da República de 1988.

O CPP/41 sofreu inúmeras alterações pontuais por meio de reformas parciais, em especial na última década, mas não foram suficientes. A título de exemplo, basta observar o art. 155 e 156 do Código de Processo Penal – com redação dada pela Lei 11.690/08.

É inaceitável em um sistema acusatório (onde o juiz deve ser imparcial e a gestão da prova dar-se pelas partes) ser possível que o juiz fundamente a decisão com base em “elementos informativos colhidos na investigação” (em razão da infeliz inclusão da palavra ‘exclusivamente’ no texto do artigo 155) ou, ainda pior, poder, de ofício, ordenar antes mesmo de iniciada a ação penal, produção antecipada de provas.

Acrescente-se, na mesma linha, que há evidente necessidade de uma necessária mudança cultural, que diga respeito aos operadores. Como notou Jacinto Coutinho (2018, p.94), *“vive-se, no Brasil de hoje, uma situação paradoxal: tem-se uma aparente liberdade, mas ela não é dimensionada para respeitar as regras e sim para se fazer o que quiser, máxime por parte dos órgãos do Estado”*.

Seria, portanto, no mínimo uma grande ingenuidade supor que um juiz – voltado para a descoberta da verdade real como uma espécie de dever - com tantos poderes instrutórios ainda na fase preliminar, como autoriza a “cópia do

43 Advogado em Vernalha Guimarães & Pereira Advogados. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela ABDCONST/PR. Pós Graduado em Processo Penal pela LFG/Anhanguera. Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Membro da Comissão de Apoio às Vítimas de Crime da OAB/PR. E-mail: <henriqueplocha@gmail.com>

Capítulo 2. A necessidade da aplicação do princípio da oralidade

Codice Rocco de 1931”, atuaria com firmeza na análise da acusação – realizada por meio da decisão de recebimento da denúncia.

Constatadas tais premissas, há de se questionar: o que é possível fazer especificamente acerca do controle da acusação, ou, em outras palavras, sobre o recebimento da denúncia? Como ele se desenvolve atualmente e como deveria ser?

A partir de tais questionamentos, olhando a normativa processual de países vizinhos latino-americanos como o Paraguai e o Chile, onde o Código Processual Penal é acusatório, é possível sugerir ferramentas cuja aplicação pode alterar radicalmente a sistemática processual brasileira, deficitária tanto em termos técnicos quanto em termos de eficiência e também eficácia.

O Atual Cenário Da Decisão De Recebimento Da Denúncia.

A fim de compreender a realidade brasileira no que se refere ao filtro judicial do recebimento da acusação, dois caminhos são imprescindíveis, - verificar o que diz a Lei e, posteriormente, o que os Tribunais têm manifestado sobre o tema.

O primeiro aspecto técnico a ser observado pelo magistrado, geralmente copiado nas decisões de recebimento da denúncia, diz respeito ao artigo 41 do CPP: “*A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*”

O magistrado se depara, nesta primeira etapa, com a necessidade de análise das condições formais da exordial, cuja ausência acarreta na declaração de inépcia da peça. Ainda que a importância de tal dispositivo costuma ser reduzida, Alexandre Moraes da Rosa ressalta as graves consequências de uma acusação malfeita e sua procedência – cuja influência recai na limitação da acusação (com reflexos diretos no objeto da defesa), fixação da competência, bem como delimitação da instrução probatória:

“a denúncia fixa os limites da narrativa acusatória. Assim, deve narrar não só o que, mas como ocorreu. Por isso, deve seguir o modelo tópico-interrogativo, segundo o qual é preciso apontar A) quem é o acusado? B) que condutas são imputadas? C) onde teriam sido realizadas? D) quando, a data das condutas? e, E) com que meios a realizou?”

A importância reside justamente que não se pode defender de condutas não narradas. O sujeito na democracia deve se defender de fatos precisos. Evidentemente que nem sempre todos os itens do modelo tópico-interrogativo poderão ser descritos, mas isso não pode ser implícito. Sem isso o processo não consegue garantir a ampla defesa e o contraditório. A acusação fixa os limites da instrução probatória e da decisão (correlação entre a denúncia e a sentença), justificando o indeferimento de provas. (Rosa, 2014, p. 137)

Já o artigo 395 do CPP, de onde se extraem as condições da ação, determina que a denúncia deverá ser rejeitada quando (i) for manifestamente inepta (ii) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação ou (iii) faltar justa causa.

O problema se agrava pela devida constatação de Marco Aurélio Nunes de

que as condições da ação não se encontram devidamente expostas no Código, tendo como solução parcial a interpretação sistemática dos artigos 395 e 397 do CPP:

No texto vigente, as condições da ação processual penal estão previstas de forma genérica e superficial. Mais, além do equívoco terminológico consubstanciado em “condição para o exercício da ação penal”, com tal reforma, deixou a lei processual de delimitar claramente as hipóteses de rejeição da acusação. (Silveira, 2014, p. 211)

Tal falha deu margem para ocorrer por muito tempo a equivocada aplicação das condições da ação processual civil em âmbito penal – cuja lógica de aplicação de pena exige estrutura própria.

Há também grande discussão do momento em que deveria ocorrer o recebimento da denúncia - após a apresentação da resposta à acusação (ou então da defesa prévia e resposta escrita) como preveem alguns procedimentos especiais (Lei de Drogas⁴⁴, Lei de Crimes de responsabilidade praticados por Prefeitos⁴⁵ ou até o Regimento Interno dos Tribunais⁴⁶). Afinal, aí sim a defesa teria exercido o contraditório em igualdade à acusação, podendo o magistrado formar sua convicção de maneira fundamentada.

Entretanto, infelizmente, a redação dada ao art. 396 do CPP na reforma de 2008 manteve o momento da manifestação do acusado (resposta à acusação) após o recebimento da denúncia – permitindo-lhe, portanto, que busque “revisar” a decisão já proferida. Logo, na ampla maioria dos casos, inexistente a figura da defesa prévia.

A sugestão oferecida antes da reforma, de substituir a palavra “citação” por “intimação”, permitindo a manifestação anterior do réu ao recebimento da denúncia, foi rejeitada, então a ausência de contra argumentação por parte do acusado dificulta a análise do recebimento da exordial pelo magistrado, sendo uma das principais causas para a deficiência da fundamentação na decisão de recebimento da denúncia.

Em suma, se é difícil encontrar uma decisão que rejeite a acusação na ausência de defesa prévia do acusado, o mesmo não se pode dizer em relação a decisões

44 Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

45 Art. 2º O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações: I - Antes de receber a denúncia, o Juiz ordenará a notificação do acusado para apresentar defesa prévia, no prazo de cinco dias. Se o acusado não for encontrado para a notificação, ser-lhe-á nomeado defensor, a quem caberá apresentar a defesa, dentro no mesmo prazo.

46 RISTF - Art. 233. O Relator, antes do recebimento ou da rejeição da denúncia ou da queixa, mandará notificar o acusado para oferecer resposta escrita no prazo de quinze dias.

sem fundamentação advindas após a apresentação das questões preliminares pela defesa na resposta à acusação. A ausência de consenso na jurisprudência agrava ainda mais o problema.

Para o STF, em caso de ausência de fundamentação na decisão de recebimento da denúncia, “*inexiste violação do art. 93, IX, da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “[...] o juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, fundamentação*” (ARE 749864 AgR/MG. Rel. Min Rosa Weber. Julg. 01/09/2017, 1ª Turma).

Em igual sentido, mais recentemente já se manifestou o Min. Marco Aurélio: “*A referência, no ato de recebimento da denúncia, ao atendimento ao figurino instrumental, implica fundamentação razoável.*” (HC 145.290/PA. Rel. Min Marco Aurélio. Julg. 12/03/2019, 1ª Turma).

Logo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é aceitar como fundamentada uma decisão ‘sucinta’, meramente mencionando o preenchimento dos requisitos formais de maneira genérica, de onde não se extraem as verdadeiras razões do convencimento do magistrado.

Entretanto, na contramão da corrente, para Gilmar Mendes, “é certo que a necessidade de motivação abarca todos os tipos de decisões proferidas no processo, sejam interlocutórias, sejam definitivas”. E complementa:

A garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um processo de controle, permitindo, inclusive, a eventual impugnação. Daí a necessidade de que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas (CF, art. 93, IX). E motivar significa dar as razões pelas quais determinada decisão há de ser adotada, expor as suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes. A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas.

(...)

Da mesma forma, não se afigura compreensível que, diante do texto constitucional, se argumente em favor da legitimidade do recebimento da denúncia criminal sem a adequada fundamentação.

Obviamente não pode o juiz ou tribunal, no ato de recebimento da denúncia, pré-julgar a causa demonstrando convencimento acerca do fato e de sua autoria antes mesmo da produção de prova submetida ao crivo do contraditório. A fundamentação do ato decisório, que realiza o princípio da necessária motiva-

ção dos atos jurisdicionais diz com a argumentação e justificação da existência de condições da ação penal, dentre elas a justa causa para ação penal.

O argumento de que não se cuida de decisão judicial, mas de simples despacho ou decisão interlocutória não deve ser ingenuamente aceito, mas não se pode converter o ato decisório de recebimento da denúncia em antecipação de uma fundamentação condenatória. (Mendes, 2014, p. 243)

Em conclusão, vislumbram-se ao menos três dificuldades no sistema processual brasileiro no tocante ao recebimento da acusação: (I) ausência, em geral, de defesa prévia (manifestação do acusado antes do recebimento da acusação); (II) a ausência de fundamentação idônea nas decisões proferidas pelos magistrados, corroborada pelo entendimento majoritário do STF e, por fim, (III) ausência de consenso e devido respeito e valorização das condições da ação.

Vejamos então de que forma países vizinhos, tais como o Chile e o Paraguai, lidaram com isso em seus sistemas processuais penais e de que forma podemos nos beneficiar.

Um Olhar Comparado. A Sistemática Da Audiência De Controle De Acusação (Denúncia) Nos Países Vizinhos E Sua Aplicabilidade No Brasil.

Se no Brasil há ainda em vigência um sistema evidentemente inquisitório – porquanto a gestão da prova ainda se encontra nas mãos do juiz – muito embora a Constituição brasileira tenha progredido em sentido contrário, nos demais países vizinhos já é possível verificar o pleno funcionamento da sistemática acusatória. De todo modo, não se pode olvidar que ainda possuem certas dificuldades políticas e constitucionais.

O Chile, por exemplo, cujo Código de Processo Penal é muito mais recente, em novembro de 2019 optou pela realização de um plebiscito (marcado para abril de 2020) a fim de definir a elaboração ou não de uma nova constituição.

Isso porque a constituição chilena, anterior a nossa - já que data de 1980 – e elaborada no período de Pinochet (regime militar), tem diversos problemas relativos a questões de saúde, educação, igualdade salarial, inviolabilidade de direitos humanos e também na previdência.

Por outro lado, tanto no Chile quanto no Paraguai, no que se refere o sistema processual penal, prepondera a oralidade, tendo a maioria dos atos lugar em audiência, ou seja, na frente do juiz. Em igual sentido, a gestão da prova reside justamente na mão das partes (princípio dispositivo), tendo ocorrido um verdadeiro rearranjo dos lugares.

Esta “guinada” era justamente o que buscavam os chilenos ao elaborar seu novo código de processo penal. Eles tinham ciência de que na reforma processual o objetivo era “*estabelecer as bases procedimentais de um novo sistema processual que pretende abandonar o modelo inquisitivo e avançar com uma orientação de caráter acusatória*”, bem como que um dos maiores defeitos processuais “*era que carecia de um genuíno juízo contraditório*”⁴⁷.

Ainda neste sentido, merece destaque a diferença de tempo na tramitação dos projetos. Enquanto no Chile bastaram 05 anos para promulgar o Código de Processo Penal chileno de 2000, no Brasil o PLS 156 já tramita há mais de 09 anos e não há nenhuma previsão para conclusão.

Cumprir destacar também que o Chile, para além disso tudo, ainda retirou os poderes administrativos do juiz (gestão do fórum, da pauta de audiências), focando sua atuação exclusivamente em atividades jurisdicionais. Esta simples mudança torna muito mais eficiente a prestação jurisdicional, eis que o magistrado se dedicará exclusivamente para a atividade fim.

47 Tradução livre da MENSAJE N° 110-331, de 9 de junho de 1995.

Lá, o controle da acusação e a preparação para o que chamam de “Juízo Oral” ocorre de maneira bastante organizada.

Apresentada a acusação, o juiz de garantia ordenará a notificação de todos os intervenientes e os citará, dentro das vinte e quatro horas seguintes, para a audiência de preparação do juízo oral, que deverá ter lugar em um prazo não inferior a 25 dias e nem superior a 35 dias⁴⁸.

Ao acusado é entregue cópia da acusação, sendo facultado que, por escrito ou ao início da audiência – de forma verbal, assevere os vícios formais da acusação, requerendo sua correção; apresente exceções e, ainda, exponha os argumentos de sua defesa que considere necessários e indicando os meios de prova cujo exame será solicitado no julgamento oral⁴⁹.

É expressa a determinação de oralidade e “imediatismo” no processo chileno, conforme dispõe o art. 266. A Lei determina que a audiência será dirigida pelo juiz de garantia, transcorrendo oralmente. Se o acusado não tiver exercido suas faculdades de defesa anteriormente, será oferecido que formule oralmente perante o juiz. Destaca-se também a necessidade de presença da acusação e do defensor, sendo que se tratam de requisito de validade do ato.

Há grande avanço também no que se refere à gestão da prova. É dever do juiz de garantia excluir provas provenientes de atuações ou diligências que sejam declaradas nulas e aquelas obtidas em inobservância de garantias fundamentais (ilícitas), sendo possível solicitar prova testemunhal antecipada.

Por fim, há ainda espaço para solução das exceções na audiência⁵⁰, correção dos vícios formais da acusação⁵¹ e debate acerca das provas oferecidas pelas partes, bem como se conciliar sobre a responsabilidade civil⁵² – o que evita as duplicidade de demandas sobre os mesmos fatos que observamos no Brasil – e também a união ou separação de acusações⁵³.

Por correção dos vícios formais da acusação, compreende-se a discussão acerca dos requisitos previstos no atual art. 41 do Código de Processo Penal. Assim, na audiência é possível alterar a exposição do fato criminoso e suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e inclusive o rol de testemunhas.

Em caso de nulidades, estas também poderão ser questionadas neste momento, evitando que a prova contamine por mais tempo a ação penal.

Com a vigência do princípio da oportunidade no Chile, o ato transforma-se

48 Art. 260 do Código de Processo Penal do Chile.

49 Art. 263, que dispõe as faculdades do acusado, do Código de Processo Penal do Chile.

50 Art. 271 do Código de Processo Penal do Chile.

51 Art. 270 do Código de Processo Penal do Chile.

52 Art. 273 do Código de Processo Penal do Chile.

53 Art. 274 do Código de Processo Penal do Chile.

em real possibilidade de acordo entre as partes, onde o acusado poderá assumir a culpa e negociar com o Ministério Público a imediata aplicação da pena, de maneira semelhante ao que ocorre na transação, que no Brasil é aplicável a determinados delitos de menor potencial ofensivo.

Já no Paraguai, apresentada a acusação, o juiz notificará as partes para que examinem em prazo comum de cinco dias, convocando-as para uma audiência oral e pública, que deverá ocorrer em prazo não inferior a 10 dias e nem maior do que 20 dias⁵⁴.

No fim da audiência, o juiz acabara por decidir pela admissão, total ou parcial da acusação, ou sua rejeição, além da situação de eventuais medidas cautelares, casos de sobrestamento ou exceções além de possível suspensão do feito em razão do critério de oportunidade.

O critério de oportunidade é um elemento bastante útil para evitar o desenvolvimento de processos desnecessários, desde que a atuação da acusação ocorra nos limites legais. A possibilidade de acordo entre a acusação e o acusado não pode ser um mecanismo para forçar confissões, havendo de existir maior atenção em situações em que a investigação ocorreu exclusivamente a cargo do órgão acusatório e sem participação da defesa.

Ainda como exemplo, é possível também mencionar o art. 351 do Código de Processo Penal Peruano. Exige-se a presença tanto da acusação quanto do defensor do acusado – como no Chile, sendo dirigida pelo que se denomina “Juiz da Investigação Preparatória”, não se admitindo, em regra, peças escritas.

O artigo seguinte determina as possíveis decisões a serem tomadas no ato. Todas as questões debatidas devem ser decididas, salvo em caso de avanço do horário ou da complexidade dos assuntos – ocorrendo neste caso a notificação das partes na decisão.

A “denúncia” poderá inclusive ser devolvida ao Ministério Público caso seja decidido por uma nova análise em razão de defeitos, sendo suspensa a audiência pelo prazo de 05 dias. Note-se que mesmo com a interrupção do ato, via de regra o procedimento segue sua característica oral, não se tornando escrito como ocorre no Brasil.

Quando se trata da admissão dos meios de provas requeridos, é imprescindível que o ato proposto seja pertinente, conducente e útil. A parte deverá justificar, sob pena de indeferimento, a especificação da contribuição da prova para o melhor conhecimento do caso. A ordem de acusação, equivalente à decisão de recebimento da denúncia, lá chamada de “*auto de enjuiciamento*”, não é recorrível.

Vislumbra-se que em comparação com a sistemática processual atual brasilei-

54 Art. 352 do Código de Processo Penal Peruano.

ra, há grande avanço. O contraditório se aplica em sua maior amplitude, permitindo ao acusado que se manifeste previamente ao recebimento da acusação e que também participe – sob pena de invalidade do ato – da audiência, onde o juiz decidirá fundamentadamente todos os pontos aventados.

A participação do acusado e seu defensor dentro de uma audiência oral permite a maior fluidez do ato de contraditar à acusação, vez que as partes não ficam limitadas aos argumentos lançados em uma única oportunidade (como ocorre em manifestações escritas sucessivas).

Assim, há verdadeiro embate entre as partes, sendo o resultado bastante produtivo para a eventual instrução, que será melhor delimitada (em razão da definição dos meios de provas) e com certeza haverá menor chance de eventual alegação de nulidade ou ilicitudes, visto que serão alegadas e decididas em momento oportuno e perante um Juiz com outra mentalidade (bastante distinta da obtenção da verdade real, sem a menor possibilidade de determinar provas de ofício, já que a gestão probatória é de competência exclusiva das partes).

No projeto brasileiro (PL 8045/2010 ou PLS 156/2009), em sua redação original, a mudança se limitava a previsão da resposta escrita antes da decisão de recebimento da denúncia, (conforme art. 271 do projeto original), havendo, ainda, possibilidade de indeferimento liminar da acusação, ou seja, antes mesmo da defesa, nas hipóteses de ausência de condições da ação.

Mesmo com as mais de duzentas emendas ao projeto, merecem destaque os primeiros artigos do projeto substitutivo, que determinam que todo o processo realizar-se-á sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a manifestação do defensor técnico em todas as fases procedimentais e também que terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz, salvo em favor das garantias do acusado.

Contudo, isso não foi integralmente aplicado ao controle da acusação.

Em relação ao recebimento da acusação, o art. 297 preconiza que oferecida a denúncia, não sendo liminarmente rejeitada (por inépcia, ausência de justa causa ou condição da ação, nos termos do art. 289), o juiz mandará citar o acusado para oferecer resposta escrita, no prazo de 15 dias.

Assim, no Brasil, em sendo o procedimento ordinário, não terá lugar a audiência de controle da acusação. A oralidade é prevista expressamente no âmbito dos juizados (conforme artigo 320 do projeto), existindo a possibilidade de oferecimento de denúncia oral (art. 336), que posteriormente deve ser reduzida a termo e entregue ao acusado.

É apenas no artigo 340 que se encontra um controle da acusação oral, posto que aberta a audiência (diga-se, de instrução), dá-se ao defensor a palavra a fim de responder oralmente à acusação.

O procedimento já previsto na lei 9.099/96, que rege os juizados especiais criminais, não diverge tanto assim do que prevê o projeto – possibilidade de denúncia oral (art. 77), sua respectiva redução a termo (art. 78) e resposta à acusação oral (art. 81).

Entretanto, a experiência demonstra que raramente o processo, ainda que em sede de juizados especiais, ocorre de maneira predominantemente oral. Comumente os magistrados optam por abrir prazo para manifestação escrita, ainda que inexista previsão na lei – como é o caso dos debates orais, que acabam sendo convertidos em alegações finais por escrito nos termos do CPP.

Atualmente no Brasil, em se tratando de ações penais cuja competência originária é dos Tribunais, haverá designação de data onde se dará a deliberação pelo recebimento ou rejeição da denúncia, com possibilidade de sustentação oral tanto para a acusação quanto para a defesa.

Tal sistemática se assemelha ao procedimento Chileno e Paraguaio, porém, com o recente entendimento limitando o foro por prerrogativa de função proferido pelo STF no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal nº 937, ocorrerá cada vez em menos casos.

Sem dúvida, caso opte pela aplicação deste procedimento para todas as instâncias, o Brasil enfrentará dificuldades para a instalação inicial da nova sistemática, como já foi constatado pelos deputados - que alegaram a inexistência de juízes suficientes para fazer ambas as coisas (instrução do processo e julgamento), sendo inviável dois juízes para separar as atribuições.

Ocorre que não se pode esquecer que com a implantação de toda uma nova sistemática acusatória e democrática, o número de processos deverá ser reduzido, por exemplo, por conta da substituição do princípio da obrigatoriedade, permitindo aplicação de novas alternativas de conflitos muito mais eficientes.

Conclusões.

A análise da sistemática processual penal de países vizinhos permite concluir, sem margem de dúvida, que o Brasil se encontra atrasado quando o tema é controle da acusação.

Não apenas por não existir uma audiência propriamente dita – ou, em outras palavras, oportunidade para desenvolvimento da oralidade, mas por sequer ser possível, com base no Código de Processo Penal de 1941, afirmar que o contraditório é respeitado quando do recebimento da denúncia – o que é gravíssimo.

No tocante ao PLS 156, ainda que apresente algum avanço ao determinar a intimação do acusado antes do recebimento da denúncia, também não alcança a plenitude que se espera do embate entre às partes, visando os objetivos do devido controle da acusação.

É imprescindível que em tal etapa todos os aspectos do controle da acusação sejam atendidos, quais sejam: controle formal da acusação, controle substancial da acusação (referente ao mérito da acusação), bem como, sucessivamente, admissão dos meios probatórios e eventualmente produção de prova antecipada – além da definição das questões e caráter de exceção ou sobrestamento do feito.

É justamente isso que a oralidade, prevista nos sistemas processuais penais do Chile, Peru e Paraguai, por exemplo, permite. A mudança de cultura nestes países, que possuem códigos mais recentes, é relevante. Não se trata mais de um juiz criminal que acredita que seu papel é punir e demonstrar seu exercício para a sociedade, mas sim um magistrado ciente da necessidade de seu papel de assegurar as garantias, para além de julgar o caso penal e decidir pela aplicação da pena.

A audiência oral oportuniza que ocorra um verdadeiro ato de 03 partes – acusação, defesa e juiz, além do acusado podendo se manifestar pessoalmente ou também a vítima e eventuais terceiros.

Possíveis alegações de insuficiência estrutural (número de magistrados) não podem ser, isoladamente, suficientes para concluir pela não aplicação deste procedimento no Brasil.

A vigência do sistema acusatório, com distinções desde a etapa investigatória, incluindo a aplicabilidade regrada do princípio da oportunidade, por exemplo, somadas a retirada da gestão administrativa dos magistrados, faz com que menos casos cheguem nesta etapa.

E os benefícios não se limitam a estes. O efetivo controle acusatório reduziria

drasticamente as alegações de vícios nas instruções decorrentes de provas ilícitas ou nulidades – alterando, por consequência, a realidade recursal brasileira.

No entanto, se ainda não contamos com este procedimento em vigência e sequer há previsão de sua aplicabilidade no Brasil, há de se optar por algumas medidas intermediárias.

É possível sugerir como medida passível de aplicação imediata a fundamentação idônea na decisão de recebimento da denúncia – afinal, isso já é previsto constitucionalmente.

Aliada a um verdadeiro olhar imparcial do juiz sob o caso, observando as garantias processuais, já será possível observar algum avanço.

Além disso, a futura oportunidade de manifestação prévia do acusado (prevista no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal), que já existe nos Juizados Especiais e nas ações originárias dos Tribunais também contribui positivamente.

O devido controle da acusação é, de fato, um dos poucos, senão o único meio para se evitar a parcialidade da acusação, sua verdadeira arbitrariedade ou até mesmo sua total ausência de fundamento – indesejáveis no processo penal democrático e acusatório.

Referências

Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 05 de Outubro de 1988. Brasília: Diário Oficial da União.

Brasil (1941). Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689. 03 de outubro de 1941. Brasília: Diário Oficial da União.

Brasil (1980). Supremo Tribunal Federal. Regimento interno / Supremo Tribunal Federal. – Brasília.

Câmara dos Deputados (2010) Projeto de Lei nº 8045. Disponível em < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>.

Chile (2000). Ley 19696. Establece Código Procesal Penal. 12, Oct, 2000. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Chile (1995). Mensaje nº 110-331. Em Historia de La Ley nº 19.696. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Coutinho, J. N. M. (2018). Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória.

Mendes, G. F. (2012). Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva.

Paraguai (1998). Código Procesal Penal De La República Del Paraguay. Ley nº 1286/98. Asuncion: Registro Oficial.

Peru (2004) Decreto Legislativo nº 957. Nuevo Código Procesal Penal. El Peruano, 2004-07-29.

Rosa, A. M. (2014). Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Senado Federal (2009). Projeto de Lei nº 156. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília. Disponível em < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>.

Silveira, M. A. N. (2014) A Ação processual penal entre política e constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

PROVA NAS APELAÇÕES CRIMINAIS E A INOBSERVÂNCIA DA ORALIDADE EM SEGUNDO GRAU: ESTUDO EMPÍRICO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO- TJRJ

Leonardo Costa de Paula⁵⁵

João Gabriel Melo⁵⁶

Introdução

A partir de estudos mais densos sobre recursos os pesquisadores propuseram uma pesquisa empírica afim de verificar como ocorrem os julgamentos em segundo grau de jurisdição (avaliação da qualidade e em especial a sua dinâmica), notadamente, as apelações – recurso mais substancial do Direito Processual Penal e que seria o último momento para que o réu pode trazer (e revolver) provas antes do trânsito em julgado. Seria possível perceber um direito a processo e produção de provas no segundo grau? Nesse suposto direito a ser julgado por novos julgadores, seria possível ou houve a produção de provas? Se reproduziu provas? Seria possível dizer que o ato de decidir do colegiado é fiscalizável e passível de afirmar sua qualidade enquanto julgado? A dogmática repete que revolvimento de matéria fática se dá até a apelação mas, a sensação no julgamento da apelação é de que isso ocorre ou não? O julgamento da apelação aparenta mais um mero julgamento de questões de direito sem revolvimento de matérias fática? A partir dessa problemática os pesquisadores estabeleceram uma metodologia para acompanhar os julgados nas câmaras criminais do Estado do Rio de Janeiro para verificar se é possível notar em apelação o revolvimento de matéria fática, se houve produção ou reprodução de provas de acordo com o artigo 616 do Código de Processo Penal e se o julgamento da apelação ocorreu sob o manto da oralidade ou uma mera verbalização de documentos escritos.

55 Doutorando em Direito do Estado pela UFPR, mestre em Direito Público pela UNESA. Coordenador da pós-graduação Processo Penal e Garantias Fundamentais; Professor de Processo Penal CNEC-Rio; Coordenador Regional do IBRASPP.

56 Advogado Criminalista. Pós-graduado em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst/Rio - 2014). Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pela PUC/RS (2019 – EAD). Especialista em compliance pela FGV Rio (2016), PUC Rio (2017) e pelo Instituto Brasileiro de Compliance – IBC (2017). E-mail: joaogmcm@gmail.com.

Ponto De Partida – O Que É Segundo Grau E As Críticas Dos Julgamentos Das Apelações Criminais

O presente estudo parte dos desenvolvimentos teóricos realizados no estudo doutoral de um dos autores⁵⁷. O escopo parte de uma análise empírica para verificar se no recurso de apelação haveria ou não produção probatória e como seriam as intercorrências do segundo grau. Dessa forma, é preciso primeiro compreender o que é recurso, como se caracteriza o segundo grau de jurisdição e, a partir daí se poderá pensar a análise sobre o material colhido empiricamente nas câmaras criminais do Estado do Rio de Janeiro.

Ao se observar alguns autores sobre o tema, NEREU GIACOMOLLI definirá o duplo grau da seguinte maneira “duplo grau, na realidade, confere direito a um duplo pronunciamento, a uma revisão do primeiro *decisum*” (2015, p. 312). Este autor identifica o recurso como “gênero dos meios ou remédios jurídicos impugnativos, distintos das ações autônomas de impugnação e das medidas correicionais” (2015, p. 312).

Dizer se o duplo grau de jurisdição é um direito a um duplo pronunciamento não é suficiente, precisamos recorrer aos estabelecimentos previstos em lei para pensar, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, o que efetivamente é o Duplo Grau de Jurisdição.

O artigo 14, item 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, impõe, por sua vez: “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei”.

O Pacto São José da Costa Rica determina que toda pessoa tem “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”.

Há que se destacar o que a Constituição trata do assunto e define que o direito ao recurso está estabelecido no artigo 5º, inciso LV, ao dizer que os acusados em geral têm assegurado os meios e recursos inerentes à ampla defesa. E isso foi estabelecido pela Assembleia Nacional Constituinte especialmente identificando que os meios e recursos estão atrelados não ao contraditório, mas à ampla defesa,

Do texto definitivo, restou, pois, a regra de garantia que assegura aos litigantes a ampla defesa, o contraditório com os

57 PAULA, Leonardo Costa de. O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Disponível em: https://www.academia.edu/37622997/O_SEGUNDO_GRAU_DE_JURISDI%C3%87%C3%83O_COMO_GARANTIA_EXCLUSIVA_DA_PESSOA_POR_UMA_TEORIA_DOS_RECURSOS_PARA_O_PROCESSO_PENAL_BRASILEIRO>, acesso e, 22 de dezembro de 2019.

meios e recursos a ela (ampla defesa) inerentes. Aos acusados, fica também garantido o contraditório, a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. A que o texto constitucional se refere quando afirma os meios e recursos a ela inerentes? Isso foi discutido pela Comissão de Redação final da Assembleia Nacional Constituinte⁵⁸. No debate, concluiu-se, que estes meios e recursos se destinam à proteção da ampla defesa⁵⁹. (PAULA, p. 175 e 176)

A compreensão e definição de segundo grau que se extrai dessa digressão que se assume como ponto neste estudo é que:

O segundo grau de jurisdição é, portanto, a garantia individual, assegurada constitucional e convencionalmente, do jurisdicio-

58 Nota de Rodapé da transcrição: “Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>, acesso em 20 de julho de 2017.”

59 Reprodução da nota de rodapé do texto original: “A discussão sobre o dispositivo ficou assim registrado: ‘O SR. CONSTITUINTE RICARDO FIÚZA: – Retiro a sugestão, Sr. Presidente. Minha preocupação é só com o tempo. Vamos ao art. 5º, inciso LV, pág. 17. O texto diz: ‘...são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’. Entendo que é ‘a eles inerentes’, ao contraditório e à ampla defesa, e não ‘a ela’. Trata-se dos acusados, dos litigantes. O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – A referência não é à ampla defesa? O SR. CONSTITUINTE RICARDO FIÚZA: – Os juristas entendem que é ao contraditório e à ampla defesa, e fica ‘a ela’ mesmo? Pretendo mudar a expressão ‘a ela’ para ‘a eles’. (Apartes paralelos inaudíveis por seres concomitantes.) O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Não é bem uma questão de concordância, não. Isto traz conseqüências. Tenho a impressão de que a alteração proposta enfraquece a defesa. Ela é que tem de ser ampla, irrestrita. O SR. CONSTITUINTE PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO: – Tendo a concordar com V. Ex.^a, Sr. presidente. A que se quer dar meios e recursos é à ampla defesa. O contraditório já é em si o fato de que há uma parte outra. O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Sr. Presidente, aqui há dois princípios distintos. Um é o princípio do contraditório, o chamado *due process of law*, do Direito americano. Outra coisa é a defesa, que é uma das formas exatamente de se assegurar o processo. Ou seja, o contraditório, em que se insere a defesa, também sejam a eles assegurados os meios e recursos, ao contraditório inerente. Assegurar os meios e recursos inerentes ao contraditório e à defesa. O SR. CONSTITUINTE RICARDO FIUZA: – É exatamente este aspecto que quero ressaltar. O SR. CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: – Sr. Presidente, essa explicação, parece-me, reforça a idéia de se colocar ‘a elas inerentes’. O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Ao contrário, ‘a eles inerentes’, porque a expressão é mais abrangente. Alcança a defesa e o contraditório. O SR. CONSTITUINTE PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO: – Pergunto ao Constituinte Nelson Jobim quais são os recursos do contraditório? O SR. CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: – O que o Constituinte Nelson Jobim acentua é que ‘a eles inerentes’ reforça o contraditório ao lado da defesa, e o que foi aprovado é reforçar a defesa, e não o contraditório. O SR. CONSTITUINTE NELSON JOBIM: – Mas se assegura a defesa, quando se assegura a manutenção integral do contraditório. Esse é o ponto. É o chamado ‘devido processo legal’. Não se pode suprimir os recursos do ‘devido processo legal’... O SR. CONSTITUINTE HAROLDO LIMA: – Mas ninguém está propondo suprimir. Está-se propondo reforçar a defesa. O contraditório está acertado. Vamos reforçar a defesa, a mais ampla possível. O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – Chamaria a atenção do eminente Líder Constituinte Nelson Jobim para que no texto os meios e recursos são para a ampla defesa. O contraditório não necessita. Aqui é ‘a ela’. O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Está bem assim? Então, a redação fica como está no texto. (Pausa) Aprovado.”

nado a fim de submeter o processo a reanálise judicial assegurado com todos os recursos e meios inerentes à ampla defesa da pessoa frente ao Estado. (PAULA, p. 201)

Feita essa compreensão há que se destacar outro ponto indispensável para o presente estudo, Geraldo Prado (2001, p. 105 e ss) identifica, a partir dos estudos de Júlio Maier que não seria possível haver no segundo grau conversão de absolvição em condenação, dentre outros motivos, por força da falta de imediação do juiz com a prova.

O que viria a ser imediação do juiz com a prova? Este é um ponto indispensável para se respeitar o princípio da oralidade. Há que se destacar que o sistema processual penal constitucionalmente eleito é o sistema acusatório. Para que se tenha um sistema acusatório o sistema processual deverá ocorrer fundado no princípio da oralidade. Tanto é assim que o Binder informa que a audiência oral é o cerne do Processo Acusatório.⁶⁰

Assim, faz-se a digressão sobre o princípio da oralidade que contém a identidade física do juiz (aquele que presenciou a parte substancial das provas produzidas deve ser quem julga o processo), imediação do juiz com a prova (o juiz presente imediatamente onde a prova é produzida), audiência una ou poucas audiências (para se preservar a absorção psíquica do julgador) e irrecorribilidade das decisões interlocutórias (impedindo que o procedimento se protraia no tempo e preserve-se, assim os demais subprincípios) (PAULA; CROZARA, 2010).

Com esse sustentáculo teórico passa a ser possível compreender as discussões propostas para o presente estudo. No julgamento de apelação (quando ocorre, propriamente o novo curso de um processo e ocorre, supostamente, o julgamento das questões de fato) é possível perceber os direitos e garantias a um novo curso garantidos ao réu?

Esse ponto é problemático e não é inédito o que se fala sobre os julgamentos colegiados no processo penal brasileiro. Gustavo Badaró (2016, p. 194) afirma que “em razão do excessivo número de recursos que aportam aos tribunais, o que se tem visto na prática é algo bem diverso. Julgamentos colegiados sendo substituídos por decisões monocráticas.” Nereu Giacomolli (p. 316), praticamente no mesmo sentido informa que o julgamento em Segundo Grau, apesar de ser uma sessão pública e coletiva chega a ser uma “constatação de julgamentos monocráticos, como monossilábicos ‘de acordo’”, o que dá a impressão do julgamento ser mera cenografia. E, até mesmo Rogério Schietti Cruz (2013, p. 19) afirma que “na essência é um segundo julgamento monocrático, haja vista que, após o voto do relator, quando se esperaria saudável discussão sobre os

60 BINDER, Alberto. Elogio de la audiencia oral. Disponível em: <https://www.academia.edu/35972739/Elogio_de_la_audiencia_oral_pdf.pdf>, acesso em 20 de dezembro de 2019.

fatos e sobre o direito, por parte dos demais componentes do órgão colegiado, não é raro ouvir o famigerado ‘de acordo com o relator’.

Chega a surpreender o posicionamento de livros mais clássicos de recursos que informam que seria quase impossível que o segundo grau ocorresse a imediação do juiz com a prova já que o julgador no segundo grau acaba por não ter contato direto com a prova (GRINOVER; GOMES FILHO e FERNANDES, 2009, P. 20) (o que faz cair a oralidade que é garantia do réu), e que o segundo grau “reservado à apreciação das questões de direito, enquanto as questões de fato não deveriam ser revistas pelo tribunal, a menos que toda a prova fosse reproduzida em segundo grau”⁶¹. Ora, justamente o oposto. O QUE se espera é um segundo grau que assegure todos os direitos garantidos ao réu no primeiro grau.

A partir da problemática relatada por vários autores, se pensou, então, se seria possível perceber o segundo grau de jurisdição como garantia da pessoa e, ainda, se estivesse garantidos todos os direitos preservados em primeiro grau ao réu, em segundo grau. É disso que se trata o presente artigo, portanto.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso nº 10563/83, Ekbatani vs. Suécia, 1988⁶² decidiu que todas as garantias do artigo 6^o⁶³ devem ser efetiva-

61 *idem*. Sobre o tema da imediação, já se nota a identidade de que a mesma não ocorre em segundo grau e a conclusão seria moldar o recurso ao que é mais conveniente ao que a lei determina, alguns chegam inclusive a identificar Codificação estrangeira para justificar esta situação, como pode ser visto em: CONSTANTINO, Lúcio Santoro. *Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 23, quando afirma: “Entrementes, a par de tudo que foi dito, é de se destacar alguns aspectos que colidem com a figura recursal. O fato de o magistrado de primeiro grau ter, em razão dos princípios da imediação e da identidade física do juiz, um contato mais aproximado com as provas e as partes, permite a conclusão de que estaria mais preparado para o justo convencimento do que o tribunal, o qual permaneceu distante da feita probatória e dos protagonistas processuais. Por esta razão veio o entendimento de que o recurso deveria, apenas, rever questões de direito, e não aspectos fáticos do julgar [em nota de rodapé autor informa que: ‘O Código de Processo Penal argentino, Província de Tucuman, estabelece que as apelações só poderão versar sobre assuntos que envolvam questões de direito’]”.

62 SUMMERS, Sarah. *Fair trials: the european criminal procedural tradition and the european Court of Human Rights*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=o-fbBAAAQBAJ&pg=PR14&lpg=PR14&dq=Ekbatani+v.+Sweden,+26+May+1988,+%C2%A7+%E2%80%A6,+Series+A+no.+134&source=bl&ots=_ISYcLZuL4&sig=Nx7faEvqUm0IER6G2PCpIAsdL1s&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKewi-Qwbvc-IHVAhWJQpAKHb7vCiwQ6AEIQTAE#v=onepage&q=ekbatani&f=false>, acesso em 10 de julho de 2017.

63 Aí se incluem a previsão do item 1 do artigo 6: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade

das na apelação e, pelo menos em matéria penal, o Estado deve tem o dever a se limitar às garantias do direito a uma audiência pública e que todo acusado possa assistir e defender sua causa.

É evidente que a notícia da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos não instrui, propriamente, fonte de direito no caso brasileiro. Porém, é de se pensar que esta decisão, dada a base de estruturação do nosso ordenamento jurídico e, ainda, as convenções as quais o Brasil é signatário, poderia intuir como uma base de aplicação para o nosso sistema jurídico.

Será que é possível se pensar o devido processo legal como algo que deve ser preservado em segundo grau de jurisdição, notadamente a apelação? A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Mohamed vs Argentina*⁶⁴ decidiu sobre a necessidade de se ter assegurada a exigência do devido processo legal para o grau recursal, especialmente naquele que converte uma sentença absolutória em condenatória, quando passa a ser indispensável assegurar-se o duplo conforme.⁶⁵

Com isso se apresenta de onde surgiu a problemática que deu fonte à pesquisa empírica realizada, será que é possível perceber algum dos aspectos do devido processo legal se espelhando no segundo grau de jurisdição? Aí se encaminha, o estudo, para sua segunda parte.

democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

64 CIDH. *Caso Mohamed vs. Argentina*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=233&lang=es>, acesso em 10 de julho de 2017.

65 Em FÁRIA, Lucas Adam Martínez. *O supremo tribunal federal e a corte interamericana de direitos humanos: diálogos transjudiciais no duplo grau de jurisdição interpretado*. Monografia apresentada a SBDP, disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/259_Lucas%20Adam.pdf>, acesso em 10 de julho de 2017, “se pode perceber a verificação da interpretação do segundo grau de jurisdição. Inicialmente a Corte já se manifestou de que o segundo grau de jurisdição deve ser feito por um tribunal superior, justo, imparcial e independente, não bastaria a mera previsão do recurso (p. 29 de acordo com o Caso Castillo Petrucci e outros vs Peru); esses recursos devem realizar uma análise completa e compreensível, com o reexame de todas as questões debatidas na instância inferior (p. 32, de acordo com o caso Herrera Ulloa vs Costa Rica); quando não houve tribunal superior a corte abre a possibilidade de recurso para o mesmo tribunal desde que a composição dos julgadores seja distinta (p. 36, caso Barreto Leiva vs Venezuela); remédios administrativos não judiciais n’ao cumpre o requisito do segundo grau de jurisdição (p. 37, no caso Vélez Loor vs. Panamá); recurso acessível seria aquele em que formalidades para admissibilidade são mínimas e não componham obstáculo para concretizar o fim de reexame das questões levadas ao segundo grau (p. 37, no caso Moramed vs. Argentina – o qual será analisado mais aspectos deste julgamento mais a frente); o recurso deve ser não só um sentido formal, mas matéria, o que se pode afirmar, recurso efetivo.” Nota de rodapé transcrita dos estudo doutoral de PAULA, Leonardo Costa de.

Do Estudo Empírico – O Artigo 616 Do Cpp, É Reles Previsão Legal?

O artigo 616 do Código de Processo Penal⁶⁶ é o artigo que estabelece que pode ocorrer reinquirição de testemunhas, novos interrogatórios e até determinar outras diligências.

Gustavo Badaró (p. 192) vai falar da prática brasileira e nos esclarece aquilo que decorre de sua experiência, além de dizer que a aplicação do dispositivo do artigo 616 do CPP, tem sido praticamente nula:

Efetivamente a prática brasileira da apelação penal coloca tal recurso não como um *novorum iudicium*, em que há um segundo juízo sobre tudo o que foi decidido em primeiro grau, inclusive, com nova atividade probatória realizada em segundo grau, mas como algo muito mais limitado: um exame crítico do julgamento em primeiro grau. Não é, pois, a apelação, uma “segunda” primeira instância.

Há que se destacar estudo jurisprudencial sob o foco dos tribunais superiores e suas manifestações quanto a sua aplicabilidade e a declaração de nulidade quando do requerimento da aplicação do artigo 616 do CPP e sua negativa somente na declaração da nulidade caso fosse demonstrado o efetivo prejuízo.

no STJ⁶⁷ sobre o artigo 616, do Código de Processo Penal, e o termo “reinquirição”. Dele se extrai a máxima do acórdão de 2015: “De acordo com entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o artigo 616 (...), há faculdade, e não obrigação, do tribunal de segundo grau determinar ou não o reinterrogatório do acusado ou a reinquirição da vítima ou de testemunhas, diante do conjunto probatório produzido.”⁶⁸

E, no fim a jurisprudência se consolidou no voto do Ministro Jorge Mussi no HC 276485/SP, de 2014:

Ao interpretar o artigo 616 do Código de Processo Penal, que prevê que no julgamento das apelações criminais é possível

66 Artigo 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

67 “Encontrou-se 4 incidências na pesquisa jurisprudencial, apenas se utilizou os termos “reinquirição” Código de Processo Penal e artigo 616. Encontrados apenas o AgRg no REsp 1418746 / SC de Relatoria de Maria Thereza de Assis Moura, o HC 276485 / SP de Relatoria do Ministro Jorge Mussi,” Nota pé do original. PAULA, Leonardo Costa de. *op.cit.*, p. 213.

68 Voto de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura AgRg no REsp 1418746/ SC. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reinquiri%E7%E3o&ref=CPP-41+MESMO+ART+ADJ+%2700616%27&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em 10 de julho de 2017.

novo interrogatório do réu, reinquirição de testemunhas e realização de outras diligências, esta Corte Superior de Justiça consolidou o entendimento de que o Tribunal, diante do conjunto probatório já produzido, tem a faculdade de autorizar ou não a produção de tais provas, sendo imprópria a implementação de nova instrução processual no segundo grau de jurisdição.⁶⁹

Definir se há a necessidade de produzir prova seria faculdade do órgão julgador? Pois bem, nesse caso, onde estaria preservado o direito das partes de produzir provas? E aquelas provas que não foram produzidas em primeira instância e culminaram na condenação do réu? Quem faria ou poderia fazer o controle de como seria o julgamento se a prova que a defesa requereu fosse produzida conforme foi requerida?

É uma análise tautológica e impossível, o julgador julga se é importante em cima daquilo que nem foi produzido e sabe-se lá, como, foi feita a análise da prova produzida e da que virá a ser produzida, uma vez que não é possível qualquer controle sob o órgão colegiado, relator, revisor e vogal sob a prova produzida.

É de se notar um grande problema, como poderia ser garantido o devido processo legal, como é cediço pela CIDH, ou até mesmo o direito a produção de provas e a um processo regido sob a oralidade.

Face as dúvidas que o segundo grau de jurisdição suscita, a pesquisa empírica se estabeleceu com o objetivo de observar os julgamentos de apelação (dado ser o momento de julgamento do novo curso do processo em segundo grau). Assim, foi proposto acompanhar os julgamentos e tomar notas das principais intercorrências que ocorreram durante a sessão do julgamento de apelação.

Os principais pontos que se buscou verificar é: alguma vez houve a produção/reprodução de provas sob o fundamento ou sem o fundamento do artigo 616 do CPP? Além disso, o julgamento correu como uma mera leitura de atas ou correu como um exercício de debate em que se buscam a melhor solução para o caso a partir da prova produzida?

Estabelecido o que se buscar, a metodologia consistiu em ir presenciar julgamentos em todas as Câmaras Criminais do Estado do Rio de Janeiro para verificar as intercorrências deles. Estabeleceu-se, dentro da medida do possível, que seriam acompanhadas até 5 apelações por sessão.

A pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos meses de novembro e dezembro de 2019, com o objetivo de observar os julga-

69 Relatoria Ministro Jorge Mussi HC 276485/SP, Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=reinquiri%E7%E3o&ref=CPP-41+MESMO+ART+AD-J+%2700616%27&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>, acesso em 10 de julho de 2017.

mentos dos recursos de apelação dentre as 08 câmaras criminais que compõem o respectivo Tribunal e verificar a produção ou reprodução de prova em 2º grau de jurisdição.

Na 1ª Câmara Criminal, em 26 de novembro de 2019, foi possível acompanhar o julgamento dos 05 recursos de apelação⁷⁰, dois quais 04 contaram com sustentações orais por partes dos advogados de defesa e uma intervenção da defesa, pela ordem, para aclarar quais medidas substitutivas a pena seriam aplicadas.

Não houve debates orais por eventuais divergências entre os desembargadores e nenhuma intercorrência relatada. Todos os votos foram convergentes. Também não houve qualquer produção ou reprodução de provas.

Na 2ª Câmara Criminal houve uma falha no registro do arquivo de texto e, dessa forma, se perdeu o seu conteúdo até o momento de finalização do presente estudo não foi possível recuperar o relatório.

Na 3ª Câmara Criminal, dia 03 de dezembro de 2019, só foi possível acompanhar 02 recursos de apelação⁷¹, pois o julgamento presencial só ocorreu para os processos colocados em destaque e que tiveram pedido de preferência (um por parte do advogado que fez sua sustentação oral e outro com pedido de preferência da família que acompanhou o julgamento). Houve julgamento de 03 *habeas corpus* e 02 apelações.

Não ocorreram debates orais entre os desembargadores e nenhuma intercorrência relatada. Todos os votos foram convergentes. Não houve qualquer produção ou reprodução de provas. Os demais recursos em pauta para a respectiva sessão foram designados para o julgamento virtual (eletrônica).

Na 4ª Câmara Criminal todos os julgamentos foram julgamentos online. Apenas ocorreu um julgamento de HC e em seguida convertido para sessão virtual.

Na 5ª Câmara Criminal, em 07 de novembro de 2019, foi possível acompanhar o julgamento dos 05 recursos de apelação, dos quais 02 contaram com sustentações orais por partes dos advogados de defesa.

Não ocorreram debates orais por eventuais divergências entre os desembargadores e nenhuma intercorrência relatada. Todos os votos foram convergentes. Também não houve qualquer produção ou reprodução de provas.

Na 6ª Câmara Criminal em 14 de novembro de 2019, foi possível acompanhar

70 Apelação nº 0310057-69.2018.8.19.0001; Apelação nº 0038994-83.2010.8.19.0021; Apelação nº 0025700-14.2016.8.19.0001; Apelação nº 0012370-75.2018.8.19.0066; e Apelação nº 0008961-58.2019.8.19.0001.

71 Apelação nº 0195940-65.2018.8.19.0001; e Apelação nº 0095313-53.2018.8.19.0001.

o julgamento dos 05 recursos de apelação⁷². Nenhum dos julgamentos contou com a presença dos advogados de defesa, tampouco houve sustentações orais.

Foram registradas 03 divergências entre os desembargadores no julgamento dos casos. A primeira delas com relação a dosimetria da pena e uma das causas de aumento que foi considerada pelo magistrado de 1º grau. Divergência levantada pelo revisor que após os debates fez o relator mudar seu voto e por unanimidade afastaram a causa de aumento.

A segunda foi uma divergência parcial. Quanto ao crime de receptação todos os desembargadores concordaram pela absolvição do réu. Quanto ao porte de arma de fogo o revisor em seu voto absolvía o réu (acompanhado pelo vogal). O relator mantinha a condenação. Resultado, por maioria dos votos (2x1), pela absolvição.

A terceira e última divergência foi instaurada pelo revisor. O relator votou no sentido de substituir a pena do réu por uma pena alternativa e o revisor, acompanhado pelo vogal, absolvía o réu. Por maioria o réu foi absolvido.

Em nenhum dos casos houve qualquer produção ou reprodução de provas.

Na 7ª Câmara Criminal em 03 de dezembro de 2019, foi possível acompanhar o julgamento dos 05 recursos de apelação⁷³, dois quais 03 contaram com sustentações orais por partes dos advogados de defesa.

Houve uma única divergência. A partir do parecer do Ministério Público o relator entendeu pela nulidade do processo em 1º grau e determinava a remessa ao Juiz para que oferecesse a suspensão condicional do processo. O revisor e o vogal não acompanharam a nulidade e fixaram a dosimetria da pena na sessão de julgamento, reduzindo a pena do réu.

Em nenhum dos casos houve qualquer produção ou reprodução de provas.

Na 8ª Câmara Criminal em 13 de novembro de 2019, foi possível acompanhar o julgamento dos 05 recursos de apelação, dois quais 04 contaram com sustentações orais por partes dos advogados de defesa.

Em uma das apelações verificou-se o debate, levado a tribuna pela advogada, a respeito de incongruências e divergências dos testemunhos. Ocorreu uma nulidade constatada quando da necessidade da confecção das razões de apelação.

O relator fez a leitura do voto, e aponta que uma das testemunhas informava que tinha medo dos réus. Estaria justificada a retirada dos réus da sala de

72 Apelação nº 0010293-78.2016.8.19.0029; Apelação nº 0012653.03.2017.8.19.0206; Apelação nº 0039225-63.2016.8.19.0001; Apelação nº 0000534-77.2017.8.19.0022; e Apelação nº 0005085-20.2016.8.19.0055.

73 Apelação nº 0026038-90.2018.8.19.0203; Apelação nº 0486356-03.2015.8.19.0001; Apelação nº 0001313-13.2015.8.19.0051; e Apelação nº 0006863-74.2015.8.19.0055.

juízo. Rejeitou a preliminar, e rejeitou a segunda preliminar porque os jurados ouviram o testemunho e que se houver algum julgamento nulo seria o dele, não o do jurado. E diz que a íntima convicção permite que o júri escolha qual a versão que mais lhe convence. Para dizer que se dissocia da prova dos autos se percebe que tem prova em alinhamento com a decisão dos jurados. Diversas testemunhas que viram quando a vítima e réus tiveram discussão e este seria o melhor caminho. Com base nesses argumentos submeteu os votos aos pares. Rejeitaram as preliminares. E negaram provimento no mérito, por unanimidade (sem debates).

Demais julgamentos sem intercorrências e produções ou reprodução de prova.

Assim, dadas as perguntas gerais, a percepção é de que, na integralidade dos julgamentos, não houve nenhuma produção ou reprodução de prova. Raramente os advogados fizeram intervenção de questão de ordem. Em um evento, uma advogada tentou impor uma questão de ordem e a presidente da sessão, também relatora, impediu que esta tivesse a palavra.

Em nenhum, absolutamente nenhum, dos casos houve reprodução de prova. Na maioria massacrante dos julgamentos ou era feita uma simples leitura dos votos previamente preparados ou era realizado um resumo desses julgamentos com leituras rápidas e pontuais dos votos.

Alguns desembargadores demonstravam conhecimento sobre pontos do processo. Em um deles, enquanto ocorria a sustentação oral e leitura de votos dois desembargadores conversaram, no momento de se manifestarem pediram vista para verificar a possibilidade de ocorrência de prescrição e esclareceram que era sobre isso que conversavam.

A sensação que se teve é de que o procedimento em segundo grau é um procedimento verbalizado mas não oral. Oralidade, como se mostrou, demanda imediação do juiz com a prova. Quase nenhum momento se teve certeza de que os julgadores assistiram propriamente as provas produzidas (que levaria a pensar que não seria necessário a produção de provas já que os julgadores teriam acompanhado a reprodução de provas).

Há que se destacar que não há no sistema eletrônico nenhuma demonstração ou controle de que os julgadores assistiram as audiências ou provas até porque eles, usualmente, chegam com o julgamento pronto.

Muitas, muitas vezes, logo após a sustentação oral os desembargadores revisores e/ou vogais informam que já acompanharam o voto pelo sistema virtual, independentemente da sustentação oral ou, praticamente após a leitura do voto do relator.

Inúmeras vezes os relatores perguntaram aos advogados se estaria dispensada a leitura do relatório (que é fundamental para perceber se houve, propriamente,

a leitura dos autos do processo). Na maioria das vezes, o advogado dispensava a leitura do relatório. Inúmeras vezes antes da sustentação oral os desembargadores informavam que estavam deferindo a apelação (e isso também aconteceu em casos de *habeas corpus* com os relatores informando que concediam a ordem) e se os advogados ou advogadas abriam mão da sustentação.

É preciso notar que se partiu de uma crítica comum na doutrina de que o julgamento em segundo grau aparenta ser um novo julgamento monocrático, ou até um ressoar do cântico de acompanhamento o voto do(a) relator(a). Alguns autores relataram que a apelação seria uma mera discussão de questões de direito e que isso se devia ao grande volume de processos ou coisa do gênero. Porém, antes fosse o julgamento de apelação somente um novo julgamento monocrático, em que se pudesse garantir que o julgador acompanhou ou a produção de provas na sua essência ou, pelo menos, a reprodução da prova. Mas o que se notou é bem menos que isso. Dada a falta de controle sob os atos dos julgadores, não é possível saber se os desembargadores (título que se dá aos juízes de segunda instância no Brasil) acompanharam a produção ou a reprodução das provas.

Considerações Finais

Por se tratar de um estudo empírico, por evidente que a definição do universo amostral, da amplitude dos estados federativos (no Brasil) a se acompanhar os julgamentos entre outras eleições que se façam demonstrará uma maior acuidade sobre o que se estudou.

Mas, dado o ponto de partida e a percepção de alguns estudiosos do tema, acrescido do que se percebeu durante o acompanhamento das sessões de julgamentos as conclusões que se tem são claras.

Nos julgamentos acompanhados, nenhum se utilizou da regra do artigo 616⁷⁴ do Código de Processo Penal.

Nos julgamentos a percepção que se tem é que, muitas das vezes a sessão de julgamento é, praticamente, um julgamento monocrático sem qualquer debate ou divergência.

Na maioria massacrante não acontece divergência entre os desembargadores e, ainda, muitas das vezes o julgado já chega decidido independente da sustentação oral.

Algumas vezes quando do deferimento do recurso o relator informa isso a quem pretendia sustentar e os demais desembargadores informam que acompanham o voto. Então, fica a dúvida se a sessão será somente uma validação do que se decidiu de forma virtual não tornada pública ou se efetivamente é um momento solene.

Em alguns eventos a sessão que estava agendada para ser realizada presencialmente foi convertida para o virtual e a sessão foi encerrada com os desembargadores se recolhendo e não realizando os debates dos julgados.

Dado todo este aspecto, o que se pode perceber é que não há no segundo grau garantia dos mesmos direitos que se preserva às partes no primeiro grau. No sentido ruim do que se pode interpretar, os julgamentos em segundo grau parece uma mera discussão de questões de direito (sem qualquer revolvimento efetivo ou fiscalizável da produção probatória realizada), uma mera confirmação (quase) automática do julgamento monocrático realizado pelo relator e, no fim, não se pode propriamente dizer que houve uma preservação das garantias do réu.

O artigo 616 do Código de Processo Penal parece letra morta. O recurso, desta forma, não é garantia e, ainda, não preserva os mesmos direitos do primeiro grau.

74 Artigo 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

Referências Bibliográficas

BINDER, Alberto. Elogio de la audiencia oral. Disponível em: <https://www.academia.edu/35972739/Elogio_de_la_audiencia_oral.pdf.pdf>, acesso em 20 de dezembro de 2019.

CRUZ, Rogério Schietti. Garantias processuais nos recursos criminais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FARIA, Lucas Adam Martinez. *O supremo tribunal federal e a corte interamericana de direitos humanos: diálogos transjudiciais no duplo grau de jurisdição interpretado*. Monografia apresentada a SBDP, disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/259_Lucas%20Adam.pdf>, acesso em 10 de julho de 2017.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal brasileiro. 6 ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAULA, Leonardo Costa de. O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro. 2017, Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://www.academia.edu/37622997/O_SEGUNDO_GRAU_DE_JURISDI%C3%87%C3%83O_COMO_GARANTIA_EXCLUSIVA_DA_PESSOA_POR_UMA_TEORIA_DOS_RECURSOS_PARA_O_PROCESSO_PENAL_BRASILEIRO>, acesso e, 22 de dezembro de 2019.

PAULA, Leonardo Costa de; CROZARA, Rosberg de Souza. O princípio da oralidade no processo penal brasileiro: Leis 11.689, 11.690 e 11.719 de 2008. In: Temas para uma perspectiva crítica do direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em Homenagem às idéias de Julio B.J. Maier*. In BONATO, Gilson. *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SUMMERS, Sarah. *Fair trials: the european criminal procedural tradition and the european Court of Human Rights*. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=o=-fbBAAQBAJ&pg=P14R&lpq=P14R&dq=Ekbatani+v.+Sweden,+26+May+1988,+%C2%A7+%E2%80%A6,+Series+A+no.+134&source=bl&ots=_ISYcLZuL4&sig=Nx7faEv-qUm0IER6G2PCpIAsdL1s&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiQwbv-c-IHVAhWJQpAKHb7vCiwQ6AEIQTAE#v=onepage&q=ekbatani&f=false>, acesso em 10 de julho de 2017.

CAPÍTULO 3

A INOBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS GARANTISTAS NO CAMPO DAS MEDIDAS CAUTELARES



ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

Alessandra Chiaradia do Amaral⁷⁵

Vanessa Cescon⁷⁶

Introdução

Os direitos fundamentais⁷⁷ são de notória importância para a efetiva construção da sociedade, esta ocorre até os dias de hoje de maneira lenta e gradual. Estes direitos não são absolutos, sendo muitas vezes relativizados. Por contínuos anos as multidões mostraram-se incomodadas pela força absoluta que os estados detinham, frente a isto, ocorreu a luta da humanidade devido as diversas opressões que advinham do poder hierarquicamente superior.

Um grande marco internacional ocorreu no século XX, pela Segunda Guerra Mundial o exemplo perfeito da luta da humanidade contra seus semelhantes, ocorrendo a autodestruição devido a busca incessante pelo poder. Com as imposições desmedidas do poder, fora identificado a necessidade da criação de equilíbrios estatais, sendo uma resposta do povo, juntamente com olhares internacionais, em uma luta pela sensibilização humanitária

No que tange ao desmedido controle que os estados absolutos detinham observa-se com a era do Renascimento, século XV e XVI, uma crescente corrente filosófica que modifica as formas de pensamento, esta se volta para a autonomia e o uso racional dos pensamento em oposição aos valores fervorosos da igreja que eram usados para manipulação e controle da sociedade. Dessa maneira, o Iluminismo, século XVII, percorre Inglaterra, França e Holanda com fortes correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo (Kant, Rousseau, Locke...) os quais conduzem a um Estado Constitucional, este se estabelece de uma forma em que de delimita o poder político vislumbrando uma liberdade individual mais efetiva, seja ela: civil, política ou liberdade de participação.

75 Graduada do VIII nível do Curso de Direito pela Faculdade Meridional – IMED - alessandrachdoamaral@gmail.com;

76 Graduada do VIII nível do Curso de Direito pela Faculdade Meridional – IMED – vanessa.cescon@bol.com.br.

77 Direitos fundamentais são os direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos que são previstos na Constituição Federal de uma nação. Devem suprir as necessidades de cada país, variando conforme os traços culturais, por consequência, os direitos fundamentais podem ser diferentes em cada nação. As leis devem ser criadas conforme os direitos fundamentais.

Com o passar dos séculos, até os dias atuais, os Estados de modo geral passam por inúmeras modificações, de fato evoluções, ao que se refere ao século XX, o denominado Estado Social, pode-se observar parâmetros bem estabelecidos, positivados e em constante adequação, no Brasil exemplos: observa-se a primeira positivação pela Carta Constitucional, Carta Constitucional por D. Pedro IV, Constituição de 1911, Ditadura Militar e Constituição Federal de 1988.

Sobre a positivação dos direitos humanos, atualmente fundamentais, são direitos básicos de todo e qualquer cidadão. Ao que se refere a Constituição Federal da República Brasileira de 1988, um exemplo é a presunção de inocência, ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Artigo 5º, LVII), tema que será decorrido nas linhas subseqüentes.

A pressão popular e internacional fez com que aos poucos, o governo absolutório fosse desprendendo suas amarras e entrasse em queda para garantir uma nova era. Os direitos fundamentais hoje, são direitos básicos de todo e qualquer cidadão, sendo universal, tem responsabilidade de garantir proteção e garantir direitos.⁷⁸

O Princípio da Presunção de Inocência⁷⁹ presente no Direito Penal brasileiro que apesar de inquisitório, procura implementar tal princípio constitucional. O grande dilema atual é onde encaixá-lo, se por muitas vezes, o réu já é taxado como culpado ainda em fase de inquérito policial.

Conforme a positivação dos direitos fundamentais surgiu o princípio da presunção da inocência, ou da não culpabilidade, estes tiveram a devida importância reconhecida em 1948 no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸⁰:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

É de suma importância ressaltar que após a positivação do direitos e garantias

78 Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a Constituição no Novo Modelo – Luís Roberto Barroso.

79 Art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

80 Ao que se refere ao devido processo legal- sua primeira positivação ocorreu em 15 de junho 1215 na Magna Carta das Liberdades Inglesas- ratificada posteriormente pelo denominado “João Sem Terra”.

fundamentais foi assegurado pela Constituição, no Brasil, bem como pelos órgãos internacionais o devido processo legal, em busca de uma tutela jurisdicional justa. A grande problemática encontra-se na efetivação dos preceitos fundamentais e quem garante que estes sejam cumpridos?

O Direito Penal brasileiro sofre com as raízes coloniais e inquisitórias há muito tempo propostas, as quais tornaram o Direito Penal uma ferramenta de oprimir aqueles que, por muitas vezes, não tiveram outra oportunidade. Colocando em análise a operação Lava Jato, que investigou crimes de colarinho branco, e casos de suicídio dentro do cárcere⁸¹. No primeiro caso, o réu tem total poder aquisitivo para agregar a melhor defesa a sua demanda. Já no segundo, um caso real de suicídio, o qual investigações póstumas demonstraram que o sujeito, na verdade, não era o culpado pelo estupro. A vítima, sem poder aquisitivo para buscar defesa e um Estado sem responsabilização efetiva de direitos e garantias fundamentais.

A Defensoria Pública⁸² atua na defesa da população de baixa renda. Ocorre que, pela alta demanda, por vezes, falta de recursos, influencia na defesa do réu, tornando-a desparelha em relação a uma defesa privada de alto custo.

Brasil e Chile, em processos distintos, conseguiram extinguir a ditadura de seus governos. Ambos países criaram, Defensoria Pública e Ministério Público, cada qual com as peculiaridades de seu país, mas como implementá-los

81 Caso de suicídio dentro do cárcere no Presídio Regional de Passo Fundo – RS (capacidade de 307 detentos mas até novembro de 2019, dados de 735 detentos, de acordo com http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_menu=11&cod_conteudo=70), processo em que a filha do apenado moveu ação judicial requerendo danos morais pela prisão baseada em provas ilegais e, posterior suicídio do indivíduo)

82 **Art. 134 da Constituição Federal brasileira de 1988:** A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a interdependência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

Capítulo 3. A inobservância de princípios garantistas no campo das medidas cautelares

efetivamente em um sistema penal inquisitivo, como o do Brasil? As forças políticas não tiveram a mesma clareza.

O presente estudo busca analisar no primeiro momento as diferenças entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. Far-se-á uma análise fática do Princípio da Presunção de Inocência e aplicação da prisão preventiva em ambos sistemas. Por fim, a interpretação do conceito de ordem pública como causa de procedência de medida cautelar.

O Sistema Acusatório X Sistema Inquisitório

A postura do Direito Penal brasileiro está relacionada com questões político-ideológicas. O momento de sua criação (ano 1940) no então exercício de presidência de Getúlio Vargas (1930 a 1945), que buscou inspirações fascistas/inquisitórias para a elaboração do referido código.

A marca distintiva do sistema inquisitório é justamente o fato de o juiz agregar as funções investigativa, acusatória e judicante. Ademais, ressalta Aury Lopes Jr. (2017, p. 42) que:

“É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.”

O sistema penal misto tangencia o inquisitório e acusatório pois reúne características dos dois modelos. Entendendo boa parte da doutrina que na fase pré-processual destaca-se o inquisitório e, na fase processual o acusatório.

O sistema acusatório tem origens na Grécia, onde a política e a justiça prezavam pela participação popular. São três pontos cruciais: a) a separação entre juiz e acusação; b) equidade entre acusação e defesa; c) publicidade e oralidade do julgamento (Luigi Ferrajoli, 2006, p. 518). A gestão das provas é incumbência das partes, o juiz apenas faz a apreciação imparcial. A principal diferença do sistema inquisitório, são as partes construindo meios de solucionar conflitos, de forma que ambas tenham os mesmos direitos e garantias. Não é uma disputa de poder ou força.

O sistema inquisitório, ainda existente no Brasil, é a legítima situação de como não fazer um sistema Processual Penal. As raízes conservadoras acabam por limitar processualistas que anseiam, muitas vezes por liberdade, respostas efetivas de um judiciário engessado a normas garantidoras de morosidade. Por muitas vezes, pela discricionariedade disposta ao executivo e judiciário, violam direitos fundamentais, constitucionais e tratados internacionais. Uma luta incessante pela garantia e efetivo cumprimento legal.

Após os árduos anos de ditadura, [Patricio Aylwin](#) recebeu o mandato das mãos de [Augusto Pinochet](#), em [11 de março de 1990](#), dando início ao processo de transição à [democracia](#). A reforma constitucional aconteceu no ano de 1997 e a mudança no processo legislativo durou 7 anos. Os principais elementos básicos implantados foram: a) separação das funções; b) julgamento oral como centro do processo; c) igualdade de armas entre Ministério Público e Defesa;

d) etapa de investigação; e) etapa intermediária ou de preparação de julgamento; f) julgamento oral; e, g) sistemas de recurso.

Toda reforma só ocorreu com a mudança na política de Estado e política pública integral. A estruturação e desenho de políticas públicas são as chaves para o sucesso. Incluindo compromisso interinstitucional, novas lideranças, monitoramento de resultados e capacidade de aprender/corrigir as falhas.

A insatisfação popular pôs fim a ditadura, corroborando para o fim do sistema inquisitório penal no Chile. A reforma lenta e gradual, deu-se pela notória impossibilidade de contemplar um regime penal que apenas o juiz figura no julgamento do réu.

A evolução do processo penal Chileno é notória, de maneira que transformou completamente seu sistema, prezando principalmente pela oralidade e pela comunhão de esforços de defensores e *fiscalia*, a fim de chegar a um resultado justo e com isso garantindo uma defesa justa e efetiva para qualquer cidadão.

Percebe-se que a diferença entre as Américas está além de cidadãos que respondem por supostos crimes cometidos, está também, e uma das principais diferenças que acaba por fazer o judiciário ser uma peça de engrenagem diferente é os servidores que lá estão.

O Brasil, por exemplo, passa por uma enorme crise do funcionamento público, que vai de mal a pior, com seus picos de sucesso, e percebe-se que quanto mais se oferece poder aos que possuem um pouco de possibilidade de controle, descobre-se um abismo de tratamento e agires contínuos de superioridade, dessa maneira ocorre uma disparidade de disputa, pois quem tiver um pouco de influência nos ditames judiciais brasileiro poderá conseguir com mais facilidade seus objetivos.

No Chile, possui os juízes: de garantia, provas e orais, sendo que em nenhum momento estes tem contato com o processo antes da devida audiência. O surpreendente é que, estes juízes são funcionários públicos, respeitados em todo tribunal, porém, cumprem horários, respeitam uma agenda pré-estabelecida pelo Administrador ou Contador do Judiciário, tendo esta plena estrutura de controlar um local de trabalho, sem acúmulo de processos, sem réus encarcerados sem a devida defesa, sem risco de extraviar processos.

Já no Brasil, por exemplo, juízes desmarcam audiências no dia anterior, atrasam-se para o início das audiências por horas, negam-se, por muitas vezes, a encontrar advogados de defesa para uma conversa esclarecedora, aplicam multas por advogados desmarcarem audiências por problemas gravíssimos de saúde, caso este que aconteceu no dia 05/05/05, quando um advogado, solicitou o cancelamento de uma audiência e este foi obrigado a comprovar por laudo médico, pois este não foi acreditado, que sua esposa havia abortado es-

pontaneamente seu filho, caso este que foi aplicado multa de 5 vezes o salário vigente. Diferença está que no Chile, se necessário for, juízes em um específico dia da semana atendem telefone para deferir a produção de provas, como outro indivíduo qualquer respeitando ambos os lados. Há a paridade de armas incessantemente em todos os lados no processo do Chile. Uma afronta contra o poder do judiciário brasileiro.

O sistema acusatório vai muito além da forma que os processos tramitam no Brasil.

Princípio Da Presunção De Inocência E Aplicação Da Prisão Preventiva

A presunção de inocência deve ser interpretada em conjunto com os deveres de todos os cidadãos, de contribuição para o processo criminal. Em sentido estrito, é o momento que o acusado passa a ter direitos na lide. Este princípio está na Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A correta conotação deste princípio, seria manter o réu em estado de inocência até a sentença que decidirá pela culpabilidade ou não. Na prática, há o apontamento de culpabilidade desde o primeiro momento de investigação criminal. A mídia em concomitância com o déficit processual brasileiro, são os responsáveis pela inversão do princípio da presunção de inocência.

A prisão preventiva é adequada quando o réu oferece perigo a sociedade, quando há risco de fuga ou por outro motivo fundamentado. A doutrina entende que a prisão cautelar deve ser aplicada de maneira excepcional, decretando-a somente em situações de absoluta necessidade, de acordo com o Princípio da Presunção de Inocência, porém acaba sendo decretada na maioria das vezes baseada na forma mais básica pela proteção da “ordem econômica” superlotado os presídios, com detentos sem processos transitado em julgado.

NUCCI (2011, p. 66) busca exemplificar algumas hipóteses que poderiam demandar a incidência da detenção cautelar: “a) sumir logo após a prática do crime, sem retornar, nem dar o seu paradeiro; b) dispor de seus bens e desligar-se de seu emprego; c) despedir-se de familiares e amigos, buscando a transferência de valores ou bens a outro Estado ou ao exterior; d) viajar a local ignorado, sem dar qualquer satisfação do seu paradeiro, ao juiz do feito, por tempo duradouro; e) ocultar sua residência e manter-se em lugar inatingível pela Justiça.”

Atualmente 40% dos presos brasileiros são presos provisórios, o que não tem caráter de excepcionalidade. Na prática os magistrados decretam a prisão cautelar de forma corriqueira e automática, causando um antagonismo ao sistema democrático. Dados demonstram que 48,3% dos presos provisórios, presos cautelarmente, em média, por 98 dias, não permanecem presos ao final da instrução criminal, sendo que em 7,7% dos casos analisados a sentença foi de absolvição (IDDD, 2016).

Já no Chile observa-se uma razoabilidade muito maior, e uma efetiva utilização dos princípios suscitados a cima, aonde em todo momento o investigado é tratado como inocente, artigo 150, 3 [20] do Código de Processo Penal Chileno:

El imputado será tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto. El tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad.

Percebe-se que além de resguardar os direitos do preso em todo o momento, o princípio da inocência é realmente levado à risca, para que dessa maneira a prisão no Chile seja vista de fato como efetiva, e não como mera arbitrariedade.

Medidas Cautelares E Os Juizados Oraís

Destaca-se a crescente importância das medidas cautelares⁸³ processuais, tanto na esfera cível quanto na penal. A busca pela solução das demandas, através da ânsia dos magistrados em tornar efetivas as decisões tomadas, e a constatação de que a lentidão desprestigia os mecanismos formais de resolução de litígios, valoriza a figura da cautelar, com consequências positivas e negativas ao sistema e jurisdicionados.

A lei 12.403/11 configura um novo cenário processual, o núcleo passa a ser a liminar e antecipação de tutela. Os recursos ordinários foram substituídos pelos atos de impugnação às cautelares e as apelações, substituídas por agravos e habeas corpus. A antecipação dos institutos jurídicos, encaminha o processo penal para o imediatismo, futuramente, resoluções através da oralidade. As decisões definitivas tornaram-se apenas um desfecho, dada a usual inoperância de seus efeitos, mitigados pela passagem do tempo.

A legislação processual penal brasileira conta com as seguintes cautelares pessoais: prisão cautelar (art.283 e §), prisão domiciliar (arts. 317 e 318), e outras cautelares diversas da prisão (art. 319): *comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com pessoa determinada, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória, fiança, monitoração eletrônica.*

Há requisitos de aplicação: necessidade e adequação. O primeiro requisito, em relação a investigação/instrução criminal, evitar outras infrações penais do indivíduo. Quanto ao segundo requisito, a medida cautelar deve ser proporcional a gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indicado/acusado. Provisoriedade, revogabilidade, substitutividade e excepcionalidade, são as principais características. As cautelares não devem ultrapassar os limites, visto que o indivíduo deve gozar do princípio da inocência, não podendo ser usada como medida punitiva.

83 É um procedimento intentado para prevenir, conservar ou defender direitos. Trata-se de ato de prevenção promovido no Judiciário, quando da gravidade do fato, do comprovado risco de lesão de qualquer natureza ou da existência de motivo justo, desde que amparado por lei. Deve-se examinar se há verossimilhança nas alegações (*fumus boni iuris*); e se a demora da decisão no processo principal pode causar prejuízos à parte (*periculum in mora*). A medida cautelar será preventiva, quando pedida e autorizada antes da propositura do processo principal. Quando requerida durante o curso da ação principal, a medida cautelar será incidental. É de competência originária do Supremo Tribunal Federal julgar o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade. (Fonte, STF <http://portal.stf.jus.br/>)

Suannes (LOPES JR, 2006, p.188), deixa claro que a aplicação elementar do princípio constitucional da isonomia, não existem pessoas “mais presumidas” inocentes e pessoas “menos presumidas”, todos são presumidos inocentes, equidade do processo, seja qual for o fato ao indivíduo atribuído.

Os tribunais brasileiros são pacíficos ao entender que as medidas cautelares devem ser fundamentadas, conectada com a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, o *fumus comisso delicti*. O perigo de liberdade (*periculum libertatis*) também deve ser analisado, caso o indivíduo oferecer perigo a sociedade, aplica-se a medida cautelar.

É necessário destacar que por mais que uma conduta seja reprovável, é necessárias provas suficientes de sua autoria e materialidade, pois devido ao princípio da inocência este deve ser aplicado principalmente na persecução penal, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado.

Usar a prisão preventiva como uma forma de cumprir uma pena antecipada, sendo que esta sequer foi confirmada contraria profundamente o que foi estabelecido pelo STF, em outubro de 2019⁸⁴. Segundo o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. IMPOSSIBILIDADE. POSTERIORIDADE. CONCESSÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA. ORDEM PREJUDICADA. 1. A prisão preventiva é tida como um “mal necessário”, somente se justificando quando há elementos que levem a crer que a liberdade do acusado coloca em risco a conveniência da instrução criminal, a aplicação da lei penal ou a ordem pública. 2. Destarte, estando presente o *fumus comisso delicti* e o *periculum libertatis*, com a devida fundamentação em relação à garantia da ordem pública, outra solução não há a não ser denegar a ordem. 3. Retificação do voto: A concessão de liberdade provisória ao paciente em 23.9.2011 implica o prejuízo do [habeas corpus](#) 4. Ordem prejudicada. (HC 210.633/CE, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS),

84 HC 126.292 EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 30/04/2012
(Grifo nosso)

Ainda, de acordo com o Supremo Tribunal Federal:

1. O princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, consagrado pelo inciso IX do art. 93 da Constituição da República, quando manifestado no decorrer da persecução penal, transmuda-se em garantia do Estado democrático de direito. 2. A prisão preventiva deve ter amparo nos requisitos legais e nos elementos concretos e fáticos dos autos, restando insuficiente a mera remissão ao art. 312 do Código de Processo Penal. 3. A natureza jurídica de medida cautelar da prisão preventiva exige o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria. [...]. 5. A prisão preventiva é justificável quando circunstâncias revelam situação de fuga do acusado [...] 7. Ordem denegada. (HC 103460, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-166 DIVULG 29-08-2011 PUBLIC 30-08-2011 EMENT VOL-02576-02 PP-00182) (Grifo nosso)

Grande parte dos encarcerados no Brasil são presos provisórios, ou seja, ainda não possui sentença e sequer há o trânsito em julgado. Dessa maneira inúmeros problemas são desencadeados, como a falta de saneamento básico, o que acaba por ocasionar insalubridade e doenças, não havendo o mínimo de condição para a ressocialização do detento, sendo que esta seria a principal idealização do sistema penal Brasileiro.

Verifica-se a impossibilidade de as decisões judiciais continuarem encarcerando suspeitos - a adjetivação já acaba por dizer tudo "suspeitos" - sem que haja provas suficientes e fundamentação adequada para embasar as restrições, e não mera arbitrariedade que acaba por ser imposto por grande parte do judiciário brasileiro. Situação essa que no Chile a prisão preventiva é pouco usada, levando em consideração a liberdade, a gravidade do delito e tamanha necessidade, em que pese ocorra um pré-julgamento onde há a manifestação de acusação e defesa, grande parte dos apenados que existem no Chile já cumprem decisões com penas em definitivo, ou realmente existe a necessidade de estarem encarcerados até a decisão final.

Dessa maneira, a grande mudança corre quando há a oportunidade do apenado ir e vir, ou seja, sem uma restrição da liberdade tão ofensiva a onde existe apenas suposições. Opor medidas cautelares representa ter cautela frente aos acontecimentos, evitando pré-julgamentos, assim há a garantia de todas as regras processuais, antes que seja aplicado o cumprimento de uma pena que

pode não ser confirmada ao fim do processo.

As medidas alternativas por mais que se trata de uma aplicação menos gravosa, deverá ser demonstrado a necessidade de sua aplicação, sendo imprescindível de fundamentação, assim como qualquer decisão do judiciário brasileiro, afim de garantir a eficácia da investigação e instrução processual, por mais que menos restritivas continua existindo uma restrição à liberdade, dessa maneira imprescindível cautela em tomar decisões.⁸⁵

Ademais, segundo o Ministério de Segurança Pública, no ano de 2017 no Brasil foi utilizada tornozeleira eletrônica, como forma de monitoramento do acusado, como medidas alternativas à prisão, que ainda aguardavam julgamento, ou medidas protetivas de urgência ao que se refere a violência contra a mulher.

As medidas cautelares chilenas, as medidas cautelares pessoais são aplicadas em caráter geral, cumuláveis e vinculadas com finalidades específicas de “garantir

85 HABEAS CORPUS Nº 467.181 - PR (2018/0225176-0) RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ IMPETRANTE : WALTER BARBOSA BITTAR E OUTROS ADVOGADOS : WALTER BARBOSA BITTAR - PR020774 RODRIGO JOSÉ MENDES ANTUNES - PR036897 RAFAEL JUNIOR SOARES - PR045177 LUIZ ANTONIO BORRI - PR061448 IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ PACIENTE : MARIO APARECIDO SANZOVO EMENTA HABEAS CORPUS. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. ARTS. 282, I E II, E 312, AMBOS DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Os requisitos cautelares indicados no art. 282, I, do CPP se aplicam a quaisquer medidas previstas em todo o Título IX do CPP, sendo imprescindível ao aplicador do direito indicar o periculum libertatis – que também justifica uma prisão preventiva – para decretar medidas cautelares referidas no art. 319 do CPP, com o fim de resguardar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal, ou evitar a prática de infrações penais. 2. **As medidas alternativas à prisão não pressupõem a inexistência de requisitos da prisão preventiva, mas sim a existência de uma providência igualmente eficaz para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo.** 3. A imposição de toda e qualquer medida de natureza cautelar depende – como sói ocorrer em relação à medida mais gravosa, a prisão preventiva – da indicação da adequada necessidade da providência para a proteção de um dos interesses mencionados no art. 282, I, do CPP, o que não se verificou na espécie. 4. No caso dos autos, pela leitura da decisão, não se pode extrair a indicação de elemento concreto dos autos, pelo Juízo singular, para demonstrar a presença dos requisitos previstos no art. 282 do CPP, visto que cingiu-se a afirmar que, “em relação a todos os demais requeridos, suas participações no cometimento recente de fatos criminosos narrados pelo Ministério Público são mais no sentido de seguirem orientações e comandos dos representados cuja prisão decretei nesta oportunidade”. 5. Ordem concedida para revogar as medidas cautelares impostas ao paciente e assegurar-lhe o direito de responder à ação penal sem ônus cautelar, ressalvada a possibilidade de nova avaliação, mediante decisão fundamentada, sobre a superveniente necessidade de imposição de medida de natureza cautelar. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder a ordem, com extensão aos corréus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, 07 de maio de 2019 Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Capítulo 3. A inobservância de princípios garantistas no campo das medidas cautelares

o êxito das diligências de investigação ou a segurança da sociedade, proteger o ofendido, assegurar o comparecimento do imputado aos atos processuais ou à execução da sentença, depois de formalizada a investigação”; no caso do artigo 156, a finalidade, ainda que não expressa, é também contemplada pelo caput do art. 155 – segurança da sociedade.

Conclusão

Observa-se no processo penal brasileiro a dificuldade em desfazer-se do sistema inquisitorial. A crítica ao jogo político brasileiro que não projeta mudanças no Código Penal e de Processo Penal, ambos oriundos dos anos 1940. A dinâmica analisada no processo penal chileno é quase uma utopia para o processo penal brasileiro.

O princípio da impessoalidade é essencial ao processo penal e, atualmente, é prejudicado pelos efeitos da mídia e senso comum. Notório frisar que apenas a mudança de legislação não é suficiente, é preciso capacitar profissionais. Especialmente no uso de metodologias inovadoras destinadas a servir como ferramentas para conseguir a mudança cultural que é preciso para uma reforma substancial do Processo Penal em um País. Sem esta visão, torna-se impossível os atores processuais assumirem as novas funções exigidas pela reforma.

Acerca das medidas cautelares, estas são aplicadas no processo chileno já no primeiro momento, a pessoa detida (em flagrante delito ou por ordem judicial) é levada à presença do juiz de garantias para avaliação de seu status processual antes da eventual pretensão punitiva estatal, desde já mantendo ou liberando e condicionando o detido. No processo chileno há um controle as chamadas varas de acompanhamento de medidas cautelares, também conhecidos como “escritórios de serviços prévios ao juízo”, exemplo que afasta a discricionariedade do juiz, que por muitas vezes, falha ao dispor sobre as medidas cautelares, dando prosseguimento sem ter o fundamento cabível.

Para o futuro Código de Processo Penal brasileiro deve, de forma clara e incontestável, apontar o sistema de processo a ser seguido, e essa fixação em muito auxiliará na eliminação de institutos vinculados ao sistema inquisitivo. O principal obstáculo processual é a antiguidade do código (1941), a falta de equidade entre a realidade social e as leis vigentes.

O que ocorre, e onde há muita dificuldade no Brasil, é ultrapassar as barreiras do poder que muitas pessoas detêm, estas as quais acabam, por muitas vezes, impedir modificações mais severas, de modo que altere o instituído do sistema atual, pois de diversas formas diminuiria o status de poder dos eméritos julgadores. No Brasil além da luta pela mudança sistemática, há uma singela luta contra as pessoas que detêm poder, e que muitas vezes sabendo da necessidade da mudança a impedem para manter o status “a quo”.

É necessário desprender-se das amarras em que o problema está simplesmente na lei e não nos aplicadores, de modo que é uma via de mão dupla, amarrada de prós e contras, onde deveria ser primordial a mudança visando o bem comum.

Em todos os sistemas sempre haverá problema e situações a serem melhoradas, sendo fundamental que haja o desejo pela mudança, e não a acomodação e a aceitação da maneira que está por simplesmente ser mais simples. Todos os sistemas aos poucos devem se adequar, e acompanhar as mudanças que ocorrem socialmente, não apenas deixando a lei mais repressiva, mas trabalhando de formas satisfativas visando o reestabelecimento do detento no convívio social, depois desde cumprir sua pena após o trânsito em julgado.

Em que pese o sistema chileno seja algo mais evoluído que o brasileiro, sempre existirá problemas de adaptações, contudo de suma importância readaptar-se as novas situações e garantir que essas sejam, de fatos, aplicadas de maneira correta, sem grande influência da pressão social nas decisões tomadas pelo judiciário, nada mais do que a Lei preveja.

Para evitar o cumprimento equivocado, que já foi demonstrado por este artigo que ocorre muitas vezes, conclui-se que as medidas cautelares sempre serão uma boa opção para reduzir erros e minorar situações que expõe os indivíduos a maior afronta aos seus direitos, porém é necessário que a mudança ocorra em todas as partes que impulsionam o sistema judiciário.

“Dê o poder ao homem, e descobrirá quem ele realmente é.” - Maquiavel

Referências Bibliográficas

- LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CORDEIRO, Tatiana Levinne Carneiro; BEHRMANN, Daniel; BATISTA, Evellen de Souza Silva; BERTACCO, Elaine Suniga Garrido; FERRAZ, Raíssa da Cruz; BORGES, Raiana Regina Machado; *Princípio da Presunção de Inocência*; <https://jus.com.br/artigos/42932/principio-da-presuncao-de-inocencia>; publicado em 09/2015; Acesso em 17 de outubro às 22:20 horas.
- JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SAIBRO, Henrique. A prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal. <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/251152028/a-prisao-preventiva-para-garantir-a-aplicacao-da-lei-penal>; Acesso em 25 de outubro às 21:00 horas.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos/Alexandre Morais da Rosa*; 3ª ed., revista, atualizada e ampliada – Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 528 p.
- Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Volume I e II. 2017; 2018. Centro de Estudios de Justicia de las Americas (CEJA). Santiago, Chile.
- HORVITZ, Maria Ines; MASLE, Lennon Julian Lopez. *DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO*. EDITORIAL JURIDICA DE CHILE. 2002. Santiago – Chile.



O USO DA PROPORCIONALIDADE NO CAMPO DAS MEDIDAS CAUTELARES PROBATÓRIAS NA FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Bruno Augusto Vigo Milanez⁸⁶

Ana Paula Kosak⁸⁷

Introdução

Sabe-se que as medidas investigativas invasivas determinadas no curso da investigação preliminar, por excepcionarem direitos fundamentais do cidadão investigado, dependem de autorização judicial, tratando-se, portanto, de matérias afetas à reserva de jurisdição.

No Brasil, em muitas decisões judiciais autorizativas destas medidas, joga-se não apenas com os requisitos legais positivados no ordenamento, mas com um cotejo entre a medida postulada pelos órgãos de investigação (interesse social na repressão, investigação e/ou punição do crime) e os direitos do cidadão investigado. No mais das vezes, esse cotejo é realizado a partir do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o que pode evidenciar - caso comprovada a hipótese de que a anemia significativa da ideia de proporcionalidade permite o manejo desse princípio - a maior ou menor tendência inquisitorial na atuação judicial como garante da legalidade da investigação preliminar.

No contexto, o presente artigo se propõe à análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em julgados que versam a proporcionalidade no âmbito das medidas cautelares probatórias no curso da investigação preliminar.

A hipótese de trabalho parte da premissa segundo a qual o maior uso da proporcionalidade para legitimar medidas invasivas a direitos fundamentais do cidadão investigado representam não apenas uma forma de contornar a legalidade estrita em matéria de limitação de direitos individuais, mas significam, igualmente, uma maior tendência inquisitorial do sistema de persecução penal.

86 Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal em parceria com a UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado. Professor Universitário. *E-mail: bruno@mfvadvocacia.adv.br.*

87 Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER, sendo bolsista 100% no Programa de Excelência da Pós-Graduação em Direito (PPGD-UNINTER). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal em parceria com o Centro Universitário Internacional - UNINTER. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Advogada. *E-mail: apkosak@gmail.com.*

Capítulo 3. A inobservância de princípios garantistas no campo das medidas cautelares

Em outros termos, o maior ou menos uso do significante proporcionalidade/razoabilidade servirá como termômetro a se medir o grau de respeito à legalidade estrita no campo investigativo.

Tratando-se de estudo eminentemente empírico, foram selecionados precedentes do Superior Tribunal de Justiça, dos últimos 20 (vinte) anos, que tratam da temática delineada no objeto da pesquisa, a fim de analisá-los individualmente e, a partir dos fundamentos externados nos acórdãos, compreender como se maneja a ideia de proporcionalidade no cotejo entre o interesse da investigação e repressão aos crimes e os direitos individuais dos investigados.

A Metodologia E O Recorte Da Pesquisa Empírica Dos Julgados Do Stj

Como se explicitou na parte introdutória, o presente texto se propõe à análise de julgados do STJ, dos últimos 20 (vinte) anos, que versam a ideia da proporcionalidade no âmbito das medidas cautelares probatórias na fase de investigação preliminar.

A delimitação da pesquisa se iniciou pela escolha das palavras-chave que serviriam para a seleção dos precedentes, na aba “pesquisa de jurisprudência” do sítio do Superior Tribunal de Justiça. Em face da maior amplitude, optou-se por inserir os termos mais amplos possíveis e, assim, foram localizados 1.123 (mil cento e vinte e três) acórdãos (excluídas, portanto, as decisões monocráticas) quando inseridas, conjuntamente, as expressões “processual penal” e “proporcionalidade”.

A partir desse número de julgados, foram excluídos da pesquisa os julgados sem relação com o recorte proposto, tais como (i) dosimetria de pena; (ii) progressão ou regressão de regime prisional; (iii) fixação de regime inicial de cumprimento da pena; (iv) substituição de pena privativa de liberdade; (v) pressupostos ao deferimento de incidente de deslocamento de competência; (vi) discussões em processos administrativos sancionadores; (vii) indeferimento de prova; (viii) exclusão da tipicidade material pela aplicação do princípio da insignificância; (ix) extensão do número legal de testemunhas a serem arroladas pelas partes; (x) tempo de imposição de medida de segurança; (xi) requisição de preso para entrevista pessoal com defensor etc.

Afora os temas não relacionados diretamente com o objeto da pesquisa, foram ainda determinados outros critérios de seleção de julgados para a análise. Assim, mesmo nos casos em que se operou com a ideia de proporcionalidade no âmbito da fase investigativa, questões relacionadas à prisão cautelar e cautelares diversas da prisão, no curso da investigação, foram excluídas da análise de julgados.

Estabelecidos os filtros, chegou-se a um número de 13 (treze) julgados para análise: (1) HC 29.174, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 2.8.2004; (2) RMS 22.050, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 23.8.2007; (3) HC 76.686, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 10.11.2008; (4) HC 124.253, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 5.4.2010; (5) REsp 1.113.734, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28.9.2010; (6) HC 142.205, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 13.12.2010; (7) HC 160.662, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.3.2014; (8) HC 315.220, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 9.10.2015; (9) REsp 1.397.284, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 27.10.2017; (10) RMS 51.152, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 13.11.2017; (11) AgRg nos EDcl no AREsp 431.316, Rel.

Capítulo 3. A inobservância de princípios garantistas no campo das medidas cautelares

Min. Felix Fischer, DJe 16.2.2018; (12) AgRg no RMS 60.870, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. p/ Ac. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 11.10.2019 e; (13) RHC 100.709, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 16.4.2019.

Antes da análise pormenorizada de cada um dos precedentes, convém traçar algumas linhas a respeito da natureza jurídica da proporcionalidade, tanto para identificar as diversas correntes doutrinárias a seu respeito, para posterior análise de eventual filiação dos julgados, como para definir a posição dos articulistas em relação ao tema.

A Natureza Jurídica Da Proporcionalidade

No âmbito da dogmática jurídica, a ideia de proporcionalidade - aqui tomada como sinônima de razoabilidade - é objeto de forte divergência terminológica, sendo que as principais posições na literatura fazem referência a este significante com natureza jurídica de princípio, regra ou postulado.

A fim de estabelecer algum consenso semântico a respeito da ideia de proporcionalidade, inicia-se afirmando que princípios e regras são espécies normativas (Canotilho, 2003, p. 1160). Por seu turno, normas resultam da interpretação do texto legal (Grau, 2009, p. 27), pelo que se pode concluir que a proporcionalidade somente poderia ser concebida como princípio ou como regra se, efetivamente, fosse possível, pela via interpretativa, extrair-se o seu conteúdo de algum texto normativo.

A partir desse referencial, avulta o primeiro grande problema (ou obstáculo) na caracterização da proporcionalidade como princípio ou como regra, ou seja, como decorrência da interpretação do texto legal.

Na literatura, ainda que parcela da doutrina se refira à proporcionalidade como um princípio constitucional, evidencia-se uma imensa dificuldade em se definir qual seria o dispositivo da CR/88 que, devidamente interpretado, permitiria extrair a ideia de proporcionalidade. Busca-se, em alguns casos, vinculá-lo à concepção anglo saxã de devido processo legal, em suas duas vertentes (procedural due process e substantive due process), reconhecendo-se, porém, a sua maior amplitude em ordenamentos que possuem uma constituição sintética. Em todos os casos, porém, serviria o princípio como mecanismo de contenção do arbítrio estatal:

“É bem ver que o princípio da razoabilidade tem um campo de incidência bem mais vasto nos países de constituição sintética, onde sua aplicação criativa serve como mecanismo flexível para determinar a Constituição material de cada época. Nos países de constituição analítica, sua aplicação se reduz, sem, contudo, perder em relevância. Mesmo em um país como o Brasil, em que a Constituição é prolixa e casuística, há um amplo espaço de utilização do princípio da razoabilidade como instrumento de contenção do ímpeto arbitrário que, não frequentemente, estigmatiza a prática política brasileira.” (Barroso, 1998, p. 8)

Já aqueles que entendem a proporcionalidade como *regra*, reconhecem que a proporcionalidade não decorre da exegese do texto legal⁸⁸, mas “*se trata de*

88 Em algumas situações pontuais, talvez seja possível extrair a proporcionalidade como um *regra* decorrente da interpretação do texto legal. Veja-se, por exemplo, que o art. 282, I e II, do CPP, estabelece que o juiz, ao impor medida cautelar, deverá observar a necessidade e

uma regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra” (Silva, 2011, p. 169), ou seja, “*uma regra acerca da aplicação de outras regras*” (Silva, 2011, p. 168).

Em linha análoga, quem define a proporcionalidade como *postulado* aduz que “*os postulados normativos aplicativos são normas (...) que instituem os critérios de aplicação de outras normas*” e “*qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas*” (Ávila, 2010, p. 124). Em sentido próximo, há quem afirme que “*proporcionalidade e razoabilidade são ... postulados normativos de interpretação/aplicação do direito*” (Grau, 2009, p. 191).

Em todos os casos, porém, o esquema empírico de aplicação da proporcionalidade (a partir dos critérios de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*) funcionaria - ou deveria funcionar - como mecanismo de controle e salvaguarda de direitos individuais em face do poder estatal, na esteira do que se convencionou denominar de *proibição do excesso* (Canotilho, 2003, p. 266-269).

No Brasil, contudo, há uma tendência - que se pretende demonstrar na pesquisa empírica realizada - a se utilizar, no processo penal, a proporcionalidade como um critério de *ampliação* do espectro legal de limitação de direitos individuais do cidadão investigado. Em outros termos, a lógica inquisitorial que permeia o processo penal brasileiro busca, através da proporcionalidade, contornar - no mais das vezes - a legalidade, consoante precisa anotação de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

“Sobressaem-se, aqui, os *princípios da razoabilidade e proporcionalidade* (principalmente), como se quer hoje com muita frequência porque, sem referenciais semânticos precisos viraram o ‘coringa’ dos princípios e, assim, servem como muleta para qualquer argumento infame e perneta dos mais afoitos.

Por eles, no fundo, quer-se dizer o que quiser e, inclusive, negar a Constituição da República. São, portanto, o mecanismo indevido que se utiliza - retoricamente - após se destruir qualquer *regra e princípio* com a *relativização*.” (Coutinho, 2019, p. 245)

a adequação da medida, segundo as circunstâncias fáticas e as condições pessoais do cidadão investigado ou acusado. A respeito da proporcionalidade na dogmática cautelar em sistemas acusatórios, cf.: Postigo, 2013, p. 1-25.

A Proporcionalidade Nos Julgados Do Superior Tribunal De Justiça: Análise Dos Casos Envolvendo A Proporcionalidade Em Sede De Cautelares Probatórias No Âmbito Da Investigação Preliminar

Estabelecidos os critérios de delimitação da pesquisa empírica e traçadas as linhas dogmáticas gerais a respeito da ideia de proporcionalidade, passa-se à análise dos julgados selecionados do Superior Tribunal de Justiça.

No **HC 29.174**, buscou-se o reconhecimento da ilicitude das gravações telefônicas feitas de forma clandestina, sem autorização judicial, com extensão da ilicitude às provas derivadas. A ordem foi denegada sob o fundamento de que a escuta ambiental, desde que realizada por um dos interlocutores do diálogo, não viola a intimidade/privacidade. A proporcionalidade é utilizada como um dos argumentos centrais, ao se citar trecho do voto do Min. Edson Vidigal, no RHC 7.216/STJ, quando afirma que *“pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito a intimidade.”*

No **RMS 22.050**, buscou-se a concessão da segurança para se autorizar escuta ambiental e filmagem de depoimento de vítima menor de idade, sem o seu conhecimento. A segurança foi denegada sob o argumento de que, mesmo não havendo vedação legal expressa ao pedido formulado, a escuta ambiental e a filmagem do depoimento da menor, sem a sua ciência, são medidas desproporcionais, seja pela violação de direitos do menor, seja pela existência de medida menos gravosa para a colheita da prova.

No **HC 76.686**, buscou-se a concessão da ordem para se reconhecer a ilicitude das interceptações telefônicas, seja pela falta de fundamentação das decisões autorizativas da medida, seja pelas sucessivas prorrogações e desarrazoadas prorrogações.

No voto condutor, a ordem foi concedida para o reconhecimento da nulidade das interceptações, pelas sucessivas prorrogações, com base em interpretação restritiva do art. 5º, da Lei 9.296/96: *“(I) o prazo estabelecido tem limite (“não poderá exceder”, “quinze dias”); (II) o prazo pode ser renovado por igual período (isto é, por mais quinze dias); e (III) tal prorrogação só será possível se indispensável o meio de prova (ai, vejam, existe uma condição clara: “uma vez comprovada”, ou seja, desde que comprovada, se comprovada...)”*.

Nos fundamentos, a proporcionalidade é referida como um critério de balanceamento entre o interesse coletivo à persecução e a proteção individual dos direitos do investigado: *“embora relativo o direito fundamental ao sigilo das*

comunicações telefônicas, a sua supressão depende da verificação de um interesse público maior, que prevaleça no balanceamento entre a vontade coletiva e a particular, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade (...)."

No **HC 124.253**, buscou-se o reconhecimento da nulidade do mandado de busca e apreensão expedido, sob o fundamento de ausência de individualização do endereço para a realização da diligência. A ordem foi denegada, sendo que o argumento da proporcionalidade aparece como *ratio decidendi* apenas no voto da Min. Laurita Vaz que, em síntese, entendeu que a legalidade do deferimento do pleito urgente requerido pela Autoridade Policial, por telefone, para a ampliação da extensão da busca e apreensão, dependeria do atendimento aos *"ditames da razoabilidade"*.

Na análise do caso, entendeu-se que o direito à privacidade não pode ser usado como um *"escudo intransponível para evitar a adoção de medidas cautelares necessárias ao resgate da higidez das instituições públicas e da ordem social, quando há elementos concretos, levantados de maneira lícita e responsável, que apontam para a existência do cometimento de diversos crimes"*.

A busca e apreensão foi considerada lícita, haja vista a suposta razoabilidade da medida, notadamente a se considerar que o Delegado requereu a ampliação dos locais de busca ao juiz plantonista, tendo sido justificado o pedido por telefone (e sem consulta ao órgão do Ministério Público) em decorrência da urgência da medida.

No **REsp 1.113.734**, buscou-se o provimento recursal para fins de reconhecimento da ilicitude probatória, haja vista que a gravação ambiental foi realizada sem autorização judicial. Em moldes análogos ao quanto decidido no HC 29.174, o recurso foi desprovido - e reconhecida a lícitude probatória - pois, segundo os fundamentos do voto do relator, *"a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade"*.

No **HC 142.205**, pretendia-se a concessão da ordem para o reconhecimento da ilegitimidade de laudo pericial, sob os argumentos de que (i) o documento foi confeccionado por apenas um perito oficial (em violação à antiga previsão do art. 159 do CPP) e (ii) a decisão que autorizou a medida de busca e apreensão não fez menção expressa ao recolhimento da agenda periciada.

A ordem foi denegada, sob o fundamento de que os direitos à intimidade e privacidade são relativos, podendo ser flexibilizados com base na proporcionalidade. No contexto, não haveria vedação legal à apreensão de objetos que digam respeito à intimidade e vida privada, como é o caso de uma agenda. Ademais, não haveria, segundo o voto condutor, regra que exija que a decisão que defere a busca e apreensão enuncie pormenorizadamente os documentos ou objetos que devam ser apreendidos.

O uso da proporcionalidade no campo das medidas cautelares probatórias na fase da investigação preliminar.

Ana Paula Kosak e Bruno Augusto Vigo Milanez

No voto vista do Min. Gilson Dipp, a ideia da proporcionalidade vem enunciada nos seguintes termos: “*A despeito das garantias constitucionais de proteção da intimidade e da privacidade, é fato que tais favores legais revestem-se de relativa proteção quando cotejados com os propósitos de apuração de crimes, no interesse do Estado e da Justiça*”.

No **HC 160.662**, buscou-se o reconhecimento da ilicitude das interceptações telefônicas, dentre outros fundamentos, pela ausência de fundamentação e de comprovação da indispensabilidade da medida, posto que não foi precedida de outros meios de prova.

Em que pese tenha sido a ordem concedida - em decorrência da quebra da cadeia de custódia da prova, haja vista o armazenamento apenas parcial do resultado das interceptações telefônicas -, nos aspectos acima ressaltados, consignou-se expressamente que “*a intimidade e privacidade das pessoas não constituem direitos absolutos, podendo sofrer restrições (...) havendo sempre que se constatar a proporcionalidade entre o direito à intimidade e o interesse público*.”

No **HC 315.220**, objetivou-se o reconhecimento da ilicitude de determinação judicial de quebra de sigilo telemático por prazo retroativo de ininterrupto de 10 (dez) anos.

A ordem foi concedida, ressaltando-se no voto condutor que a medida de quebra de sigilo telemático para a obtenção do teor de *e-mails* é uma medida extrema, somente justificável quando inexistirem outros meios de prova menos invasivos aptos a atingirem a mesma finalidade investigativa. Afirmou-se que a Lei 9.296/96 não fixa prazo específico de quebra de sigilo telemático, mas que esse prazo deve estar adstrito aos limites da razoabilidade e que um prazo de 10 (dez) anos viola tais limites.

No **REsp 1.397.284**, buscou-se o reconhecimento da nulidade absoluta da decisão que decretou a quebra do sigilo telefônico, por ausência: (i) de fundamentação da decisão; (ii) de requerimento pelo Ministério Público ou autoridade policial; e (iii) de qualificação do acusado.

O recurso foi improvido, destacando o voto condutor que (i) houve representação da autoridade policial pela realização da diligência e (ii) em que pese a ausência de qualificação do investigado, esta seria inviável no nascedouro das investigações pois somente foi possível sua identificação ao longo da realização das diligências.

Especialmente quanto ao princípio da proporcionalidade/razoabilidade, limitou-se o voto condutor a afirmar que as decisões judiciais que determinaram a quebra do sigilo telefônico foram devidamente fundamentadas e que a medida excepcional atendeu aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No **RMS 51.152**, buscou-se o provimento recursal para fins de reconhecimento

to da desproporcionalidade da quebra de sigilo fiscal determinada pelo período de 10 (dez) anos, limitando-se o período a prazo razoável e o consequente desentranhamento dos documentos relativos ao período excedente.

O recurso foi desprovido. Na análise do caso concreto, principiou-se afirmando que o direito ao sigilo financeiro não é absoluto, cedendo em face do interesse público na investigação e repressão a ilícitos penais. Quanto ao período em que o sigilo fiscal foi excepcionado, consignou-se que *“a medida foi proporcional em relação a seus três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequada, por ter sido meio idôneo para a obtenção da prova; necessária, porque não haveria outros meios com igual eficácia e menor lesividade, e proporcional, em sentido estrito, em relação entre meios e fins”*.

No **AgRg nos Ed em REsp 431.316**, alegou-se nulidade das interceptações telefônicas que perduraram por mais de 5 (cinco) meses, em violação ao quanto previsto na regra do art. 5º, da Lei 9.296/96.

O recurso foi improvido, com menção expressa, na ementa do acórdão - mas não nos fundamentos do voto - ao princípio da proporcionalidade. No corpo da fundamentação, afirmou-se que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que admite várias prorrogações das interceptações telefônicas, desde que se demonstre sua necessidade através de fundamentação judicial concreta.

No **AgRg no RMS 60.860**, buscou-se a concessão da segurança para o reconhecimento de manifesta ilegalidade e desproporcionalidade de medida judicial que determinou o bloqueio de todas as contas bancárias e demais bens do investigado (*e não apenas o sequestro/arresto de bens, no limite do suposto dano causado com a prática em tese ilícita*).

O voto da Min. Rel. Laurita Vaz foi no sentido da denegação da segurança. No que diz com a suposta desproporcionalidade da medida, assim se manifestou: *“a controvérsia cinge-se em saber se para decretar o sequestro dos bens com a finalidade de ressarcimento do prejuízo sofrido pelos cofres públicos, esse quantum é limitador da medida constritiva. A teoria do art. 4º do Decreto-Lei 3.240/41, o sequestro pode recair sobre todo o patrimônio dos acusados e compreender os bens em poder de terceiros, contanto que estes os tenham adquirido com dolo ou culpa grave.”*

Em que pese o voto pela denegação do recurso pela relatora, a segurança foi concedida por maioria, destacando-se o voto do Min. Sebastião Reis Junior: *“tenho que o bloqueio deve ser suficiente para a garantia dos prejuízos e atingir o seu objetivo, qual seja, atender ao princípio da proporcionalidade. Da mesma forma, o arresto, especialmente de contas bancárias, deve atender ao princípio da razoabilidade, tendo em vista que o numerário das contas correntes é utilizado para o sustento do acusado. (...) houve o arresto das contas bancárias, até o valor*

O uso da proporcionalidade no campo das medidas cautelares probatórias na fase da investigação preliminar.

Ana Paula Kosak e Bruno Augusto Vigo Milanez

de R\$ 100.000,00 (cem milhões de reais) para cada um dos investigados, o que já me parece desproporcional para servir de garantia ao pagamento de um dano que não foi individualizado pelo Ministério Público”

Por fim, no **RHC 100.709**, pretendeu-se a concessão da ordem para fins de anular a quebra de sigilo telemático em período aproximado de 8 (oito) anos. O recurso foi desprovido sob o argumento de que “*a Lei 9.296/96 - moldada para a interceptação de comunicações contemporâneas (em que a captação se dá no momento em que são transmitidas) - não estabelece um prazo máximo limite para o acesso a mensagens eletrônicas constantes da caixa de e-mail da pessoa investigada, a análise da legalidade da medida deve ser feita à luz do postulado da proporcionalidade, que possui uma dupla faceta: contenção dos excessos do Poder Público e vedação da proteção deficiente. (...) em razão da prática duradoura de crimes, que se prolongou por vários anos, não se mostra desproporcional a quebra do sigilo telemático pelo período de 2008 a 2015, pois contemporâneo às práticas delitivas.*”

Considerações Finais

Talvez um dos maiores problemas do uso da proporcionalidade como critério justificador de decisões judiciais consista na insegurança jurídica que o seu manejo permite. Essa insegurança é potencializada quando o pressuposto da sua utilização tem por premissa o cotejo entre o interesse público nas investigações e os direitos individuais do cidadão investigado.

A análise dos precedentes selecionados do Superior Tribunal de Justiça permite evidenciar que inexistente, no processo penal inquisitório brasileiro, qualquer baliza - seja de definição semântica ou de aplicação pragmática - da ideia de proporcionalidade. Aquilo que deveria servir como argumento de interpretação das regras, segundo um critério de vedação do excesso (nos limites do objeto do presente artigo, como forma de limitação dos excessos estatais no âmbito das investigações) serve, no mais das vezes, como forma de se alargar os limites legais de intrusão na intimidade e privacidade do cidadão investigado.

Em alguns casos, verifica-se que, à míngua de previsão legal sobre a forma de limitação de um direito fundamental do indivíduo (*v.g.* gravação de conversas privadas pelos interlocutores), joga-se com a proporcionalidade para se afirmar que os direitos não são absolutos, de modo que a sua relativização (ou não) acaba por ser definida pelo Judiciário, a partir de critérios subjetivos daquilo que se entende proporcional no caso concreto. Ou seja, a proporcionalidade acaba por servir como critério de criação de uma regra específica para o caso concreto, onde ela efetivamente não existe.

O mesmo ocorre em relação ao prazo de duração de algumas medidas investigativas, como as *interceptações telefônicas* e as *quebras de sigilo telemático* ou *fiscal*. No primeiro caso, em que pese a existência de um precedente de vanguarda, que interpreta restritivamente o art. 5º, da Lei 9.296/96, as posições mais recentes admitem, em nome da proporcionalidade, um alargamento do número de prorrogações das interceptações telefônicas, que muitas vezes perduram por diversos meses. Nos casos de quebra de sigilo, a situação é ainda mais grave, pois não havendo regramento específico que determine o período em que a medida poderá retroceder, existem decisões que, baseadas na proporcionalidade, permitem que a extensão das quebras por períodos extremamente elásticos e indeterminados (em um dos casos, de aproximadamente 10 anos), em verdadeira devassa da intimidade individual.

E mesmo nos casos em que a proporcionalidade é utilizada como efetivo critério de contenção do arbítrio estatal, análise dos casos concretos em que isso ocorre permite evidenciar que se trata de situações absolutamente teratológicas, que beiram ao absurdo, como na hipótese em que se reconheceu a ilegalidade de constrição patrimonial integral de bens do investigado, em valores

O uso da proporcionalidade no campo das medidas cautelares probatórias na fase da investigação preliminar.

Ana Paula Kosak e Bruno Augusto Vîgo Milanez

maiores do que o dobro do suposto dano causado com a conduta em tese delituosa.

Em linhas conclusivas, o estudo dos casos acima delineado permite inferir que, no Brasil, faz-se premente uma definição legal objetiva da forma e dos prazos de duração de determinadas medidas investigativas invasivas. Caso contrário, seguir-se-á jogando com a proporcionalidade ou a razoabilidade para se dizer sobre a legalidade ou ilegalidade de diligências investigativas sensíveis a direitos individuais do cidadão.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11ª ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROS, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista de direito constitucional e internacional.** v. 23 (abr./jun. 1998), p. 65-78.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. 10ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura; AZEVEDO, Gabriella Saad (Orgs.). **Observações sobre a propedêutica processual penal:** escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v. 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019, p. 241-246.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

POSTIGO, Leonel González. Existe el principio de proporcionalidad cuando las opciones son *cárcel o libertad*? La necesidad de construir un modelo cautelar de tipo acusatorio a nivel nacional. **Revista de derecho penal y procesal penal.** n. 5 (may.2013), p. 1-25.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo, essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.



